

Gewerbemiete Und Teileigentum

1/10

10. Jahrgang

Heft 52

Januar 2010

S. 1–68

Erscheinungsort Bonn

Beiträge

H.-J. Papier:

Urteilsverkündung in Sachen „Hartz IV“

W. E. Joachim:

**Einfluss des Öffentlichen Rechts auf
Nutzungsänderungen in der Gewerberaummiete**

Gewerbemiete

Menschenwürdiges Existenzminimum; Hartz IV-Gesetz (BVerfG)

Betriebspflicht im EKZ (KG)

Nebenkosten-Umlage und -Abrechnungsfrist (BGH)

Leasing; Kautionsverzinsung (BGH)

Aufwandsentschädigung des Maklers (OLG Koblenz)

Kündigung mit Stimmenmehrheit der Miterben (BGH)

Kfz-Miete; Quotenvorrecht (BGH)

Güteverhandlung; persönliches Erscheinen (AG Meldorf)

Berufungsbegründungsfrist und Mediationsverfahren (BGH)

Teileigentum

**Erbbaurechtsgrundstück; immissionsschutzrechtliche
Genehmigung von Betriebsanlagen (BGH)**

Vermietung an wechselnde Feriengäste (BGH)

Wettbewerb

D. Dingeldey: Internet – Umschau Januar 2010

„Solange der Vorrat reicht“ (BGH)

Schubladenverfügung (BGH)

Legosteine als Marke (BGH)

Besteuerung

K.-Chr. Callsen: Steuern – Umschau Januar 2010

Kanalanschlussbeitrag (OVG Münster)

Magazin

Inhalt

Beiträge

H.-J. Papier,
**Einführung zur Urteilsverkündung in Sachen
„Hartz IV“ am 9. Februar 2010**

3

W. E. Joachim,
**Der Einfluss des Öffentlichen Rechts auf
das Privatrecht – dargestellt am Problemfeld
der Nutzungsänderungen in der
Gewerberaummieta**

Gewerbemiete

Menschenwürdiges Existenzminimum;
Sozialstaatsprinzip; Hartz IV-Gesetz;
SGB II Regelleistungen (BVerfG – Leits. u.a.)

18

Mietvertrag; Ladengeschäft im Einkaufszentrum EKZ;
Betriebspflicht; Unzulässigkeit zeitweiser
Schließungen (KG)

22

Geschäftsraummieta; Nebenkosten; Umlage der
Verwaltungskosten; überraschende Klausel;
Transparenzgebot (BGH)

23

Geschäftsraummieta; Ladenlokal;
Nebenkostenabrechnung; regelmäßige angemessene
Abrechnungsfrist; konkludente Betriebskosten-
vereinbarung; kein analoges Wohnraummietrecht
zur BK-Abrechnungsfrist (BGH)

26

Leasing; Verzinsung der Kautions;
Finanzierungsleasing; Schwerpunkt kaufvertragliche
Pflichten (BGH)

29

Erfolgsabhängige Aufwandsentschädigung des Maklers
bei Dissens (OLG Koblenz)

31

Grundstücksmieta; Erbengemeinschaft als Vermieterin;
Kündigung des Nachlassgrundstücks mit
Stimmenmehrheit der Miterben; ordnungsgemäße
Nachlassverwaltung; Nutzungsentschädigungsanspruch
(BGH)

32

Kfz-Mieta; Haftungsbefreiung nach den Grundsätzen
einer Vollkaskoversicherung; Quotenvorrecht im
Schadensfall (BGH)

35

Güteverhandlung; Pflicht zum persönlichen
Erscheinen des geladenen Geschäftsführers
(AG Meldorf)

37

Berufungsbegründungsfrist während des
Mediationsverfahrens als dem gerichtlichen
Güteverfahren (BGH)

38

Teileigentum

Gewerbegrundstück; Überlassung aufgrund
Erbbaurechtsvertrags; Betriebsanlagen des Nutzers
auf dem Grundstück; immissionsschutzrechtliche
Genehmigung mit Schutzwirkung zugunsten des
Grundstückseigentümers; Amtspflicht zugunsten
Dritter (BGH)

40

Vermietung der Eigentumswohnung an wechselnde
Feriengäste (BGH)

44

Wettbewerb

4

D. Dingeldey, Internet – Umschau Januar 2010

47

Wettbewerb; Werbung; Transparenzgebot;
Zugabe zur Hauptware; „Solange der Vorrat reicht“
(BGH)

48

Wettbewerb; Abmahnung; Kostentragung;
Schubladenverfügung (BGH)

49

Markenschutz; Legosteine als Marke gelöscht
(BGH – Leits. u.a.)

51

Besteuerung

K.-Chr. Callsen, Steuern – Umschau Januar 2010

52

Kanalanschlussbeitrag; Entwässerungsanlage der
Nachbargemeinde (OVG Münster)

53

Magazin

Bücher und Veröffentlichungen

55

Politik und Recht

56

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

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

Die Beilage 50a wurde den Abonnenten mit dem Heft 50
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 A5,
können zum Preis von 16,00 EUR inkl. 7% MwSt zzgl.
Porto bei der Prewest Verlag Pressedienste Medien und
Kultur GmbH, Fax 0228/470954, info@prewest.de,
bezogen werden. Preis bei Mehrbezug auf Anfrage.

Impressum

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

Verlag: Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Wolkenburg-
weg 1, 53227 Bonn; Postfach 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. Prei-
se (unverbindlich empfohlen): Einzelheft 16,00 €, Doppelheft 25,00 €, jew.
inkl. 7% MwSt. zzgl. Porto. Jahresabonnement (Neuabonnements) ab 1. 1. 2008:
159,43 € einschl. 9,- € Versand und 10,43 € MwSt, zahlbar zu Beginn des
Abonnementszeitraumes. Auslandsabonnement: 174,80 € (inkl. Versand und
ggf. MwSt). Bei Neueinrichtung eines Abonnements wird eine anteilige Jah-
resrechnung erstellt. Abonnementskündigungen mit ordentlicher Frist: 10 Wo-
chen zum Ende des Kalenderjahres.

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

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

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

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

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

Präsident des Bundesverfassungsgerichts Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier als Vorsitzender des Ersten Senats

Einführung zur Urteilsverkündung in Sachen „Hartz IV“ am 9. Februar 2010

(Verfahren 1 BvL 1/09; 1 BvL 3/09; 1 BvL 4/09)

Die Regelleistungen sowohl des Arbeitslosengeldes II für Erwachsene als auch des Sozialgeldes für Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres genügen dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums nicht. Die einschlägigen Regelungen des so genannten „Hartz IV-Gesetzes“ sind daher verfassungswidrig. Die verfassungsrechtlichen Mängel betreffen die Vorgehensweise des Gesetzgebers bei der Bemessung der Regelleistungen.

1. a) Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ergibt sich aus der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip. Es verpflichtet den Staat, einem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Mittel zur Verfügung zu stellen, die zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums unbedingt erforderlich sind. Dieser verfassungsrechtliche Leistungsanspruch gewährleistet sowohl die physische Existenz des Menschen als auch ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben.

b) Der Umfang des Leistungsanspruchs kann im Hinblick auf die Arten des Bedarfs und die dafür erforderlichen Mittel nicht unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet werden. Die Konkretisierung obliegt dem Gesetzgeber, dem bei der Bestimmung des Leistungsumfanges ein Gestaltungsspielraum zukommt.

Das Grundgesetz schreibt dem Gesetzgeber keine bestimmte Methode für die Bedarfsermittlung vor. Der Gesetzgeber ist jedoch von Verfassungs wegen verpflichtet, alle existenznotwendigen Aufwendungen folgerichtig in einem transparenten und sachgerechten Verfahren nach dem tatsächlichen Bedarf, also realitätsgerecht, zu bemessen. Das dergestalt gefundene Ergebnis ist fortwährend zu überprüfen und weiter zu entwickeln.

c) Dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Bemessung des Existenzminimums entspricht eine zurückhaltende Kontrolle der gesetzlichen Regelung durch das Bundesverfassungsgericht.

Die materielle Ergebniskontrolle beschränkt sich darauf, ob die vom Gesetzgeber gewährten Leistungen evident unzureichend sind, denn das Grundgesetz selbst erlaubt keine exakte Bezifferung des Anspruchs.

Innerhalb der so verbleibenden materiellen Bandbreite prüft das Bundesverfassungsgericht nur, ob der Gesetzgeber das Ziel, ein menschenwürdiges Dasein zu sichern, in verfassungsgemäßer Weise erfasst und ob er ein im Grundsatz taugliches Berechnungsverfahren gewählt und vertretbar angewendet hat. Die Festsetzungen der Leistungen müssen auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und schlüssiger Berechnungsverfahren tragfähig zu rechtfertigen sein. Dabei trifft den Gesetzgeber die Obliegenheit, die eingesetzten Methoden und Berechnungsschritte nachvollziehbar offen zu legen. Schätzungen auf fundierter empirischer Grundlage sind nicht ausgeschlossen, Schätzungen „ins Blaue hinein“ laufen jedoch einem Verfahren realitätsgerechter Ermittlung zuwider.

2. Die Bemessung der Regelleistungen für Erwachsene und für Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht. Diese Regelleistungen betragen in den Ausgangsverfahren 345 EUR für alleinstehende Erwachsene, 311 EUR für erwachsene Partner und 207 EUR für Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres. Zwar erweisen sich diese Beträge im Ergebnis nicht als evident unzureichend. Auch hat der Gesetzgeber mit dem so genannten Statistikmodell ein grundsätzlich geeignetes Berechnungsverfahren angewandt.

Bei der Bemessung der Regelleistung von 345 EUR für Alleinstehende ist der Gesetzgeber jedoch mehrfach von diesem Berechnungsverfahren abgewichen, ohne sich auf andere tragfähige Kriterien zu stützen. Der festgelegte regelsatz- und damit zugleich regelleistungsrelevante Verbrauch beruht nicht auf einer tragfähigen Auswertung der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe 1998. Die weitere Orientierung an der Entwicklung des aktuellen Rentenwertes stellt einen sachwidrigen Maßstabswechsel dar.

Diese verfassungsrechtlichen Mängel erfassen auch die Regelleistungen für erwachsene Partner und für Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres. In Bezug auf die Regelleistung für Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres liegt zudem ein völliger Ermittlungsausfall beim kinderspezifischen Bedarf vor. Die Vorschrift, wonach das Sozialgeld für Kinder 60 % der Regelleistung für einen alleinstehenden Erwachsenen beträgt, beruht auf keiner vertretbaren Methode zur Bestimmung des Existenzminimums eines Kindes. Der vorgenommene Abschlag des Gesetzgebers beruht auf einer freihändigen Setzung ohne irgendeine empirische und methodische Fundierung. Diese Verfassungsverstöße sind in der Zwischenzeit auch nicht durch die Mitte 2009 in Kraft getretenen §§ 24 a und 74 SGB II beseitigt worden.

3. Das SGB II verstößt in einer weiteren Hinsicht gegen das Grundgesetz. Es sieht keine Leistungen für solche dauerhaften atypischen Bedarfe vor, die den Festbetrag der Regelleistung übersteigen und deren Deckung zur Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums erforderlich ist. Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen verpflichtet, eine gesetzliche Härtefallregelung in Gestalt eines Anspruchs auf Deckung dieses besonderen Bedarfs vorzusehen.

4. Die Erklärung der Unvereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht bezieht sich nicht nur auf die zur Prüfung vorgelegten Vorschriften, sondern auch auf ihre späteren Fassungen und ihre Nachfolgeregelungen.

Hinw. d. Red.: S. Leitsatz des Urteils mit weiteren Hinweisen d. Red. und Pressemeldung des Gerichts v. 9.2.2010 in GuT 2010, 18 (in diesem Heft).

Der Einfluss des Öffentlichen Rechts auf das Privatrecht – dargestellt am Problemfeld der Nutzungsänderungen in der Gewerberaummiete

- A. Problemaufriss und Wirtschaftlichkeit
- I. „Change“ – Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse
- II. Nutzungsphasen von Gewerbeimmobilien
- III. Nutzungsmischung
- IV. Nutzungsänderung
- V. Rechtliche Regelungsfelder und Fragestellungen
- B. Zivilrechtliche Betrachtung:
- I. Mietrechtliche Zulässigkeit von Nutzungsänderungen
1. Vertragsgemäßer Gebrauch, § 535 BGB
- a) Vertragszweck; Nutzungszweck: vereinbarte Nutzung der Mietsache
- b) Grundsatz der Vertragsfreiheit
- c) Geschäftserweiterung, -ergänzung, -ausdehnung – in Abgrenzung zur: Nutzungs- bzw. Geschäftsänderung, Änderung des Kerngeschäfts
- d) Genehmigungsfähigkeit des Mietobjekts
- e) Bauliche Veränderungen des Mietobjekts
2. Zustimmung des Vermieters
- a) Ermessensausübung
- b) Grenze: Rechtsmissbrauch
- c) Treu und Glauben, relevante Einzelfallumstände, Zumutbarkeit, wichtiger Grund, Interessenabwägung
3. Konkurrenzschutz
- a) Ausdrücklicher Konkurrenzschutz
- b) Vertragsimmanenter Konkurrenzschutz – Abgrenzung: Haupt-/Nebenartikel
- c) Mit-Mieter
4. Beeinträchtigung bzw. Belästigung Dritter
- a) Mit-Mieter
- b) Nachbarn
5. Rechtliche Reaktionsmöglichkeiten
- Vertragserfüllung, Zurückbehaltungsrecht, Mietminderung, Vertragsanpassung, (fristgemäße/fristlose) Kündigung
- a) Mieter
- b) Vermieter
- II. Wohnungseigentumsrechtliche Zulässigkeit von Nutzungsänderungen
1. Teilungserklärung
2. Absprachen der Wohnungs- bzw. Teileigentümer
- III. Einzelfälle
- Abgekürzte Auswahl; Aufzeigen von Abgrenzungsleitlinien, d.h. „Reasoning from Case to Case“
1. Vorbemerkung
2. BGH-Fall, XII. Zivilsenat: Nutzungsänderung von Kfz-Werkstatt in Cateringbetrieb
3. KG-Fall
4. OLG Saarbrücken-Fall
5. OVG Nordrhein-Westfalen, Münster-Fall
6. OLG Hamm-Fall
7. LG Berlin-Fall
8. Weitere Einzelfälle zu Art und Umfang von Nutzungsänderungen
- IV. Risikobereichseinteilungen und -zuweisungen
- Vertragsgemäßer und vertragswidriger Gebrauch; (un)mittelbare Beeinträchtigung
- C. Öffentlich rechtliche Betrachtung
- I. Zweckentfremdungsverordnung
1. Geltungsbereich
2. Außerkrafttreten
3. Rechtsfolge beim Verstoß
- II. Baurechtliche Genehmigung
1. Abgrenzung: (Nutzungs-)Änderung von baulichen Anlagen gegenüber bauplanungsrechtlich unerheblichen Veränderungen, § 29 BauGB
2. Auflagen, z. B. Brand-, Lärm-, Denkmalschutz, Stellplatz(ablösung)
3. Art und Maß der baulichen Nutzung(sänderung)
4. Nutzungsänderung und Nachbarschutz
5. Nutzungsänderung und Gebietserhaltungsanspruch
6. Baurechtliche Illegalität, Bestandsschutz und Sanktionsmöglichkeiten
7. Kostentragungspflicht
8. Baurechtliche Beispiele
9. Zwischenergebnis: Baurechtliche Betrachtung
- III. Bodennutzungsrecht und Rückgriffsanspruch
- IV. Steuerrecht und Handelsbilanzrecht
- V. Mietrechtsfolgen öffentlich-rechtlicher Gebrauchshindernisse und/oder -beschränkungen
1. Vertragsgemäßer Gebrauch, Objektbezogenheit, Einrede des nichterfüllten Vertrags
2. Konkrete Gebrauchsbeeinträchtigung
3. Mieter-Mitverschulden
4. Abdingbarkeit und Abwälzung auf den Mieter
- D. Zusammenfassung und Ausblick
- I. Tatsächliche Zunahme von Nutzungsänderungen
- II. Gesamtschau: Öffentliches Recht und Zivilrecht
- III. „Näher-dran-Test“: Wer hat für die Nutzungsänderung einzustehen? Wen trifft die Genehmigungs- und Kostentragungspflicht?

A. Problemaufriss und Wirtschaftlichkeit

I. „Change“ – Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse

„Temporà, respective omnia mutantur, et nos mutamur in illis“ = „Die Zeiten ändern bzw. alles ändert sich, und wir ändern uns mit ihnen!“ Dieser Kaiser Lothar I. (795-855) zugeschriebene Sinnspruch erfasst die gegenwärtige tiefgreifende Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse. „Change“ ist hoch aktuell und derzeit positiv besetzt als „Chance in der Krise“, neue und nachhaltige Strukturen zu gestalten. Die weltweite Wirtschafts- und Finanzkrise zeitigt dramatische Auswirkungen, auch auf dem europäischen und deutschen Immobilienmarkt.¹ Bisherige Nutzungsformen drängen nach Nutzungsänderungen.

*) 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) „Wie geht's weiter?“, in: immobilien-manager (= im) Nr. 1/2 2009, 12 ff; „Gedämpfte Stimmung, leise Töne“, in: Süddeutsche Zeitung, 6. 2. 2009, S. V 2/1; aktuell „Finanzkrise entzweit EU und USA – Ein Alptraum wie 1929“, in: Handelsblatt (=HB), 12. 3. 2009, 1, 21 ff; aus der Reisebranche: „Krise? Nicht bei uns!“ in touristik aktuell (=ta), Nr. 5 2009, 1; ta Nr. 9-10 2009, S. 1 „Inlandstourismus als Profiteur der Krise.“; Financial Times Deutschland (=FTD), 11.03. 2009, 7.

Tatsächliche Änderungen führen zu Nutzungsänderungen. So unterliegen Immobilien ständig Veränderungen ihrer Standort- und Umweltbedingungen. Rechtlich relevante Änderungen resultieren aus den stets strenger gestalteten gesetzlichen Umwelt-, namentlich Energieeffizienz-, Schall- und Brandschutzanforderungen. Das Nutzungsspektrum von Immobilien mag durch tatsächliche Veränderungen erweitert, oft aber eingeschränkt werden, z. B. die Errichtung oder Erweiterung von lärmintensiven Verkehrsanlagen oder emittierender Gewerbebetriebe. Bestands- und nicht nur Planimmobilien unterliegen einem dauerhaften Überprüfungs- und Anpassungsprozess, neudeutsch: einem juristischen Asset Management. Nur so kann einem Wertverlust nachhaltig vorgebeugt werden.² Die Marktgegebenheiten erfordern häufig eine Umnutzung, um eine bisherige Immobiliennutzung, welche sich als nachhaltig unrentabel erweist, zukunftsfähig zu gestalten. Aus Wohnnutzungen können gewerbliche Nutzungen entstehen.³ Bisherige gewerbliche Nutzungen lassen sich so nicht mehr weiter führen. Industrieanlagen, öffentliche und/oder militärische Areale können einem dauerhaften Brachliegen nur durch eine zukunftsweisende und mutige gewerbliche Neuausrichtung entgehen. Oft bestehen langjährige mietvertragliche Abmachungen, vor allem über einen (gewerblichen) Nutzungszweck und die Bestimmung des vertragsgemäßen Gebrauchs im Sinn von § 535 BGB (Anmerkung: §§ ohne nähere Bezeichnung sind solche des BGB). Hier offenbart sich Handlungsbedarf: Mietvertragliche Abmachungen stehen auf dem Prüfstand. Tragen die Verträge dem Bedarf nach Nutzungsänderungen Rechnung? Abermals ist juristisches Asset Management gefragt.

II. Nutzungsphasen von Gewerbeimmobilien

Auf den Bau- bzw. Errichtungsprozess folgt im Lebenszyklus einer Wohn- wie Gewerbeimmobilie (von letzterer ist vorliegend schwerpunktmäßig die Rede) die mehrstufige Nutzungsphase. Sie besteht aus mehreren, nicht stets eindeutig differenzierbaren Nutzungsabschnitten. Die laufenden Bewirtschaftungskosten in der Nutzungsphase übersteigen die einmaligen Herstellungskosten der Immobilie häufig bei weitem. Erst in letzter Zeit werden sie als relevantes Planungskriterium einer Gesamtbilanz und der Wirtschaftlichkeit einer zu bauenden Anlage und deren Kostenplanung erfasst. Zu erwähnen sind vor allem die Energiekosten. Die Nutzungsphase endet nach der Nutzungsdauer mit einer Umnutzung, im Folgenden einheitlich: einer Nutzungsänderung oder mit dem Gebäudeabbruch.

III. Nutzungsmischung

Die tatsächlichen Verhältnisse und deren ständige Veränderungen ziehen Nutzungsänderungen nach sich. Das gilt vornehmlich bei einer Mischnutzung von Immobilien. Von einer Mischnutzung spricht man, wenn in einem Gebäude verschiedene Nutzungen anzutreffen sind. Bekannte Beispiele sind die Wohn- und Geschäftshäuser in den Kerngebieten der Innenstädte. So befinden sich im Erdgeschoss Läden, Gaststätten, im Obergeschoss Büros, Ateliers, Praxen und darüber Wohnungen, vielleicht sogar Hotels, Boarding Houses oder Fitness Clubs. Mit Nutzungsmischung bezeichnet man häufig Stadtquartiere, in denen auf einem Grundstück unterschiedliche Nutzungen in mehreren Gebäudeteilen anzutreffen sind, etwa Wohnnutzung im Vorder-, Gewerbenutzung im Hinterhaus. Neuerdings wird ein solcher Trend zum „Wohnen und Arbeiten – alles unter einem Dach“ als „New Urbanity“ bezeichnet.⁴

IV. Nutzungsänderung

Zunächst seien einige Begriffserklärungen vorangestellt. Der Terminus „Nutzungsänderung“ stammt aus dem Baurecht, d.h. dem Bauordnungs- sowie dem Bauplanungsrecht und ist in den jeweiligen Landesbauordnungen definiert als „Änderung der genehmigten Benutzungsart“. Eine Genehmigungspflicht besteht dann, wenn für die neue Nutzung andere bauordnungsrechtliche oder -planungsrechtliche Normen anwendbar sind, vgl. §§ 63 BauO NW, 68 BauO (Niedersachsen).⁵ Mitunter spricht man auch von „Konversion“. Es gibt mehrere Erscheinungsformen der Nutzungsänderung, und zwar in Abgrenzung

zur Nutzungserweiterung bzw. -ausdehnung. Wie die Errichtung eines Gebäudes bedarf auch eine Nutzungsänderung einer Baugenehmigung bei der zuständigen Genehmigungsbehörde. Eine Nutzungsänderung ist nur innerhalb der für dieses Gebiet zulässigen Art der baulichen Nutzung möglich. Abgrenzend ist zu erfassen: Eine bloße Nutzungsintensivierung muss keine baurechtlich relevante Nutzungsänderung darstellen.⁶ Kernanliegen ist es, den Zivil- bzw. Mietrechtler für das öffentliche Recht zu sensibilisieren und das Ineinandergreifen bzw. die Interdependenzen der Rechtsgebiete aufzuzeigen.

Eine relevante Nutzungsänderung liegt oft in einer tiefgreifenden Umnutzung. Die Umnutzung umfasst den Vorgang der Durchführung der genehmigten Nutzungsänderung eines Gebäudes, Gebäudeensembles oder ganzen (Stadt-) Quartiers bzw. -Gebiets. Die technischen Arbeiten zur Vorbereitung der Neunutzung werden im Flächenrecycling gebündelt, die raumplanerischen und organisatorischen Arbeiten in der Stadtentwicklung. Mitunter stehen öffentliche Belange, insbesondere solche des Denkmalschutzes, einer nachhaltigen Umnutzung entgegen. Konstruktive Kommunikation mag manchmal helfen.

Besonders betont sei die planungsrechtliche Auffassung von – ehemaligen – Industriegebieten und Gewerbebauten als Veranstaltung-, Kultur-, Begegnungs- und Wohngebäude. „Szenetypisch“ spricht man von „Lofts“, ebenfalls eine US-amerikanische Form von „Real Estate Development“. Z. B. wurde die Jahrhunderthalle in Bochum als Veranstaltungshalle umgenutzt. Um dauerhaften Leerstand einer Gewerbeimmobilie zu vermeiden, bemühen sich Eigentümer und/oder Vermieter um rechtzeitige Anschluss- bzw. Nachnutzung einer Immobilie. Grundsätzlich ist damit eine Nutzungsänderung gegenüber der ursprünglichen Nutzungsart gemeint. Neuerdings werden mit Nachnutzung größere Gebäudekomplexe erfasst. Deren Umnutzung ist vielfach nur mit wesentlichen Gebäudestrukturänderungen möglich. Zu nennen sind beispielhaft das Phönix-Industrieareal in Dortmund sowie der ehemalige Flughafen Tempelhof in Berlin.

V. Rechtliche Regelungsfelder und Fragestellungen

Nicht alle zivil- und öffentlich-rechtlichen Aspekte bei Nutzungsänderungen können thematisiert werden. Bildhaft und provokant gesprochen: So wie der Wassertropfen im Ozean das Meer verändert und sich doch geschmeidig in das Ganze einfügt, so verändert jede Nutzungsänderung in der Immobilienwirtschaft das System der Rechtsverhältnisse. Das Rechtssystem der Immobilienwirtschaft ist bemüht, die (zwangsläufig) auftauchenden Probleme zu erkennen, zu schlichten bzw. durch eindeutige, klare Rechtsbeziehungen (vor allem durch Verträge) von vornherein zu vermeiden. Dabei werden zivil- und öffentlichrechtliche Bezüge angesprochen.

Wo treten bei Nutzungsveränderungen im gewerblichen Mietrecht relevante „Probleme“, d.h. „Betroffenheiten“ auf? Die möglichen „Betroffenheiten“ sind facettenreich, vielschichtig und unterscheiden sich vor allem durch Ausmaß (Schwere, Intensität, Qualität, Grad) der Veränderung sowie im Hinblick auf die Interessenslage (Blickrichtung/Auslösung bzw. Verursachung der Veränderung). Das will heißen: Ist die Nutzungsänderung erwünscht oder unerwünscht? Handelt es sich um eine geplante oder überraschende Veränderung? Welche Rolle spielen die Beteiligten, etwa als Akteur oder passiv Betroffener?

2) Kiss/Rappen, „Verträge gegen Wertverlust – Asset Management“, in: im Nr. 3 2009, 90, 91.

3) „Investoren entdecken Wohnungen“, in: HB, 6./7./8. 2. 2009, S. 31 und 13./14./15. 3. 2009, 36.

4) „Was ist und wozu braucht man „New Urbanity“?, in: Die Welt, 9. 2. 2009, S. 26; zuvor bereits Joachim, im Nr. 5 1999, 10 ff. „Alles unter einem Dach“.

5) BVerwG Beschluss vom 14. 4. 2000, Az: 4 B 28/00, NVwZ-RR 2000, 758; Neuhaus, Handbuch der Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Münster 2008, Rdn. 81 ff.

6) BVerwG Urteil vom 29. 10. 1998, Az: 4 C 9/97, NZM 1999, 426 = NVwZ 1999, 417; Neuhaus Rdn. 82 f.

Einzugehen ist darauf, ob über die private Ebene der Vertragsfreiheit hinaus die Interessen einer Vielzahl Betroffener (allgemeines Wohl) zu berücksichtigen sind. Hier zeigt sich eine Schnittstelle zum öffentlichen Recht, z. B. Veränderungssperre bei der Nutzungsänderung von Gewerberäumen zur Bordellnutzung. Mit Blick auf Einzelheiten erscheint fraglich: Welche graduellen Nutzungsveränderungen sind denkbar? Z. B.

- Wohnnutzung zu Gewerbe
- Gewerbe zu Vergrößerungen (z. B. Einzelhandel zu Lebensmitteldiscountmarkt)⁷
- Gewerbe zum anderen Gewerbe (mit und ohne baurechtliche Veränderungen, mit und ohne Betroffenheit des allgemeinen Wohls).

Detailliert stellen sich weitere Fragen. Welche „Betroffenheiten“ sind möglich? Etwa

- zwischen den Mietparteien: wer holt die Genehmigungen ein? Wer trägt die Kosten?
- Berücksichtigung der Interessen der Mitmieter, vor allem Konkurrenzschutz
- Nachbarschutz, hier öffentlich-rechtliche Nachbarklage bzw. Berücksichtigung öffentlicher Belange im baurechtlichen Genehmigungsverfahren.⁸

Um welche konkrete Form der Nutzungsänderung handelt es sich, z. B. bloße Erweiterung des Warenbestands oder komplett neues Warensortiment?

Bei den mietrechtlichen Aspekten stellt sich das grundsätzliche Thema Vertragsfreiheit. Veränderungen können hier von außen kommen, etwa durch nachlassende oder übersteigerte Besucherströme/-frequenzen. Die räumliche Nutzung kann durch Mieter geändert werden:

- innerhalb bestehender Miet-/Pachtverträge
- durch neue Mieter.

Sie kann tangiert sein durch bauliche Veränderungen des Vermieters am Gebäude. Vertragliche und gesetzliche Gewährleistungsanktionen sind denkbar.

Beim öffentlichen Recht, hier schwerpunktmäßig dem Baurecht, ist zu unterscheiden zwischen genehmigungsbedürftiger und nicht genehmigungsbedürftiger Nutzungsänderung sowie genehmigungsbedürftiger Nutzungsänderung mit und ohne genehmigungspflichtige baurechtliche Veränderungen. Ferner ist der Nachbarschutz zu berücksichtigen, und zwar gibt es

- Rechtsbehelfe nach Zivilrecht, insbesondere aus Mietvertrag
- Rechtsbehelfe nach öffentlichem Recht.

Aus vorstehenden „Regelungs- und Problemfeldern“ drängt sich die grundlegende Überlegung auf: Was ist beim Abschluss eines Gewerberaummietvertrags (nach alledem) zu beachten, um unnötige Konflikte bei Nutzungsänderungen im Vorfeld zu vermeiden? Öffentliches und Privatrecht sind gleichermaßen einschlägig. Zu denken ist an klare Formulierungen, meistens zugunsten des Vermieters, da dieser zumeist den Vertrag vorlegt, die dann als Individualabreden aber nicht sittenwidrig sein dürfen, §§ 138, 242. Als vorformulierte Vertragsbedingungen müssten sie der Inhaltskontrolle der §§ 307 ff genügen.

B. Zivilrechtliche Betrachtung:

I. Mietrechtliche Zulässigkeit von Nutzungsänderungen

1. Vertragsgemäßer Gebrauch, § 535 BGB

a) Vertragszweck; Nutzungszweck: vereinbarte Nutzung der Mietsache

Grundsätzlich sind Nutzungsänderungen im Rahmen des jeweiligen Mietvertrags rechtlich möglich und zulässig. Nach § 535 Abs. 1 S. 2 hat der Vermieter dem Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache zu Beginn der Mietzeit zu gewähren und während der Mietzeit zu erhalten. Somit ist bei einer im Raum stehenden Nutzungsänderung jeweils genau auf

den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache abzustellen. Zu welchem Zweck ist die Mietsache vermietet? Die Zuordnung der Mietsache als Wohn- oder als Gewerberäume richtet sich nach dem vereinbarten und vom Mieter verfolgten Vertragszweck und nicht nach einer möglicherweise hiervon abweichenden tatsächlichen Nutzung.⁹ Beim Abschluss eines Gewerbemietvertrags liegt der Vertragszweck in der Regel in der vereinbarten Nutzung der Mietsache eben nicht zu Wohnzwecken, sondern etwa als Anwalts-, Arztpraxis oder als (Privat-)Bildungseinrichtung. Der Vertragszweck kann ausdrücklich im Vertrag, auch formularvertraglich, verankert sein; er mag sich ferner – stillschweigend – aus den Umständen ergeben.¹⁰ Sofern der Vermieter die Mietsache zu gewerblichen Zwecken vermietet, muss sie zu diesem vereinbarten Vertragszweck geeignet sein.¹¹ Widrigenfalls knüpfen daran erhebliche Rechtsfolgen.

b) Grundsatz der Vertragsfreiheit

Im Rahmen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit können die Gewerberaum- Mietvertragsparteien den Vertragszweck weit oder eng fassen sowie spätere Änderungen – einvernehmlich – vornehmen.¹² Freiheit umfasst – auch – die Einsicht in die Notwendigkeit, d.h. vorliegend, dass sich Bedürfnisse von Nutzungsänderungen im Vertragsverlauf aufdrängen. § 311 gewährt weiten Gestaltungsraum. Vielfach sehen Gewerbemietverträge enge Nutzungszweckbestimmungen, hingegen selten weit gefasste Nutzungsänderungen vor. Sodann gilt der Grundsatz: Beabsichtigt der Mieter während des laufenden Mietverhältnisses, die Nutzung der Mietsache zu ändern, umzustellen oder zu erweitern, stellt dies grundsätzlich eine Betriebsänderung dar, welche regelmäßig in den Vertrag eingreift.¹³ Fraglich ist, ob der Mieter seine Absicht umsetzen kann, insbesondere vor dem Hintergrund von Wirtschafts- und Finanzkrise, oder ob der Vermieter diese Absicht unterbinden kann.

c) Geschäftserweiterung, -ergänzung, -ausdehnung – in Abgrenzung zur: Nutzungs- bzw. Geschäftsänderung, Änderung des Kerngeschäfts

Im Ausgangspunkt ist festzustellen, ob der Mieter eine bloße Geschäftserweiterung tätigt, mithin das Kerngeschäft lediglich ausdehnt, oder ob er die Nutzungsart und damit das Kerngeschäft ändert; einer solchen relevanten Änderung gleichgestellt ist die Aufnahme einer weiteren – zusätzlichen – eigenständigen Geschäftstätigkeit.¹⁴ Grundsätzlich ist die Geschäftserweiterung zulässig. Gerade angesichts der Wirtschafts- und Finanzkrise wäre es dem Mieter sonst verwehrt, sich neuen und drängenden Marktgegebenheiten anzupassen. Dabei darf der Vertragszweck der begehrten Anpassung nicht entgegen stehen. Zur Abgrenzung und Einschätzung des jeweils zur rechtlichen Würdigung anstehenden Falles greift man gemeinhin auf eine umfangreiche mietrechtliche Kasuistik zurück. Darauf ist nachfolgend schlaglichtartig zurückzukommen. Sie vermag allenfalls fundierte Anhaltspunkte, gleichsam „Leuchtturm“ zu geben. Die aktuelle wirtschaftliche Lage muss zudem angemessen gewürdigt werden.

Es ist darauf hinzuweisen, dass der Bundesgerichtshof (=BGH) bereits in den 50er Jahren des letzten Jahrhunderts die

7) OVG Nordrhein-Westfalen Urteil vom 6. 11. 2008, Az: 10 A 1417/07, in www.juris.de/jportal = DVBI 2009, 134.

8) OVG des Saarlands Beschluss vom 19. 10. 2008, Az: 2 B 347/08, in: www.juris.de/jportal: Nachbarschutz gegen – erweiterte – Kfz-Werkstatt, u. a. befürchtete „Besucherexzesse“.

9) BGH Urteil vom 23. 4. 1997, Az: VIII ZR 212/96, NJW 1997, 1845 = WuM 1997, 380; OLG Celle Urteil vom 3. 3. 1999, Az: 2 U 86/98, ZMR 1999, 469; aktuell OLG Frankfurt Urteil vom 4. 4. 2008, Az: 2 U 214/07, ZMR 2009, 198 mit Anm. Mummenhoff, in: www.juris.de/jportal.

10) Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht-Kommentar, 9. Auflage, München 2007, § 535 Rdn. 443; Gather DWW 2002, 54, 64.

11) Schultz Gewerberaummierte, 3. Aufl., München 2007, 8.

12) Horst Praxis des Mietrechts, 2. Aufl., München 2009, Rdn. 19.

13) KG NZM 1999, 462; Eisenschmid, aaO.

14) OLG Hamm NZM 1999, 1051; Stornel, Mietrecht II Rdn. 161, 139; Eisenschmid, aaO.

bloße Geschäftserweiterung als grundsätzlich zulässig angesehen hat, so die Erweiterung des Angebots einer Milchbar auf alkoholische Getränke.¹⁵ Der Vertragszweck als Grenze offenbart sich in einem Fall des OLG Hamm,¹⁶ in welchem der Tankstellenpächter auf seinem Grundstück ein Mietwagengeschäft betreiben will. Letzteres kann ein Geschäft anderer Qualität darstellen, welches über den – bisherigen – Vertragszweck hinausgeht. Verstößt der Mieter dagegen, stehen dem Vermieter Unterlassungs- und sonstige mietrechtliche Ansprüche zu.

d) Genehmigungsfähigkeit des Mietobjekts

Das Risiko der Genehmigungsfähigkeit des Mietobjekts trägt regelmäßig der Vermieter. Dies gilt grundsätzlich auch für damit verbundene Nutzungsänderungen. Dieses Risiko kann im Formularmietvertrag in der Regel nicht auf den Mieter abgewälzt werden.¹⁷

e) Bauliche Veränderungen des Mietobjekts

Nutzungsänderungen gehen mit baulichen Veränderungen einher. Soweit z. B. Einbauten, Installationen, Umbauten vom Mieter vorgenommen werden, bedarf er dazu regelmäßig der vorherigen schriftlichen Zustimmung (Einwilligung) des Vermieters. Einschlägige kautelarjuristische Formulierungen weisen insoweit dem Mieter Risiko- und Kostentragung bezüglich Genehmigung, Instandhaltung, Gefahren- und Schadensbeseitigung zu.¹⁸

2. Zustimmung des Vermieters

a) Ermessensausübung

Jede erhebliche Nutzungsänderung – also nicht die bloße Nutzungserweiterung – bedarf als Vertragsänderung der Zustimmung des Vermieters.¹⁹ Hiervon könnte nur dann abgesehen werden, falls die Vertragsparteien keine spezifische Nutzungsart vereinbart haben – ein in der Mietrechtspraxis selten genug vorkommender Fall. Grundsätzlich kann der Vermieter die Zustimmung nach freiem Ermessen erteilen oder verweigern. Sicherlich wird er sich als vernünftiger Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr auch von den tatsächlichen Entwicklungen und Sachzwängen im Zuge der Wirtschafts- und Finanzkrise leiten lassen. Einem wirtschaftlich tragfähigen (Um-)Nutzungskonzept eines bewährten Mieters wird er sich regelmäßig nicht verschließen. Allerdings hat er oft nicht nur die eigenen, sondern die Interessen eventueller Mit-Mieter zu berücksichtigen.

b) Grenze: Rechtsmissbrauch

Die Grenze der Ermessensausübung des Vermieters stellt § 242 dar. Sollte sich seine Entscheidung als rechtsmissbräuchlich erweisen, d.h. auf sachfremden oder willkürlichen Erwägungen – nachweislich – beruhen, gilt die Zustimmung als erteilt.

c) Treu und Glauben, relevante Einzelfallumstände, Zumutbarkeit, wichtiger Grund, Interessenabwägung

Oft wird die Frage aufgeworfen, ob die vom Mieter begehrte Nutzungsänderung dem Vermieter zuzumuten ist. Mit dem unbestimmten Rechtsbegriff der Zumutbarkeit gehen weitere, oftmals komplexe Wertungsakte einher, etwa dergestalt, ob unter Würdigung der relevanten Einzelfallumstände und bei sachgemäßer Abwägung der verschiedenen Interessen nach den Grundsätzen von Treu und Glauben dem Vermieter die Nutzungsänderung zugemutet werden kann.²⁰ Gelegentlich wird

dezidiert danach gefragt, ob der Vermieter einen wichtigen Grund, zumindest einen sachlichen Grund für die Verweigerung seiner Zustimmung anführen kann. Manche Geschäftsraummietverträge sehen eine derartige Formulierung vor.²¹ Der jeweilige Lebenssachverhalt ist umfassend zu berücksichtigen.

3. Konkurrenzschutz

a) Ausdrücklicher Konkurrenzschutz

Bei der vom Mieter begehrten Nutzungsänderung muss der Vermieter berücksichtigen, ob er mit der Zustimmung seine Konkurrenzschutzpflicht gegenüber einem anderen Mieter verletzt oder ob eine Belästigung anderer Hausbewohner oder Nachbarn zu besorgen ist.²² Bekanntlich kann der Vermieter dem Mieter im Rahmen des Gewerbemietvertrags ausdrücklichen Konkurrenzschutz für die Waren und Dienstleistungen des Mieters einräumen. Als Ausfluss der Vertragsfreiheit kann dies umfassend oder eingeschränkt ausfallen.²³ Gegen Art und Umfang des dem jeweiligen Mieter gewährten Konkurrenzschutzes darf der Vermieter nicht verstoßen.

b) Vertragsimmanenter Konkurrenzschutz – Abgrenzung: Haupt-/Nebenartikel

Falls kein ausdrücklicher Konkurrenzschutz dem Mieter eingeräumt ist, folgt aus der Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs der sog. vertragsimmanente Konkurrenzschutz, wonach der Vermieter dem Mieter für dessen Hauptartikel Schutz gewähren muss. Hauptartikel sind solche, welche dem Geschäftsbetrieb des Mieters das wesentliche Gepräge verleihen.²⁴ Daraus folgt, dass der Konkurrenzschutz, welcher einem Mit-Mieter für dessen Hauptartikel zu gewähren ist, der vom anderen Mieter begehrten Nutzungsänderung entgegenstehen kann. Beispielhaft sei darauf hingewiesen, dass beide Mieter nunmehr in ihrer Gaststätte Speisen und Getränke anbieten wollen.

c) Mit-Mieter

Mieter einer Gewerbeimmobilie können unter Konkurrenzschutzgesichtspunkten einer begehrten Nutzungsänderung Einwände erheben. Grundsätzlich dürfen sie diese dem Vermieter gegenüber geltend machen und ggf. ihre mietrechtlichen Gewährleistungsansprüche darauf stützen. Allerdings sollte die wirtschaftliche Realität nicht außer Ansatz bleiben. Anlehnend an das Vorgehen eines versierten Center-Managements in einem Shopping-Center²⁵ mit einer – geradezu gewollten – Vielzahl

15) BGH Urteil vom 8. 10. 1957, Az: VIII ZR 47/56, NJW 1957, 1833 = ZMR 1957, 13.

16) OLG Hamm NZM 1999, 1051.

17) BGH NJW 1988, 2664 = WuM 1988, 302; Groß/Grandel, in: Beck'sches Formularbuch, Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 9. Aufl., München 2006, III.D.I. § 1 Abs. 1-3 Anm. 3.

18) Groß/Grandel, in: Beck'sches Formularbuch, Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, III.D.I. § 10 Abs. 4 Anm. 19a; zu den (laufenden) Instandhaltungsarbeiten im Gewerbemietverhältnis und deren Überbürdung auf den Mieter Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 28 ff.

19) OLG Düsseldorf GE 2003, 321 = GuT 2003, 55 = WuM 2003, 136; OLG Frankfurt/Main MDR 2000, 825; Bieber/Ingendoh/Gütlinger, Geschäftsraummieta, Berlin 2007, B § 2 Rdn. 20 ff; Eisenschmid, aaO. Rdn. 444.

20) BGH NJW 1961, 307 = ZMR 1961, 102; NJW 1957, 1833; Eisenschmid, aaO.

21) Groß/Grandel, in: Beck'sches Formularbuch, Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, III.D.I. § 1 Abs. 2 Anm. 3.

22) So etwa Eisenschmid, aaO. Rdn. 445; Neuhaus Rdn. 1008 ff.

23) Zur aktuellen Rechtsprechung: KG Urteil vom 25. 1. 2007, Az: 8 U 140/06, NZM 2007, 566 = GuT 2007, 212; OLG Nürnberg Urteil vom 3. 11. 2006, Az: 5 U 754/06, NZM 2007, 567; OLG Düsseldorf Urteil vom 29. 9. 2006, Az: 10 U 28/06, NZM 2007, 357 = GuT 2006, 309; Fritz Gewerberaummieta, 4. Auflage, München 2005, Rdn. 76 ff; Lindner-Figura/Opree/Stellmann/Eggersberger, Geschäftsraummieta, 2. Aufl., München 2008, Kap. 23, Rdn. 37 ff; Neuhaus aaO.; Stobbe/Tachezy NZM 2002, 557; ausführlich Joachim, Beilage Nr. 6. BB 1986, 9; ders. ZIP 1991, 966, 968 ff; ders. NZM 2000, 785, 797; ders. NZM 2004, 57, 59; ders. NZM 2004, 892, 895; ders. GuT 2004, 207.

24) Lindner-Figura/Opree/Stellmann/Eggersberger, Kap. 23 Rdn. 51 ff; Neuhaus Rdn. 1024 ff; Joachim aaO.

25) Zur „Verrechtlichung“ im Shopping-Center neuerdings Joachim NZM 2008, 316; ders. NZM 2008, 511.

*Dokumentation,
Analyse, Entwicklung*

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

von Konkurrenzschutzproblemlagen schaffen diese Professionals es häufig, durch Verhandlungen und Vertragsgestaltungen, für jeden Mieter sein Kerngeschäft zu platzieren und – bei Bedarf – zu erweitern. Auf eine auch in „Krisenzeiten“ bewährte Praxis sollte bei anderen Gewerbemietverhältnissen abgestellt werden und sog. Mit-Mieter „Win-Win-Situations“ geschaffen werden, und zwar durch eine tragfähige und konsenterte Produkt- bzw. Artikelabgrenzung zwischen den Mit-Mietern.

4. Beeinträchtigung bzw. Belästigung Dritter

a) Mit-Mieter

Die begehrte Nutzungsänderung mag in außergewöhnlich gelagerten Fallkonstellationen zu Beeinträchtigungen, ggf. gar zu Belästigungen Dritter führen und so vom Vermieter zu versagen sein. Werden etwa in einer großen Gewerbeimmobilie Räumlichkeiten zur Nutzung als Büroflächen vermietet, dürfen in den Räumen keine Asylbewerber untergebracht werden.²⁶ Die als „Laden“ weiter gegebenen Räume dürfen nicht ohne weiteres als Kindertagesstätte²⁷ und auch nicht als Sex-Shop oder Sex-Kino²⁸ verwendet werden.

b) Nachbarn

Nachbarn können bei sich abzeichnenden erheblichen Beeinträchtigungen oder Belästigungen im Zuge einer avisierten oder vollzogenen Nutzungsänderung Unterlassungs- bzw. Beseitigungsansprüche geltend machen. Grundsätzlich folgen derartige Ansprüche in besonders gelagerten Ausnahmefällen aus dem Grundsatz des gedeihlichen nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses als besondere Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben, § 242. Zu betonen ist der Ausnahmeharakter solcher Fallkonstellationen, etwa bei der Schaffung etwaiger Einrichtungen von Drogenkonsum- und/oder Prostitutionsmöglichkeiten im Zuge der Nutzungsänderung. Hier stehen Vorbeugung bzw. Bekämpfung von Kriminalität im Vordergrund und vermögen in derartigen Ausnahmefällen Ansprüche von Nachbarn gegen begehrte Nutzungsänderungen zu begründen.

5. Rechtliche Reaktionsmöglichkeiten

Vertragserfüllung, Zurückbehaltungsrecht, Mietminderung, Vertragsanpassung, (fristgemäße/fristlose) Kündigung

a) Mieter

Wird dem Mieter zu Unrecht die begehrte Nutzungsänderung verweigert, steht ihm grundsätzlich das gesamte Arsenal der rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten gegen den Vermieter zur Verfügung. Denkbar ist zunächst die Aufforderung zur Vertragserfüllung gem. §§ 535, 536. Der Mieter kann sein mietrechtliches Zurückbehaltungsrecht nach § 320 geltend machen und die Miete – zumindest teilweise – zurückbehalten. Stellt die verweigerte Nutzungsänderung einen Mangel der Mietsache dar, hat der Mieter ein Recht zur Mietminderung, § 536. Bei wesentlicher Gebrauchsbeeinträchtigung kommt eine Mietminderung „auf Null“ durchaus in Betracht. Bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen von § 536a steht dem Mieter ein Schadensersatzanspruch zu. Unter den Voraussetzungen von § 543 kann er nach fruchtloser Abmahnung das Mietverhältnis – ggf. – fristlos kündigen. Diese fristlose Kündigungsmöglichkeit dürfte nur in Ausnahmefällen als „ultima ratio“ einschlägig sein.²⁹ In Anwendung des Rechtsgedankens aus § 313 von der Störung der Geschäftsgrundlage kann er Verhandlungen über die Vertragsanpassung hinsichtlich der begehrten Nutzungsänderung führen. Nicht nur in Krisenzeiten kann sich die „kommunikative Binsenweisheit“ bewähren: „Kluge Köpfe kommunizieren, zumindest sollten sie es probieren!“³⁰

b) Vermieter

Nimmt der Mieter eine zustimmungspflichtige Nutzungsänderung ohne Zustimmung des Vermieters vor, liegt vertragswidriger Gebrauch vor. Falls keine Duldungspflicht des Vermieters besteht, kann er den Mieter nach vorheriger Abmahnung auf Unterlassung in Anspruch nehmen, § 541. Zusätzlich steht dem Vermieter die fristlose Kündigung zu, wenn der Mie-

ter durch die praktizierte vertragswidrige Nutzungsänderung die Rechte des Vermieters erheblich verletzt hat, § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2. Unter den Voraussetzungen von §§ 280 Abs. 1, 282, 241 Abs. 2 kann der Vermieter Schadensersatz verlangen.³¹

II. Wohnungseigentumsrechtliche Zulässigkeit von Nutzungsänderungen

Nutzungsänderungen spielen eine erhebliche Rolle im Wohnungseigentumsrecht. Im Vordergrund stehen gemischt genutzte Immobilien im Teileigentum. Der Teileigentümer versucht, seine bisher als Wohnraum genutzte Eigentumswohnung nunmehr gewerblich, etwa als Büro, zu nutzen und so eine höhere Rendite aus dem eingesetzten Kapital zu erzielen. Üblicherweise finden sich in einer Teilungserklärung bzw. Gemeinschaftsordnung Nutzungszweckregelungen, welche zum Schutz der Gemeinschaft möglichst konkret fixiert werden sollten. Sie bedeuten Vereinbarungen der Wohnungseigentümer untereinander i.S.v. § 10 Abs. 2 S. 2 WEG. Grundsätzlich sind die Festlegungen der Teilungserklärung über den Nutzungszweck stets vorrangig zu beachten. So reicht die Bezeichnung in der Teilungserklärung als „Laden“ für eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungskarakter aus.³² Durch vertragliche Abmachungen kann sich die Eigentümergemeinschaft ihrer Beschlusskompetenz bezüglich abweichender Beschlüsse begeben haben, so dass sie für abweichende Abmachungen nicht mehr zuständig ist. Handelt es sich nicht nur um einen vereinbarungswidrigen Beschluss, der die Bestimmungen der Teilungserklärung fehlerhaft anwendet, sondern um einen vereinbarungsändernden Beschluss, mit dem der Gebrauch neu geregelt werden soll, dann gilt Folgendes: Ein solcher Beschluss ist mangels Öffnungsklausel in der Teilungserklärung und damit fehlender Beschlusskompetenz nichtig.³³

1. Teilungserklärung

Art und Umfang der Nutzung des Teileigentums unterliegen den Bestimmungen des WEG. Namentlich sind §§ 14, 15 WEG zu beachten. Bei zweckwidriger Nutzung stehen den beeinträchtigten Teileigentümern Abwehr- bzw. Unterlassungsansprüche gem. § 15 Abs. 3 WEG, § 1004 Abs. 1 S. 2 zu.³⁴ Ist Teileigentum in der Teilungserklärung als „Gaststätte“, „Gewerbe“ oder „Laden“ gekennzeichnet, stellt dies regelmäßig eine Zweckbestimmung dar. Sie ist grundsätzlich vom Teileigentümer zu beachten und von ihm als Vermieter an den Mieter entsprechend weiterzugeben.³⁵

2. Absprachen der Wohnungs- bzw. Teileigentümer

Soweit die Wohnungs- bzw. Teileigentümer einer Eigentümerversammlung die Beschlusskompetenz hinsichtlich Nutzungsänderungen des jeweiligen Teileigentums behalten und nicht bereits durch eindeutige Abfassung der Teilungserklärung aus der Hand gegeben haben, können sie durch Beschluss entsprechende Änderungen der Teileigentumsnutzung bewirken. Manche Beschreibungen in der Teilungserklärung stellen keine Zweckbestimmung, sondern nur einen unverbindlichen Gestaltungsvorschlag dar, so etwa die Bezeichnung als „Teeküche“,

26) OLG Düsseldorf ZMR 1991, 176 = DWW 1991, 80.

27) OLG Düsseldorf NZM 2003, 979 = GuT 2003, 70.

28) LG Passau NJW 1983, 1685 = ZMR 1983, 319.

29) Zur Minderung der Miete bzw. zur außerordentlichen Kündigung ausführlich Horst Rdn. 1195 ff und 1252 ff; Lindner-Figura/Opree/Stellmann/Eggersberger, Kap. 23 Rdn. 62 ff; zu den Mieterrechten bei Konkurrenzschutzverletzungen Neuhaus Rdn. 1033 ff.

30) Zur Kommunikation und zum „Flow-Konzept“ als Kernelemente des Glücks Joachim GuT 2008, 415, 425.

31) Ausführlich Horst Rdn. 1354 ff; Bieber/Ingendoh/Güttlinger B. § 2 Rdn. 21.

32) BayObLG Beschluss vom 6. 3. 2003, Az: 2Z BR 9/03, GuT 2004, 28; Fritz/Schacht NZM 2008, 155; näher Neuhaus Rdn. 60 ff.

33) BGH Beschluss vom 20. 9. 2000, Az: V ZB 58/99, NJW 2000, 3500 = WuM 2000, 620; OLG Saarbrücken Beschluss vom 3. 2. 2006, Az: 5 W 115/05-31, GuT 2007, 159, 160.

34) BayObLG, aaO.; Fritz/Schacht NZM 2008, 155, 156; Neuhaus Rdn. 70.

35) Fritz/Schacht NZM 2008, 155; Blank WuM 2000, 523, 525; Eisenschmid, aaO. Rdn. 448.

„Coffee-Corner“ oder „Wartezimmer“, „Leisure-Lounge“; demgegenüber erachtet die Rechtsprechung die Vereinbarung als „Hobbyraum“ als eine Zweckbestimmung.³⁶

a) Das OLG Saarbrücken verneint die Zulässigkeit einer Beschlussfassung der Wohnungseigentümerversammlung über die Nutzung von Wohnungen zu „Boarding-House“-Zwecken. Die Nutzungsänderung der Wohnung in ein Boarding-House konnte die Eigentümerversammlung nicht wirksam treffen. Der gefasste Beschluss ist nichtig, weil es der Versammlung an der erforderlichen Beschlusskompetenz fehlte, §§ 10 Abs. 2, 23 Abs. 1 WEG. Durch Mehrheitsbeschluss können die Wohnungseigentümer nach § 15 Abs. 2 WEG den Gebrauch des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums nur insoweit regeln, als die Grenzen der Ordnungsmäßigkeit nicht überschritten sind und eine durch Vereinbarung getroffene Gebrauchsregelung nicht entgegensteht. Liegt eine solche Vereinbarung vor, fehlt es den Wohnungseigentümern an der Kompetenz, durch vereinbarungsändernden Mehrheitsbeschluss eine abweichende Regelung zu treffen. Die im Fall gegebene absolute Beschlussunzuständigkeit macht den Beschluss nicht nur anfechtbar, sondern nichtig.³⁷ Grundsätzlich ist im WEG-Recht bei anstehenden Nutzungsänderungen eine typisierende bzw. generalisierende Betrachtung angezeigt.

Eine typisierende, objektivierbare und verallgemeinernde Betrachtung stellt der BGH bei der Beurteilung des Umfangs von Schönheitsreparaturen an: Vereinbaren die Parteien eines Gewerberaummietvertrags allgemein die Übertragung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter, umfassen diese auch – bei Zugrundelegung des typischen Verständnisses redlicher Vertragspartner unter Abwägung der Interessen der an Geschäften dieser Art üblicherweise beteiligten Kreise – die Grundreinigung des Teppichbodens.³⁸

Sie vermag allerdings im vorliegenden Fall die erstrebte Nutzungsänderung der Wohnung in eine hotel-ähnliche Boarding-House-Nutzung nicht anzuerkennen. Nach WEG-Recht sind die Nutzungsänderungen restriktiv anzugehen und nur im begründeten Einzelfall anzuerkennen.

b) So verneint das – ehemalige – Bayerische Oberste Landesgericht die beabsichtigte Nutzungsänderung, wenn die Ausübung des geänderten Berufs- oder Gewerbebezweigs mit den Belangen der übrigen Wohn- bzw. Teileigentümer nicht zu vereinbaren ist. Im Fall ging es u. a. um den Antrag auf Zustimmung zur Vermietung des Teileigentums zum Betrieb eines Drogeriemarkts.³⁹ Bei typisierender Betrachtung widerspricht einem Teileigentum, in dessen Räumen nach der Gemeinschaftsordnung ein(e) Café/Konditorei auch ohne Einschränkungen zeitlicher oder sachlicher Natur betrieben werden darf, regelmäßig die Nutzung als (griechisches) Spezialitätenrestaurant.⁴⁰

In einem weiteren Beschluss hält dasselbe Gericht fest: Der Betrieb eines Pilslokals mit Speisegaststätte (Pizzeria) stört bei typisierender Betrachtungsweise mehr als der Betrieb eines Ladens, und zwar selbst dann, wenn in unmittelbarer Nachbarschaft eine weitere Gaststätte vorhanden ist.⁴¹

Auf der gleichen Linie liegt ein früherer Beschluss desselben Gerichts zur Nutzungsänderung eines Kur-Cafes: Enthält die Teilungserklärung einer Eigentumswohnanlage eine Nutzungsbeschränkung von gewerblichen Räumen auf die Verwendung als „Kur-Cafe, im Untergeschoss als Weinstube“, ist damit der Betrieb eines Speise- und Pilslokals mit Musikunterhaltung nicht vereinbar.⁴² Die vorzunehmende typisierende Betrachtung lässt nur „minimale“ Nutzungsänderungen zu. Allenfalls sind geringfügige Nutzungs- bzw. Geschäftserweiterungen, -ausdehnungen oder -ergänzungen zulässig.

III. Einzelfälle: Abgekürzte Auswahl; Aufzeigen von Abgrenzungsleitlinien, d.h. „Reasoning from Case to Case“

1. Vorbemerkung

Nachfolgend werden einige einschlägige Rechtsprechungsbeispiele aus dem (gewerblichen) Miet- und WEG-Recht dar-

gestellt. Dabei sollen Art und Umfang von Nutzungsänderungen herausgearbeitet und die rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten beleuchtet werden. In Anlehnung an die anglo-amerikanische Vorgehensweise des „Reasoning from Case to Case“ wird versucht, aus einer Einzelfallbetrachtung allgemein zu beachtende Abgrenzungs- und Leitlinien für die Beurteilung von relevanten Nutzungsänderungen aufzuzeigen.

2. BGH-Fall, XII. Zivilsenat: Nutzungsänderung von Kfz-Werkstatt in Cateringbetrieb

Der für das Gewerberaummietrecht zuständige XII. Zivilsenat des BGH hat kürzlich in einem Fall zur Nutzungsänderung grundsätzlich zugunsten des Mieters entschieden. Die Mieträume waren als „Autokarosseriewerkstatt und Fahrzeughalle“ baurechtlich genehmigt. Der klagende Mieter betrieb von Juni 1998 bis April 2004 in diesen Räumen unbeanstandet ein Cateringunternehmen; so mietete er von der Rechtsvorgängerin des beklagten Vermieters Gewerberäume zum Betrieb eines „Büros/Lagers etc. einer Filmcateringgesellschaft mit Küche fest von Juni 1998 bis zum 30. Juni 2008“. Richtungsweisend hält der BGH fest:⁴³

Das Fehlen der erforderlichen behördlichen Genehmigung zur vertragsgemäßen Nutzung von Mieträumen stellt einen Mangel i.S.v. § 536 dar.

Wenn einem Gewerberaummieter durch Ordnungsverfügung mit Zwangsmittelandrohung die vertragsgemäße Nutzung des Mietobjekts untersagt wird und für ihn zumindest Ungewissheit über deren Zulässigkeit besteht, ist er zur fristlosen Kündigung berechtigt.⁴⁴

Ein formularmäßiger Haftungsausschluss für den Gewerberaummieter ist unwirksam, wenn er die Haftung des Vermieters auch für den Fall ausschließt, dass die erforderliche behördliche Genehmigung für den Gewerbebetrieb des Mieters aus Gründen versagt wird, die ausschließlich auf der Beschaffenheit oder der Lage des Mietobjekts beruhen. Damit sind nach der Klausel im Fall der Verweigerung der Genehmigung nicht nur Gewährleistungsrechte des Mieters, sondern auch dessen Befugnis zur fristlosen Kündigung des Mietvertrags ausgeschlossen. Ein so weit gehender Haftungsausschluss benachteiligt den Mieter entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist deshalb nach § 307 unwirksam.⁴⁵

Grundsätzlich ist individualvertraglich eine weitergehende Risikoabwälzung als durch Formularvertrag möglich (Rechtsgedanke aus § 305 b: Vorrang der Individualabrede vor einer Allgemeinen Geschäftsbedingung). Abreden dieser Art sind stets eng und grundsätzlich gegen den die Formulierung verwendenden Vermieter auszulegen, da es nur in engen und fest

36) BayObLG WuM 1990, 454 = NJW-RR 1991, 139; dazu Eisenschmid, aaO. Rdn. 451.

37) BGH Beschluss vom 22. 1. 2004, Az: V ZB 51/03, NJW 2004, 937 = WuM 2004, 165; OLG Saarbrücken Beschluss vom 3. 2. 2006 Az: 5 W 115/05-31, GuT 2007, 159.

38) BGH Urteil vom 8. 10. 2008, Az: XII ZR 15/07 GuT 2008, 484, 485; zur typisierenden Betrachtung in WEG-Recht BayObLG Beschluss vom 6. 3. 2003, Az: 2Z BR 9/03, GuT 2004, 28; LG Wiesbaden Beschluss vom 20. 12. 2007, Az: 4 T 300/07, ZMR 2008, 331; Neuhaus Rdn. 66.

39) BayObLG Beschluss vom 25. 9. 2003, Az: 2Z BR 137/03, GuT 2004, 31, 32.

40) BayObLG Beschluss vom 22. 9. 2004, Az: 2Z BR 103/04, GuT 2006, 39.

41) BayObLG Beschluss vom 6. 3. 2003, Az: 2Z BR 9/03, GuT 2004, 28, 29.

42) BayObLG Beschluss vom 28. 9. 2000, Az: 2Z BR 55/00, ZMR 2001, 51 = GuT 2002, 121.

43) BGH Entscheidung vom 24. 10. 2007, Az: XII ZR 24/06, GuT 2007, 434, in: www.juris.de/jportal.

44) BGH aaO.; BGH Urteil vom 22. Juni 1988 Az: VIII ZR 232/87, NJW 1988, 2664, 2665 = WuM 1988, 302; Lindner-Figura/Opree/Stellmann, Kap. 14 Rdn. 341 ff; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Köln 2004, Rdn. 228 f.

45) BGH aaO.; BGH, Urteil vom 22. Juni 1988 aaO.; KG Entscheidung vom 1. 4. 2004, Az: 8 U 219/03, in: www.juris.de/jportal.; Emmerich/Sonnenschein, Miete, 9. Aufl., Berlin 2007, § 536 Rdn. 11, 12; Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., München 1999, II Rdn. 470.

umrissenen Grenzen hingenommen werden kann, dass der Vermieter wesentliche, ihm obliegende Pflichten (Haupt- bzw. Kardinalpflichten) auf den Mieter abwälzt.⁴⁶

Der BGH konstatiert im Fall eine in vielen Mietverträgen anzutreffende Regelung, wonach der Mieter bauliche Änderungen an der Mietsache nur mit Zustimmung des Vermieters vornehmen darf und ggf. die hierfür anfallenden Kosten zu tragen hat.⁴⁷

Weigert sich der Vermieter, an der Herbeiführung einer Genehmigung zur Nutzungsänderung mitzuwirken (hier: Nutzung einer ehemaligen Kfz-Werkstatt mit Lagerhalle für einen Cateringbetrieb), stellt dies nur dann einen Grund für die fristlose Kündigung des Mieters gemäß § 543 Abs. 1 dar, wenn eine Erfüllung der behördlichen Auflagen für ihn mit erheblichem Aufwand verbunden wäre.

Der für das Gewerberaummietrecht zuständige Senat weist die Verantwortung für die Genehmigungsfähigkeit der Mietsache zum konkreten vertragsgemäßen Gebrauch dem Vermieter zu; das gilt auch für Nutzungsänderungen. Damit nimmt er Zuständigkeitsbereichseinteilungen, Verantwortlichkeiten- und Risikozuweisungen vor. Der Gewerbevermieter ist – zumindest formularvertraglich – für die Mietsache sowie für Genehmigungen bezüglich der Lage und Objektbeschaffenheit der Mietsache zuständig und verantwortlich.

3. KG-Fall: Mietmangel bei fehlender Zweckentfremdungsgenehmigung und Baugenehmigung für Umwandlung von Wohn- in Geschäftsraum in Berlin

Das KG spricht dem Mieter gemäß § 536a Schadensersatz zu. Die von ihm mit Vertrag vom 14. 12. 2001 angemieteten Räume waren bereits bei Vertragsschluss mit einem Mangel behaftet, der den beklagten Mieter an der Ausübung des ihm zustehenden vertragsgemäßen Gebrauchs hinderte. Denn bis zum Ausspruch der fristlosen Kündigung lag bezüglich eines Teils des ersten Obergeschosses weder eine Zweckentfremdungsgenehmigung noch die gemäß § 55 Abs. 1 der Bauordnung für Berlin erforderliche Genehmigung der Umwandlung von Wohn- in Geschäftsraum vor.⁴⁸ Die Praxis der Berliner Baubehörde hat sich mit Aufhebung der ZweckentfremdungsVO am 27. Juli 2003 geändert. Gleichwohl fehlte die Umwandlungsgenehmigung. Der Beklagte war daher gemäß § 536 Abs. 1 von der Verpflichtung zur Zahlung der Miete befreit. Die Schaffung der Voraussetzungen für die behördliche Erlaubnis des dem Mieter geschuldeten vertragsgemäßen Gebrauchs obliegt grundsätzlich dem Vermieter. Eine umfassende formularvertragliche Abwälzung dieser Pflicht bewertet das KG als unvereinbar mit § 307 (ehedem § 9 AGBG) und als nicht hinnehmbare Aushöhlung der Kardinalpflicht des Vermieters zur Gebrauchüberlassung nach § 536. Zwar erachtet der Senat derart weitreichende individualvertragliche Regelungen als denkbar und möglich; jedoch kann die vorliegende Mietvertragsregelung gemäß §§ 133, 157 nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte nicht dahin ausgelegt werden, dass der beklagte Mieter verpflichtet sein soll, auf eigene Kosten und eigenes Risiko selbst die Voraussetzungen für die dem Kläger bzw. Vermieter obliegenden vertraglichen Verpflichtungen zu schaffen. Das KG hält unmissverständlich fest: Es kann von einem Mieter nicht verlangt werden, Räume zu beziehen, deren vertragsgemäße Nutzung dem Risiko einer öffentlichrechtlichen Untersagung ausgesetzt ist.⁴⁹ Demzufolge weist der Senat das Risiko aufgrund der Nutzungsänderung ausdrücklich dem Vermieter zu und gewährt dem Mieter die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1. Das Gericht sieht den Mieter im konkreten Fall als schutzwürdig gegenüber dem Vermieter an. Die Konsequenzen der gescheiterten Nutzungsänderung wegen der fehlenden Änderungsgenehmigung trägt der Vermieter. Das Risiko haftet unmittelbar an der Lage und Objektbeschaffenheit der Mietsache. Dafür ist grundsätzlich der Vermieter einstandspflichtig und verantwortlich.

4. OLG Saarbrücken-Fall: Gebrauchsgewährleistungspflicht des Vermieters einer Arztpraxis im Hinblick auf die Herbeiführung einer Nutzungsänderungsgenehmigung

Das OLG Saarbrücken sieht es im vorliegenden Fall als Aufgabe des klagenden Vermieters an, die Nutzungsänderungsgenehmigung für die Arztpraxis herbeizuführen. Das Unterbleiben der behördlich verlangten brandschutztechnischen Maßnahmen sowie des Stellplatznachweises kann nicht dem beklagten Mieter angelastet werden. Denn die gesetzliche Hauptpflicht des Vermieters besteht darin, dem Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren. Hierzu gehört es bei der Vermietung von Räumen zum Betrieb einer Arztpraxis, dass nach der Beschaffenheit der Räume eine uneingeschränkte Nutzung als Arztpraxis tatsächlich und rechtlich möglich ist. Demgemäß stellen öffentlichrechtliche Gebrauchshindernisse und behördliche Gebrauchsbeschränkungen – wenn sie auf deren konkreter Beschaffenheit beruhen – einen Mangel (nicht mehr: Fehler) der Mietsache dar, für den der Vermieter grundsätzlich einzustehen hat. Im Fall trägt dieser Sichtweise die Parteivereinbarung Rechnung, wonach der Vermieter die Gewähr dafür übernimmt, dass etwaige erforderliche behördliche Genehmigungen für die Nutzung der Mieträume durch den Mieter erteilt werden, sofern die Genehmigungen aus Gründen versagt werden, die ausschließlich auf der Beschaffenheit oder der Lage des Mietobjekts beruhen.⁵⁰ Im Fall geht es nicht um bauliche Veränderungen durch den Mieter, sondern nur um die Umnutzung der Mietsache und das diesbezügliche Erfordernis einer baurechtlichen Nutzungsänderungsgenehmigung. Die damit verbundenen Risiken weist der Senat dem Vermieter zu. Erneut entscheidet die Judikatur die nicht genehmigte Nutzungsänderung aufgrund einer räumlich orientierten Risikobetrachtung, -bewertung und -zuweisung.

5. OVG Nordrhein-Westfalen, Münster-Fall: Der Vollstreckung der bestandskräftigen Ordnungsverfügung, mit der dem Grundstückseigentümer aufgegeben worden ist, den dort errichteten Geflügelstall abzubauen und eine Aufschüttung zu beseitigen, steht ein Vollstreckungshindernis entgegen. Die begehrte Nutzungsänderung hinsichtlich der intensiven Geflügelzucht ist von den zuständigen Behörden versagt worden. Als Reaktion erließen sie eine Ordnungsverfügung betreffend den Abbruch des Stalles.

Die Ordnungsverfügung setzt voraus, dass der Antragsteller den Stallabbruch unmittelbar selbst durchführen kann, ohne gegen den Pächter zuvor rechtliche Schritte einzuleiten, etwa die Räumung des Stalles zu verlangen und notfalls gerichtlich durchzusetzen.⁵¹ Dass der Pächter den Stall vertragswidrig nutzen würde, ist für den Senat nicht ersichtlich. Dem dem Antragsteller aufgegebenen Stallabbruch stehen Rechte des Pächters entgegen. Die Berechtigung eines Dritten an einer Sache, hier eines Pächters, berührt nicht zwangsläufig die Rechtmäßigkeit der an den Eigentümer gerichteten Beseitigungsverfügung, sondern mag ein bloßes Vollzugshindernis darstellen, das nachträglich durch eine gegen den Dritten gerichtete Verfügung auszuräumen sein kann. Die Nutzungsänderung steht im Fall nicht im Mittelpunkt, wohl aber der Einfluss des öffentlichen Rechts auf das Zivilrecht aufgrund tatsächlicher Änderungen, zugleich einhergehend mit dem behördlichen Tätigwerden.

Das Gericht stellt klar, dass öffentlichrechtliche Verfügungen grundsätzlich den zivilrechtlichen Regelungen vorgehen.

Das Öffentliche Recht beeinflusst, – provokanter formuliert – dominiert das Zivilrecht!

46) KG aaO.; OLG Hamm ZMR 1982, 206; Emmerich/Sonnenschein § 535 Rdn. 12; Lindner-Figura Kap. 7 Rdn. 125 ff; Neuhaus Rdn. 194; Joachim WuM 2003, 183; ders. NZM 2003, 387.

47) BGH aaO.

48) KG Entscheidung vom 1. 4. 2004, aaO; vgl. dazu Fritz Rdn. 541 ff; Neuhaus Rdn. 93 ff.

49) KG aaO.

50) OLG Saarbrücken Entscheidung vom 25. 9. 2003, Az: 8 U 644/02-158, in: www.juris.de/jportal; zuvor BGH NJW 1988, 2664 = WuM 1988, 302; OLG Celle NZM 2000, 621; OLG München ZMR 1995, 401; OLG Köln VersR 1995, 840.

51) OVG Nordrhein-Westfalen Entscheidung vom 8. 1. 2009, Az: 7 B 1795/08, in: www.juris.de/jportal.

Allerdings hat sich auch die Behörde mit vertraglichen Abmachungen zu befassen. Sie können im Einzelfall Vollzugshindernisse darstellen, welche durch entsprechende Verfügungen überwindbar sind.

6. OLG Hamm-Fall: Grundstückspächter ist nicht verpflichtet, die Beseitigung des von ihm auf das Grundstück verbrachten Klärschlammes kostenpflichtig herbeizuführen

Die klagenden Verpächter können vom beklagten Pächter nicht gemäß § 1004 Abs. 1 S. 1 die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands des Pachtgrundstücks verlangen. Zwar liegen die Voraussetzungen des § 1004 Abs. 1 S. 1 grundsätzlich vor. Der Anspruch scheitert aber daran, dass die Wiederherstellung einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des klagenden Verpächters steht. Dem beklagten Pächter steht ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 275 Abs. 2 zu.⁵² Das Interesse des Verpächters an der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands des Grundstücks ist nach oben durch den Verkehrswert begrenzt, der unstrittig bei ca. 10.000,- EUR liegt. Dem stehen voraussichtliche Kosten für die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands des Pachtgrundstücks in Höhe von ca. 720.000,- EUR gegenüber. Der Senat wirft bei der Abwägung zwischen Kosten und Nutzen die Frage auf, ob ein „vernünftiger Mensch“, wenn er selbst in den Genuss der Leistung käme, den unter den gegebenen Umständen erforderlichen Aufwand betreiben würde. Vorliegend sieht er das Maß der „groben Unverhältnismäßigkeit“ als erfüllt an und gewährt das Leistungsverweigerungsrecht.⁵³ Die Nutzung des Pachtgrundstücks bezieht sich auf die Verbringung von Klärschlamm. Das dauerhafte Verbringen großer Mengen ruft die zuständige Behörde auf den Plan. Kann die zu intensive Nutzung eine Nutzungsänderung darstellen? Können die Kosten der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands begetrieben werden? Das Gericht argumentiert mit dem – vermeintlich – objektivierte Wertmaßstab des „vernünftigen Menschen“. Dieser sogenannte „Reasonable-Man-Test“⁵⁴ ist ein auch im anglo-amerikanischen Recht anzutreffender Argumentationstopos, um ein als vernünftig erachtetes Ergebnis konsensbegründend für die Rechtsgemeinschaft darzulegen. Im Fall gewährt das OLG Hamm dem Pächter die Einrede eines Leistungsverweigerungsrechts. Bei Überschreiten einer aus Treu und Glauben resultierenden „Opfergrenze“ bejaht der Senat – aus Billigkeitgesichtspunkten – ein auf den Einzelfall zugeschnittenes Leistungsverweigerungsrecht. Daraus folgt: Nutzung und Nutzungsänderung obliegen im Einzelfall auch dem Vorbehalt bzw. Gebot von Treu und Glauben der §§ 242, 275.

7. LG Berlin-Fall: Keine Minderung der Pacht, wenn wegen Wegfalls des Fernzugverkehrs im Bahnhof die Publikums- und Kundenfrequenz nachlässt. Das LG Berlin gewährt in einem Fall der Pacht eines Ladenlokals in einem Berliner Bahnhof dem Pächter keine Pachtminderung aufgrund der „Abkoppelung des Bahnhofs vom Fernzugverkehr“ und des nachlassenden Publikums- und Kundenaufkommens.⁵⁵ Veränderungen in der Bewirtschaftung des Bahnhofs stellen keinen Sachmangel dar, § 536. Erforderlich ist die Abweichung des tatsächlichen Zustands der gepachteten Sache von dem vertraglich geschuldeten Zustand. Im Falle von Beeinträchtigungen, die ihre Ursache nicht innerhalb der gemieteten bzw. gepachteten Sache haben, d.h. bei äußeren Einflüssen, ist zusätzlich erforderlich, dass stets eine unmittelbare Einwirkung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache vorliegt.

So ist der Vermieter nicht nur für den Gebrauch der Mietsache, sondern auch für den Zugang zum Mietobjekt verantwortlich, nicht hingegen für die Publikums- sowie Kundenfrequenz – vorbehaltlich anderer Vertragsabmachungen. Für derartige Nutzungsänderungen aufgrund faktischer, tatsächlicher Veränderungen muss der Vermieter grundsätzlich nicht einstehen, etwa beim Leerstand im Einkaufszentrum.⁵⁶

Die Argumentationsfigur der Unmittelbarkeit mit Rechtsrelevanz gegenüber der rechtlich irrelevanten Mittelbarkeit findet

sich in der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Der Mangelbegriff setzt nach dem XII. Zivilsenat eine unmittelbare Tauglichkeitsbeeinträchtigung voraus, so dass Umstände, die nur mittelbar berühren, keine Mängel darstellen; damit soll einem Ausufern des Mangelbegriffs entgegengewirkt werden.⁵⁷ In dem aktuellen Fall verneint der BGH das Vorliegen eines Mangels bei vermeintlichen „Besuchermassen“ in einem Bürogebäude, in welchem der Vermieter auch an die Agentur für Arbeit nebst Drogenberatungsstelle und Schuldnerberatung vermietet. Der ausgedehnte Publikumsverkehr bedeutet keine konkrete Beeinträchtigung für die Nutzung einer radiologischen Praxis. Diese Rechtsprechung findet in den Instanzgerichten breite Berücksichtigung.⁵⁸

Eine nur indirekte Auswirkung auf die Nutzungsmöglichkeit genügt demgegenüber nicht. An einer solchen Unmittelbarkeit fehlt es i.d.R., wenn Umfeldeinwirkungen den Zustand der Pachtsache selbst sowie deren vertragsgemäße Nutzungsmöglichkeit unberührt lassen und sich allein nachteilig auf die Menge potentieller Kunden auswirken. So liegt der Fall hier. Die Veränderungen des Bahnhofsbetriebs wirken sich nach der Beschreibung des beklagten Pächters allein dadurch nachteilig auf den Geschäftsbetrieb aus, weil nach der Behauptung der Kundenstrom oder dessen Zusammensetzung verändert wurde. Dies stellt keinen Sachmangel i.S.d. Gesetzes dar.⁵⁹ Die Kammer nimmt ausdrücklich Risikoanweisungen vor. Der vom beklagten Pächter eingewandte Umsatzrückgang in seinem Geschäft stellt einen Umstand dar, welcher nach der Verkehrssitte in den Risikobereich des Mieters bzw. Pächters fällt, sog. Verwendungsrisiko. Eine Änderung dieser generellen Risikoverteilung zu Lasten des klagenden Verpächters haben die Parteien nicht wirksam vereinbart. Regelmäßig beteiligt sich der Verpächter nicht am wirtschaftlichen Risiko des Pächterbetriebs. Überlegungen zur – faktischen – Nutzungsänderung aufgrund tatsächlich zurückgehender Publikums- und Kundenströme am Bahnhof werden überlagert durch ausdrückliche Risikoanweisungen.

8. Weitere Einzelfälle zu Art und Umfang von Nutzungsänderungen

a) In einem vom LG Köln entschiedenen Fall waren die Räume früher als Videothek genutzt worden. Für den anstehenden Betrieb einer Apotheke hatte die Behörde eine Nutzungsänderungsgenehmigung mit der Nebenbestimmung erteilt, dass die beiden auf dem Grundstück vorhandenen Stellplätze erhalten bleiben. Setzt die Nutzung zum vertragsgemäßen Gebrauch eine bauordnungsrechtliche Genehmigung voraus, deren Erteilung von der Herstellung der notwendigen Stellplätze abhängt, hat der Vermieter nach § 536 diese Voraussetzungen zu schaffen.⁶⁰ Stellplätze erweisen sich oft als „Stolpersteine“ im Gewerberaummietrecht, insbesondere bei Nutzungsänderungen. Grundsätzlich ist der Vermieter dafür zuständig und trägt die damit verbundenen Risiken.

52) OLG Hamm Entscheidung vom 18. 12. 2008, Az: 5 U 104/08, in: www.juris.de/jportal.

53) OLG Hamm aaO; zum Leistungsverweigerungsrecht des § 275 Abs. 3 aus „persönlichen (Gewissens-) Gründen“ Joachim, „Personale Unmöglichkeit“, Festschrift für N. Horn, Berlin 2007, 49.

54) Dazu Joachim, Der „Verständige Rechtsgenosse“ und „Reasonable Man“ in United States and German Commercial Law, in: Comparative Law Yearbook of International Business, Vol. 14 (1992), 341-365.

55) LG Berlin Entscheidung vom 4. 8. 2008, Az: 12 O 812/07, in: www.juris.de/jportal = NZM 2008, 844; dazu Ratjen InfoM Nr. 1-2 2009, 17.

56) Aktuell OLG München Urteil vom 17. 6. 2008, Az: 5 U 5669/07, in: www.juris.de/jportal; BGH NZM 2000, 492 = WuM 2000, 593; OLG Naumburg NZM 2008, 772; Fritz NZM 2008, 825, 829 f; Joachim GuT 2007, 117; ders. NZM 2006, 368; ders. NZM 2000, 785; ausführlich ders. GuT 2005, 99 und 135.

57) BGH Urteil vom 15. 10. 2008 AZ: XII ZR 1/07 = GuT 2009, 24; zuvor BGH NJW 2006, 899 = GuT 2006, 19; Lindner-Figura/Opree/Stellmann/Eggersberger Kap. 23 Rdn. 63.

58) Dazu teilweise kritisch Fritz NZM 2008, 825, 829 ff m.w.N..

59) LG Berlin aaO; Ratjen InfoM Nr. 1-2 2009, 17.

60) LG Köln Urteil vom 12. 3. 1998, Az: 22 O 544/97, ZMR 1998, 432; OLG Düsseldorf NJW-RR 1988, 1424 m. Anm. Eckert, EwIR 1988, 973; Kraemer, in: Bub/Treier III Rdn. 1345; Wiek GuT 2003, 83.

b) Mitunter kann diese Risikozuweisung anders ausfallen. Hat der Betreiber eines Lebensmittelmarkts es individualvertraglich übernommen, neu hinzugemietete Räume auf seine Kosten mit den bestehenden Filialräumen zu verbinden, ist die Gewährleistungspflicht des Vermieters für eine infolge der Nutzungsänderung notwendige Be- und Entlüftungsanlage abbedungen. Dem Mieter steht während der Vertragslaufzeit selbst dann kein Aufwendungsersatzanspruch wegen durchgeführter Reparaturarbeiten zu, wenn die Be- und Entlüftungsanlage als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks anzusehen wäre.⁶¹ Die Kostentragungspflicht des Mieters schließt zugleich eventuelle damit zusammenhängende Gewährleistungsansprüche aus.

c) Der Vermieter kann seine Zustimmung zur Nutzungsänderung vom Inhalt der zu erteilenden Baugenehmigung abhängig machen. Ein wichtiger Grund für die Versagung der Zustimmung ist gegeben, wenn der Mieter dem Untermieter einen weiteren Gebrauch einräumen will, als ihm selbst nach dem Mietvertrag gestattet ist, hier: Nutzungsänderung gerichtet auf „Lagerung und Restaurierung historischer Baumaterialien, Atelier, Malerei und Ausstellung“ mit Tätigkeiten des Untermieters, die Sache als Kulturforum mit wechselnden Ausstellungen, Konzerten, Lesungen und Vorträgen sowie für Zwecke als Galerie zu nutzen.⁶² Die Zustimmung des Vermieters zur Nutzungsänderung steht grundsätzlich in dessen freiem Ermessen. Bei der weitreichenden Nutzung des Untermieters hat er einen wichtigen Grund zur Zustimmungsverweigerung.

d) Die Nutzungsänderung der Umstellung eines reinen Handwerksbetriebs auf einen Fertigungsbetrieb kann für den Vermieter zumutbar und dessen Zustimmung daher zu erteilen sein.⁶³

e) Die Zweckbestimmung „Gewerbe“ zieht nicht notwendig eine Gewinnerzielung nach sich; daher kann auch eine „Soziale Tagesstätte“ in Gewerberäumen unterhalten werden.⁶⁴

f) Die als „Laden“ in der Teilungserklärung ausgewiesenen Räume dürfen nicht als Gaststätte⁶⁵, als Teestube mit Spielsalon⁶⁶, als Salatrestaurant ohne Alkoholausschank⁶⁷, als Eisdielen⁶⁸, als Imbissstube⁶⁹ oder als Pizza-Lieferservice⁷⁰ genutzt werden.

g) Wenn eine Pachtsache vereinbarungswidrig nicht zur Haltung eines Reitstalls des Pächters, sondern ausschließlich zum Unterstellen von Fremdpferden dient und alles gewerbsmäßig unterverpachtet ist, handelt es sich um einen vertragswidrigen Gebrauch der Pachtsache.⁷¹

h) Die Vermietung bezog sich auf Gewerberäume zum Buchverkauf und als Begegnungsstätte mit Kaffee- und Teeauschank; dem Mieter ist es nicht gestattet, zusätzlich Snacks wie Pommes Frites und andere Getränke vorzuhalten.⁷²

i) Wenn dem Mieter die Gewerberäume zur Weitervermietung für ein Technologiezentrum überlassen sind, so umfasst dieser Vertragszweck nicht den Betrieb eines Call-Centers.⁷³

j) Ist in der Teilungserklärung geregelt, dass Sondereigentümer von Reihenhäusern oder Doppelhaushälften so zu behandeln sind, als sei das Grundstück real geteilt, bedürfen bauliche Veränderungen kleineren Ausmaßes (hier: Haustüraustausch) nicht der Zustimmung der Eigentümergemeinschaft. Der Zustimmungsvorbehalt des § 22 WEG ist im Fall aufgehoben und mithin eine flexible Handhabung von kleineren Änderungen möglich.⁷⁴ Dieser flexibilisierte Ansatz sollte auch bei Nutzungsänderungen berücksichtigt werden.

IV. Risikobereichseinteilungen und -zuweisungen

Vertragsgemäßer und vertragswidriger Gebrauch;
(un)mittelbare Beeinträchtigung

Vermehrt gehen Judikatur und Rechtslehre danach vor, den zu entscheidenden Streitfall unter Vornahme von – wertenden – Risikobereichseinteilungen und -zuweisungen im Einzelfall unter Heranziehung von – soweit vorhanden bzw. einschlägig – Vertragsregelungen, Rechtsnormen und Präjudizien (allgemein) recht und (den Einzelfall) gerecht zu entscheiden. Dabei

werden unbestimmte Rechtsbegriffe herangezogen, wertend ausgefüllt und für den Streitfall – hoffentlich – erkenntnis- und nutzbringend angewendet.⁷⁵ Die vorstehend aufgelisteten Praxisfälle sind auch aufgrund derartiger Risiko- und (Zuständigkeits)Sphärengedanken entschieden worden. Für Nutzungsänderungen sind Begriffspaare von Wichtigkeit, etwa die – bloße – Nutzungserweiterung und die – rechtlich relevante – Nutzungsänderung, die – bloße – Ausdehnung des Kerngeschäfts oder die – rechtlich relevante – Änderung des Kerngeschäfts. Durch derartige Begriffspaare werden dem Rechtsfallentscheider ergebnisoffene Argumentationsmuster an die Hand gegeben. Ein weiteres Abgrenzungspaar stellen der vertragsgemäße und der vertragswidrige Gebrauch dar, § 535. Ersteren kann der Mieter während der gesamten Mietzeit für sich reklamieren. Letzterer stellt eine Mietvertragsverletzung dar, welche er grundsätzlich zu unterlassen hat. Für den Mangel der Mietsache nach § 536 sieht die höchstrichterliche Rechtsprechung die unmittelbare Gebrauchsbeeinträchtigung abgrenzend gegenüber der nur mittelbaren an. Sie nimmt eine räumliche Bereichseinteilung und eine daran anknüpfende wertende Betrachtung vor. Nur die – vermeintlich(?) – unmittelbare und direkte Gebrauchsbeeinträchtigung zieht Gewährleistungsrechte nach sich.

C. Öffentlich rechtliche Betrachtung

Der Zivil- bzw. Mietrechtler kann nur eine begrenzte öffentlichrechtliche Betrachtung der Nutzungsänderungen anstellen. Begrenzte Raum- und Zeitgründe kommen vorliegend einschränkend dazu. Gleichwohl ist auf die „lenkende, leitende, weichenstellende Bedeutung“ des Öffentlichen Rechts gegenüber dem Zivil- und mithin gegenüber dem Mietrecht hinzuweisen. Erst die Gesamtschau zwischen beiden Rechtsgebieten in Form eines modernen juristischen Asset Managements vermag Art, Umfang und Ausmaß der Nutzungsänderungen einer (Gewerbe)Immobilie angemessen und zeitlich zutreffend zu würdigen. Folglich können nur Schlaglichter geworfen werden. Handlungsbedarf besteht zukünftig mehr denn je!⁷⁶

I. Zweckentfremdungsverordnung

Beispielhaft für die Maßgeblichkeit und den Einfluss des Öffentlichen Rechts auf das Mietrecht ist die ZweckentfremdungsVO anzuführen.

1. Geltungsbereich

Als Landesrecht dient(e) sie dazu, der Verknappung von Wohnraum entgegenzuwirken. Das Zweckentfremdungsverbot untersagt die Nutzung von Wohnraum zu Gewerbebezwecken. Der

61) OLG Düsseldorf, Urteil vom 23. 11. 2000, Az: 10 U 172/98, GuT 2004, 237, 238. Rechtskräftig gemäß Nichtannahmebeschlusses des BGH vom 1. 9. 2004, Az: XII ZR 342/00, GuT 2004, 238.

62) OLG Düsseldorf Urteil vom 2. 8. 2007, Az: I-10 U 148/06, GuT 2008, 122, 123.

63) So bereits BGH NJW 1961, 307 = ZMR 1961, 102; zuvor BGH NJW 1957, 1833; Eisenschmid aaO. Rdn. 446.

64) OLG Zweibrücken NZM 2005, 868 = GuT 2005, 262; Eisenschmid aaO. Rdn. 449.

65) BayObLG WuM 1985, 238; dazu und zu den folgenden Fallbeispielen Eisenschmid aaO. Rdn. 450.

66) BayObLG WuM 1985, 235; OLG Zweibrücken NJW-RR 1987, 464 = ZMR 1987, 187.

67) KG WuM 1985, 236 = ZMR 1985, 207.

68) OLG Schleswig MDR 2000, 759 = WuM 2000, 318.

69) BayObLG ZMR 2000, 53 = GuT 2002, 121.

70) BayObLG NZM 1998, 335 = WuM 1998, 619.

71) OLG Karlsruhe ZMR 1987, 419; Eisenschmid aaO. Rdn. 455.

72) KG NZM 1999, 462; Eisenschmid aaO. Rdn. 459.

73) OLG Düsseldorf GE 2003, 321; Eisenschmid aaO. Rdn. 460.

74) OLG Frankfurt Beschluss vom 30.06. 2008, Az: 20 W 222/06, InfoM Nr. 3 2008, 480.

75) Dazu näher Joachim NZM 2006, 368; ders. NZM 2008, 316, 317; ders. NZM 2001, 162; ders. Dach und Fach – Klarheit oder Krach? in: Festschrift für H. Blank, München 2006, 221, 235; ders. GuT 2005, 99 und 135; GuT 2004, 207, 222; GuT 2003, 166; zuvor bereits ders. BB 1988, 779; neuerdings ders. Reiserechts-Risikoregelungen, in: Jahrbuch Accounting, Taxation & Law (ATL) 2009, ISM Schriftenreihe Band 7, Dortmund und Münster 2009, 109-138.

76) Neuerdings Kiss/Rappen, im Nr. 3 2009, 90, 91.

Vermieter benötigt regelmäßig eine behördliche Erlaubnis. Sie ist zu erteilen, wenn dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung des Wohnungsbestands überwiegend anderweitige Interessen gegenüberstehen. Dies ist unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgebots und dessen konkreter Ausprägung, nämlich des Übermaßverbots im Einzelfall zu prüfen.⁷⁷

In einigen Bundesländern galt sie noch bis in die 90er Jahre des letzten Jahrhunderts. Insbesondere in Berlin fand sie Berücksichtigung; hervorzuheben ist die Zeit nach der (Wieder)Vereinigung.

2. Außerkräfttreten

Zwischenzeitlich hat sie die Rechtsprechung für ungültig erklärt. So ist die ZweckentfremdungsVO am 27. 7. 2003 in Berlin aufgehoben worden.⁷⁸ In der Literatur wird sie als „Auslaufmodell“ angesehen.⁷⁹

3. Rechtsfolge beim Verstoß

Ein Mietvertrag, der gegen das Zweckentfremdungsverbot verstößt, ist wirksam und nicht nichtig.⁸⁰ Grundsätzlich macht sich der Vermieter schadensersatzpflichtig, wenn er die Räume wegen des Gewerbeverstoßes nicht (mehr) dem Mieter überlassen kann, d.h. Nichterfüllung der Hauptleistungspflicht. Jedoch steht zumeist § 536b dem Schadensersatzanspruch wegen der Kenntnis bzw. grob fahrlässigen Unkenntnis des Mieters entgegen.⁸¹

II. Baurechtliche Genehmigung

1. Abgrenzung: (Nutzungs-)Änderung von baulichen Anlagen gegenüber bauplanungsrechtlich unerheblichen Veränderungen, § 29 BauGB

Bekanntlich wird die Baugenehmigung einer Immobilie stets für eine bestimmte Nutzung erteilt. Bei einer Nutzungsänderung müssen zumeist umfangreiche Nachweise erbracht werden, an deren Prüfung regelmäßig mehrere Ämter beteiligt sind; beispielhaft seien erfasst: Bauaufsichtsamt, Umweltamt, Staatliches Amt für Arbeitsschutz, Gesundheitsamt, Gewerbeaufsichtsamt, Ärztekammer, Feuerwehr, Denkmalschutzbehörde usw.

Grundsätzlich ist die Nutzungsänderung „Vorhaben“ i.S.v. § 29 BauGB. Deshalb sind die Normen über die planungsrechtliche Zulässigkeit einschlägig, §§ 30–37 BauGB. Ferner besteht für die Nutzungsänderung das Erfordernis einer Baugenehmigung nach den maßgeblichen Vorschriften der Landesbauordnungen; eine Vielzahl derartiger Änderungen ist genehmigungsfrei gestellt. Die Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen ist abzugrenzen von bauplanungsrechtlich irrelevanten Veränderungen.⁸² Letztere bedürfen grundsätzlich keiner zusätzlichen Baugenehmigung. Man konstatiert auch im Öffentlichen Recht ein argumentativ nutzbares Begriffspaar: (Nutzungs)Änderung gegenüber Veränderung.

Beispielsweise ist nach § 67 Abs. 2, i.V.m. Abs. 1 BauO NW im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans (B-Plans), § 30 Abs. 1 BauGB, die Änderung der Nutzung eines Wohngebäudes mittlerer oder geringerer Höhe (der Fußboden keines Aufenthaltsraumes darf im Mittel mehr als 22 m über der Geländeoberfläche liegen, § 2 Abs. 3 S. 1, 2 BauO NW) genehmigungsfrei, wenn eine Neuerrichtung oder Änderung des Gebäudes bei geänderter Nutzung genehmigungsfrei wäre.

Nicht jede beliebige Änderung der Nutzungsweise ist von Belang; vielmehr muss eine Nutzung vorliegen, welche die Funktion, die rechtliche Qualität der bisherigen zulässigen Nutzung ändert und damit in bodenrechtlicher Hinsicht die Genehmigungsfrage neu stellt.⁸³ Danach handelt es sich um eine genehmigungspflichtige Nutzungsänderung, wenn sich die neue Nutzung von der bisherigen grundlegend unterscheidet, dass sie anderen oder weitergehenden Anforderungen bauordnungs- oder bauplanungsrechtlicher Art unterworfen ist oder unterworfen sein kann.⁸⁴ Von einer derartigen, baurechtlich relevanten Nutzungsänderung ist in planungsrechtlicher Hinsicht dann auszugehen, wenn die Änderung der in § 1 Abs. 5, 6 BauGB auf-

gelisteten Belange berührt ist. Davon ist die Rede, wenn soziale, wirtschaftliche und umweltschützende Belange, Klimaschutz, städtebauliche Gestalt u.ä. erfasst sein können.⁸⁵ Bauliche Änderungen können mit baulichen Veränderungen verbunden sein, sie müssen es nicht notwendigerweise. So liegt eine genehmigungspflichtige Nutzungsänderung bereits dann vor, wenn nur die Möglichkeit besteht, dass die Zulässigkeit des geänderten Vorhabens nach den bauordnungs- oder bauplanungsrechtlichen Vorschriften anders beurteilt werden kann als die bislang genehmigte Nutzung. Nach dem OVG für das Land NRW steht eine Nutzungsänderung im Raum, weil die Nutzung als Fläche für Groß-/Einzelhandel weitergehenden Anforderungen bauordnungsrechtlicher Art unterworfen ist als ein Ausstellungsraum.⁸⁶

Regelmäßig bedarf die baurechtliche Umwidmung bzw. Umwandlung von Wohnraum zu Gewerberaum der baurechtlichen Genehmigung, vgl. § 55 Abs. 1 BauO Berlin = Bln.

Vor dem Hintergrund der skizzierten einschlägigen öffentlichrechtlichen Normen sei zur tatsächlichen Vorgehensweise bei Nutzungsänderungen auf Folgendes hingewiesen: Nach den B-Plänen und Flächennutzungsplänen der Kommunen ist die Art der Grundstücksnutzungen in bestimmten Gebieten festgelegt. Der Baunutzungsverordnung (BauNVO) folgend sollen Wohnnutzungen nicht in Gewerbegebieten erfolgen und Gewerbe möglichst nicht in reinen Wohngebieten. Bei einer erstrebten Nutzungsänderung ist nachzuweisen, dass die Immobilie dafür geeignet ist. Das erfolgt durch Zeichnungen, Gutachten, Betriebsbeschreibungen usw. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Nutzungsänderung nach der BauNVO ist eine typisierende Betrachtungsweise geboten, so etwa für die Frage, ob eine beabsichtigte Vergnügungsstätte als kerngebietstypisch einzustufen ist. Damit ist – wie bei der WEG-rechtlichen Einordnung – ein Wertungsspielraum eröffnet.⁸⁷

Aus der Nutzungsänderung darf keine Umweltgefährdung erwachsen. Deshalb sind bei Gewerbeimmobilien die Arbeitsprozesse darzulegen, Gefährdungsanalysen anzufertigen etc. Der sichere An- und Abtransport von Werkstoffen und deren Lagerung sind nachzuweisen. Personen, die sich in der Immobilie aufhalten, sind vor gesundheitsschädlichen Einwirkungen zu schützen. Zu dokumentieren ist die Einhaltung der einschlägigen Arbeitsschutzvorschriften, z. B. der ArbeitsstättenVO, auf welche sich bei Gewerberaum auch der Mieter gegenüber dem Vermieter berufen kann.⁸⁸ Bei einer relevanten Nutzungsänderung müssen Park- bzw. Stellplätze in ausreichender Zahl vorhanden sein.

77) Fritz Rdn. 541 ff; Horst Rdn. 16 f; Neuhaus Rdn. 93 ff, 103 ff.

78) KG Entscheidung vom 1. 4. 2004, Az: 8 U 219/03; Schultz, Gewerbebaummiete, 8.

79) Fritz Gewerbebaummietrecht Rdn. 541; Fritz/Schacht NZM 2008, 155, 156; ähnlich Neuhaus Rdn. 94.

80) BGH Beschluss vom 10. 11. 1993, Az: XII ZR 1192, NJW 1994, 320 = WuM 1994, 218; Fritz Rdn. 543; Neuhaus Rdn. 110.

81) Fritz aaO.; aA. Neuhaus aaO.

82) Zur Nutzungsänderung einer baulichen Anlage und zur damit einhergehenden Baugenehmigung Battis/Krautzberger/Löhr Baugesetzbuch (BauGB), 10. Aufl., München 2007, § 29 BauGB Rdn. 18 ff mit zahlreichen Beispielen; Stollmann Baurecht, 4. Aufl., 143, Rdn. 11 ff; Bieber/Ingendohr/Güttlinger, Geschäftsraummiete, B. § 2 Rdn. 22 ff; Schultz, 9.

83) BVerwG Entscheidung vom 11. 11. 1988, Az: 4 C 50/87; Battis/Krautzberger/Löhr § 29 Rdn. 20; Stollmann 143 Rdn. 13 f mit Beispielen.

84) OVG Nordrhein-Westfalen Entscheidung vom 15. 8. 1995, Az: 11 A 850/92; Stühler GewArch 2006, 20, 21; Stollmann aaO.

85) OVG Nordrhein-Westfalen Entscheidung vom 13. 11. 1995, Az: 11 B 2161/95, BauR 1996, 375; Entscheidung der OVG Münster = Baurechtssammlung (BRS) 57 Nr. 184 und Lüneburg (OVGE) 45, 128; neuerdings VG Arnsberg Urteil vom 18. 8. 2008, Az: 14 K 2180/07, in: www.juris.testa-de.net/jportal; Neuhaus Rdn. 81 ff.

86) OVG für das Land NRW Beschluss vom 16. 3. 2007, Az: 7 B 134/07, in: www.juris.testa-de.net/jportal; Stühler GewArch 2006, 20, 21 f.

87) VG Arnsberg Urteil vom 18. 8. 2004, aaO.

88) Börstinghaus WuM 2007, 253; Fritz NZM 2008, 825, 829.

2. Auflagen, z.B. Brand-, Lärm-, Denkmalschutz, Stellplatz(ablösung)

Oft wird eine genehmigte Nutzungsänderung mit Auflagen verbunden. Diese können sich beziehen z. B. auf Brand-, Lärm- und Denkmalschutz. Technisch aufwändige und kostenträchtige Maßnahmen können gefordert sein. Man denke an zusätzliche Flucht- bzw. Rettungswege, Sprinkleranlagen, Feuerschutz-Türen und -Fenster, besondere Lärmschutzverglasungen usw. Der Denkmalschutz kann umfangreiche Auflagen zu Art und Weise von Fassaden-, Dachgestaltungen, zu verwendenden Materialien u.ä. auferlegen. Die Schaffung von zusätzlich benötigten Stellplätzen und ggf. deren finanzielle Ablösung stellen weitere rechtliche, tatsächliche und finanzielle Hindernisse dar.⁸⁹ Die Projektentwickler können detailliert berichten.

3. Art und Maß der baulichen Nutzung(sänderung)

Die Baunutzungsverordnung (BauNVO) enthält Vorgaben für die Art und das Maß der baulichen Nutzung sowie für die Bauweise und die überbaubaren Grundstücksflächen und konkretisiert dabei zugleich diese in § 9 BauGB als mögliche Festsetzungen der für einen Bebauungsplan (B-Plan) aufgeführten Begriffe.⁹⁰ Beispielhaft können nach der BauNVO in einem B-Plan folgende Gebietstypen festgesetzt werden: Reine Wohngebiete (WR), allgemeine Wohngebiete (WA), Mischgebiete (MI), Kerngebiete (MK), Gewerbegebiete (GE), Industriegebiete (GI), Sondergebiete (SO). Ist in einem B-Plan von den in der BauNVO vorgegebenen Gebietstypen ein bestimmter Gebietstyp festgesetzt worden, gilt grundsätzlich die für dieses Gebiet entsprechende Bestimmung der BauNVO unmittelbar für den Planbetroffenen. Der B-Plan kann für den Einzelfall eine Modifizierung treffen, § 1 Abs. 5 BauNVO. Ferner darf die Baubehörde nach § 31 Abs. 1 BauGB eine Ausnahme von der festgesetzten Nutzung zulassen, sog. Ausnahmebebauung, soweit der B-Plan, insbesondere §§ 2 ff BauNVO, eine Ausnahme vorsehen. Falls eine Nutzung nicht als Ausnahme annehmbar ist, besteht noch die Möglichkeit, dass eine Befreiung von den Festsetzungen unter den strengen Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 BauGB erteilt wird, sog. Dispens. Die begehrte Nutzungsänderung muss in dieses relativ enge öffentlich rechtliche „Genehmigungskorsett“ hineinpassen – keine leichte Aufgabe!

Die Verwaltungsgerichte werden aktuell verstärkt mit der baulichen Zulässigkeit der Erweiterung eines Einzelhandelsgeschäfts zu einem Lebensmitteldiscountmarkt sowie der Revitalisierung und Ausdehnung von Einkaufszentren befasst. Nach dem OVG für das Land NRW (Münster) ist die Erweiterung eines Lebensmitteleinzelhandelsgeschäfts mit einer Nutzungsänderung verbunden, wenn die geplante Verkaufsfläche von 699 m² auf 900 m² vergrößert und der Lebensmittelmarkt zu einem großflächigen Einzelhandelbetrieb i.S.v. § 11 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO wird.⁹¹ Damit sind komplexe Abwägungsprozesse und -entscheidungen verbunden.

4. Nutzungsänderung und Nachbarschutz

Eine beabsichtigte Nutzungsänderungsgenehmigung kann rechtswidrig sein, wenn ein bisheriger, genehmigter Sport- und Gastronomiebetrieb durch seine geplante Erweiterung in nachbarschützende Vorschriften eingreift. Die Bestimmung der bauplanungsrechtlichen Zumutbarkeit von Vorhaben im nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis wird maßgeblich von der jeweiligen Schutzposition des Nachbarn und des Bauherrn geprägt.⁹²

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!

In Würdigung dieser Maßstäbe zum bauplanungsrechtlichen Nachbarschutz und Rücksichtnahmegebot sind im Fall die Immissionen und Beeinträchtigungen, die von der Gast- und Sportstätte ausgehen, nicht als rücksichtslos einzuordnen.⁹³ Bei der Genehmigung der Änderung der Nutzung eines Wohngebäudes als Sozialgebäude ist der Nachbarschutz ebenso angemessen zu berücksichtigen. Die Baugenehmigungserteilung für eine Nutzungsänderung verstößt in der Regel gegen nachbarschützende Rechte, wenn die Änderung den Festsetzungen des B-Plans widerspricht.⁹⁴ Gesichtspunkte des Nachbarschutzes erfordern komplexe Wertungsakte im Zuge einer erstrebten Nutzungsänderung.

5. Nutzungsänderung und Gebietserhaltungsanspruch

Ein Sondereigentümer kann sich auf den Gebietserhaltungsanspruch gegenüber einer Nutzungsänderung berufen. Der Gebietserhaltungsanspruch dient der Vermeidung des sog. „Trading-Down-Effekts“, der zu einer erheblichen Wertminderung der im jeweiligen Sondereigentum stehenden Wohnung führen kann. Daneben trägt der Anspruch bei zur Vermeidung eines schleichenden Umwandlungsprozesses des Gebiets, welcher im Ergebnis zu einer Unverträglichkeit vorhandener Nutzungen führen kann. Nach der Rechtsprechung des BVerwG kommt den Festsetzungen über die Art der baulichen Nutzung daher nachbarschützender Charakter zu, weil hierdurch das nachbarliche Austauschverhältnis gestört und eine Verfremdung des Gebiets eingeleitet wird.⁹⁵ Damit dient der Gebietserhaltungsanspruch der Vermeidung von unzumutbaren Immissionen und ist als „öffentlich-rechtliche Argumentations- bzw. Allzweckwaffe“ bei intendierten Nutzungsänderungen einsetzbar.

6. Baurechtliche Illegalität, Bestandsschutz und Sanktionsmöglichkeiten

Formelle Baurechtswidrigkeit, sog. formelle Illegalität, der baulichen Anlage ist gegeben, wenn eine erforderliche Baugenehmigung nicht erteilt ist oder von einer bestehenden Baugenehmigung in nicht unwesentlichem Umfang abgewichen wird, eine Baugenehmigung durch Aufhebung, z. B. auf Grund von Rücknahme oder Widerruf oder durch Zeitablauf unwirksam wurde, eine notwendige Bauanzeige fehlt, § 67 Abs. 2 BauO NW, bei genehmigungsfreien oder nur geringfügig genehmigungsbedürftigen Vorhaben abweichend von den Voraussetzungen der Freistellungs- bzw. Vereinfachungsverfahren gebaut wird. Diese Voraussetzungen können auch bei der Nutzungsänderung erfüllt sein. Bei Vorliegen der formellen Illegalität kann die Bauaufsichtsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen folgende Maßnahmen erlassen: Einstellungs- bzw. Stilllegungsverfügung; Nutzungsuntersagung; Erlass eines Bußgeldes. Liegt dem Änderungsvorhaben nicht nur keine Änderungs- bzw. Baugenehmigung zugrunde, sondern widerspricht es dem Baurecht und ist mithin materiellrechtlich nicht genehmigungsfähig, etwa weil bauplanungsrechtliche Normen entgegenstehen, besteht auch materielle Illegalität. Sodann kann die Baubehörde – zusätzlich – eine Abrissverfügung erlassen.

89) Dazu OVG NRW Beschluss vom 16. 3. 2007, aaO.

90) Vgl. dazu und nachfolgend Neuhaus Rdn. 87 ff; Bieber/Ingendoh/Gütlinger B. § 2 Rdn. 24.

91) OVG Nordrhein-Westfalen (NRW) Entscheidung vom 6. 11. 2008, Az: 10 A 2601/07, in: www.juris.de/jportal; OVG NRW Urteil vom 6. 11. 2008, Az: 10 A 1512/07, in: www.juris.testa-de.net/jportal; VG Mainz Urteil vom 2. 9. 2008, Az: 3 K 929/07.MZ, in: www.juris.testa-de.net/jportal; Sächsisches OVG Urteil vom 17. 7. 2007, Az: 1 D 18/05, in: www.juris.testa-de.net/jportal.

92) BVerwG Urteil vom 25. 2. 1977, Az: IV C 22/75, BRS 32, 155; aktuell zum Sport- und Gastronomiebetrieb VG Münster Urteil vom 23. 10. 2008, Az: 2 K 515/07, in: www.juris.testa-de.net/jportal.

93) VG Münster Urteil vom 23. 10. 2008, aaO.; zum Rücksichtnahmegebot ferner VG Ansbach Urteil vom 31. 5. 2007, Az: AN 9 K 338/06, in: www.juris.testa-de.net/jportal.

94) VG Minden Urteil vom 19. 8. 2008, Az: I K 167/07, in: www.juris.testa-de.net/jportal.

95) BVerwG DVBl 1994, 284; neuerdings VG München Urteil vom 27. 10. 2008, Az: M 8 K 08/369, in: www.juris.testa-de.net/jportal.

Materiell rechtmäßig errichtete bauliche Anlagen unterliegen dem Bestandsschutz des Art. 14 GG. Das gilt gegenüber nachfolgenden Rechtsänderungen, etwa einer Nutzungsänderung durch einen neuen B-Plan. Allerdings besteht der Bestandsschutz nur so lange, wie der Betrieb tatsächlich existiert. So erlischt er bei – sei es auch nur einer vorübergehenden – Stilllegung.⁹⁶

7. Kostentragungspflicht

Wie so häufig, stellt sich auch bei einer Änderungs- bzw. Baugenehmigung und eventuellen Auflagen die Frage nach der Kostentragungspflicht. Sie trifft regelmäßig den Antragsteller, also bei Grundstücken und einer relevanten Nutzungsänderung den Eigentümer.⁹⁷ Wichtig ist, dass der Mietvertrag, zumindest die rechts- und formwirksam geschlossenen Vertragsergänzungen, eindeutige Regelungen vorsehen.

8. Baurechtliche Beispiele

Eine baurechtlich relevante Nutzungsänderung erfolgt zum Beispiel bei der Umwandlung einer Gaststätte in eine Diskothek oder eines Büros in eine Wohnung und umgekehrt⁹⁸ sowie bei der Erweiterung einer Schank- und Speisewirtschaft, z. B. eine Scheune zum Tanzsaal⁹⁹ oder ein Kino zum Tanzlokal.¹⁰⁰ Die Baugenehmigung für eine Gaststätte beinhaltet nicht die Genehmigung für einen Partyraum für Dritte¹⁰¹ und auch nicht die Nutzungsänderung in eine Spielhalle.¹⁰² Ein für den Großhandel genehmigtes Gebäude bedarf einer neuen Genehmigung für den Einzelhandel.¹⁰³ Die Umnutzung des Lagerplatzes eines Bauunternehmers zu einem Sammel- und Umschlagplatz für gebrauchte Kfz-Teile und -Materialien mit Verkauf bedeutet eine bauplanungsrechtlich relevante Nutzungsänderung.¹⁰⁴ Beim Übergang vom Restaurant zum Pizzeriaheim-lieferservice handelt es sich um eine genehmigungspflichtige Nutzungsänderung. Erforderlich ist im konkreten Fall eine raumluftechnische Anlage, auch deshalb, um dem Nachbarschaftsschutz zu genügen.¹⁰⁵ Nach § 3 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO sind Läden und nicht störende Handwerksbetriebe zur täglichen Bedarfsdeckung sowie kleine Beherbergungsbetriebe zulässig. Der Betrieb eines kleinen Hotels mit 14 Betten, Essraum mit 26 Plätzen und Wellness-Bereich ist unzulässig.¹⁰⁶ Die beabsichtigte Nutzung eines ehemaligen Ladenlokals zur Ausübung der Wohnungsprostitution ist eine genehmigungspflichtige Nutzungsänderung. Nach § 63 Abs. 1 S. 1 BauO NRW bedarf auch die bloße Änderung einer baulichen Nutzung, mit der keine baulichen Veränderungen einhergehen, der bauaufsichtlichen Genehmigung.¹⁰⁷ Die beabsichtigte Nutzung einer Immobilie als „Swinger-Club“ bedeutet regelmäßig eine genehmigungspflichtige Nutzungsänderung.¹⁰⁸ Stets kommt es auf den konkreten Einzelfall an. Ein Gegenbeispiel einer baurechtlich irrelevanten Nutzungsänderung, welche die Genehmigungsfrage nicht erneut aufwirft, stellt die Umwandlung eines Spielwarengeschäfts in eine Modeboutique dar. Daraus kann folgender Schluss gezogen werden: Eine beabsichtigte Nutzungsänderung ist dann genehmigungsfrei, wenn für die neue Nutzung keine weitergehenden Voraussetzungen gelten als für die bisherige, vgl. § 50 Abs. 2 LBO BW. Regelmäßig hat die baurechtliche Nutzung baurechtliche Relevanz.

9. Zwischenergebnis: Baurechtliche Betrachtung

Selbst wenn eine Nutzungsänderung mietrechtlich zulässig sein sollte, bedarf es – zusätzlich – einer ausführlichen baurechtlichen Prüfung der Genehmigungsbedürftigkeit und -fähigkeit. Das sollte der vorwiegend zivilrechtlich orientierte „Mietrechtler“ stets beachten!

III. Bodennutzungsrecht und Rückgriffsanspruch

Die intensive Bodennutzung kann nicht nur eine tatsächliche Nutzung (sänderung), sondern auch eine öffentlich-rechtlich relevante Bodenverunreinigung darstellen. Damit ist die „Altlasten-Problematik“ angesprochen. Man bedenke folgenden Beispielsfall aus dem gewerblichen Miet- und Pachtrecht: Aufgrund eines Pachtvertrags aus dem Jahr 1970 betreibt der Pächter auf einem Grundstück bis 1990 eine Tankstelle. Im Jahr 2000 wen-

det sich die Ordnungsbehörde an den Eigentümer und ehemaligen Verpächter und macht Dekontaminierungs- und Sanierungskosten über 300.000,- EUR geltend. Der Pächter als Handlungsstörer ist wegen Insolvenz nicht mehr zu belangen. Der Eigentümer und – in der Regel identisch – Verpächter kommen als Zustandsstörer in Betracht. Zu Recht?¹⁰⁹ § 4 Abs. 3 BBodSchG benennt die Personen, die zur Sanierung herangezogen werden können, und zwar den Verursacher als Handlungsstörer sowie den Eigentümer und Inhaber der tatsächlichen Gewalt als Zustandsstörer. Der frühere Eigentümer haftet u.U. auch nach Eigentumsübertragung weiter (Gefahr der „Ewigkeitshaftung“). Kann der Rückgriffsanspruch gemäß § 24 Abs. 2 BBodSchG (Anmerkung: Das Gesetz stammt aus dem Jahr 1998) gegen den Verpächter/Eigentümer (vertraglich) ausgeschlossen sein? Ist dies möglich, obwohl es die Regelung damals, d.h. um 1970 ff, noch gar nicht gab? Zu bedenken ist – tatsächlich – wohl auch, dass Umweltstandards in der Vergangenheit, vor allem in den neuen Bundesländern, kaum angemessen bedacht worden sind. Grundsätzlich besteht dieser mitunter überraschende und wirtschaftlich beeinträchtigende Rückgriffsanspruch. Grundstücksmiet- und -pachtverträge können den Rückgriff regeln, selbst dann, wenn es sich um „alte“ (d.h. solche vor dem Inkrafttreten des BBodSchG) Verträge vor 1999 handelt. Vor Vertragsabschluss sollten sich die Beteiligten über das eventuelle Altlastenrisiko bei der Umweltbehörde informieren. Infolge von Umweltschäden und Altlasten kann die Mietsache mangelbehaftet sein. Mietvertraglich ist der formularmäßige und – erst recht – individualvertragliche Ausschluss der Gewährleistung für anfängliche Mängel grundsätzlich möglich, etwa in dem Fall bei für möglich gehaltener gesundheitsgefährdender Schadstoffbelastung der Mieträume.¹¹⁰ Auch daraus folgt: Das Öffentliche Recht dominiert (gelegentlich) das Zivilrecht.

Zur weiteren Verdeutlichung dieser Behauptung sei angemerkt: Im Verhältnis von § 24 Abs. 2 BodSchG gegenüber § 548 BGB besteht ein Vorrang der 3- bzw. 30jährigen Verjährungsfrist des Ausgleichsanspruchs gegenüber den 6 Monaten aus Mietrecht. So hat der BGH kürzlich die Frage nach der Verjährungsfrist bei § 24 Abs. 2 BodSchG im Verhältnis zur kurzen mietrechtlichen Verjährung von § 548 zugunsten des Bodenschutzrechts entschieden.¹¹¹ Ersichtlich will das Gericht dem Betroffenen eine längere, d.h. 3- bzw. 30jährige Frist für die Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs als die kurze 6-Monatsfrist gewähren.

96) OLG Düsseldorf ZMR 1994, 559; Schultz, 8 ff; Neuhaus Rdn. 90 f.

97) VG Ansbach Urteil vom 3. 7. 2007, Az: AN 1 K 664/07, in: www.juris.testa-de.net/jportal.

98) BVerwG Entscheidung vom 27. 5. 1983, Az: 4 C 67/78.

99) VG Ansbach Urteil vom 31. 5. 2007, Az: AN 9 K 338/06, in: www.juris.testa-de.net/jportal.

100) BVerwG NVwZ 1989, 666; Stollmann 144 Rdn. 14.

101) OVG NRW Beschluss vom 12. 7. 2007, Az: 7 E 664/07, IBR 2007, 712; Neuhaus Rdn. 86 m.w.N..

102) VG Gelsenkirchen Urteil vom 1. 8. 2002, Az: 5 K 1163/99, GewArch 2004, 260.

103) BVerwGE 68, 369; Stollmann aaO.

104) BVerwG Beschluss vom 14. 4. 2000, Az: 4 B 28/00, NVwZ-RR 2000, 758; Battis/Kreuzberger/Löhr § 29 Rdn. 20; Neuhaus aaO.

105) VG München Beschluss vom 26. 5. 2008, Az: M 1 S 08/2041, in: www.juris.testa-de.net/jportal.

106) VGH Hessen Beschluss vom 24. 1. 2007, Az: 4 TG 2870/06, IBR 2007, 281; Neuhaus Rdn. 88.

107) VG Arnsberg Urteil vom 18. 8. 2008, Az: 14 K 2180/07, in: www.juris.testa-de.net/jportal.

108) Dazu näher Stühler GewArch 2006, 20, 21.

109) Dazu näher OLG Brandenburg ZMR 1999, 166 = NZM 1999, 374; ausführlich Mohr ZMR 2003, 86, 87 ff zum Mangel der Mietsache infolge Umweltschäden und zu den Haftungsrisiken bei Altlasten unter Hervorhebung der öffentlich-rechtlichen Betrachtung.

110) BGH Urteil vom 3. 7. 2002, Az: XII ZR 327/00, NJW 2002, 3232 = NZM 2002, 784 = GuT 2003, 8; Beuermann GE 2002, 1168; Eisenschmid MietPrax-AK § 536b BGB Nr. 1; Mohr ZMR 2003, 86, 87.

111) BGH Entscheidung vom 1. 10. 2008, Az: XII ZR 52/07 = GuT 2009, 327 = NJW 2009, 139.

IV. Steuerrecht und Handelsbilanzrecht

Aufwendungen für eine Nutzungsänderung können Herstellungsaufwand i.S.v. § 255 HGB sein. So zählen Aufwendungen für die Ablösung der Verpflichtung zur Herstellung von Stellplätzen wegen (Nutzungs)Änderung des Gebäudes, § 37 Abs. 2 LBO BW zu den Herstellungskosten, wenn die zur Änderung führende Baumaßnahme als Herstellung i.S.v. § 255 Abs. 2 HGB anzusehen ist.¹¹² Es bedarf der exakten Erfassung nach dem Handelsbilanzrecht, um steuerlich geltend gemacht werden zu können. Auch auf diesem Gebiet des Öffentlichen Rechts zeigen sich die Auswirkungen der Nutzungsänderung. Sie kann im Einzelfall steuerschädlich sein.¹¹³ In einem anderen aktuellen Fall können Werbungskostenabzug und Afa auch bei langjährigem Gebäude-Leerstand aufgrund einer intendierten Nutzungsänderung in eine Gaststätte und Büroräume zulässig sein.¹¹⁴ Bei Nutzungsänderungen zeigt sich eine Konkurrenz zwischen Zivil- bzw. Mietrecht und Steuerrecht. Illustrierend erwähnt sei, dass einem Vermieter die steuerrechtliche Prüfung der Frage, ob er bestimmte Baumaßnahmen oder Nutzungsänderungen den Finanzbehörden anzuzeigen hätte, nicht zugemutet werden kann.¹¹⁵

V. Mietrechtsfolgen öffentlich-rechtlicher Gebrauchshindernisse und/oder -beschränkungen

1. Vertragsgemäßer Gebrauch, Objektbezogenheit, Einrede des nichterfüllten Vertrags

Zur Hauptleistungspflicht des Vermieters der Überlassung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch zählt auch das Fehlen öffentlich-rechtlicher Gebrauchshindernisse, soweit sie objekt- und nicht betriebsbezogen sind. Solche Gebrauchs- bzw. Nutzungshindernisse und -beschränkungen bedeuten einen Mangel i.S.v. § 536, wenn sie auf der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der Mietsache beruhen. Beispielsweise darf ein Gewerbebetrieb wegen Verstoßes gegen einen Flächennutzungsplan nicht aufgenommen werden.¹¹⁶ Als Rechtsfolgen kommen in Betracht: Dem Mieter steht die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu, § 320.¹¹⁷ Vorrangig besteht ein nach Art und Ausmaß im Einzelfall zu bestimmendes Minderungsrecht nach §§ 536 ff. Bei dauerhaftem Entzug des vertragsgemäßen Gebrauchs könnte auch die außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund greifen, § 543. Stets müssen folgende tatbestandliche Voraussetzungen erfüllt sein: Objekt-, keine Personen- oder Betriebsbezogenheit der Beeinträchtigung. Das Hindernis muss unmittelbar an der Mietsache haften und darf seine wesentliche Ursache nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters aufweisen. Die Mieterrechte dürfen nicht wirksam – zumindest nicht individualvertraglich – ausgeschlossen, zumindest beschränkt sein.¹¹⁸

Die Mietsache kann durch neue gesetzliche oder rechtmäßige behördliche Akte nachträglich mangelhaft werden. Grundsätzlich muss der Vermieter für das Risiko der nachträglichen Untauglichkeit einstehen; es fällt im Grundsatz „an der Mietsache haftend“ in seine Sphäre, namentlich dann, wenn ein besonderer Betriebs- bzw. ein Mietzweck vereinbart ist. Eine Ausnahme ist dann anzunehmen, wenn der Mieter – (individual)vertraglich – wirksam die Verpflichtung übernommen hat, die behördlichen Genehmigungen – ggf. auch nachträglich – beizubringen.¹¹⁹

2. Konkrete Gebrauchsbeeinträchtigung

Die fehlende Genehmigung muss eine Aufhebung oder erhebliche Beeinträchtigung der Tauglichkeit der Mietsache nach sich ziehen. Eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit bleibt außer Ansatz, § 536 Abs. 1 S. 3. Solange die Behörde eine unzulässige Nutzung duldet, eine Gebrauchstauglichkeit des Objekts grundsätzlich gegeben ist, kommen Gewährleistungsansprüche regelmäßig erst dann in Betracht, wenn die Behörde die Nutzungsuntersagung konkret verfügt oder wenn ein solches Einschreiten ernstlich zu erwarten ist. Bloße Beanstandungen eines Schornsteinfegers reichen nicht aus; die Androhung konkreter ordnungsbehördlicher Maßnahmen muss vorliegen, z. B. Androhung der Nutzungsuntersagung wegen Brand-

schutzmängeln.¹²⁰ Schreitet die Behörde mit einer Nutzungsuntersagung ein, ist eine fristlose Kündigung nach erfolgter fruchtloser Fristsetzung rechtlich durchsetzbar.¹²¹ Bei einer sich konkretisierenden Gefahr des behördlichen Einschreitens bejaht die Rechtsprechung einen Mangel und spricht eine Mietminderung von 10% zu.¹²²

3. Mieter-Mitverschulden

Grundsätzlich berechnete Mieteransprüche können im Einzelfall wegen Mitverschuldens „auf Null“ reduziert sein. Hat der Mieter trotz Kenntnis einer sicher fehlenden Genehmigungsfähigkeit einen Mietvertrag geschlossen, verliert er seine Ansprüche, § 536 b, so etwa im Fall der nicht genehmigungsfähigen Nutzung eines Wohnraum- Bungalows als „Swinger-Club“.¹²³

4. Abdingbarkeit und Abwälzung auf den Mieter

Das Risiko im Zusammenhang mit personen- und betriebsbezogenen Umständen (z. B. Gaststättenkonzession, Gewerbe-erlaubnis) kann der Vermieter – auch formularmäßig – auf den Mieter abwälzen. Eine zu weit gehende und undifferenzierte Klausel ist insgesamt unwirksam, d.h. es besteht auch keine geltungserhaltende Reduktion.¹²⁴ Bei objektbezogenen Genehmigungen, z. B. zusätzliche Räume erfordern zusätzlichen Brandschutz, trägt grundsätzlich der Vermieter das Risiko; etwas anderes verstößt gegen § 307. Individualvertragliche und ausdrücklich abweichende Regelungen sind grundsätzlich möglich.¹²⁵ Der Mieter muss vom Vermieter – nachweisbar – umfassend informiert und aufgeklärt worden sein. Gehen die Hindernisse auf Veranlassung des Mieters zurück, selbst wenn es sich um objektbezogene Umstände handelt, ist es an ihm, die Genehmigung beizubringen. Eine Abwälzung für die Genehmigungseinholung auf den Mieter ist bei derartigen Fallkonstellationen in der Regel möglich.¹²⁶

112) BFH Urteil vom 6. 5. 2003, Az: IX R 51/00, GuT 2003, 239.

113) OLG Koblenz Urteil vom 27. 3. 2003, Az: 5 U 1328/02, GuT 2003, 105, 106.

114) FG Köln Urteil vom 19. 1. 2007 EFG 2008, 293; Revision zum BFH unter X R 30/07, GuT 2008, 294.

115) Vgl. nur Kern, Keine neuen steuerlichen Erklärungspflichten für den Vermieter aus dem Mietrecht oder § 242 BGB, GuT 2007, 115, 116.

116) BGH Urteil vom 2. 3. 1994, Az: XII ZR 175/92, ZMR 1994, 253; BGH Urteil vom 11. 12. 1991, Az: XII ZR 93/60, NJW-RR 1992, 267 = WuM 1992, 313; BGH Urteil vom 20. 4. 1977, Az: VIII ZR 287/75, NJW 1977, 1285; Neuhaus Rdn. 113.

117) BGH Urteil vom 7. 5. 1982, BGHZ 84, 42 = NJW 1982, 2242, eventuell sogar mit einem über die Minderung und die Nichtzahlung der Miete hinausgehenden „Druckmittel“; vgl. dazu Joachim DB 1986, 2649.

118) BGH NJW 1977, 195; OLG Dresden NJW-RR 1997, 395; Bub, in: Bub/Treier II Rdn. 460 und III Rdn. 1080; Fritz Rdn. 185 und 229b; Schlemminger/Tachezy NZM 2001, 416, 417; näher Neuhaus Rdn. 113 ff; Joachim, Festschrift für H. Blank, 221, 236.

119) So differenzierend Neuhaus Rdn. 115.

120) BGH Versäumnisurteil vom 9. 1. 2002, Az: XII ZR 182/98, LMR 2002, 1899; OLG Düsseldorf Urteil vom 30. 3. 2006, Az: 10 U 166/05, GuT 2006, 138; OLG Düsseldorf Urteil vom 7. 3. 2006, Az: I-24 U 91/05, GuT 2006, 235 = MDR 2006, 1276; OLG Düsseldorf Urteil vom 12. 5. 2005, Az: I-10 U 190/04, ZMR 2005, 707 = GuT 2005, 228; OLG Nürnberg Urteil vom 16. 7. 1998, Az: 8 U 197/98, NZM 1999, 419; KG Urteil vom 8. 9. 2005, Az: 12 U 193/04, GuT 2006, 37; OLG Düsseldorf Urteil vom 19. 3. 2002, Az: 24 U 1241/01, NZM 2003, 556 = GuT 2002, 74; Fritz NZM 2008, 825, 831; Neuhaus Rdn. 116 f.

121) LG Hamburg Urteil vom 6. 4. 2004, Az: 31 O 207/03, GuT 2005, 166; Neuhaus Rdn. 118.

122) OLG Hamburg Urteil vom 27. 3. 1996, Az: 4 U 169/950, NJW-RR 1996, 1356; Fritz NZM 2008, 825, 830 f; Neuhaus Rdn. 119.

123) OLG Düsseldorf Urteil vom 12. 5. 2005, Az: I-10 U 190/04, ZMR 2005, 707 = GuT 2005, 228; Fritz NZM 2008, 825, 826, 829; Neuhaus Rdn. 121; zur baurechtlichen Beurteilung: Stühler, Swinger-Clubs in baurechtlicher Sicht, GewArch 2006, 20.

124) BGH Urteil vom 22. 6. 1988, Az: VIII ZR 232/87, ZIP 1988, 1197.

125) OLG Düsseldorf Urteil vom 7. 3. 2006, Az: I-24 U 91/05, GuT 2006, 235; LG Berlin Urteil vom 28. 8. 2001, Az: 64 S 107/01, NZM 2002, 787; Joachim Festschrift für H. Blank, 221, 236.

126) OLG Düsseldorf Urteil vom 7. 3. 2006, Az: I-24 U 91/05, MDR 2006, 1276; GuT 2006, 235; Neuhaus Rdn. 124.

D. Zusammenfassung und Ausblick

I. Tatsächliche Zunahme von Nutzungsänderungen

Nutzungsänderungen bei Gewerbeimmobilien nehmen kontinuierlich zu, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Wirtschafts- und Finanzkrise. Darauf müssen das Mietrecht und vor allem die Mietgerichtsbarkeit und Rechtslehre flexibel und zukunftsgerichtet reagieren. In behutsamer Anwendung etwa des Begriffspaares Nutzungsergänzung bzw. -erweiterung sollte eine Nutzungsänderung zukünftig eher rechtlich zulässig sein. Der Vermieter mag sich in Anlehnung an den Centermanager eines Shopping-Centers um den ausgewogenen „Mieter- und Produkt-Mix“ rechtzeitig und unablässig kümmern. Nur so kann er von dauerhaft zufriedenen Mietern nachhaltig selbst profitieren und eine vernünftige Rendite mit der Gewerbeimmobilie erwirtschaften.

Die Nutzer bzw. Mieter begrüßen nachhaltige Nutzungsänderungen nicht nur angesichts neuer Wohn- und Arbeitskonzepte, etwa nach der „New Urbanity“, d.h. neuen Stadtquartieren, welche – bildlich gesprochen – „Wohnen und Arbeiten – alles unter einem Dach“ ermöglichen. Die Menschen wollen mit „kurzen Wegen“ Arbeitsplatz, Wohnort und Freizeitmöglichkeiten erreichen. Dies ist zugleich umweltschonend.

Vielleicht bedarf es in Zeiten der Wirtschafts- und Finanzkrise auch bei der nachhaltigen Nutzung und Nutzungsänderung von Gewerbeimmobilien eines ähnlichen Produktes wie die „Abwrackprämie“ in der Autoindustrie. Denkbar wäre etwa ein „Nutzungsänderungszuschuss“, sei es in Form einer niedrigeren Besteuerung beispielsweise der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung oder einer finanziellen „Anreizprämie“ bei einer nachhaltigen, d.h. wirtschaftlichen und umwelttauglichen gewerblichen Nutzung. Durch angemessene Vertragsgestaltung und richtungweisende Gerichtsurteile bleiben Jurisprudenz und Judikatur allemal dazu aufgerufen, nachhaltige Nutzungsänderungen in der Gewerbeimmobilie zu ermöglichen und zu begleiten. Notwendige Nutzungsänderungen mögen dazu beitragen, die Balance in – derzeit besonders – krisenanfälligen Zeiten auch in der Immobilienwirtschaft wieder zu erlangen.

II. Gesamtschau: Öffentliches Recht und Zivilrecht

Zwar können sich Wohnungseigentümer, Mieter oder sonstige Dritte in demselben Gebäude regelmäßig nur mit zivilrechtlichen Abwehransprüchen nach dem WEG, §§ 15 ff WEG und dem BGB, §§ 535, 536 ff und 1004 zur Wehr setzen.¹²⁷ Jedoch ist daneben das Öffentliche Recht zu beachten: So kann die Baubehörde die Zulässigkeit eines Nutzungsänderungsvorhabens verneinen, weil es gegen das Rücksichtnahmegebot zu Lasten der Wohnungseigentümer bzw. Mieter/Nutzer verstößt. Aus dem Gebot zur Wahrung gesunder Wohn- und Arbeitsverhältnisse in § 34 Abs. 1 S. 2 BauGB folgt einerseits, dass in Bezug auf die benachbarten Wohnungen unzumutbare Einwirkungen durch Verunreinigungen, Gerüche oder Lärm vermieden werden müssen und andererseits, dass die bauliche Beschaffenheit der Arbeitsstätte ein gefahrloses, nicht gesundheitsschädigendes Arbeiten ermöglicht. Öffentliches (Bau-) Recht und Privatrecht sind in einer Gesamtschau zu erfassen.¹²⁸ Zu fordern ist ein modernes immobilienwirtschaftliches Asset Management, welches zugleich alle rechtlichen Aspekte der Veränderungen von Umwelt- und Standortbedingungen erfasst.¹²⁹

Die vorliegend entfalteten Erkenntnisse bekräftigen den Rechtsanwender hingegen in der Auffassung, dass Öffentliches

Recht, hier vor allem das Baurecht und das Zivilrecht, namentlich das Mietrecht, zukünftig noch enger aufeinander abgestimmt sein müssen, und zwar sowohl in der Rechtssetzung als auch – noch nachdrücklicher – in der Rechtsanwendung. Das gilt für manchen „zivilrechtlich aufgestellten Mietrechtler“! Leider geraten die einzelnen Rechtsgebiete zunehmend zu „Spezialrechtsgebieten“. Die ständig zunehmende Zahl der Fachanwalts-Spezialisierungen stellt ein beredtes Beispiel dar. Der „interdisziplinäre“ Mietrechtsanwalt ist zunehmend gefordert. Hier zeigt sich u.U. ein Vorteil spezialisierter Anwaltskanzleien, welche als „interdisziplinär“ aufgestellte „Real Estate Law Firms in Private and Public Law“ tätig sind.

III. „Näher-dran-Test“: Wer hat für die Nutzungsänderung einzustehen? Wen trifft die Genehmigungs- und Kostentragungspflicht?

Wenn man abschließend die Frage nicht nur aufwirft, sondern auch zu beantworten versucht, wer für eine Nutzungsänderung einzustehen hat, lässt sich dies nicht für jeden Einzelfall allgemein gültig beantworten. Gemäß der ständig zunehmenden Rechtspraxis, den anstehenden Streitfall anhand von Risiko-, Einstands- und Zuständigkeits- bzw. Sphärenbereichen einzuteilen und sodann wertend die Verantwortlichkeiten festzulegen, mag eine Art „Näher-dran-Test“ im Einzelfall erfolgen: Wer von den Mietvertragsparteien ist „näher dran“ am zu definierenden und zuzuweisenden Risiko? Wer muss dafür einstehen, etwa die Genehmigung für die Nutzungsänderung einzuholen, die damit verbundenen Kosten zu tragen und Rechtsnachteile beim negativen Ausgang auf sich zu nehmen? Basieren Genehmigungen zur Nutzungsänderung auf der Lage oder Objektqualität der Mietsache, ist regelmäßig der Vermieter einstandspflichtig. Dies gilt grundsätzlich bei vorformulierten Vertragsregelungen.

Maßgeblich abzustellen ist auf den vertragsgemäßen Gebrauch und die Gebrauchsgewährungs- und Gebrauchserhaltungspflicht des Vermieters. Von dieser „Kardinalpflicht“ kann sich der Vermieter jetzt und künftig nicht einfach „freizeichnen“ bzw. „verabschieden“, abgesehen von Ausnahmecharakter tragenden Individualvereinbarungen. An dieser einschlägigen BGH-Rechtsprechung ist auch die zukünftige Risikotragung für Nutzungsänderungen in der Gewerbeimmobilie auszurichten: Für Nutzungsänderungen im unmittelbaren Zusammenhang mit der Mietsache hat der Vermieter, für solche hinsichtlich des Betriebs und der persönlichen Zuverlässigkeit hat der Mieter einzustehen. Demzufolge ist der jeweilige Vertragspartner, der „näher dran“ ist, für die damit verbundenen Fragen der Genehmigung und Kostentragung grundsätzlich in der Pflicht. Anhand dieser „wichtigen Weichenstellung“ können zukünftige Zweifels- und Streitfälle entschieden werden. Dabei kommt es stets auf die jeweilige konkrete Ausgestaltung des Einzelfalls an.

Eine Gewerbeimmobilie weist regelmäßig einen langen, abwechslungsreichen Lebenszyklus mit verschiedenen Nutzungsänderungen auf. Mit den juristischen, betriebs- und immobilienwirtschaftlichen Mitteln des modernen Asset Managements geht der „interdisziplinär“ versierte und agierende Rechtsanwender dem mit einem nachhaltigen „Flow-Konzept“¹³⁰ nach und berücksichtigt zukünftig flexibler derartige Änderungen im tatsächlichen und juristischen Bereich. Judikatur und Jurisprudenz sollen sich den zahlreichen, zunehmenden Fallkonstellationen der Nutzungsänderung engagiert, mutig und rechtsgestaltend stellen, gleichsam nach dem modernen Motto: „Yes, we can – try, at least...“!



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

127) BVerwG Urteil vom 14. 10. 1988, DVBl 1989, 356; BVerwG Urteil vom 28. 2. 1990, NVwZ 1990, 655; neuerdings VG München Beschluss vom 26. 5. 2008, Az: M 1 S 08/2041, in: www.juris.testa-de.net/jportal.

128) VG München Beschluss vom 26. 5. 2008, aaO.

129) So jüngst Kiss/Rappen, „Verträge gegen Wertverlust“, in: im Nr. 3 2009, 90, 91.

130) Zum „Flow-Konzept“ bei den Begriffsbedeutungen des Glücks Joachim GuT 2008, 415, 425.

Gewerbemiete

**Art. 1, 20 GG; §§ 7, 20, 24a, 28, 74 SGB II
Menschenwürdiges Existenzminimum;
Sozialstaatsprinzip; Hartz IV-Gesetz;
SGB II Regelleistungen**

1. Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG sichert jedem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zu, die für seine physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind.

2. Dieses Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG hat als Gewährleistungsrecht in seiner Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG neben dem absolut wirkenden Anspruch aus Art. 1 Abs. 1 GG auf Achtung der Würde jedes Einzelnen eigenständige Bedeutung. Es ist dem Grunde nach unverfügbar und muss eingelöst werden, bedarf aber der Konkretisierung und stetigen Aktualisierung durch den Gesetzgeber, der die zu erbringenden Leistungen an dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und den bestehenden Lebensbedingungen auszurichten hat. Dabei steht ihm ein Gestaltungsspielraum zu.

3. Zur Ermittlung des Anspruchsumfanges hat der Gesetzgeber alle existenznotwendigen Aufwendungen in einem transparenten und sachgerechten Verfahren realitätsgerecht sowie nachvollziehbar auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und schlüssiger Berechnungsverfahren zu bemessen.

4. Der Gesetzgeber kann den typischen Bedarf zur Sicherung des menschenwürdigen Existenzminimums durch einen monatlichen Festbetrag decken, muss aber für einen darüber hinausgehenden unabwiesbaren, laufenden, nicht nur einmaligen, besonderen Bedarf einen zusätzlichen Leistungsanspruch einräumen.

(BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 9. 2. 1010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09)

In den Verfahren zu der verfassungsrechtlichen Prüfung,

I. ob § 20 Abs. 1 bis 3 und § 28 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch (SGB II) in der Fassung von Art. 1 Viertes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 (BGBl I S. 2954, 2955) vereinbar sind mit dem Grundgesetz, insbesondere mit Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 sowie Art. 20 Abs. 1 und Abs. 3 GG

– Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Hessischen Landessozialgerichts vom 29. Oktober 2008 – L 6 AS 336/07 –

– 1 BvL 1/09 –,

II. ob § 28 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 SGB II in der Fassung des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 (BGBl I S. 2954), in Kraft getreten zum 1. Januar 2005, insoweit mit

1. Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1, Art. 6 Abs. 2, Art. 20 Abs. 1 GG vereinbar ist, als die Norm für Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres eine Regelleistung in Höhe von lediglich 60 % der nach § 20 Abs. 2 SGB II maßgebenden Regelleistung für Erwachsene vorsieht, ohne dass der für Kinder notwendige Bedarf ermittelt und definiert wurde,

2. Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist, als das Sozialgeld für Kinder von Empfängern der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II abschließend und bedarfsdeckend sein soll, während Kinder von Sozialhilfeempfängern nach § 28 Abs. 1 Satz 2 SGB XII abweichende Bedarfe geltend machen können,

3. Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist, als § 28 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 SGB II die Höhe der Regelleistung für alle Kinder und Jugendliche bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres einheitlich mit 60% festsetzt, ohne dabei weitere Altersstufen vorzusehen

– Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Bundessozialgerichts vom 27. Januar 2009 – B 14 AS 5/08 R –

– 1 BvL 3/09 –,

III. ob § 28 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 SGB II in der Fassung des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 (BGBl I S. 2954), in Kraft getreten zum 1. Januar 2005, insoweit mit

1. Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1, Art. 6 Abs. 2, Art. 20 Abs. 1 GG vereinbar ist, als die Norm für Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres eine Regelleistung (Sozialgeld) in Höhe von lediglich 60% der nach § 20 Abs. 2 SGB II maßgebenden Regelleistung für Erwachsene vorsieht, ohne dass der für Kinder notwendige Bedarf ermittelt und definiert wurde,

2. Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist, als das Sozialgeld für Kinder von Empfängern der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II abschließend und bedarfsdeckend sein soll, während Kinder von Sozialhilfeempfängern nach § 28 Abs. 1 Satz 2 SGB XII abweichende Bedarfe geltend machen können,

3. Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist, als § 28 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 SGB II die Höhe der Regelleistung für alle Kinder und Jugendliche bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres einheitlich mit 60% festsetzt, ohne dabei weitere Altersstufen vorzusehen

– Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Bundessozialgerichts vom 27. Januar 2009 – B 14/11b AS 9/07 R –

– 1 BvL 4/09 –

hat das Bundesverfassungsgericht – Erster Senat – aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Oktober 2009 durch Urteil für Recht erkannt:

1. § 20 Absatz 2 1. Halbsatz und Absatz 3 Satz 1, § 28 Absatz 1 Satz 3 Nr. 1 1. Alternative, jeweils in Verbindung mit § 20 Absatz 1 Sozialgesetzbuch Zweites Buch in der Fassung des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 (Bundesgesetzblatt I Seite 2954), § 20 Absatz 2 Satz 1 und Absatz 3 Sozialgesetzbuch Zweites Buch in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 24. März 2006 (Bundesgesetzblatt I Seite 558), § 28 Absatz 1 Satz 3 Nr. 1 1. Alternative in Verbindung mit § 74 Sozialgesetzbuch Zweites Buch in der Fassung des Gesetzes zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität in Deutschland vom 2. März 2009 (Bundesgesetzblatt I Seite 416), jeweils in Verbindung mit § 20 Absatz 1 Sozialgesetzbuch Zweites Buch in der Fassung des Gesetzes zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende vom 20. Juli 2006 (Bundesgesetzblatt I Seite 1706), sowie die Bekanntmachungen über die Höhe der Regelleistung nach § 20 Absatz 2 und § 20 Absatz 2 Satz 1 Sozialgesetzbuch Zweites Buch vom 1. September 2005 (Bundesgesetzblatt I Seite 2718), vom 20. Juli 2006 (Bundesgesetzblatt I Seite 1702), vom 18. Juni 2007 (Bundesgesetzblatt I Seite 1139), vom 26. Juni 2008 (Bundesgesetzblatt I Seite 1102) und vom 17. Juni 2009 (Bundesgesetzblatt I Seite 1342) sind mit Artikel 1 Absatz 1 Grundgesetz in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Artikel 20 Absatz 1 Grundgesetz unvereinbar.

2. Bis zur Neuregelung, die der Gesetzgeber bis spätestens zum 31. Dezember 2010 zu treffen hat, sind diese Vorschriften weiter anwendbar.

3. Der Gesetzgeber hat bei der Neuregelung einen Anspruch auf Leistungen zur Sicherstellung eines unabwiesbaren, laufenden, nicht nur einmaligen, besonderen Bedarfs für die nach § 7 Sozialgesetzbuch Zweites Buch Leistungsberechtigten vor-

zusehen, der bisher nicht von den Leistungen nach §§ 20 folgende Sozialgesetzbuch Zweites Buch erfasst wird, zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums jedoch zwingend zu decken ist. Bis zur Neuregelung durch den Gesetzgeber wird angeordnet, dass dieser Anspruch nach Maßgabe der Urteilsgründe unmittelbar aus Artikel 1 Absatz 1 Grundgesetz in Verbindung mit Artikel 20 Absatz 1 Grundgesetz zu Lasten des Bundes geltend gemacht werden kann.

Gründe: [vom Abdruck wird abgesehen]

Hinw. d. Red.: Die vollständige Entscheidung (pdf) kann bei der Redaktion GuT (info@pwest.de) kostenfrei angefordert werden.

S. in diesem Heft die Einführung zur Urteilsverkündung am 9. 2. 2010 des Vorsitzenden des Ersten Senats (GuT 2010, 3), die Pressemeldungen der Bundestagsfraktionen vom 9. 2. 2010 (GuT 2010, 64f.) sowie die nachfolgende BVerfG-Pressemeldung Nr. 5/2010 vom 9. 2. 2010:

»Regelleistungen nach SGB II („Hartz IV-Gesetz“) nicht verfassungsgemäß

I. Sachverhalt

1. Das Vierte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 (sog. „Hartz IV-Gesetz“) führte mit Wirkung vom 1. Januar 2005 die bisherige Arbeitslosenhilfe und die bisherige Sozialhilfe im neu geschaffenen Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II) in Form einer einheitlichen, bedürftigkeitsabhängigen Grundsicherung für Erwerbsfähige und die mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen zusammen. Danach erhalten erwerbsfähige Hilfebedürftige Arbeitslosengeld II und die mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden, nicht erwerbsfähigen Angehörigen, insbesondere Kinder vor Vollendung des 15. Lebensjahres, Sozialgeld. Diese Leistungen setzen sich im Wesentlichen aus der in den §§ 20 und 28 SGB II bestimmten Regelleistung zur Sicherung des Lebensunterhalts und Leistungen für Unterkunft und Heizung zusammen. Sie werden nur gewährt, wenn ausreichende eigene Mittel, insbesondere Einkommen oder Vermögen, nicht vorhanden sind. Die Regelleistung für Alleinstehende legte das SGB II zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens für die alten Länder einschließlich Berlin (Ost) auf 345 Euro fest. Die Regelleistung für die übrigen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft bestimmt es als prozentuale Anteile davon. Danach ergaben sich zum 1. Januar 2005 für Ehegatten, Lebenspartner und Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft ein Betrag von gerundet 311 Euro (90%), für Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres ein Betrag von 207 Euro (60%) und für Kinder ab Beginn des 15. Lebensjahres ein Betrag von 276 Euro (80%).

Im Vergleich zu den Regelungen nach dem früheren Bundessozialhilfegesetz (BSHG) wird die Regelleistung nach dem SGB II weitgehend pauschaliert; eine Erhöhung für den Alltagsbedarf ist ausgeschlossen. Einmalige Beihilfen werden nur noch in Ausnahmefällen für einen besonderen Bedarf gewährt. Zur Deckung unregelmäßig wiederkehrenden Bedarfs ist die Regelleistung erhöht worden, damit Leistungsempfänger entsprechende Mittel ansparen können.

2. a) Bei der Festsetzung der Regelleistung hat sich der Gesetzgeber an das Sozialhilferecht, das seit dem 1. Januar 2005 im Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch (SGB XII) geregelt wird, angelehnt. Nach dem SGB XII und der vom zuständigen Bundesministerium erlassenen Regelsatzverordnung erfolgt die Bemessung der sozialhilferechtlichen Regelsätze nach einem Statistikmodell, das bereits in ähnlicher Form unter der Geltung des Bundessozialhilfegesetzes (BSHG) entwickelt worden war. Grundlage für die Bemessung der Regelsätze ist eine Sonderauswertung der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe, die vom Statistischen Bundesamt alle fünf Jahre erhoben wird. Für die Bestimmung des Eckregelsatzes, der auch für Alleinstehende gilt, sind die in den einzelnen Abteilungen der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe erfassten Ausgaben der untersten

20% der nach ihrem Nettoeinkommen geschichteten Einpersonenhaushalte (unterstes Quintil) nach Herausnahme der Empfänger von Sozialhilfe maßgeblich. Diese Ausgaben gehen allerdings nicht vollständig, sondern als regelsatzrelevanter Verbrauch nur zu bestimmten Prozentanteilen in die Bemessung des Eckregelsatzes ein.

Die seit dem 1. Januar 2005 geltende Regelsatzverordnung fußt auf der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe aus dem Jahre 1998. Bei der Bestimmung des regelsatzrelevanten Verbrauchs in § 2 Abs. 2 Regelsatzverordnung wurde die Abteilung 10 der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe (Bildungswesen) nicht berücksichtigt. Weiterhin erfolgten Abschläge unter anderem in der Abteilung 03 (Bekleidung und Schuhe) zum Beispiel für Pelze und Maßkleidung, in der Abteilung 04 (Wohnung etc.) bei der Ausgabenposition „Strom“, in der Abteilung 07 (Verkehr) wegen der Kosten für Kraftfahrzeuge und in der Abteilung 09 (Freizeit, Unterhaltung und Kultur) zum Beispiel für Segelflugzeuge. Der für das Jahr 1998 errechnete Betrag wurde nach den Regelungen, die für die jährliche Anpassung der Regelleistung nach dem SGB II und der Regelsätze nach dem SGB XII gelten, entsprechend der Entwicklung des aktuellen Rentenwertes in der gesetzlichen Rentenversicherung (vgl. § 68 SGB VI) auf den 1. Januar 2005 hochgerechnet.

b) Bei der Festsetzung der Regelleistung für Kinder wich der Gesetzgeber von den Prozentsätzen, die unter dem BSHG galten, ab und bildete nunmehr nur noch zwei Altersgruppen (0 bis 14 Jahre und 14 bis 18 Jahre). Eine Untersuchung des Ausgabeverhaltens von Ehepaaren mit einem Kind, wie sie unter dem BSHG erfolgt war, unterblieb zunächst.

3. Die Sonderauswertung der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe aus dem Jahre 2003 führte zwar zum 1. Januar 2007 zu Änderungen beim regelsatzrelevanten Verbrauch gemäß § 2 Abs. 2 Regelsatzverordnung, jedoch nicht zu einer Erhöhung des Eckregelsatzes und der Regelleistung für Alleinstehende. Eine erneute Sonderauswertung bezogen auf das Ausgabeverhalten von Ehepaaren mit einem Kind veranlasste den Gesetzgeber zur Einführung einer dritten Alterstufe von haushaltsangehörigen Kindern im Alter von 6 Jahren bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres. Diese erhalten ab dem 1. Juli 2009 nach § 74 SGB II 70% der Regelleistung eines Alleinstehenden. Seit dem 1. August 2009 erhalten schulpflichtige Kinder nach Maßgabe von § 24a SGB II zudem zusätzliche Leistungen für die Schule in Höhe von 100 Euro pro Schuljahr.

4. Über eine Vorlage des Hessischen Landessozialgerichts (1 BvL 1/09) und über zwei Vorlagen des Bundessozialgerichts (1 BvL 3/09 und 1 BvL 4/09) zu der Frage, ob die Höhe der Regelleistung zur Sicherung des Lebensunterhalts für Erwachsene und Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres im Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis zum 30. Juni 2005 nach § 20 Abs. 1 bis 3 und nach § 28 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 Alt. 1 SGB II mit dem Grundgesetz vereinbar ist, hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts am 20. Oktober 2009 verhandelt. Die diesen Vorlagen zugrundeliegenden Ausgangsverfahren sind in der Pressemitteilung zur mündlichen Verhandlung (Nr. 96/2009 vom 19. August 2009) im Einzelnen dargestellt.

II. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat entschieden, dass die Vorschriften des SGB II, die die Regelleistung für Erwachsene und Kinder betreffen, nicht den verfassungsrechtlichen Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG erfüllen. Die Vorschriften bleiben bis zur Neuregelung, die der Gesetzgeber bis zum 31. Dezember 2010 zu treffen hat, weiter anwendbar. Der Gesetzgeber hat bei der Neuregelung auch einen Anspruch auf Leistungen zur Sicherstellung eines unabwiesbaren, laufenden, nicht nur einmaligen, besonderen Bedarfs für die nach § 7 SGB II Leistungsberechtigten vorzusehen, der bisher nicht von den Leistungen nach §§ 20 ff. SGB II erfasst wird, zur Gewährleistung

eines menschenwürdigen Existenzminimums jedoch zwingend zu decken ist. Bis zur Neuregelung durch den Gesetzgeber wird angeordnet, dass dieser Anspruch nach Maßgabe der Urteilsgründe unmittelbar aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG zu Lasten des Bundes geltend gemacht werden kann.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

1. a) Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG sichert jedem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zu, die für seine physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind. Dieses Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG hat als Gewährleistungsrecht in seiner Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG neben dem absolut wirkenden Anspruch aus Art. 1 Abs. 1 GG auf Achtung der Würde jedes Einzelnen eigenständige Bedeutung. Es ist dem Grunde nach unverfügbar und muss eingelöst werden, bedarf aber der Konkretisierung und stetigen Aktualisierung durch den Gesetzgeber, der die zu erbringenden Leistungen an dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und den bestehenden Lebensbedingungen auszurichten hat. Der Umfang des verfassungsrechtlichen Leistungsanspruchs kann im Hinblick auf die Arten des Bedarfs und die dafür erforderlichen Mittel nicht unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet werden. Die Konkretisierung obliegt dem Gesetzgeber, dem hierbei ein Gestaltungsspielraum zukommt.

Zur Konkretisierung des Anspruchs hat der Gesetzgeber alle existenznotwendigen Aufwendungen folgerichtig in einem transparenten und sachgerechten Verfahren nach dem tatsächlichen Bedarf, also realitätsgerecht, zu bemessen.

b) Dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Bemessung des Existenzminimums entspricht eine zurückhaltende Kontrolle der einfachgesetzlichen Regelung durch das Bundesverfassungsgericht. Da das Grundgesetz selbst keine exakte Bezifferung des Anspruchs erlaubt, beschränkt sich – bezogen auf das Ergebnis – die materielle Kontrolle darauf, ob die Leistungen evident unzureichend sind. Innerhalb der materiellen Bandbreite, welche diese Evidenzkontrolle belässt, kann das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums keine quantifizierbaren Vorgaben liefern. Es erfordert aber eine Kontrolle der Grundlagen und der Methode der Leistungsbemessung daraufhin, ob sie dem Ziel des Grundrechts gerecht werden. Um eine der Bedeutung des Grundrechts angemessene Nachvollziehbarkeit des Umfangs der gesetzlichen Hilfeleistungen sowie deren gerichtliche Kontrolle zu gewährleisten, müssen die Festsetzungen der Leistungen auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und schlüssiger Berechnungsverfahren tragfähig zu rechtfertigen sein.

Das Bundesverfassungsgericht prüft deshalb, ob der Gesetzgeber das Ziel, ein menschenwürdiges Dasein zu sichern, in einer Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG gerecht werdenden Weise erfasst und umschrieben hat, ob er im Rahmen seines Gestaltungsspielraums ein zur Bemessung des Existenzminimums im Grundsatz taugliches Berechnungsverfahren gewählt hat, ob er die erforderlichen Tatsachen im Wesentlichen vollständig und zutreffend ermittelt und schließlich, ob er sich in allen Berechnungsschritten mit einem nachvollziehbaren Zahlenwerk innerhalb dieses gewählten Verfahrens und dessen Strukturprinzipien im Rahmen des Vertretbaren bewegt hat. Zur Ermöglichung dieser verfassungsgerichtlichen Kontrolle besteht für den Gesetzgeber die Obliegenheit, die zur Bestimmung des Existenzminimums im Gesetzgebungsverfahren eingesetzten Methoden und Berechnungsschritte nachvollziehbar offen zu legen. Kommt er ihr nicht hinreichend nach, steht die Ermittlung des Existenzminimums bereits wegen dieser Mängel nicht mehr mit Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG in Einklang.

2. Die in den Ausgangsverfahren geltenden Regelleistungen von 345, 311 und 207 Euro können zur Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums nicht als evident unzureichend angesehen werden. Für den Betrag der Regelleistung von 345 Euro kann eine evidente Unterschreitung nicht festgestellt werden, weil sie zur Sicherung der physischen Seite des Existenzminimums zumindest ausreicht und der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der sozialen Seite des Existenzminimums besonders weit ist.

Dies gilt auch für den Betrag von 311 Euro für erwachsene Partner einer Bedarfsgemeinschaft. Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass durch das gemeinsame Wirtschaften Aufwendungen gespart werden und deshalb zwei zusammenlebende Partner einen finanziellen Mindestbedarf haben, der geringer als das Doppelte des Bedarfs eines Alleinlebenden ist.

Es kann ebenfalls nicht festgestellt werden, dass der für Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres einheitlich geltende Betrag von 207 Euro zur Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums offensichtlich unzureichend ist. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, dass dieser Betrag nicht ausreicht, um das physische Existenzminimum, insbesondere den Ernährungsbedarf von Kindern im Alter von 7 bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres zu decken.

3. Das Statistikmodell, das für die Bemessung der sozialhilferechtlichen Regelsätze gilt und nach dem Willen des Gesetzgebers auch die Grundlage für die Bestimmung der Regelleistung bildet, ist eine verfassungsrechtlich zulässige, weil vertretbare Methode zur realitätsnahen Bestimmung des Existenzminimums für eine alleinstehende Person. Es stützt sich auch auf geeignete empirische Daten. Die Einkommens- und Verbrauchsstichprobe bildet in statistisch zuverlässiger Weise das Verbrauchsverhalten der Bevölkerung ab. Die Auswahl der untersten 20% der nach ihrem Nettoeinkommen geschichteten Einpersonenhaushalte nach Herausnahme der Empfänger von Sozialhilfe als Referenzgruppe für die Ermittlung der Regelleistung für einen Alleinstehenden ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Gesetzgeber konnte auch vertretbar davon ausgehen, dass die bei der Auswertung der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe 1998 zugrunde gelegte Referenzgruppe statistisch zuverlässig über der Sozialhilfeschwelle lag.

Es ist verfassungsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden, dass die in den einzelnen Abteilungen der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe erfassten Ausgaben des untersten Quintils nicht vollständig, sondern als regelleistungsrelevanter Verbrauch nur zu einem bestimmten Prozentsatz in die Bemessung der Regelleistung einfließen. Der Gesetzgeber hat aber die wertende Entscheidung, welche Ausgaben zum Existenzminimum zählen, sachgerecht und vertretbar zu treffen. Kürzungen von Ausgabepositionen in den Abteilungen der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe bedürfen zu ihrer Rechtfertigung einer empirischen Grundlage. Der Gesetzgeber darf Ausgaben, welche die Referenzgruppe tätigt, nur dann als nicht relevant einstufen, wenn feststeht, dass sie anderweitig gedeckt werden oder zur Sicherung des Existenzminimums nicht notwendig sind. Hinsichtlich der Höhe der Kürzungen ist auch eine Schätzung auf fundierter empirischer Grundlage nicht ausgeschlossen; Schätzungen „ins Blaue hinein“ stellen jedoch keine realitätsgerechte Ermittlung dar.

4. Die Regelleistung von 345 Euro ist nicht in verfassungsgemäßer Weise ermittelt worden, weil von den Strukturprinzipien des Statistikmodells ohne sachliche Rechtfertigung abgewichen worden ist.

a) Der in § 2 Abs. 2 Regelsatzverordnung 2005 festgesetzte regelsatz- und damit zugleich regelleistungsrelevante Verbrauch beruht nicht auf einer tragfähigen Auswertung der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe 1998. Denn bei einzelnen Ausgabepositionen wurden prozentuale Abschläge für nicht regelleistungsrelevante Güter und Dienstleistungen (zum Beispiel Pelze, Maßkleidung und Segelflugzeuge) vorgenommen, ohne dass feststand, ob die Vergleichsgruppe (unterstes Quintil) überhaupt

solche Ausgaben getätigt hat. Bei anderen Ausgabepositionen wurden Kürzungen vorgenommen, die dem Grunde nach vertretbar, in der Höhe jedoch empirisch nicht belegt waren (zum Beispiel Kürzung um 15% bei der Position Strom). Andere Ausgabepositionen, zum Beispiel die Abteilung 10 (Bildungswesen), blieben völlig unberücksichtigt, ohne dass dies begründet worden wäre.

b) Zudem stellt die Hochrechnung der für 1998 ermittelten Beträge auf das Jahr 2005 anhand der Entwicklung des aktuellen Rentenwerts einen sachwidrigen Maßstabswechsel dar. Während die statistische Ermittlungsmethode auf Nettoeinkommen, Verbraucherverhalten und Lebenshaltungskosten abstellt, knüpft die Fortschreibung nach dem aktuellen Rentenwert an die Entwicklung der Bruttolöhne und -gehälter, den Beitragssatz zur allgemeinen Rentenversicherung und an einen Nachhaltigkeitsfaktor an. Diese Faktoren weisen aber keinen Bezug zum Existenzminimum auf.

5. Die Ermittlung der Regelleistung in Höhe von 311 Euro für in Bedarfsgemeinschaft zusammenlebende Partner genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen, weil sich die Mängel bei der Ermittlung der Regelleistung für Alleinstehende hier fortsetzen, denn sie wurde auf der Basis jener Regelleistung ermittelt. Allerdings beruht die Annahme, dass für die Sicherung des Existenzminimums von zwei Partnern ein Betrag in Höhe von 180% des entsprechenden Bedarfs eines Alleinstehenden ausreicht, auf einer ausreichenden empirischen Grundlage.

6. Das Sozialgeld für Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres von 207 Euro genügt nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben, weil es von der bereits beanstandeten Regelleistung in Höhe von 345 Euro abgeleitet ist. Darüber hinaus beruht die Festlegung auf keiner vertretbaren Methode zur Bestimmung des Existenzminimums eines Kindes im Alter bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres. Der Gesetzgeber hat jegliche Ermittlungen zum spezifischen Bedarf eines Kindes, der sich im Unterschied zum Bedarf eines Erwachsenen an kindlichen Entwicklungsphasen und einer kindgerechten Persönlichkeitsentfaltung auszurichten hat, unterlassen. Sein vorgenommener Abschlag von 40% gegenüber der Regelleistung für einen Alleinstehenden beruht auf einer freihändigen Setzung ohne empirische und methodische Fundierung. Insbesondere blieben die notwendigen Aufwendungen für Schulbücher, Schulhefte, Taschenrechner etc. unberücksichtigt, die zum existentiellen Bedarf eines Kindes gehören. Denn ohne Deckung dieser Kosten droht hilfebedürftigen Kindern der Ausschluss von Lebenschancen. Auch fehlt eine differenzierte Untersuchung des Bedarfs von kleineren und größeren Kindern.

7. Diese Verfassungsverstöße sind weder durch die Auswertung der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe 2003 und die Neubestimmung des regelsatzrelevanten Verbrauchs zum 1. Januar 2007 noch durch die Mitte 2009 in Kraft getretenen §§ 74 und 24a SGB II beseitigt worden.

a) Die zum 1. Januar 2007 in Kraft getretene Änderung der Regelsatzverordnung hat wesentliche Mängel, wie zum Beispiel die Nichtberücksichtigung der in der Abteilung 10 (Bildungswesen) der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe erfassten Ausgaben oder die Hochrechnung der für 2003 ermittelten Beträge entsprechend der Entwicklung des aktuellen Rentenwertes, nicht beseitigt.

b) Das durch § 74 SGB II eingeführte Sozialgeld für Kinder ab Beginn des 7. bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres in Höhe von 70% der Regelleistung für einen Alleinstehenden genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen bereits deshalb nicht, weil es sich von dieser fehlerhaft ermittelten Regelleistung ableitet. Zwar dürfte der Gesetzgeber mit der Einführung einer dritten Altersstufe und der § 74 SGB II zugrunde liegenden Bemessungsmethode einer realitätsgerechten Ermittlung der notwendigen Leistungen für Kinder im schulpflichtigen Alter näher gekommen sein. Den Anforderungen an die Ermittlung des kinderspezifischen Bedarfs ist er dennoch

nicht gerecht geworden, weil die gesetzliche Regelung weiterhin an den Verbrauch für einen erwachsenen Alleinstehenden anknüpft.

c) Die Regelung des § 24a SGB II, die eine einmalige Zahlung von 100 Euro vorsieht, fügt sich methodisch nicht in das Bedarfssystem des SGB II ein. Zudem hat der Gesetzgeber den notwendigen Schulbedarf eines Kindes bei Erlass des § 24a SGB II nicht empirisch ermittelt. Der Betrag von 100 Euro pro Schuljahr wurde offensichtlich freihändig geschätzt.

8. Es ist mit Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG zudem unvereinbar, dass im SGB II eine Regelung fehlt, die einen Anspruch auf Leistungen zur Sicherstellung eines zur Deckung des menschenwürdigen Existenzminimums unabwiesbaren, laufenden, nicht nur einmaligen, besonderen Bedarfs vorsieht. Ein solcher ist für denjenigen Bedarf erforderlich, der deswegen nicht schon von den §§ 20 ff. SGB II abgedeckt wird, weil die Einkommens- und Verbrauchsstatistik, auf der die Regelleistung beruht, allein den Durchschnittsbedarf in üblichen Bedarfssituationen widerspiegelt, nicht aber einen darüber hinausgehenden, besonderen Bedarf aufgrund atypischer Bedarfslagen.

Die Gewährung einer Regelleistung als Festbetrag ist grundsätzlich zulässig. Wenn das Statistikmodell entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben angewandt und der Pauschalbetrag insbesondere so bestimmt worden ist, dass ein Ausgleich zwischen verschiedenen Bedarfssituationen möglich ist, kann der Hilfebedürftige in der Regel sein individuelles Verbraucherverhalten so gestalten, dass er mit dem Festbetrag auskommt; vor allem hat er bei besonderem Bedarf zuerst auf das Ansparpotential zurückzugreifen, das in der Regelleistung enthalten ist.

Da ein pauschaler Regelleistungsbetrag jedoch nach seiner Konzeption nur den durchschnittlichen Bedarf decken kann, wird ein in Sonderfällen auftretender Bedarf von der Statistik nicht aussagekräftig ausgewiesen. Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG gebietet allerdings, auch diesen unabwiesbaren, laufenden, nicht nur einmaligen, besonderen Bedarf zu decken, wenn es im Einzelfall für ein menschenwürdiges Existenzminimum erforderlich ist. Dieser ist im SGB II bisher nicht ausnahmslos erfasst. Der Gesetzgeber hat wegen dieser Lücke in der Deckung des lebensnotwendigen Existenzminimums eine Härtefallregelung in Form eines Anspruchs auf Hilfeleistungen zur Deckung dieses besonderen Bedarfs für die nach § 7 SGB II Leistungsberechtigten vorzugeben. Dieser Anspruch entsteht allerdings erst, wenn der Bedarf so erheblich ist, dass die Gesamtsumme der dem Hilfebedürftigen gewährten Leistungen – einschließlich der Leistungen Dritter und unter Berücksichtigung von Einsparmöglichkeiten des Hilfebedürftigen – das menschenwürdige Existenzminimum nicht mehr gewährleistet. Er dürfte angesichts seiner engen und strikten Tatbestandsvoraussetzungen nur in seltenen Fällen in Betracht kommen.

9. Die verfassungswidrigen Normen bleiben bis zu einer Neuregelung, die der Gesetzgeber bis zum 31. Dezember 2010 zu treffen hat, weiterhin anwendbar. Wegen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums ist das Bundesverfassungsgericht nicht befugt, aufgrund eigener Einschätzungen und Wertungen gestaltend selbst einen bestimmten Leistungsbetrag festzusetzen. Da nicht festgestellt werden kann, dass die gesetzlich festgesetzten Regelleistungsbeträge evident unzureichend sind, ist der Gesetzgeber nicht unmittelbar von Verfassungs wegen verpflichtet, höhere Leistungen festzusetzen. Er muss vielmehr ein Verfahren zur realitäts- und bedarfsgerechten Ermittlung der zur Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums notwendigen Leistungen entsprechend den aufgezeigten verfassungsrechtlichen Vorgaben durchführen und dessen Ergebnis im Gesetz als Leistungsanspruch verankern.

Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG verpflichtet den Gesetzgeber nicht dazu, die Leistungen rückwirkend neu festzusetzen. Sollte der Gesetzgeber allerdings seiner

Pflicht zur Neuregelung bis zum 31. Dezember 2010 nicht nachgekommen sein, wäre ein pflichtwidrig später erlassenes Gesetz schon zum 1. Januar 2011 in Geltung zu setzen.

Der Gesetzgeber ist ferner verpflichtet, bis spätestens zum 31. Dezember 2010 eine Regelung im SGB II zu schaffen, die sicherstellt, dass ein unabweisbarer, laufender, nicht nur einmaliger besonderer Bedarf gedeckt wird. Die nach § 7 SGB II Leistungsberechtigten, bei denen ein derartiger Bedarf vorliegt, müssen aber auch vor der Neuregelung die erforderlichen Sach- oder Geldleistungen erhalten. Um die Gefahr einer Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG in der Übergangszeit bis zur Einführung einer entsprechenden Härtefallklausel zu vermeiden, muss die verfassungswidrige Lücke für die Zeit ab der Verkündung des Urteils durch eine entsprechende Anordnung des Bundesverfassungsgerichts geschlossen werden.«

§§ 307, 535 BGB

Mietvertrag; Ladengeschäft im Einkaufszentrum EKZ; Betriebspflicht; Unzulässigkeit zeitweiser Schließungen

Eine in einem Mietvertrag über ein in einem Einkaufszentrum belegenes Ladengeschäft enthaltene Klausel mit dem Inhalt

„Zeitweise Schließungen (z.B. aus Anlass von Mittagspausen, Ruhetagen, Betriebsferien, Inventuren) sind nicht zulässig“

ist wegen unangemessener Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1, Abs. 2 Ziffer 2 BGB jedenfalls dann unwirksam, wenn der Mieter hierdurch an der Durchführung der ihm vertraglich auferlegten Schönheitsreparaturen gehindert wird.

(KG, Urteil vom 5. 3. 2009 – 8 U 177/08)

Aus dem Tenor: Es wird festgestellt, dass die unter 10. 2 Satz 6 der Allgemeinen Bedingungen des Mietvertrages über ein Ladengeschäft, 119 qm, im S. in B. enthaltene Regelung mit folgendem Inhalt:

„Zeitweise Schließungen (z. B. aus Anlass von Mittagspausen, Ruhetagen, Betriebsferien, Inventuren) sind nicht zulässig.“
unwirksam ist.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Im Übrigen wird die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Zum Sachverhalt: Die Berufung der Klägerin richtet sich gegen das Urteil des Landgerichts Berlin. Das Landgericht habe sich mit der Frage der Wirksamkeit der konkreten Betriebspflicht im Einzelfall nicht auseinandergesetzt. Es habe in der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, dass der Umstand, dass die Regelung auch Schließungen aus Anlass von Betriebsferien, Inventuren u.s.w. nicht zulasse, keine unangemessene Benachteiligung bedeute, ohne aber diese Bewertung zu erörtern. Das Landgericht verkenne, dass es in der Rechtsprechung und Literatur sehr wohl andere Auffassungen gebe, die anders als die Auffassung des Landgerichts auch begründet seien.

Die Beklagte hält das angefochtene Urteil für zutreffend und trägt ergänzend vor: § 10.1 und § 10.2 der Allgemeinen Bedingungen des Mietvertrages seien wirksam. Insbesondere hielten diese Bestimmungen einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand, da diese Bestimmungen die Klägerin nicht entgegen den Grundsätzen von Treu und Glauben unangemessen benachteiligten. Die Mieter eines Einkaufszentrums bildeten untereinander eine „Schicksalsgemeinschaft“. Zum Wesen eines Einkaufszentrums gehöre es, dass alle Mieter ihre Läden während derselben Öffnungszeiten ununterbrochen geöffnet hätten. Hieran habe nicht nur der Vermieter, sondern auch die Gesamtheit der Mieter ein schutzwürdiges Interesse. Das Interesse des einzelnen Mieters, sein Ladengeschäft in einem Einkaufszentrum zwecks Betriebsferien, branchenüblichen Ruhetagen, Inventur

oder Durchführung erforderlicher Schönheitsreparaturen etc. vorübergehend zu schließen, müsse hinter die Interessen der Gesamtheit der Mieter und den Interessen des Vermieters zurücktreten. Zudem sei die Betriebspflicht keine höchstpersönliche Pflicht.

Aus den Gründen: II. Die Berufung ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.

1. Zulässigkeit der Feststellungsklage

Die Feststellungsklage ist zulässig. Insbesondere liegt ein rechtliches Interesse im Sinne von § 256 ZPO vor.

Die Klägerin trägt zur Begründung ihres rechtlichen Interesses vor, dass sie eine fristlose Kündigung riskiere, wenn sie der Betriebspflicht nicht folge. Sie trägt auch vor, dass sie sich für berechtigt halte, die Einstellung des Betriebes als zulässige unternehmerische Option für sich offen zu halten, bis die Beklagte Vollbetrieb hergestellt habe. Das heißt, die Klägerin will geklärt wissen, ob sie an die in § 10 des Vertrages geregelte Betriebspflicht gebunden ist, obgleich sie gar nicht die konkrete Absicht hat, sich über die Betriebspflicht hinwegzusetzen. Nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 2008, 2499 [= WuM 2008, 472]; NJW 1992, 436), der sich der Senat anschließt, ist von einem rechtlichen Interesse auszugehen, wenn der Gegner sich auf die Wirksamkeit einer Vertragsbedingung beruft und sich damit eines Anspruchs gegen die klagende Partei berührt. Darauf, ob der Gegner einen bereits durchsetzbaren Anspruch geltend macht, soll es nicht ankommen. Vorliegend hat sich die Beklagte spätestens mit der Klageerwiderung auf die Wirksamkeit der in § 10 des Vertrages geregelten Betriebspflicht berufen, so dass vom Vorliegen eines Feststellungsinteresses auszugehen ist.

2. Begründetheit der Feststellungsklage

Die Feststellungsklage ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.

Die unter 10.2 Satz 6 der Allgemeinen Bedingungen des Mietvertrages enthaltene Regelung mit dem Inhalt „Zeitweise Schließungen (z. B. aus Anlass von Mittagspausen, Ruhetagen, Betriebsferien, Inventuren) sind nicht zulässig“ ist gemäß § 307 Abs. 1, Abs. 2, Ziffer 2 BGB unwirksam, da sie eine entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessene Benachteiligung der Klägerin beinhaltet.

Die Parteien haben vorliegend einen Mietvertrag geschlossen, der in der als „Allgemeine Bedingungen des Mietvertrages“ bezeichneten Anlage I zum Mietvertrag unter § 10 (Betriebspflicht, Werbegemeinschaft) unter anderem folgende Regelungen enthält:

„10.1 Der Mieter ist verpflichtet, den Mietgegenstand während der gesamten Mietzeit seiner Zweckbestimmung entsprechend ununterbrochen zu nutzen; er wird den Mietgegenstand weder ganz noch teilweise ungenutzt oder leer stehen lassen.“

10.2 Das Geschäft des Mieters ist im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen über die Ladenschlusszeiten an allen Verkaufstagen so lange offen zu halten, wie die überwiegende Anzahl aller Mieter ihr Geschäft offenhält. Die Öffnungszeiten können nach Abstimmung mit den Mietern von mehr als 50 % der Gesamtladenflächen des Einkaufszentrums durch den Vermieter verbindlich für alle Mieter festgelegt oder geändert werden. Dies gilt auch in den Fällen einer etwaigen „Langen Nacht des Shoppens“ oder ähnlicher gesetzlich zulässige Sonderöffnungszeiten.

Vorbehaltlich einer abweichenden Regelung nach Maßgabe von vorstehendem Absatz 1 vereinbaren die Vertragsparteien, dass ab dem Tag der Eröffnung des Einkaufszentrums folgende Mindestladenöffnungszeiten gelten:

montags bis freitags	von 9.00 Uhr bis 20.00 Uhr
samstags	von 9.00 Uhr bis 20.00 Uhr
vier Samstage vor Weihnachten	von 9.00 Uhr bis 20.00 Uhr.

Aus einer bloßen Duldung abweichender Öffnungszeiten durch den Vermieter kann der Mieter keine Rechtherleiten. Zeitweise Schließungen (z. B. aus Anlass von Mittagspausen, Ruhetagen, Betriebsferien, Inventuren) sind nicht zulässig.“

Das Landgericht hat in der angefochtenen Entscheidung offen gelassen, ob es sich bei dieser Regelung um eine Individualvereinbarung handelt oder um eine Allgemeine Geschäftsbedingung. Da aber beide Parteien davon ausgehen, dass es sich bei der streitigen Regelung um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt und weder vorgetragen noch sonst ersichtlich ist, dass es sich bei der Regelung um eine ausgehandelte Individualvereinbarung handeln könnte, ist davon auszugehen, dass es sich um eine allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 BGB handelt. Allein der Umstand, dass die Klägerin vorträgt, sie sei davon ausgegangen, dass die Regelung dazu beitrage, eine Vollvermietung des Einkaufszentrums sicherzustellen, deutet entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht darauf hin, dass es sich bei der Regelung um eine Individualvereinbarung handeln könnte.

Das Landgericht hat in der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführt, dass eine Betriebspflicht grundsätzlich auch durch Formularvertrag vereinbart werden kann. Das gilt selbst dann, wenn das Betreiben des Geschäfts unrentabel ist, da die Rentabilität eines in gemieteten Räumen betriebenen Geschäftes bzw. Unternehmens grundsätzlich in die wirtschaftliche Risikosphäre des Mieters fällt und die formularmäßige Vereinbarung einer Betriebspflicht insoweit im Regelfall nicht als unangemessene Benachteiligung des Mieters zu werten ist (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 9. Auflage, § 535, Rdnr. 222; Hamann, Die Betriebspflicht des Mieters bei Geschäftsraummietverhältnissen, ZMR, 2001, 581; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Auflage, Rdnr. 609; Bub/Treier, Kramer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Auflage, III.A, Rdnr. 938; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 2. Auflage, Kap. 23, Rdnr. 17; Gather, Konkurrenzschutz und Betriebspflicht bei der Geschäftsraummiete, DWJ 2007, 94; BGH, Urteil vom 19. 7. 2000, XII ZR 252/98; BGH NJW-RR 1992, 1032; KG KGR 2003, 315).

Dass dem so ist, stellt die Klägerin in der Berufungsinstanz auch gar nicht mehr in Abrede und verfolgt den noch in erster Instanz geltend gemachten Hilfsantrag nicht mehr weiter.

Die Klägerin meint aber, dass die in 10.1 und 10.2 enthaltenen Klauseln insgesamt unwirksam seien, weil ausweislich des letzten Satzes von 10.2 auch zeitweise Schließungen nicht zulässig sind. Der Klägerin ist zuzustimmen, dass die im letzten Satz von 10.2 enthaltene Regelung eine entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessene Benachteiligung der Klägerin gemäß § 307 Abs. 1, Abs. 2, Ziffer 2 BGB beinhaltet. Unangemessen ist eine Benachteiligung, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen (BGHZ 90, 280; NJW 2000, 1110; NJW 2005, 1774). Bei der vorzunehmenden Prüfung bedarf es einer umfassenden Würdigung, in die die Interessen beider Parteien und die Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise einzubeziehen sind (Palandt/Grüneberg, BGB, 67. Auflage, § 307, Rdnr. 8). Soweit die Klausel beispielhaft eine zeitweise Schließung aus Anlass von Mittagspausen, Ruhetagen und Betriebsferien ausschließt, ist eine unangemessene Benachteiligung nicht ersichtlich. Die Klägerin betreibt in dem Einkaufszentrum der Beklagten ein Einzelhandelsgeschäft mit dem Hauptsortiment „Junge Mode“ und verkauft im wesentlichen Produkte der Marke „S.“. Sie ist – bekanntermaßen – darüber hinaus auch überregional tätig. Die zeitweilige Schließung eines derartigen Geschäftes aus Anlass von Mittagspausen, Ruhetagen oder Betriebsferien ist branchenuntypisch; es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die Klägerin ein berechtigtes Interesse an einer derartigen vorübergehenden Schließung haben könnte (vgl. insoweit Bub/Treier, a. a. O., III.A. Rdnr. 938; Neuhaus,

Handbuch der Geschäftsraummiete, 2. Auflage, Rdnr. 228; OLG Naumburg NZM 2008, 772). Branchenuntypisch ist auch eine vorübergehende Schließung wegen Inventur, so dass auch insoweit keine unangemessene Benachteiligung vorliegt. Da Mittagspausen, Ruhetage, Betriebsferien und Inventuren nur beispielhaft als Gründe für eine zeitweise Schließung aufgeführt sind, ist davon auszugehen, dass auch eine zeitweise Schließung zum Zwecke der Durchführung von Schönheitsreparaturen, die die Klägerin gemäß § 11 Ziffer 11.1 des Vertrages vorzunehmen hat, nach dem Vertrag nicht zulässig ist. Da die Klägerin durch diese vertragliche Regelung an der Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten gehindert wird, wird sie durch sie im Sinne von § 307 Abs. 1, Abs. 2 Ziffer 2 BGB unangemessen benachteiligt (Hamann, a. a. O.; Lindner-Figura, a. a. O., Kap. 23, Rdnr. 21).

Die Klausel kann auch – anders als in dem vom OLG Naumburg entschiedenen Fall – nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung dahingehend ausgelegt werden, dass zeitweilige Schließungen zur Durchführung vertraglich auf die Klägerin übertragener Schönheitsreparaturarbeiten zulässig sind. In dem vom OLG Naumburg entschiedenen Fall stand eine Klausel zur Beurteilung, die zeitweise Schließungen nicht generell ausschloss, sondern Inventuren und Betriebsversammlungen hiervon ausnahm. Die vorliegende Klausel sieht keinerlei Ausnahmen von dem Verbot der zeitweisen Schließung vor. Reduzierte man die Klausel gleichwohl auf ihren wirksamen Inhalt, läge ein Verstoß gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion vor.

Der Umstand, dass der letzte Satz (Satz 6) der in 10.2 enthaltenen Regelung wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam ist, hat aber entgegen der Auffassung der Klägerin nicht die Unwirksamkeit der gesamten übrigen in 10.1 und 10.2 enthaltenen Regelung zur Folge. Satz 6 ist sowohl sprachlich als auch inhaltlich von 10.1 und 10.2 Satz 1 bis Satz 5 abtrennbar, so dass kein Fall der unzulässigen geltungserhaltenden Reduktion vorliegt, wenn von der Wirksamkeit der in 10.1 und 10.2 Satz 1 bis Satz 5 enthaltenen Regelung ausgegangen wird (Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Auflage, Vorb. Vor § 307, Rdnr. 99). 10.1 und 10.2 Satz 1 bis Satz 5 regeln die Betriebspflicht im Allgemeinen sowie die generellen Öffnungszeiten im Einzelnen. 10.2 Satz 6 regelt den Fall der vorübergehenden, außerplanmäßigen und nur zeitweisen Schließung und hat damit einen vollständig eigenen Regelungsgehalt (so auch im Ergebnis OLG Naumburg, a. a. O.).

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.

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 8. Zivilsenats des Kammergerichts

**§§ 305c, 307, 535, 556 BGB; § 1 BetrKV
Geschäftsraummiete; Nebenkosten;
Umlage der Verwaltungskosten; überraschende Klausel;
Transparenzgebot**

Die Umlage von „Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung“ in allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Mietvertrages über Geschäftsräume ist weder überraschend im Sinne von § 305 c BGB, noch verstößt sie gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass die Vorauszahlungen im Einzelfall deutlich niedriger festgelegt wurden als die später abgerechneten Kosten und die Klausel keine Bezifferung oder höhenmäßige Begrenzung der Verwaltungskosten enthält.

(BGH, Urteil vom 9.12. 2009 – XII ZR 109/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten über Nebenkosten im Rahmen eines Mietverhältnisses über Geschäftsräume.

2 Die Klägerin vermietete der Beklagten Geschäftsräume zum Betrieb eines Restaurants ab Januar 2002. Hinsichtlich der Mietnebenkosten nimmt § 4 des Mietvertrags auf eine als Anlage beigefügte Aufstellung der Betriebskosten Bezug. Diese enthält unter Nr. 17 als sonstige Kosten unter anderem die „Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung“.

3 Nachdem die Nebenkostenabrechnung für 2002 mit einem Guthaben zugunsten der Beklagten abgeschlossen hatte, rechnete die Klägerin mit den hier streitbefangenen Abrechnungen die Jahre 2003 und 2004 ab. Die Abrechnungen enthielten auf die Beklagte entfallende Verwaltergebühren von 4838,31 € (2003) und 5087 € (2004), die auf einem Entgelt für die Verwaltung von 5,5% der Bruttomiete (Grundmiete einschließlich Umsatzsteuer) beruhen. Die Klägerin begehrt mit der Klage die sich aus den Abrechnungen ergebenden Nachzahlungen von 3445,95 € (2003) und 4117,76 € (2004) und zudem den Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten. Die Beklagte hat eine Teilzahlung geleistet.

4 Das Landgericht Köln hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist vom Oberlandesgericht Köln zurückgewiesen worden. Dagegen richtet sich die vom Oberlandesgericht beschränkt auf die Verwaltungskosten zugelassene Revision der Klägerin.

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

6 I. Das Berufungsgericht hat in seinem in NZM 2008, 806 veröffentlichten Urteil die Auffassung vertreten, die auf die Verwaltungskosten bezogene Klausel sei überraschend im Sinne von § 305 c BGB und verstoße im Übrigen gegen das Transparenzgebot (§ 307 BGB). Durch die Platzierung in Nr. 17 werde in Verbindung mit der fehlenden Bezifferung dieser Kostenposition beim Mieter der Eindruck erweckt, hier handele es sich um eine vergleichsweise unbedeutende Position. Hinzu komme ein deutlich zu niedriger Ansatz der Vorauszahlungen auf die Nebenkosten im Mietvertrag. Zwar könne die Höhe der Vorauszahlungen keinen Vertrauenstatbestand begründen, jedoch dürfe die tatsächliche Höhe der Nebenkosten nicht durch eine unklare Nebenkostenregelung und eine bei weitem zu niedrig angesetzte Vorauszahlung so verschleiert werden, dass die Größenordnung der vom Mieter insgesamt zu tragenden Nebenkosten nicht einmal entfernt erkennbar werde. Das sei der Fall, wenn die Kosten der Hausverwaltung das Doppelte der Vorauszahlungen für die gesamten Betriebskosten ausmachen. Die gegenteilige Auffassung des I. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln überzeuge nicht. Zwar seien die einzelnen Elemente (Stellung der Klausel, Höhe der Vorauszahlungen) für sich genommen unbedenklich. Denkbar sei auch, dass die konkreten Verwaltungskosten in Höhe von 5,5% der Gesamtmieten nicht unüblich seien. Die Verschleierung der von der Mieterin zu tragenden Nebenkosten, die der Klägerin ihrer Höhe nach positiv bekannt seien, ergebe sich indessen aus einer Gesamtschau der formularvertraglichen Regelungen.

7 II. Die Revision ist mangels einer wirksamen Beschränkung in vollem Umfang zugelassen und dementsprechend auch eingelegt worden. Zwar hat das Berufungsgericht die Zulassung der Revision auf die Umlegbarkeit der Verwaltungskosten beschränkt. Diese Beschränkung bezieht sich aber auf einen aufgrund der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht abgrenzbaren Teil des Streitgegenstandes. Da die Klägerin außer ihrer aus den Abrechnungssalden errechneten Hauptforderung auch außergerichtliche Anwaltskosten und Zinsen geltend macht und ihren Klageantrag auf Leistung abzüglich der von der Beklagten erbrachten Teilzahlung gestellt hat, ist nicht ersichtlich, in welchem Umfang die Verwaltungskosten noch im Streit stehen. Ob eine Anrechnung nach § 367 Abs. 1 BGB stattfindet, wovon ersichtlich der Klageantrag ausgeht, oder aber eine dem

vorrangige Tilgungsbestimmung nach § 366 Abs. 1 BGB getroffen worden ist, wofür das Parteivorbringen sprechen dürfte, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Weil damit nicht erkennbar ist, wie die Zahlung zu verrechnen ist, bleibt im Unklaren, in welchem Umfang Verwaltungskosten geltend gemacht werden, so dass die Zulassung der Revision letztlich nicht wirksam beschränkt worden ist.

8 III. In der Sache hält das Berufungsurteil im Ergebnis einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Klausel zur Umlegung der Verwaltungskosten ist entgegen dem Berufungsgericht nicht überraschend im Sinne von § 305 c Abs. 1 BGB und benachteiligt die Beklagte als Mieterin auch nicht unangemessen (§ 307 BGB).

9 1. Die Einbeziehung der Klausel in den Mietvertrag scheidet nicht nach § 305 c Abs. 1 BGB. Denn die Umlegung von Verwaltungskosten auf den gewerblichen Mieter ist nicht so ungewöhnlich, dass die Beklagte als Vertragspartnerin damit nicht zu rechnen brauchte. Etwas anderes ergibt sich weder aus der Art der Kosten noch aus den sonstigen Umständen.

10 a) Dass bei der Geschäftsraummiete im Gegensatz zur Wohnungsmiete (§ 556 Abs. 1 BGB, § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV) Verwaltungskosten vertraglich auf den Mieter umgelegt werden, ist nicht ungewöhnlich (vgl. Langenberg Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaumiete 5. Aufl. Rdn. B 59; Schmid GuT 2008, 195). Auch aus der konkreten Höhe der tatsächlich angefallenen und abgerechneten Kosten ergibt sich noch nicht ohne weiteres, dass die Klausel überraschend ist.

11 Die Frage der Einbeziehung der Klausel gemäß § 305 c BGB ist aufgrund des Vertragsinhalts zu beurteilen. Dass die Bewertung der Klausel nicht von der Höhe der Kosten im Einzelfall und deren Verhältnis zu anderen Positionen abhängen kann (so zutreffend OLG Köln - I. Zivilsenat - NZM 2008, 366, 367 [= GuT 2008, 31]), zeigt sich schon daran, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht feststehen muss, welche Kosten entstehen werden. Die Beklagte ist insoweit als Mieterin vor überhöhten Forderungen durch das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot geschützt, das den Vermieter etwa dazu verpflichtet, den Mieter von der Umlegung nicht erforderlicher Kosten freizustellen (vgl. Schmid Handbuch der Mietnebenkosten 11. Aufl. Rdn. 1053 ff., 1077 m.w.N.; GuT 2008, 195).

12 Die Klausel ist demnach nur überraschend im Sinne des § 305 c Abs. 1 BGB, wenn sie einen - ggf. durch Auslegung zu ermittelnden - Inhalt hat, mit dem der Vertragspartner des Verwenders nicht zu rechnen brauchte. Das Berufungsgericht ist hier zutreffend von dem Verständnis der Klausel ausgegangen, dass die Klägerin als Vermieterin die Verwaltungskosten im Rahmen des Ortsüblichen und Notwendigen umlegen kann. Daraus ergibt sich aber gleichzeitig, dass die Kosten auch nicht zu einem Überraschungseffekt führen können. Wenn sie sich im Rahmen des Ortsüblichen halten, konnten sie von der Beklagten als gewerblicher Mieterin wenigstens im Groben abgeschätzt werden (vgl. Senatsurteil vom 6. April 2005 - XII ZR 158/01 - NZM 2005, 863 [= GuT 2005, 213], zum Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB; OLG Köln NZM 2008, 366, 367 [= GuT 2008, 31]). Die konkrete Vereinbarung der Klägerin mit der Verwalterin musste der Beklagten zur Abschätzung der Kosten nicht bekannt sein, so dass es entgegen dem Berufungsgericht auch nicht ausschlaggebend ist, dass die Klägerin insoweit einen Wissensvorsprung hatte, den sie nicht offenbart hat. Überdies ist eine Angabe der konkreten Kosten in der Klausel auch deswegen nicht zu fordern, weil die Klägerin als Vermieterin wie bei anderen Nebenkosten ein legitimes Interesse daran hat, die Kosten variabel auszuweisen, um beispielsweise im Fall eines Verwalterwechsels auch geänderte Kosten ohne eine Vertragsanpassung umlegen zu können. Der Schutz des Mieters ist dadurch gewahrt, dass sich die Kosten im Rahmen des Ortsüblichen und Notwendigen halten müssen.

13 Das Berufungsgericht hat unter Verweis auf seine vorausgegangene Rechtsprechung nicht in Frage gestellt, dass Verwaltungskosten von 5,5% der Bruttomiete (Grundmiete ein-

schließlich Umsatzsteuer) üblich sind (vgl. auch OLG Köln NZM 2008, 366 <LS> - JURIS Tz. 48 [=GuT 2008, 31, 33]). Demnach musste die Beklagte als gewerbliche Mieterin aufgrund der Beschreibung der Kostenposition („Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung“) auch ohne zusätzliche Aufklärung oder Bezifferung der Kosten damit rechnen, dass Kosten in dieser Größenordnung anfallen werden.

14 b) Die Diskrepanz der Verwaltungskosten zu den monatlichen Vorauszahlungen lässt die Klausel nicht als überraschend im Sinne von § 305 c Abs. 1 BGB erscheinen. Zwar betragen die Vorauszahlungen auf die Betriebskosten ohne Heizkosten nach dem Mietvertrag nur 1.000 DM (ohne Umsatzsteuer), während diese Betriebskosten im Jahr 2003 insgesamt 14.353,19 € und im Jahr 2004 9843,74 € betragen und die Verwaltungskosten den weitaus größten Anteil ausmachen (in 2004 mehr als die Hälfte der Betriebskosten ohne Heizkosten). Auch daraus folgt aber noch nicht, dass die Klausel zur Umlage der Verwaltungskosten überraschend ist. Denn die Beklagte durfte nicht ohne weiteres darauf vertrauen, dass sich die Kosten im Rahmen der Vorauszahlungen halten würden. Nach der Rechtsprechung des Senats begründet allein der Umstand, dass die vom gewerblichen Vermieter verlangten Betriebskostenvorauszahlungen die später entstandenen Kosten deutlich unterschreiten, noch keinen Vertrauenstatbestand, der wegen unzureichender Aufklärung eine Schadensersatzpflicht des Vermieters auslösen oder den Mieter aufgrund § 242 BGB zu einer Leistungsverweigerung berechtigen könnte. Ein solcher Vertrauenstatbestand erfordert vielmehr das Vorliegen besonderer Umstände (Senatsurteil vom 28. April 2004 - XII ZR 21/02 - NJW 2004, 2674 [=GuT 2004, 160]; ebenso BGH Urteil vom 11. Februar 2004 - VIII ZR 195/03 - NJW 2004, 1102 [=WuM 2004, 201]).

15 Ob die Kostenumlegung durch Individualvertrag oder formularvertraglich vereinbart worden ist, macht hier keinen entscheidenden Unterschied. Denn ein Vertrauenstatbestand könnte sich insoweit nur aus der - individualvertraglich vereinbarten - Höhe der Vorauszahlungen ergeben. Besondere Umstände, die ein Vertrauen der Beklagten darauf rechtfertigen könnten, dass die abzurechnenden Kosten nicht - wesentlich - über den Vorauszahlungen liegen würden, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Auch nach seiner Auffassung folgt vielmehr ein Überraschungseffekt erst aus einer Gesamtschau mit weiteren Aspekten.

16 c) Ein Überraschungseffekt ergibt sich auch nicht aus der Stellung der Klausel über die Verwaltungskosten im Rahmen der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Durch die Platzierung der Klausel in Nr. 17 wird entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, die insoweit revisionsrechtlich überprüfbar ist (vgl. Musielak/Ball ZPO 6. Aufl. § 557 Rdn. 17), auch im Zusammenhang mit der fehlenden Bezifferung der Kosten nicht der Eindruck erweckt, dass es sich um eine vergleichsweise unbedeutende Position handele. Die einzelnen Kostenpositionen der Liste stehen vielmehr gleichrangig nebeneinander. Es gibt - auch aus der Sicht des Vertragspartners - keinen Grund für die Annahme, dass die Kostenpositionen mit fortlaufender Nummerierung weniger bedeutsam sind. Im Übrigen stehen die Verwaltungskosten auch innerhalb der Klausel gut sichtbar an erster Stelle.

17 Aus der Stellung der Klausel könnte sich ein Überraschungseffekt vielmehr nur dann ergeben, wenn diese in einem systematischen Zusammenhang stehen würde, in dem der Vertragspartner sie nicht zu erwarten braucht. Das ist hier indessen nicht der Fall. Nach der Systematik des in der Vertragsanlage enthaltenen Kostenkatalogs ist die Regelung der Verwaltungskosten unter Nr. 17 für sich genommen nicht überraschend. Aus der Überschrift: „Aufstellung der Betriebskosten“ und dem Umstand, dass die Verwaltungskosten nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV nicht zu den Betriebskosten gehören, folgt nichts anderes (a.A. Schmid Handbuch der Mietnebenkosten 11. Aufl. Rdn. 5519, 5518; GuT 2008, 195). Zum einen sind die Verwaltungskosten ihrer Natur nach ebenfalls Betriebskosten und werden auch von der Definition in § 1 Abs. 1 BetrKV erfasst. Dass § 1 Abs. 2 Nr. 1

BetrKV die Verwaltungskosten von den Betriebskosten ausnimmt, dient dem Zweck, dass die Verwaltungskosten nicht als sonstige Kosten nach § 2 Nr. 17 BetrKV auf Wohnungsmieter umgelegt werden können. Die Herausnahme der Verwaltungskosten aus den Betriebskosten beschränkt sich damit entsprechend der Reichweite der BetrKV auf die Kostenumlage bei der Wohnungsmiete. Allein wegen der im Wohnungsmietrecht abweichenden gesetzlichen Regelung wird also die Einordnung der Verwaltungskosten bei den Betriebskosten im Rahmen eines Geschäftsraummietverhältnisses noch nicht ungewöhnlich.

18 Auch dadurch, dass die Anlage 1 hier im Wesentlichen der Systematik der BetrKV folgt, entsteht kein falscher Eindruck. In der Anlage befindet sich kein Hinweis auf die BetrKV, der den Vertragspartner glauben machen könnte, dass die Kostentatbestände nicht weitergehen als die nach der BetrKV umlegbaren Kosten. Da auch sonstige Bezugnahmen auf die BetrKV fehlen, konnte allein die Überschrift („Aufstellung der Betriebskosten“) die Beklagte als Vertragspartnerin nicht zu der Annahme verleiten, dass die Anlage 1 keine Verwaltungskosten enthalte.

19 d) Auch aus einer Gesamtschau mit den Begleitumständen ergibt sich nicht, dass die Klausel überraschend ist. Da die Stellung der Klausel aus den oben angeführten Gründen als taugliches Argument von vornherein ausscheidet, können in eine Gesamtwürdigung lediglich die nicht genannte konkrete Höhe der Verwaltungskosten sowie die niedriger festgesetzten Vorauszahlungen einbezogen werden.

20 Diese beiden Faktoren ergeben allerdings - wie bereits ausgeführt - auch in ihrer Gesamtheit keinen unzulässigen Überraschungseffekt zu Lasten der Beklagten. Da die Klausel für sich genommen für die Beklagte als Mieterin von Geschäftsräumen nicht ungewöhnlich, sondern als die Umlage der üblichen Verwaltungskosten verständlich war, hatte die Beklagte in Anbetracht der individualvertraglich vereinbarten Vorauszahlungen nicht weniger Grund für eine Nachfrage, als wenn die Klausel zur Umlage der Verwaltungskosten ebenfalls individualvertraglich vereinbart worden wäre.

21 2. Die Klausel ist auch nicht wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam.

22 Danach kann sich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist (zum Verhältnis zu § 305 c Abs. 1 BGB s. Staudinger/Coester BGB <2006> § 307 Rdn. 172, 208). Nach dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB sind Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen nach Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten der Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Dazu gehört auch, dass allgemeine Geschäftsbedingungen wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann. Abzustellen ist auf die Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners (Senatsurteil vom 16. Mai 2007 - XII ZR 13/05 - NZM 2007, 516 [=GuT 2007, 205] m.w.N.). Die vorliegende Klausel entspricht diesen Anforderungen.

23 a) Der in Nr. 17 der Vertragsanlage verwendete Begriff der „Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung“ ist hinreichend bestimmt im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB (KG KGR 2004, 21, JURIS Tz. 39; OLG Hamburg NZM 2002, 388; OLG Köln NZM 2008, 366, 367 [=GuT 2008, 31]; Staudinger/Schlosser BGB <2006> § 305 c Rdn. 117, § 305 Rdn. 142; Schmid GuT 2008, 195; Beuermann GE 2006, 1335; a.A. OLG Rostock NZM 2005, 507 [=GuT 2005, 158]; GuT 2008, 200; Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rdn. 511; Langenberg Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaumtiete 5. Aufl. Rdn. B 59; Lützenkirchen GE 2006, 614, 615). Davon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen.

24 Zur Ausfüllung des Begriffs der Verwaltungskosten kann auf die im Wesentlichen übereinstimmenden Definitionen in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV und § 26 Abs. 1 II. Berechnungsverordnung

zurückgegriffen werden (OLG Köln NZM 2008, 366, 367 [= GuT 2008, 31]; Schmid GuT 2008, 195). Dass diese Regelungen für die Geschäftsraummiete nicht einschlägig sind, steht ihrer Heranziehung als Hilfsmittel zur näheren Bestimmung der umlegbaren Kosten nicht im Wege. Auch die Herausnahme der Verwaltungskosten aus den umlegbaren Kosten nach der BetrKV hindert nicht daran, im Bereich der Geschäftsraummiete zur Ausfüllung des Begriffs der Verwaltungskosten auf die vorhandene gesetzliche Definition zurückzugreifen.

25 Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass in den genannten Vorschriften nur ein Bruchteil der bei der Geschäftsraummiete denkbaren Verwaltungskosten aufgeführt sind und dass sich die Kosten der technischen Hausverwaltung mit anderen Kosten, etwa des Hauswerts, überschneiden können (so OLG Rostock GuT 2008, 200, 202; Langenberg Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiete 5. Aufl. Rdn. B 59 m.w.N.). Wenn die im Einzelfall anfallenden Verwaltungskosten auch weitere als die gesetzlich definierten Positionen erfassen, so folgt daraus, dass die Kosten insoweit bei Heranziehung der gesetzlichen Definition nicht umlegbar sind. Die Transparenz des Begriffs der Verwaltungskosten wird dadurch aber nicht ausgeschlossen. Verbleibende Unklarheiten gehen überdies nach § 305 c Abs. 2 BGB zu Lasten des Klauselverwenders. Wenn sich die Kostenpositionen teilweise überschneiden, ist schließlich bei der Betriebskostenabrechnung darauf zu achten, dass Kosten nicht doppelt abgerechnet werden, ohne dass sich daraus eine Intransparenz der Klausel ergibt (Schmid GuT 2008, 195). Schließlich werden durch die technische Hausverwaltung auch nicht teilweise Kosten erfasst, die der Instandhaltung und Instandsetzung nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV zuzuordnen wären (so aber OLG Rostock GuT 2008, 200, 202; ähnlich Lützenkirchen GE 2006, 614, 615). Vielmehr sind die Verwaltungskosten als Gemeinkosten von den Kosten von Dienst- oder Werkleistungen im Rahmen einer konkreten Instandhaltungsmaßnahme zu trennen (vgl. BGH Urteil vom 14. Februar 2007 - VIII ZR 123/06 - NJW 2007, 1356, 1357 [= WuM 2007, 198 = GuT 2007, 235 KL]; Ludley NZM 2006, 851, 852).

26 Anders mag es sich verhalten, wenn in den allgemeinen Geschäftsbedingungen in wesentlichen Bereichen gleichartige Kosten - wie etwa die des Centermanagements - neben die Verwaltungskosten gestellt werden und dadurch Unklarheiten entstehen (vgl. Senatsurteil vom 6. April 2005 - XII ZR 158/01 - NZM 2005, 863 [= GuT 2005, 213]; KG KGR 2004, 21, 22).

27 b) Auch im Hinblick auf die Höhe der entstehenden Kosten bedurfte es keiner näheren Konkretisierung in den allgemeinen Geschäftsbedingungen und auch nicht der Festlegung einer Höchstgrenze. Vielmehr hatte die Klägerin - wie ausgeführt - ein legitimes Interesse an der variablen Ausgestaltung der Kostenregelung und war die Beklagte als Geschäftsraummieterin in der Lage, die entstehenden Kosten wenigstens im Groben abzuschätzen.

28 Soweit der Senat bei einer Klausel, die Verwaltungskosten enthielt, einen Verstoß gegen das Transparenzgebot angenommen hat (Senatsurteil vom 6. April 2005 - XII ZR 158/01 - NZM 2005, 863 [= GuT 2005, 213]), waren im entschiedenen Fall die Verwaltungskosten Teil einer wesentlich umfangreicheren Regelung, die auch Versicherungs- und Instandhaltungskosten einschloss und schon im Hinblick auf den Umfang des Gesamtobjekts, auf das sich die Kosten bezogen, unklar war (vgl. auch OLG Köln NZM 2008, 366, 367 [= GuT 2008, 31]; Ludley NZM 2006, 851, 852 f.). Schließlich steht auch das Senatsurteil vom 12. Juli 2006 (- XII ZR 39/04 - NJW 2006, 3057, 3058 [= GuT 2006, 224]) nicht entgegen. In jenem Fall handelte es sich um die Kosten einer Werbegemeinschaft, zu welcher der Mieter nach den allgemeinen Geschäftsbedingungen beizutreten verpflichtet war. Die daraus entstehenden Kosten waren im Gegensatz zu den hier in Rede stehenden Verwaltungskosten auch in groben Zügen nicht ohne weiteres abschätzbar.

29 IV. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden. Denn das Berufungsgericht hat - aus seiner Sicht fol-

gerichtig - keine Feststellungen zu den entstandenen Nebenkosten, der Nebenforderung auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten sowie zur Anrechnung der Teilzahlung getroffen. Das Berufungsgericht wird diese Feststellungen nachzuholen und sodann über den gesamten in der Berufung angefallenen Streitgegenstand (einschließlich der nicht ausscheidbaren Kosten der Treppenhausreinigung) erneut zu entscheiden haben.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 556, 578, 133, 157 BGB

Geschäftsraummiete; Ladenlokal; Nebenkostenabrechnung; regelmäßige angemessene Abrechnungsfrist; konkludente Betriebskostenvereinbarung; kein analoges Wohnraummietrecht zur BK-Abrechnungsfrist

a) Der Vermieter von Geschäftsräumen ist zur Abrechnung über die Nebenkosten, auf die der Mieter Vorauszahlungen geleistet hat, innerhalb einer angemessenen Frist verpflichtet. Diese Frist endet regelmäßig zum Ablauf eines Jahres nach Ende des Abrechnungszeitraums.

b) Die Abrechnungsfrist ist keine Ausschlussfrist. § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB, der für die Wohnraummiete den Ausschluss von Betriebskostennachforderungen anordnet, die der Vermieter später als zwölf Monate nach Ablauf des Abrechnungszeitraums verlangt, ist auf die Geschäftsraummiete nicht analog anwendbar.

c) Für die Annahme einer konkludenten Änderung des Umfangs der vereinbarten Nebenkosten reicht es nicht aus, dass der Vermieter einzelne vereinbarte Nebenkostenpositionen über längere Zeit nicht abgerechnet hat. Vielmehr bedarf es hierfür weiterer Anhaltspunkte.

(BGH, Urteil vom 27. 1. 2010 – XII ZR 22/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Kläger verlangen von der Beklagten restliche Nebenkosten aus einem Mietvertrag über Gewerberäume.

2 Mit Vertrag vom 9. September 1993 vermietete die A. Vermögensanlagen KG an die K. U. K. GmbH & Co. KG ein Ladenlokal in K. Nach § 6 des Mietvertrages waren die dort im Einzelnen aufgeführten Nebenkosten von den Mietern des Gesamtobjekts anteilig zu tragen, u. a. die sonstigen Kosten gemäß § 27 der II. Berechnungsverordnung (§ 6 Ziff. 1 e) und das Verwalterhonorar (§ 6 Ziff. 1 g). Über die Nebenkosten sollte die Vermieterin einmal jährlich zum Ablauf eines Kalenderjahres abrechnen (§ 6 Ziff. 2).

3 Die Kläger erwarben kurz nach Abschluss des Mietvertrages von der A. Vermögensanlagen KG das Eigentum an dem Mietobjekt. Zum 1. Januar 2001 trat die Beklagte gemäß einer zwischen den Klägern, der K. U. K. GmbH & Co. KG und der Beklagten getroffenen Vereinbarung anstelle der früheren Mieterin in den Mietvertrag ein. Der Mietvertrag endete am 15. Februar 2004.

4 Die Nebenkostenabrechnungen, die seit 1993 von wechselnden Hausverwaltungsgesellschaften erstellt wurden, enthielten für die Jahre 1993 bis 2001 keine Kosten für Allgemeinstrom, Wartung der Heizung, Schädlingsbekämpfung und Verwalter. Erstmals mit den der Beklagten am 23. September 2004 zugegangenen Nebenkostenabrechnungen für die Jahre 2002, 2003 und für Januar bis 15. Februar 2004 wurden ihr diese Kosten anteilig in Rechnung gestellt. Die Beklagte lehnte deren Zahlung und für 2004 auch die Zahlung der übrigen Nebenkosten ab.

5 Mit der Klage verlangen die Kläger rückständige Nebenkosten für die Zeit vom 1. Januar 2002 bis zum 15. Februar 2004 in Höhe von 12.294,50 €. Davon hat die Beklagte aus der Abrechnung für 2004 den nicht auf die streitigen Nebenkostenpositionen entfallenden Betrag von 337,13 € anerkannt.

6 Das Landgericht Köln hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Oberlandesgericht Köln zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter.

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

8 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Anspruch der Kläger auf Zahlung der geltend gemachten Nebenkosten sei gemäß § 535 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 des Mietvertrages begründet. Soweit restliche Nebenkosten für das Jahr 2002 verlangt würden, sei der Anspruch nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Abrechnung erst am 23. September 2004 und damit später als ein Jahr nach Ende der Abrechnungsperiode erfolgt sei. Denn § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB, der diese Rechtsfolge für die Wohnraummiete regelt, sei im Gewerberaummietrecht generell nicht anwendbar. Eine unmittelbare Anwendung scheide mangels Verweises in § 578 Abs. 2 BGB aus. Auch eine analoge Anwendung komme nicht in Betracht, weil es an einer planwidrigen Regelungslücke fehle.

9 Durch die jahrelange Nichtabrechnung der streitigen Nebenkosten sei es auch nicht zu einer stillschweigenden Vertragsänderung dahin gekommen, dass diese Kosten von der Beklagten nicht mehr geschuldet würden. Zwar könnten die Mietvertragsparteien eine einmal getroffene Vereinbarung über die Umlage von Nebenkosten auch durch schlüssiges Verhalten nachträglich ändern. Dies setze aber voraus, dass ausreichende Anhaltspunkte für das Vorliegen entsprechender auf Vertragsänderung gerichteter Willenserklärungen der Parteien vorlägen. Daran fehle es hier. In dem Unterlassen der Abrechnung durch die Kläger liege zunächst nur ein Schweigen. Dieses könne nur dann als Willenserklärung gewertet werden, wenn in der unvollständigen Abrechnung aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers ein Antrag auf Änderung der Umlagefähigkeit der beanstandeten Nebenkosten zu sehen sei. Davon könne hier nicht ausgegangen werden. Im Hinblick darauf, dass nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gerade bei Erklärungen, die als Verzicht, Erlass oder in ähnlicher Weise rechtsvernichtend ausgewertet werden sollten, das Gebot einer interessengerechten Auslegung gelte, sei es grundsätzlich die Ausnahme, dass der Gläubiger ein bestehendes Recht aufgeben.

10 Die vorliegende Fallgestaltung weiche daher maßgeblich von den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 29. Mai 2000 (XII ZR 35/00 - NJW-RR 2000, 1463) und vom 7. April 2004 (VIII ZR 146/03 - NZM 2004, 418 [= WuM 2004, 292]) jeweils zugrunde liegenden Fällen ab, in denen der Mieter über einen längeren Zeitraum in Rechnung gestellte Nebenkosten bezahlt habe, obwohl deren Umlagefähigkeit nicht vereinbart gewesen sei. Das von dem Bundesgerichtshof in diesen Fällen gefundene Auslegungsergebnis einer stillschweigenden Vertragsänderung sei deshalb nicht auf den Streitfall übertragbar.

11 Die Beklagte könne der Forderung auch nicht den Einwand der Verwirkung entgegenhalten. Für die 2003 und 2004 angefallenen Nebenkosten sei schon das Zeitmoment nicht erfüllt. Denn sie seien der Beklagten von den Klägern am 23. September 2004 und damit innerhalb der auch bei der Gewerberaummieta entsprechend § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB anzunehmenden Abrechnungsfrist von einem Jahr nach Ablauf des Abrechnungszeitraums mitgeteilt worden.

12 Auch für die Abrechnungsperiode 2002 scheide eine Verwirkung aus. Selbst wenn das Zeitmoment als erfüllt angesehen werde, fehle es jedenfalls an den erforderlichen vertrauensbegründenden Umständen.

13 Das Berufungsgericht hat die Revision zur Klärung der Frage zugelassen, welche Anforderungen an eine stillschweigende Vertragsänderung bei Dauerschuldverhältnissen durch jahrelange Übung zu stellen sind.

14 II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer revisionsrechtlichen Prüfung stand.

15 Die Kläger haben gemäß § 535 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Ziff. 1 e und g des Mietvertrages gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung der über den anerkannten Betrag von 337,13 € hinaus verlangten Nebenkosten für die Zeit vom 1. Januar 2002 bis zum 15. Februar 2004.

16 Die geltend gemachten, der Höhe nach unstreitigen Nebenkosten sind wirksam vereinbart worden. Nach § 6 Ziff. 1 e und g des Mietvertrages ist die Beklagte verpflichtet, die Kosten gemäß § 27 der II. Berechnungsverordnung zu tragen, zu denen gemäß Anl. 3 zu § 27 II. Berechnungsverordnung die Kosten für den Allgemeinstrom (Ziff. 11), die Wartung der Heizung (Ziff. 4) und die Schädlingsbekämpfungsmaßnahmen (Ziff. 9) gehören. Diese Vereinbarung bleibt, auch nachdem die Anl. 3 zu § 27 II. Berechnungsverordnung zum 31. Dezember 2003 außer Kraft getreten ist, weiterhin Grundlage für den Umfang der vertraglich vereinbarten Nebenkosten. Auch das Verwalterhonorar ist bei der Geschäftsraummieta umlagefähig (vgl. Senatsurteil vom 9. Dezember 2009 - XII ZR 109/08 [= GuT 2010, 23] - juris Tz. 8 ff.).

17 1. Entgegen der Ansicht der Revision ist die Geltendmachung der Nebenkosten für das Jahr 2002, deren Abrechnung die Beklagte am 23. September 2004 erhalten hat, nicht gemäß § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB ausgeschlossen.

18 a) Zu Recht hat das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der in Rechtsprechung und Literatur überwiegend vertretenen Meinung angenommen, dass § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB, der für die Wohnraummiete den Ausschluss von Betriebskostennachforderungen anordnet, die der Vermieter später als 12 Monate nach Ablauf des Abrechnungszeitraumes verlangt, auf die Geschäftsraummieta nicht anwendbar ist (OLG Düsseldorf ZMR 2008, 206 [= GuT 2007, 301]; Grundeigentum 2006, 847 [= GuT 2006, 132]; KG ZMR 2007, 449; OLG Köln ZMR 2007, 115; LG Nürnberg-Fürth ZMR 2008, 800; Blank/Börstinghaus Mieta 3. Aufl. § 556 Rdn. 1; Schmidt-Futterer/Langenberg Mieta 9. Aufl. § 556 BGB Rdn. 6 und 458; Emmerich/Sonnenschein/Weitemeyer Mieta 9. Aufl. § 556 BGB Rdn. 62; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann/Beyerle Geschäftsraummieta 2. Aufl. Kap. 11 Rdn. 143; Langenberg Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummieta 5. Aufl. G IV Rdn. 99; Fritz NJW 2007, 887, 889; Soergel/Heintzmann 13. Aufl. § 556 BGB Rdn. 21; Staudinger/Weitemeyer «Neubearbeitung 2006» § 556 BGB Rdn. 106; a.A. MünchKomm/Schmid 5. Aufl. § 556 BGB Rdn. 1; LG Darmstadt NZM 2009, 546; AG Wiesbaden NZM 2006, 140).

19 Von den für die Wohnraummiete geltenden Vorschriften (§§ 549 bis 577 a BGB) erklärt § 578 BGB nur einzelne auf Mietverhältnisse über Grundstücke und Räume, die keine Wohnräume sind, für anwendbar. Auf § 556 BGB verweist § 578 BGB nicht. Eine gesetzliche Regelung über den Ausschluss von Nebkostennachforderungen existiert folglich für die Geschäftsraummieta nicht.

20 b) Auch eine analoge Anwendung von § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB auf die Geschäftsraummieta scheidet aus.

21 Voraussetzung für eine Analogie ist, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (BGH Urteil vom 25. September 2009 - V ZR 36/09 - NJW 2009, 3644, 3645 [= WuM 2009, 672] m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Es fehlt bereits, wie das Berufungsgericht zu Recht annimmt, an einer planwidrigen Regelungslücke.

22 Mit dem am 1. September 2001 in Kraft getretenen Mietrechtsreformgesetz (BGBl. I S. 1149) hat der Gesetzgeber die bis dahin nur für öffentlich geförderte preisgebundene Wohnungen gemäß § 20 Abs. 3 Satz 4 Neubaumietenverordnung

(NMV) als Ausschlussfrist gestaltete Abrechnungsfrist für die Betriebskosten von 12 Monaten nach dem Ende des Abrechnungszeitraums in § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB auch für frei finanzierte Wohnungen übernommen (BT-Drucks. 14/4553, S. 51). In § 578 BGB, der konkret aufzählt, welche von den für die Wohnraummiete geltenden Vorschriften auf die Mietverhältnisse über Räume, die keine Wohnräume sind, entsprechend anwendbar sind, wird § 556 BGB nicht genannt. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber es versehentlich unterlassen hat, in § 578 BGB auf § 556 BGB zu verweisen, bestehen nicht. Insbesondere kann nicht daraus, dass die Gesetzesmaterialien keine Begründung dafür enthalten, warum der Gesetzgeber von einem Verweis auf § 556 BGB abgesehen hat, auf eine planwidrige Gesetzeslücke geschlossen werden (so aber: LG Darmstadt NZM 2009, 546; AG Wiesbaden NZM 2006, 140). Denn der Gesetzgeber hat durch die gezielte Auswahl der auf die Geschäftsraummiete anwendbaren Vorschriften in § 578 BGB deutlich zum Ausdruck gebracht, dass § 556 BGB für die Geschäftsraummiete nicht gelten soll. Über diesen gesetzgeberischen Willen kann nicht im Wege der Analogie hinweggegangen werden.

23 2. Der Anspruch auf Zahlung der geltend gemachten restlichen Nebenkosten ist entgegen der Ansicht der Revision auch nicht durch stillschweigende Änderung des Umfangs der vertraglich vereinbarten Nebenkosten entfallen.

24 Das Berufungsgericht hat in der unterlassenen Abrechnung der vertraglich vereinbarten Kosten für den Allgemeinstrom, die Wartung der Heizung, die Schädlingsbekämpfungsmaßnahmen und den Verwalter kein konkludentes Angebot der Kläger an die Beklagte auf Abänderung des Umfangs der umlagefähigen Kosten gesehen. Diese Auslegung des Verhaltens der Kläger durch das Berufungsgericht ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

25 a) Voraussetzung für eine als konkludentes Angebot zum Abschluss eines Vertrages zu wertende Willenserklärung ist ein Verhalten des Anbietenden, mit dem dieser einen entsprechenden Rechtsfolgswillen zum Ausdruck bringt. Dabei ist für die Auslegung der Willenserklärung nach §§ 133, 157 BGB maßgebend, wie diese vom Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben und nach der Verkehrsauffassung zu verstehen war (BGHZ 47, 75, 78).

26 Für die Annahme eines auf Abänderung der vertraglich als umlagefähig vereinbarten Nebenkosten gerichteten Willens der Kläger reicht nach zutreffender Auffassung des Berufungsgerichts allein der Umstand, dass die Kläger einzelne als umlagefähig vereinbarte Nebenkostenpositionen über acht Jahre nicht abgerechnet haben, nicht aus. Denn die Beklagte konnte bei der gebotenen Berücksichtigung der Interessen der Kläger allein aus deren Untätigbleiben nicht schließen, dass sie endgültig für die Zukunft auf die Erstattung dieser vertraglich vereinbarten Nebenkostenpositionen zugunsten der Beklagten verzichten wollten (vgl. Langenberg NJW 2008, 1269; Artz NZM 2005, 36 f.; Schmid NZM 2003, 55 f. und für die Wohnraummiete BGH Urteil vom 13. Februar 2008 - VIII ZR 14/06 - NJW 2008, 1302 [= WuM 2008, 225]). Eine solche Auslegung, die davon ausgeht, dass ein Vermieter von Geschäftsräumen ohne ersichtlichen Grund auf die Zahlung nicht unerheblicher Beträge verzichtet und diese selbst übernimmt, wäre vielmehr, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, lebensfremd.

27 Ohne das Vorliegen weiterer Anhaltspunkte konnte die Beklagte somit nicht annehmen, dass die Kläger die nicht abgerechneten Nebenkostenpositionen für die gesamte Dauer des Mietvertrages nicht mehr geltend machen wollten. Solche Umstände hat die Beklagte nicht dargetan und sind auch nicht ersichtlich.

28 Entgegen der Auffassung der Revision lässt sich daraus, dass die Abrechnung der Nebenkosten nicht von den Klägern, sondern von verschiedenen professionellen Verwaltern vorgenommen worden ist, ein Änderungswillen der Kläger nicht her-

leiten. Aus welchem Grund die von den Klägern beauftragten Verwalter die vereinbarten Nebenkosten nicht in Rechnung gestellt haben, ist gerade offen geblieben.

29 Auch spricht nicht die allgemeine Lebenserfahrung dafür, dass die Kläger mit einer bewusst gemäßigten Abrechnungspraxis die Beklagte als Mieterin der Gewerbefläche hätten halten wollen. Die Kläger mussten im Hinblick auf die fest vereinbarte Laufzeit des Mietvertrages von zehn Jahren schon keinen baldigen Auszug der Beklagten befürchten und hatten damit auch keinen Grund dafür, ab Beginn des Mietvertrages weniger Nebenkosten als vereinbart abzurechnen.

30 b) Die Auslegung des Berufungsgerichts widerspricht entgegen der Ansicht der Revision nicht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu dem umgekehrten Fall, in dem ein Mieter über einen längeren Zeitraum vertraglich nicht geschuldete Nebenkosten bezahlt, die ihm der Vermieter unberechtigt in Rechnung gestellt hat. Auch in diesen Fällen ist der Bundesgerichtshof davon ausgegangen, dass allein durch die jahrelange vorbehaltlose Zahlung von in Rechnung gestellten, aber vertraglich nicht geschuldeten Nebenkostenpositionen keine stillschweigende vertragliche Erweiterung der umlagefähigen Nebenkosten gesehen werden kann, sondern dass dafür weitere Umstände vorliegen müssen (Senatsbeschluss vom 29. Mai 2000 - XII ZR 35/00 - NJW-RR 2000, 1463; BGH Urteil vom 10. Oktober 2007 - VIII ZR 279/06 - NJW 2008, 283 [= WuM 2007, 694]). Voraussetzung für eine solche vertragliche Erweiterung der umlagefähigen Nebenkosten ist zunächst ein entsprechendes Angebot des Vermieters. Ein solches liegt vor, wenn der Mieter Grund zu der Annahme hat, der Vermieter erstrebe mit der Abrechnung von nicht als umlagefähig vereinbarten Nebenkostenpositionen eine vertragliche Erweiterung. Dafür reicht die bloße Übersendung einer vom Mietvertrag abweichenden Nebenkostenabrechnung allerdings in der Regel nicht aus. Vielmehr bedarf es besonderer Umstände, aus denen für den Mieter der Änderungswille des Vermieters erkennbar ist. Solche lagen in dem von der Revision angeführten durch Senatsbeschluss vom 29. Mai 2000 (XII ZR 35/00 - NJW-RR 2000, 1463) entschiedenen Fall vor. Dort war für den Mieter aufgrund des nach einem Vermieterwechsel von dem neuen Vermieter erstmals erheblich erweiterten Umfangs der in die Abrechnung eingestellten Nebenkostenpositionen dessen Änderungswille erkennbar. Durch die über mehrere Jahre erfolgte vorbehaltlose Zahlung der in Rechnung gestellten Kosten hatte der Mieter dieses Angebot des Vermieters auf Erweiterung der Umlagevereinbarung angenommen.

31 3. Die geltend gemachten Nebenkosten sind auch nicht verwirkt.

32 Der Rechtsgedanke der Verwirkung, der auch im Miet- und Pachtrecht gilt, ist ein Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung aufgrund widersprüchlichen Verhaltens. Danach ist ein Recht verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht und der Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat und nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde. Die Annahme einer Verwirkung setzt somit neben dem Zeitablauf das Vorliegen besonderer Umstände voraus (Senatsurteil vom 19. Oktober 2005 - XII ZR 224/03 - NJW 2006, 219 f. [= GuT 2006, 25] m.w.N.). Ob eine Verwirkung vorliegt, richtet sich letztlich nach den vom Tatrichter festzustellenden und zu würdigenden Umständen des Einzelfalls.

33 a) Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass für die Bestimmung des Zeitmoments auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Abrechnungen für die Zeit vom 1. Januar 2002 bis zum 15. Februar 2004, aus denen sich die Zahlungsansprüche ergeben, abzustellen ist. Denn nur wenn zwischen dem Zeitpunkt, zu dem die Kläger die Abrechnung hätten vorneh-

men müssen und dem Zugang der Abrechnung bei der Beklagten ein längerer Zeitraum liegt, kann das Zeitmoment erfüllt sein.

34 Diese Voraussetzung liegt, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, für die Abrechnungszeiträume 2003 und 2004 nicht vor. Die Kläger waren zum Zeitpunkt des Zugangs dieser Abrechnungen, am 23. September 2004, noch nicht zur Abrechnung verpflichtet.

35 Allerdings haben die Parteien im Mietvertrag lediglich den Abrechnungszeitraum auf das Kalenderjahr festgelegt (§ 6 Ziff. 2). Sie haben keine Frist vereinbart, innerhalb derer die Kläger nach Ablauf des Abrechnungszeitraums die Abrechnung erteilen sollten. Aus der Festlegung des Abrechnungszeitraums auf das Kalenderjahr lässt sich nämlich keine Zusage der Kläger entnehmen, die Abrechnung bereits jeweils am Ende des abzurechnenden Kalenderjahres zu erstellen. Eine solche Verpflichtung hätten die Kläger schon aus tatsächlichen Gründen nicht erfüllen können, da die während des Abrechnungszeitraums angefallenen Kosten erst nach dessen Ablauf ermittelt werden können.

36 Eine Frist, innerhalb derer die Abrechnung der Nebenkosten erteilt werden muss, ist für die Geschäftsraummiete auch nicht gesetzlich geregelt. Lediglich für die Wohnraummiete bestimmt der durch das Mietrechtsreformgesetz (BGBl. I S. 1149) eingefügte § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB, dass der Vermieter dem Mieter die Abrechnung spätestens bis zum Ablauf des zwölften Monats nach dem Ende des Abrechnungszeitraums mitzuteilen hat. Vor Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes, am 1. September 2001, galt diese Abrechnungsfrist nur für öffentlich geförderte preisgebundene Wohnungen (§ 20 Abs. 3 Satz 4 NMV).

37 In Rechtsprechung und Literatur war schon in der Vergangenheit überwiegend angenommen worden, dass auch für die Geschäftsraummiete eine entsprechende Frist gilt (OLG Hamburg NJW-RR 1989, 82 [= WuM 1989, 150]; OLG Düsseldorf ZMR 1998, 219; OLG Düsseldorf Grundeigentum 2005, 303 [= GuT 2005, 53]; OLG Frankfurt NZM 2000, 186; Langenberg Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaumiete 5. Aufl. G IV Rdn. 67; Schmidt-Futterer/Langenberg Mietrecht 9. Aufl. § 556 BGB Rdn. 447; Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht-, und Leasingrechts 10. Aufl. Rdn. 531; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann/Beyerle Geschäftsraummiete 2. Aufl. Kap. 11 Rdn. 143; Sternel Mietrecht aktuell 4. Aufl. V Rdn. 366, 367; Fritz Gewerberaumietrecht 4. Aufl. Rdn. 137 a; Staudinger/Weitemeyer (Neubearbeitung 2006) § 556 BGB Rdn. 104; Schmid ZMR 2002, 727, 731).

38 Der Senat teilt die Ansicht, dass die angemessene Frist für die Abrechnung von Nebenkosten für Geschäftsräume in der Regel spätestens ein Jahr nach Ablauf des Abrechnungszeitraums endet, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben oder der Vermieter eine verspätete Abrechnung nicht zu vertreten hat.

39 Der Vermieter von Geschäftsräumen ist, soweit der Mieter Vorauszahlungen auf die Nebenkosten zu leisten hat, ebenso wie der Vermieter von Wohnräumen verpflichtet, diesem binnen angemessener Frist eine Abrechnung über die Nebenkosten zu erteilen, aus der sich ergibt, ob der Mieter Nachzahlungen zu leisten oder Geld zurückzuerhalten hat. Bei der Bestimmung der angemessenen Frist ist zum einen dem Interesse der Mietvertragsparteien an einer alsbaldigen Klarheit über die ständig neu entstehenden gegenseitigen Rechte und Pflichten Rechnung zu tragen. Zum anderen ist darauf abzustellen, welchen Zeitraum der Vermieter benötigt, um die Abrechnung zu erteilen. Dafür ist von Bedeutung, wann ihm die Abrechnungsunterlagen vorliegen. Da für die Angemessenheit der Abrechnungsfrist bei der Geschäftsraummiete keine anderen Gesichtspunkte entscheidend sind als bei der Wohnraummiete, kann für die Geschäftsraummiete davon ausgegangen werden, dass bei Fehlen einer vertraglichen Vereinbarung die Abrechnung über die Nebenkosten, wie bei der Wohnraummiete, in der Regel spätestens bis zum Ablauf des zwölften Monats nach dem Ende des Ab-

rechnungszeitraums zu erteilen ist. Daraus folgt allerdings zunächst nur, dass der Mieter ab diesem Zeitpunkt den Vermieter auf Erteilung der Nebenkostenabrechnung in Anspruch nehmen kann und keine weiteren Vorauszahlungen auf die Nebenkosten mehr erbringen muss. Ein Ausschluss mit Nachforderungen, wie er für die Wohnraummiete gilt, ist, wie oben ausgeführt, damit nicht verbunden.

40 Da die Abrechnung für 2003 und 2004 am 23. September 2004, folglich vor Ablauf eines Jahres nach Ende des jeweiligen Abrechnungszeitraums, und damit bereits vor Fälligkeit der Beklagten zugegangen ist, ist schon das für die Verwirkung erforderliche Zeitmoment nicht erfüllt.

41 b) Für den Abrechnungszeitraum 2002 fehlt es, wie das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat, jedenfalls an den für eine Verwirkung erforderlichen vertrauensbildenden Umständen. Die Beklagte hatte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts von vornherein die beanstandeten Nebenkosten bei ihrer Preiskalkulation nicht berücksichtigt, obwohl sie im Mietvertrag als umlagefähig ausgewiesen waren. Sie hat es folglich gerade nicht im Vertrauen auf die frühere Abrechnungspraxis versäumt, eventuelle Mehrkosten auf ihre Kunden abzuwälzen. Die Beklagte behauptet auch nicht, sie habe zu Beginn des Mietvertrages Rücklagen für die streitigen Nebenkostenpositionen gebildet und dies später aufgrund der Abrechnungspraxis der Kläger unterlassen.

42 Entgegen der Ansicht der Revision begründet die Abrechnung durch professionelle Verwalter kein Vertrauen der Beklagten auf die Richtigkeit der Abrechnungen. Es gibt keinen Erfahrungssatz dahin, dass professionellen Verwaltern keine Fehler bei der Abrechnung unterlaufen. Darüber hinaus ist hier offen geblieben, weshalb die Nebenkosten nicht im vertraglich vereinbarten Umfang in Rechnung gestellt worden sind.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 551, 688, 698, 1213 BGB
Leasing; Verzinsung der Kautions; Finanzierungsleasing;
Schwerpunkt kaufvertragliche Pflichten

Die von einem Leasingnehmer gezahlte Kautions ist nur dann vom Leasinggeber zu verzinsen, wenn dies eigens vereinbart ist.

(BGH, Urteil vom 18. 11. 2009 – VIII ZR 347/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger ist Treuhänder im Verbraucherinsolvenzverfahren über das Vermögen des U. (im Folgenden: Leasingnehmer). Dieser schloss im August 2003 mit der Beklagten, einer Leasinggesellschaft, für eine Laufzeit von 36 Monaten einen Finanzierungsleasingvertrag über einen gebrauchten Lkw. Als Leasingentgelt war eine monatliche Leasingrate von 1080 € vereinbart; eine Leasingsonderzahlung war nicht vorgesehen. Als Restwert vereinbarten die Vertragsparteien einen Betrag von 8000 €, den der Leasingnehmer der Beklagten zur Herbeiführung der von ihm nach dem Vertrag geschuldeten vollen Amortisation in der Weise garantierte, dass er sich verpflichtete, auf Verlangen der Beklagten das Leasingfahrzeug bei Vertragsende zum vereinbarten Restwert unter Abschluss jeder Gewährleistung zu kaufen. Darüber hinaus enthält der Leasingvertrag unter „6. Sonstige Vereinbarungen“ folgende Regelung:

„Hinterlegung einer Kautions in Höhe von Euro 8000,00 bei der D. (= Beklagte).“

2 Die Beklagte machte bei Vertragsende von ihrem Andienungsrecht Gebrauch und verrechnete die Kautions mit dem Kaufpreis. Der Kläger ist der Auffassung, dass die Beklagte verpflichtet sei, die geleistete Kautions, die kein unverzinsliches Darlehen habe darstellen sollen, mit dem sich aus § 352 HGB ergebenden Satz zu verzinsen und die Zinsen an den Leasingnehmer auszukehren. Das Amtsgericht Düsseldorf hat die auf einen Betrag von 1200 € gerichtete Klage abgewiesen. Das

Landgericht Düsseldorf hat die Berufung des Leasingnehmers zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

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

4 I. Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

5 Es bestehe weder eine gesetzliche Pflicht zur Verzinsung der Kautions noch hätten die Vertragsparteien darüber eine vertragliche Vereinbarung getroffen. Auch eine ergänzende Auslegung des Leasingvertrages führe nicht zu einer Verzinsungspflicht. Zwar sei der Vertrag in diesem Punkte ergänzungsbedürftig, weil nicht als selbstverständlich davon ausgegangen werden könne, dass eine Unverzinslichkeit der Kautions die einzig denkbare Lösung sei. Dies führe aber nicht zwingend zu einer Angleichung an die mietvertragliche Interessenlage, bei der eine Verzinslichkeit angenommen werde. Bei dem vorliegend gegebenen Finanzierungsleasing in Form eines Teilamortisationsvertrages mit Andienungsrecht des Leasinggebers und einer vom Leasingnehmer garantierten kalkulierten Restwertsumme gehe es wirtschaftlich im Schwerpunkt um kaufvertragliche Pflichten. Dagegen bestehe der Zweck einer Mietkaution darin, die Verpflichtungen des Mieters für den Fall seiner Insolvenz abzusichern und dem Vermieter nicht noch zusätzliche Einkünfte zu verschaffen, so dass den Interessen des Mieters Rechnung zu tragen sei, wegen einer während der Mietzeit fortschreitenden Geldentwertung zumindest wertmäßig nicht weniger zurückzuerhalten als hinterlegt. Die hier zu beurteilende Kautions habe der Leasingnehmer dagegen nicht irgendwann einmal zurückerhalten sollen. Denn die Kautions sei nicht zur Absicherung von mietvertraglichen Ansprüchen des Leasinggebers geleistet worden, sondern in Höhe eines Betrages, der den kalkulierten Restwert exakt abdecke. Sie habe mithin der Sicherung der vom Leasingnehmer geschuldeten Vollamortisation dienen und deshalb dem Leasinggeber, dem der Vertrag nicht zuletzt auch die Chance der Wertsteigerung zugewiesen habe, für den Fall einer - hier auch erfolgten - Ausübung des Andienungsrechts von vornherein als garantiertem Restkaufpreisanspruch zuzustehen sollen. Diesem wirtschaftlichen Zweck der Kautions als einer vor Fälligkeit geleisteten Anzahlung auf den Restkaufpreis würde es widersprechen, sie verzinslich zu stellen. Ebenso wenig könne der Zinsanspruch auf Bereicherungsrecht gestützt werden, da die Beklagte bestritten habe, den Betrag verzinslich angelegt und die vom Leasingnehmer ins Blaue hinein behaupteten Zinsen von mindestens 5% erwirtschaftet zu haben.

6 II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

7 1. Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass eine gesetzliche Pflicht zur Verzinsung der geleisteten Kautions nicht besteht, sondern dass es dazu einer vertraglichen, gegebenenfalls durch Auslegung zu gewinnenden Einigung der Parteien bedürft hätte.

8 Eine Verzinsungspflicht kann insbesondere nicht, wie der Leasingnehmer zunächst geltend gemacht hat, aus § 698 BGB hergeleitet werden, da diese Vorschrift nur den hier nicht gegebenen Fall der pflichtwidrigen Verwendung hinterlegten Geldes durch den Verwahrer bei einer - auch im Übrigen nicht zum Sicherungszweck der Kautions passenden (vgl. RGZ 119, 57, 58) - regelmäßigen Verwahrung im Sinne von § 688 BGB betrifft (MünchKommBGB/Henssler, 5. Aufl., § 698 Rdnr. 5). Ebenso wenig besteht bei einem unregelmäßigen Nutzungspfandrecht, als das die Gestellung einer Barkautions mittlerweile ganz überwiegend qualifiziert wird (BGHZ 84, 345, 347 f. [= WuM 1982, 240]; BayObLG, NJW 1981, 994, 995 [= WuM 1981, 82]; jeweils m.w.N.), eine gesetzliche Verzinsungspflicht, weil Geld keine von Natur aus fruchtbringende Sache im Sinne des § 1213 Abs. 2 BGB ist (BGHZ 84, 345, 348 [= WuM 1982, 240]; 127, 138, 141 [= WuM 1994, 679]).

9 Eine Verzinsungspflicht ergibt sich ferner nicht aus einer entsprechenden Anwendung des § 551 BGB, wie dies bei Feh-

len einer anders lautenden vertraglichen Regelung auch für Leasingverträge vereinzelt angenommen wird (so Zahn/Bahmann, Kfz-Leasingvertrag, 1999, Rdnr. 35). Denn diese im Wohnraummietrecht eigens angeordnete Verzinsungspflicht lässt sich auf einen Finanzierungsleasingvertrag nicht übertragen. Das folgt schon daraus, dass es sich bei der Bestimmung um eine auf die besondere Interessenlage im Wohnraummietrecht zugeschnittene und bereits deshalb nicht analogiefähige Regelung handelt, die sich zudem bei den gesetzlichen Bestimmungen zum Mietvertrag (§§ 535 ff. BGB) nicht im Untertitel 1 „Allgemeine Vorschriften zum Mietvertrag“, sondern im Untertitel 2 „Mietverhältnisse über Wohnraum“ findet, so dass auch für gewerbliche Mietverhältnisse bislang keine Analogiebildung erwogen worden ist (vgl. BGHZ 127, 138, 144 f. [= WuM 1994, 679]).

10 2. Eine danach allein auf vertraglicher Grundlage in Betracht kommende Verzinsungspflicht hat das Berufungsgericht im Ergebnis ebenfalls ohne Rechtsfehler verneint. Die Vertragsurkunde sieht eine Verzinsung der Kautions nicht vor. Entgegen der Auffassung der Revision kann der Vertrag auch nicht ergänzend dahin ausgelegt werden, dass die Beklagte zu einer Verzinsung verpflichtet ist. Dazu fehlt es bereits an der erforderlichen Regelungslücke im Vertrag.

11 Aus dem Umstand, dass die getroffenen Vereinbarungen zu einer Verzinslichkeit der Kautions keine Regelung enthalten, folgt noch nicht, dass allein schon deshalb im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu dieser Frage eine Regelung gefunden werden müsste. Vielmehr kann, wenn die Vertragsschließenden zu einem bestimmten Punkt keine Regelung treffen, zumeist angenommen werden, dass sie die Ausgestaltung ihrer vertraglichen Beziehungen dem dispositiven Gesetzesrecht überlassen und kein davon abweichendes oder dieses ergänzendes Regelungsbedürfnis gesehen haben (BGHZ 77, 301, 304 [= WuM 1980, 241]; 40, 91, 103; Senatsurteile vom 30. September 2009 - VIII ZR 238/08, WuM 2009, 647, Tz. 9; vom 19. März 1975 - VIII ZR 262/73, WPM 1975, 419, unter IV 2 a). Das dispositive Recht sieht bei Finanzierungsleasingverträgen eine Verzinsungspflicht für Kautions, welche in der hier erfolgten Weise das Interesse des Leasinggebers an einer Vollamortisation des Leasinggegenstands sichern sollen, nicht vor (vgl. vorstehend unter II 1). Das schließt es zwar nicht aus, dass eine nach dem erkennbaren Regelungsplan der Parteien regelungsbedürftige Frage ungeregt geblieben und der Vertrag dadurch lückenhaft geworden ist. Denn das dispositive Recht gibt nur den allgemeinen, auf eine typisierte Interessenabwägung gegründeten Beurteilungsmaßstab vor, während die ergänzende Vertragsauslegung der individuellen Gestaltung des Einzelfalls Rechnung trägt, etwa weil der zu regelnde Sachverhalt Besonderheiten aufweist, denen das dispositive Gesetzesrecht nicht oder nicht in vergleichbarer Weise Rechnung tragen kann (BGHZ 74, 370, 373 f.; Senatsurteil vom 30. September 2009, aaO). Solche Besonderheiten, auf die es bereits für das Vorliegen einer im angefochtenen Urteil bejahten Regelungslücke angekommen wäre, hat das Berufungsgericht indessen nicht festgestellt. Zudem gibt es auch keinen Erfahrungssatz des Inhalts, dass in einem Vertrag sämtliche Punkte, die mit dem vereinbarten Rechtsgeschäft in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang stehen, geregelt werden. Selbst wichtige Punkte bedürfen keiner Regelung, wenn eine solche Regelung weder zur Herbeiführung bestimmter Rechtsfolgen noch zur Klarstellung geboten ist (Senatsurteil vom 17. April 2002 - VIII ZR 297/01, WPM 2002, 1229, unter II 1 a).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

www.prewest.de

über 321 000 Zugriffe seit Februar 2007

§§ 133, 138, 154, 157, 179, 311b, 652, 653, 781 BGB
Erfolgsabhängige Aufwandsentschädigung
des Maklers bei Dissens

1. Die Vereinbarung, dass der Maklerkunde ein Entgelt auch bei Nichtzustandekommen des Hauptvertrages schuldet, bedarf notarieller Beurkundung, wenn die Zahlungszusage den Kunden in seiner Entscheidungsfreiheit beim Abschluss eines Immobilienkaufvertrages beeinträchtigt.

2. Auch ohne konkrete Vergütungsvereinbarung kommt ein Maklervertrag durch die Aufforderung des Kunden zustande, „einen Interessenten am Markt zu suchen“.

3. Zur Abgrenzung eines erfolgsabhängigen Provisionsversprechens zur bloßen Aufwandsentschädigung.

(OLG Koblenz, Urteil vom 5. 11. 2009 – 5 U 339/09)

Zum Sachverhalt: Der Kläger nimmt die beklagte Sparkasse aus abgetretenem Recht der A. C. GmbH & Co. KG (im folgenden: Zedentin oder Maklerin) auf Zahlung von 20.000 € nebst Zinsen in Anspruch. Angeblich steht der Zedentin ein weit höherer Gesamtanspruch zu. Das geht zurück auf ein an die Zedentin adressiertes, vom Zeugen T. unterzeichnetes Schreiben der Beklagten vom 31. Oktober 2006, das unter dem Betreff „B. Reha Klinik“ wie folgt lautet:

„Wunschgemäß bestätigen Ihnen, dass sie im Auftrag der Gesellschafter des o. g. Fonds beauftragt wurden, für die Klinik einen Interessenten am Markt zu suchen“.

Diese Bestätigung soll der Zeuge T. am 8. November 2006 in Vollmacht und Vertretung der Beklagten durch ein mündliches Zahlungsverprechen (von im Ergebnis 230.000 € netto) ergänzt haben.

Die B. Reha Klinik gehörte einem Fonds (GbR). Dieser hatte die Beklagte nicht bevollmächtigt. Bei der Zedentin war bereits im September 2006 ein Verkaufsexposé in der Erwartung erstellt worden, dass sie als Maklerin eingeschaltet werde. Dieses Exposé übersandte die Zedentin im selben Monat der Beklagten. Das Exposé enthält auf Seite 6 neben der Kaufpreisforderung von 25.870.000 € den Hinweis, dass die Zedentin bei Zustandekommen eines Kauf-, Options- oder auch Gesellschaftsübernahmevertrages „Ihnen“ eine Vermittlungscourtage in Höhe von 3% des Gesamtpreises zuzüglich Mehrwertsteuer berechnet. Weiter heißt es, die Courtage sei „bei Vertragsabschluss fällig“. Unter dem 20. September 2009 teilte die Beklagte der Zedentin mit, einen Auftrag zum Verkauf der Liegenschaft habe die Beklagte nicht erteilt. Auch die Berechnung einer Courtage sei nicht besprochen worden.

Nach Zugang des Schreibens der Beklagten vom 31. Oktober 2006 präsentierte die Zedentin dann am 8. November 2006 in Berlin einen dänischen Investor als Interessenten. Zu einem Vertragsabschluss kam es jedoch nicht.

Der Kläger hat vorgetragen, am 8. November 2006 habe der Zeuge T. in Berlin namens der GbR für die Beibringung des dänischen Investors ein Honorar von 1% des seinerzeit verhandelten Kaufpreises von 23 Millionen Euro versprochen. Da der Zeuge dabei für die Beklagte namens der GbR, jedoch ohne deren Vertretungsmacht gehandelt habe, schulde die Beklagte nach § 179 BGB das Honorar von insgesamt 230.000 € netto.

Die Beklagte hat erwidert, eine erfolgsunabhängige Vergütung habe sie weder mit dem Schreiben vom 31. Oktober 2006 noch am 8. November 2006 in Berlin mündlich versprochen.

Das Landgericht Koblenz hat Zeugenbeweis erhoben und der Klage hiernach - gestützt auf §§ 179 Abs. 1, 398 BGB - mit der Begründung stattgegeben, der Kläger habe den Nachweis geführt, dass der Zeuge T. namens und in Vollmacht der angeblich die Gesellschafter vertretenden Beklagten eine Provision von 1% für die Beschaffung eines Kaufinteressenten versprochen habe. Mangels Vertretungsmacht hafte die Beklagte auf Erfüllung.

Dagegen wendet sich die Beklagte mit der Berufung. Sie wiederholt, vertieft und ergänzt ihr erstinstanzliches Vorbringen. Der Kläger verteidigt die Entscheidung des Landgerichts.

Der Senat hat die Beweisaufnahme wiederholt.

Aus den Gründen: II. Die zulässige Berufung hat Erfolg. Die Klage musste abgewiesen werden, weil der Zedentin ein Honorar für die Vermittlung des Kontakts zwischen der Beklagten und dem dänischen Interessenten nicht zusteht. Das Zahlungsverlangen des Zessionars ist daher unbegründet.

Allerdings scheidet die Klage nicht bereits daran, dass die behauptete Zahlungsverbarung zwischen der Zedentin und der Beklagten nicht in der Form des § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB (notarielle Beurkundung) geschlossen wurde. Eine Vereinbarung der vom Kläger behaupteten Art ist formlos gültig, wenn durch sie auf den Auftraggeber des Maklers kein unangemessener Druck in Richtung auf die Grundstücksveräußerung ausgeübt wird (vgl. zum Ganzen BGH Urteil vom 2. Juli 1986 - IVa ZR 102/85 - in WPM 1986, 1438 [= WuM 1987, 29] m.w.N.). Gültig ist deshalb eine formlos getroffene Vereinbarung, in der sich der Makler für den Fall des Scheiterns des Grundstücksverkaufs den Ersatz der ihm durch seine Tätigkeit entstandenen Aufwendungen versprechen lässt. Ob die Höhe der hier behaupteten Aufwandsentschädigung von netto 230.000 € Bedenken begegnet, kann offen bleiben. Der Senat unterstellt zugunsten des Klägers, dass die Höhe der Vergütung nicht an § 138 BGB scheidet.

Die Klage erweist sich jedoch deshalb als unbegründet, weil dem beweisbelasteten Kläger nicht der Nachweis gelungen ist, dass eine Vereinbarung des von ihm behaupteten Inhalts getroffen wurde.

Tritt ein Makler - wie hier die Zedentin - mit einem Verkaufswilligen in Kontakt, muss der Makler durch ein ausdrückliches Provisionsverlangen klarstellen, dass seine Tätigkeit im Erfolgsfall, das heißt bei Zustandekommen eines Kaufvertrages, vergütungspflichtig ist. Das von der Zedentin im September 2006 erstellte und an die Beklagte übersandte Exposé enthält zwar ein Provisionsverlangen, das sich jedoch nach dem Gesamthalt der Urkunde nur an den potentiellen Käufer richtet.

Der Mitarbeiter der Beklagten, der Zeuge T., hat das missverstanden und daher das vermeintlich an die Beklagte gerichtete Provisionsverlangen der Zedentin zurückgewiesen (Schreiben vom 20. September 2006). Das war überflüssig, stellte aber unmissverständlich klar, dass die Beklagte zu diesem Zeitpunkt keinen Maklervertrag schließen und auch keine Provision oder Aufwandsentschädigung zahlen wollte.

Das hat der für die Maklerin handelnde Zeuge L. auch richtig verstanden, sah er sich doch Ende Oktober 2006 veranlasst, den Zeugen T. telefonisch darauf hinzuweisen, dass die Zedentin nicht bereit sei, auf vertragsloser Grundlage weiter zu arbeiten. Indem T. dann namens und in Vollmacht der Beklagten schriftlich mitteilte, die Zedentin sei beauftragt,

„für die Klinik einen Interessenten am Markt zu suchen“

sollte nun doch ein Maklervertrag geschlossen werden. Zwar entsprach die von T. gewählte Formulierung nicht dem gesetzlichen Muster des § 652 BGB. Aber sie konnte nur in diesem Sinne verstanden werden, weil L. in seiner beruflichen Rolle angesprochen wurde. Hätte er außerhalb der allgemeinen Vertragstypik tätig werden sollen, hätte das klar und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht werden müssen. Unschädlich war bei alledem, dass die Vergütungsfrage nicht geregelt wurde. Das bewirkte keinen Einigungsmangel (§§ 154, 155 BGB), weil § 653 Abs. 1 BGB bestimmt, dass ein Maklerlohn als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die dem Makler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. So liegt es hier.

Dass der Mitarbeiter der Zedentin, der Zeuge L., sich veranlasst sah, am 8. November 2006 in Berlin nachzufassen und mit

dem Zeugen T. über die Vergütungsfrage zu sprechen, macht vor dem Hintergrund der gesetzlichen Bestimmung des § 653 Abs. 2 BGB Sinn. Denn eine Parteiabsprache zur Höhe der Vergütung macht eine spätere Diskussion über den Umfang der taxmäßigen Vergütung oder des üblichen Lohns entbehrlich.

Dass die von L. in den Raum gestellte Forderung von 1% der Kaufpreisvorstellung des potentiellen Erwerbers von T. akzeptiert wurde, besagt aber nicht, dass damit ein Vertrag des vom Kläger behaupteten Inhalts geschlossen werden sollte. Der Senat ist nach dem Ergebnis seiner Beweisaufnahme vielmehr überzeugt, dass die Gesprächspartner (L. und T.) aneinander vorbeiredet haben.

T. brachte mit seiner zustimmenden Erklärung zum Ausdruck, dass die Beklagte für den Fall des Verkaufs eine von der Verkäuferseite zu zahlende Provision von 1% akzeptierte. Immerhin war damit die vermeintlich an die Beklagte gerichtete ursprüngliche Provisionsforderung von 3% aus der Welt. Hätte die zustimmende Erklärung T.s sich dagegen auf eine erfolgsunabhängige bloße Aufwandsentschädigung bezogen, wäre das wirtschaftlich angesichts der Vergütung von immerhin (netto) 230.000 € kaum nachvollziehbar und auch nicht damit vereinbar gewesen, dass L. nach der bisherigen Absprache erfolgsbezogen auf der Grundlage von § 652 BGB tätig werden sollte.

Gleichwohl glaubt der Senat dem Zeugen L., dass er die Erklärung T.s dahin interpretierte, die Verkäuferseite wolle ungeachtet eines Erfolgs seiner Bemühungen nunmehr die bloße Vermittlung des Kontakts mit dem dänischen Interessenten durch Zahlung von 230.000 € honorieren. Derart durfte die Erklärung T.s aber nicht verstanden werden. Das erschließt sich aus der Schilderung des Zeugen R. Er hat dem Senat den Eindruck vermittelt - anders als die Zeugen L. und T. -, erfasst und durchdrungen zu haben, worum es bei jenen Gesprächen beim gemeinsamen Warten und der anschließenden Fahrt im Taxi ging. Von daher hat die Aussage R. erhebliches Gewicht, wonach ihm die Vereinbarung einer erfolgsunabhängigen Maklervergütung haften geblieben wäre, weil er ein derartiges Rechtsgeschäft als ungewöhnlich erachtet hätte. Seine Darstellung, sich an die vom Zeugen L. behauptete Vereinbarung nicht zu erinnern, ist daher nachvollziehbar, wenn man davon ausgeht, dass R. das Gespräch zwischen L. und T. dahin verstand, dass die Verkäuferseite bei Zustandekommen eines Kaufvertrages 1% Provision als angemessen erachtete und zu zahlen bereit war. Eine derartige Vereinbarung wäre nach der zutreffenden Einschätzung des Zeugen R. üblich gewesen und hatte daher für ihn keinen zu dauerhafter Erinnerung führenden Aufmerksamkeitswert. Nach Auffassung des Senats greift daher die Würdigung der Aussage des Zeugen R. durch das Landgericht zu kurz.

Soweit der Zeuge L. angedeutet hat, R. stehe im Lager der Beklagten und versuche, ihr durch Vortäuschen einer Erinnerungslücke zu helfen, kann dem nicht gefolgt werden. Der Zeuge R. wirkte ruhig und besonnen. Seine Aussage war - anders als bei den übrigen Zeugen - auch inhaltlich plausibel und überzeugend.

Damit ist nicht gesagt, dass die Darstellungen der übrigen Zeugen falsch oder diese gar unglaubwürdig sind. Die Beweisaufnahme hat vielmehr ergeben, dass L. und T. aneinander vorbeiredeten, indem L. in die Erklärungen T.s einen (neuen) Rechtsbindungswillen hineininterpretierte, der tatsächlich nicht vorhanden war, weil T. tatsächlich nur den bereits bestehenden (erfolgsabhängigen) Maklervertrag mit einem von der gesetzlichen Vorgabe des § 653 BGB abweichenden konkreten Provisionsversprechen von 1% unterlegte, indem er das dahin zielende Angebot des Zeugen L. (objektivierter Empfängerhorizont) annahm.

Der Senat teilt nicht das harsche Verdikt der Einzelrichterin, T. habe keinen überzeugenden und glaubwürdigen Eindruck gemacht. Auch in der Beweisaufnahme des Berufungsverfahrens ist zwar der Eindruck entstanden, dass der Zeuge T. seine seinerzeit abgegebenen schriftlichen und mündlichen Erklärungen vor dem Hintergrund der für ihn (verständlicherweise) völlig

überraschenden Klage mit wenig überzeugenden Deutungsversuchen unterlegt. Dadurch lässt sich aber der allein entscheidungserhebliche Tatsachenkern seiner Aussage nicht falsifizieren.

Da eine Zahlungsvereinbarung des vom Kläger behaupteten Inhalts nach alledem nicht nachgewiesen ist, kann offen bleiben, ob sie nach § 781 Satz 1 BGB der Schriftform bedurft hätte.

Die Klage war mit den Nebenentscheidungen aus §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO abzuweisen.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. Es handelt sich um eine Frage der Beweiswürdigung in einem Einzelfall.

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

**§§ 745, 2038, 2040 BGB
Grundstücksmiete; Erbengemeinschaft als Vermieterin;
Kündigung des Nachlassgrundstücks mit
Stimmenmehrheit der Miterben; ordnungsgemäße
Nachlassverwaltung; Nutzungsentschädigungsanspruch**

Die Erben können ein Mietverhältnis über eine zum Nachlass gehörende Sache wirksam mit Stimmenmehrheit kündigen, wenn sich die Kündigung als Maßnahme ordnungsgemäßer Nachlassverwaltung darstellt.

(BGH, Urteil vom 11. 11. 2009 – XII ZR 210/05)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Kläger begehren vom Beklagten Entschädigung für die Nutzung einer Immobilie.

2 Im Jahr 1980 vermietete Herr E. S. (im Folgenden: Erblasser) das mit der „Villa H.“ bebaute Grundstück in R. (im Folgenden: Grundstück H.) an die Staatlichen Kunstsammlungen D. Der monatliche Mietzins betrug 399,25 M/DDR. Das Grundstück H. diente der Unterbringung der Puppentheatersammlung. 1989 verstarb der Erblasser; Erben nach ihm wurden Frau E. zu 1/4, Herr B. zu 1/2 und Frau U. zu 1/4. Letztere schenkte ihren Erbteil im Jahre 1996 dem Landesverein S. Heimatschutz e.V. (im Folgenden: Landesverein). Auf Seiten der Mieterin trat nach der Wende zum 3. Oktober 1990 der beklagte Freistaat Sachsen als Rechtsnachfolger in den Vertrag ein.

3 Die Miterben E. und B. verhandelten in der Folgezeit mit dem Beklagten vergeblich über eine Erhöhung des Mietzins, der sich nach der Währungsunion auf 399,25 DM und ab 1. Januar 2002 auf 204,13 € belief.

4 Rechtsanwältin R. kündigte u. a. mit Schreiben vom 4. März 2002 den Mietvertrag gegenüber dem Beklagten zum 31. Mai 2002 „im Namen der Erbengemeinschaft nach E. S.“; gleichzeitig widersprach sie einer Fortsetzung des Mietverhältnisses zu den bisherigen Konditionen. Die Beklagte räumte das Grundstück in der Folgezeit nicht.

5 Mit notariellem Vertrag vom 15. April 2003 verkauften die drei Miterben das Grundstück H. an die Kläger. Unter Ziffer 4 des Kaufvertrages war vereinbart, dass Besitz und die Nutzungen mit vollständiger Kaufpreiszahlung auf die Kläger übergehen. Die Kläger wurden am 14. August 2003 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

6 Nachdem der Beklagte zunächst mit Schreiben vom 5. August 2003 für das Grundstück H. einen monatlichen Mietzins von 4078 € angeboten hatte, erklärte er schließlich seinerseits mit Schreiben vom 30. September 2003 die Kündigung des Mietverhältnisses mit Wirkung zum 31. Dezember 2003. Der Beklagte gab das Grundstück H. am 5. Januar 2004 an die Kläger zurück.

7 Das Landgericht Dresden hat der auf Nutzungsentschädigung gerichteten Klage für den Zeitraum vom 4. Juli 2003 bis zum 31. Dezember 2003 in Höhe von 23.788,23 € nebst Zinsen stattgegeben. Auf die von dem Beklagten eingelegte Berufung hat das Berufungsgericht [OLG Dresden] das landge-

richtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Hiergegen wenden sich die Kläger mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision.

8 **Aus den Gründen:** Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückweisung der Berufung, soweit die Klage noch aufrechterhalten worden ist.

9 I. Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, das Mietverhältnis zwischen den Parteien sei erst durch die Kündigung des Beklagten zum 31. Dezember 2003 beendet worden, weshalb bis dahin auch lediglich der vertraglich bestimmte Mietzins in Höhe von 213,04 € monatlich von der Beklagten geschuldet werde.

10 Der Kündigung vom 4. März 2002 ermangele es an der notwendigen Vertretungsmacht. Es sei erforderlich gewesen, dass alle drei Miterben gemeinschaftlich i.S. von § 2040 BGB die Kündigung des Mietverhältnisses erklärten. Die Notwendigkeit des gemeinschaftlichen Handelns aller Miterben ergebe sich daraus, dass die Kündigung das Mietverhältnis beende, mithin eine Verfügung hierüber im Sinne von § 2040 BGB getroffen werde und damit elementar der zentrale Satzungszweck des Landesvereins - Betreiben der Puppensammlung - verloren gehe. Eine Mitwirkung des Landesvereins sei auch nicht im Hinblick auf eine optimale Nachlassverwaltung - auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Nachlasserhaltung (§§ 2038 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, 745 BGB) - nach § 242 BGB entbehrlich gewesen. Einer Zustimmung zur Kündigung des Grundstücks H. hätte der eigene Satzungszweck des Landesvereins entgegengestanden.

11 Der Landesverein als Miterbe habe weder der Zeugin R. noch dem Zeugen F. eine wirksame Vollmacht erteilt. Eine wirksame Bevollmächtigung der Zeugin R. ergebe sich auch nicht nach den Grundsätzen der Anscheins- oder Duldungsvollmacht.

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

13 1. Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Kündigung des Mietverhältnisses eine Verfügung i.S. des § 2040 Abs. 1 BGB ist.

14 Unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung hat der Senat für Landwirtschaftssachen nach Erlass des Berufungsurteils entschieden, dass die Kündigung eines Pachtvertrages über ein Nachlassgrundstück durch eine Erbengemeinschaft als Verpächterin eine Verfügung i.S. des § 2040 Abs. 1 BGB ist (BGH Urteil vom 28. April 2006 - LwZR 10/05 - FamRZ 2006, 1026 [= GuT 2006, 142]). Eine solche Kündigung sei zwar keine Verfügung über das verpachtete Grundstück, wohl aber eine Verfügung über die Rechte aus dem Pachtvertrag wie die ebenfalls zu dem Nachlass gehörende Pachtzinsforderung. Auch sie gehöre zu den Rechten, auf die sich eine Verfügung i.S. von § 2040 Abs. 1 BGB beziehen könne. Durch die Kündigung des Vertrags werde das Recht aufgehoben, denn damit erlösche der Anspruch der Erbengemeinschaft auf Zahlung des Pachtzinses (BGH aaO).

15 2. Jedoch war es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts für die Wirksamkeit der Kündigung vom 4. März 2002 nicht erforderlich, dass alle drei Miterben gemeinschaftlich die Kündigung des Mietverhältnisses erklärten. Das ergibt sich aus § 2038 BGB, der die Vorschrift des § 2040 BGB im vorliegenden Fall verdrängt.

16 Gemäß § 2038 BGB steht auch die Verwaltung des Nachlasses den Erben grundsätzlich gemeinschaftlich zu. Jeder Miterbe ist den anderen gegenüber allerdings verpflichtet, an Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich sind. Gemäß § 745 Abs. 1 BGB, der nach § 2038 Abs. 2 Satz 1 BGB zur Anwendung gelangt, kann durch Stimmenmehrheit eine der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstands entsprechende ordnungsgemäße Verwaltung und Benutzung beschlossen werden. Fügt sich der überstimmte Miterbe dem Mehrheitsbeschluss nicht, so können ihn die übrigen Miterben etwa auf Abgabe der für die Verfügung erforderlichen

Willenserklärung verklagen. Die zur Erhaltung des Nachlasses notwendigen Maßregeln kann jeder Miterbe ohne Mitwirkung des anderen treffen. Nach § 2040 Abs. 1 BGB können die Erben über einen Nachlassgegenstand jedoch nur gemeinschaftlich verfügen.

17 Die Frage, ob § 2040 Abs. 1 BGB für Verfügungen über einen Nachlassgegenstand ausnahmslos anwendbar ist oder ob § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1, Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 745 Abs. 1 BGB im Falle mehrheitlich beschlossener Maßnahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses gegenüber § 2040 Abs. 1 BGB vorrangig ist, ist umstritten.

18 a) Bislang ist der Bundesgerichtshof davon ausgegangen, dass Verfügungen i.S. von § 2040 Abs. 1 BGB stets sämtliche Miterben gemeinschaftlich vornehmen müssen, auch wenn sie zugleich Maßnahmen der ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung sind (V. Zivilsenat BGHZ 38, 122, 124). Allerdings hat der V. Zivilsenat in dem Verfahren LwZR 10/05 auf Anfrage des Senats für Landwirtschaftssachen mitgeteilt, dass er an dieser Auffassung nicht mehr festhalte (vgl. BGH Urteil vom 28. April 2006 - LwZR 10/05 - FamRZ 2006, 1026, 1027 [= GuT 2006, 142]).

19 Der Senat für Landwirtschaftssachen hat sich in seinem Urteil vom 28. April 2006 mit der Streitfrage eingehend beschäftigt, sie im Ergebnis jedoch offen gelassen (BGH aaO S. 1027 f. [= GuT aaO] m.w.N.). Allerdings hat er zum Ausdruck gebracht, dass er die strikte Einhaltung des - aus der gesamthänderischen Bindung herrührenden - Prinzips des gemeinschaftlichen Handelns bei Verfügungen jedenfalls dann nicht für einsichtig halte, wenn sich die Verfügungen nicht nachteilig auf den Nachlassbestand auswirkten (aaO S. 1028).

20 In seiner Entscheidung vom 28. September 2005 (BGHZ 164, 181, 184 f.) hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs, der u. a. über die Frage zu entscheiden hatte, ob ein Miterbe im Rahmen der Nachlassverwaltung zur Mitwirkung an einer Verfügung verpflichtet ist, klargestellt, dass unter den Begriff der gemeinschaftlichen Verwaltung des Nachlasses i.S. von § 2038 Abs. 1 BGB alle Maßregeln zur Verwahrung, Sicherung, Erhaltung und Vermehrung sowie zur Gewinnung der Nutzung und Bestreitung der laufenden Verbindlichkeiten fallen. Dazu zählten grundsätzlich auch Verfügungen über Nachlassgegenstände, nur müsse neben der Ordnungsmäßigkeit die Erforderlichkeit einer solchen Verwaltungsmaßnahme durch besondere Umstände belegt sein, um eine Mitwirkungspflicht zu begründen (BGHZ 164, 181, 184). Die systematische Stellung des engeren § 2040 Abs. 1 BGB, der dem weitergehenden § 2038 Abs. 1 BGB nachfolge, unterstütze ein solches Verständnis, das auch durch die Entstehungsgeschichte belegt werde. Nach den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch umfasse die Verwaltung - ähnlich weit - die gesamte tatsächliche und rechtliche Verfügung über das verwaltete Gut, schließe also Veräußerungen, zu denen der Verwalter berechtigt sei, nicht aus (BGHZ 164, 181, 185 unter Verweis auf Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch 5. Bd. S. 337 zu § 1978 Abs. 1).

21 b) In der Literatur werden verschiedene Auffassungen zu dem Verhältnis zwischen § 2038 BGB und § 2040 BGB vertreten (zum Meinungsstand s. bereits BGH Urteil vom 28. April 2006 - LwZR 10/05 - FamRZ 2006, 1026, 1027 [= GuT 2006, 142]).

22 aa) Eine Meinung spricht sich für einen Vorrang der Regelung des § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 BGB aus. Danach sollen mehrheitlich beschlossene Maßnahmen der ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung auch Verfügungsgeschäfte umfassen; Einstimmigkeit wäre demzufolge nicht erforderlich (AnwK-BGB/Ann 2. Aufl. § 2040 Rdn. 13; ders. Anm. Mitt-BayNot 2007, 133, 134 f.; Jauernig/Stürner BGB 12. Aufl., § 2040 Rdn. 2; Soergel/M. Wolf BGB 13. Aufl. § 2038 Rdn. 5; Frank Erbrecht 4. Aufl. § 19 Rdn. 19; Leopold Erbrecht 17. Aufl. Rdn. 736; Muscheler ZEV 1997, 222, 230 f.; Schopp ZMR 1967, 193, 195; Kipp/Coing Erbrecht 14. Aufl. S. 613 f.; vgl. auch Palandt/Edenhofer BGB 68. Aufl. § 2038 Rdn. 5).

23 bb) Vereinzelt wird die Ansicht vertreten, dass Verfügungen über einen Nachlassgegenstand als Maßnahmen ordnungsgemäßer Nachlassverwaltung mit Stimmenmehrheit vorgenommen werden könnten, wenn dadurch das nach § 2040 Abs. 1 BGB geschützte Interesse der anderen Miterben an der Werterhaltung des Nachlasses nicht wesentlich beeinträchtigt wird (vgl. RGRK/Kregel 12. Aufl. § 2040 Rdn. 2; Johannsen WPM 1970, 573, 576; Ann MittBayNot 2007, 131, 134 f.; neuerdings auch Brox/Walker Erbrecht 23. Aufl. Rdn. 507).

24 cc) Die wohl überwiegende Auffassung nimmt mit der früheren Rechtsprechung des V. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs an, dass auch für Verfügungen über einen Nachlassgegenstand, die zugleich Maßnahmen der ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung sind, die speziellere Vorschrift des § 2040 Abs. 1 BGB gelte; danach müssten solche Verfügungen von sämtlichen Miterben gemeinschaftlich vorgenommen werden (Bamberger/Roth/Lohmann BGB 2. Aufl. § 2040 Rdn. 2; Erman/Schlüter BGB 12. Aufl. § 2040 Rdn. 3; ders. Erbrecht 15. Aufl. Rdn. 685; MünchKomm/Heldrich BGB 4. Aufl. § 2040 Rdn. 3 und Rdn. 7 ff.; Staudinger/Werner BGB 2002 § 2038 Rdn. 40, § 2040 Rdn. 1 und 18; ders. ZEV 2006, 360 f.; Bartholomeyczik FS Reinhardt 1972 S. 13, 30 ff.; Lange/Kuchinke Erbrecht 5. Aufl. S. 1130; Olzen Erbrecht 3. Aufl. Rdn. 986; Palandt/Edenhofer aaO § 2040 Rdn. 1, vgl. aber auch § 2038 Rdn. 5).

25 Allerdings soll nach Auffassung einiger Autoren § 2038 Abs. 1 BGB in den Fällen gegenüber § 2040 Abs. 1 BGB den Vorrang genießen, in denen gemäß § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BGB jeder Miterbe die zur Erhaltung notwendigen Maßregeln ohne Mitwirkung der anderen treffen kann; insoweit soll er auch wirksam verfügen können (so Schlüter aaO Rdn. 686; MünchKomm/Heldrich aaO § 2040 Rdn. 3; Palandt/Edenhofer aaO § 2040 Rdn. 1; Bartholomeyczik aaO S. 27 f.; Olzen aaO Rdn. 987; s. auch Bamberger/Roth/Lohmann BGB § 2040 Rdn. 2; dagegen Staudinger/Werner aaO § 2038 Rdn. 40).

26 c) Der Senat folgt jedenfalls für den Fall der Kündigung eines Mietverhältnisses der erst genannten Auffassung (oben aa). Danach können die Erben ein Mietverhältnis über eine zum Nachlass gehörende Sache wirksam mit Stimmenmehrheit kündigen, wenn sich die Kündigung als Maßnahme ordnungsgemäßer Nachlassverwaltung darstellt.

27 aa) § 2038 i. V. m. § 745 Abs. 1 BGB ermöglicht den Erben, aufgrund eines Mehrheitsbeschlusses wirksam Verpflichtungsgeschäfte zum Zwecke ordnungsgemäßer Verwaltung abzuschließen (s. nur BGHZ 56, 47, 52). Die Nachlassverwaltung umfasst sowohl Geschäftsführung wie Vertretung, betrifft also sowohl das Innen- wie das Außenverhältnis (h. M.; BGHZ 56, 47, 52; Staudinger/Werner aaO § 2038 Rdn. 40 m. w. N. zum Meinungsstand; siehe auch Schopp ZMR 1967, 193, 195). Wenn aber die Erben durch Mehrheitsbeschluss im Rahmen der Nachlassverwaltung verbindliche Verträge mit Dritten abschließen und damit obligatorische Rechtspositionen begründen können, ist nicht ersichtlich, wieso es ihnen verwehrt sein sollte, diese Rechte - ebenfalls mehrheitlich - wieder aufzuheben (s. dazu auch Schopp ZMR 1967, 193, 195). Die Kündigung ist ein bezogen auf das Schuldverhältnis unselbständiges, akzessorisches Gestaltungsrecht (vgl. BGHZ 95, 250, 254; Senatsurteil vom 10. Dezember 1997 - XII ZR 119/96 - NJW 1998, 896, 897 [= WuM 1998, 99] m. w. N.). Es liegt nahe, dem Recht, einen Vertrag zu begründen, auch das Recht folgen zu lassen, diesen wieder zu kündigen.

28 Zwar bezieht sich die hier im Streit stehende Kündigung auf ein Mietverhältnis, das bereits im Zeitpunkt des Erbfalls bestanden hatte und damit nicht erst von den Erben begründet worden ist; sie stellt mithin eine Verfügung über die zum Nachlass gehörende Mietzinsforderung dar (vgl. BGH Urteil vom 28. April 2006 - LwZR 10/05 - FamRZ 2006, 1026 [= GuT 2006, 142] zur Pachtzinsforderung). Nichts anderes würde sich aber ergeben, wenn die Erben im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung durch Mehrheitsbeschluss gemäß §§ 2038, 745

BGB selbst einen Mietvertrag mit einem Dritten über eine zum Nachlass gehörende Immobilie abschließen. Denn gemäß § 2041 Satz 1 BGB würde die aufgrund dieses Vertrages entstehende Mietzinsforderung im Wege der Surrogation ebenfalls in den Nachlass fallen (vgl. BGH Urteil vom 6. Mai 1968 - III ZR 63/66 - NJW 1968, 1824).

29 Das Argument, aus dem der Gesamthandsgemeinschaft innewohnenden Prinzip der Gemeinschaftlichkeit folge die Notwendigkeit, einstimmig zu handeln, vermag nicht zu überzeugen. Denn dieser Grundsatz ist bereits durch die Verwaltungsregelung in § 2038 BGB, die u. a. auch Mehrheitsentscheidungen zulässt, mehrfach durchbrochen (BGH Urteil vom 28. April 2006 - LwZR 10/05 - FamRZ 2006, 1026, 1028 [= GuT aaO]). Hinzu kommt, dass selbst Vertreter der überwiegenden Auffassung bei Maßregeln, die gemäß § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BGB zur Erhaltung des Nachlasses notwendig sind, mit guten Gründen jeden Miterben ohne Mitwirkung der anderen für verfügungsberechtigt erachten, obgleich § 2040 Abs. 1 BGB seinem Wortlaut nach (auch) keine Ausnahmen für so genannte Notverfügungen zulässt (vgl. Muscheler ZEV 1997, 222, 231 und Frank aaO Rdn. 19).

30 Schließlich sind die Erben, die sich in der Minderheit befinden, auch ohne ein aus § 2040 Abs. 1 BGB hergeleitetes „Vetorecht“ (so MünchKomm/Heldrich aaO § 2040 Rdn. 1) hinreichend geschützt. Zwar kann die Mehrheit der Erben - folgt man der überwiegenden Auffassung - gegen das Veto des überstimmten Erben ohne ein gerichtliches Verfahren, das auf Abgabe der für die Verfügung erforderlichen Willenserklärung gerichtet ist, über den Nachlassgegenstand nicht wirksam verfügen. In diesem Verfahren kann der überstimmte Erbe überprüfen lassen, ob der Mehrheitsbeschluss den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Verwaltung genügt. Das ändert aber nichts daran, dass Verfügungen, die diesen Anforderungen nicht genügen, ohnehin unwirksam sind und damit eine Rechtsänderung nicht zu begründen vermögen. Dass eine etwa notwendig werdende Rückabwicklung mitunter Schwierigkeiten bereiten kann, muss im Interesse der Verkehrsfähigkeit des Nachlasses hingenommen werden, zumal Schadensersatzansprüche gegen die Mehrheitserben hinreichenden Schutz gewähren (vgl. BGHZ 164, 181, 184; Muscheler ZEV 1997, 222, 231).

31 Der überwiegenden Auffassung, wonach bei Verfügungen, die ordnungsgemäße Verwaltungsmaßnahmen i. S. des § 2038 Abs. 1 BGB darstellen, ausnahmslos § 2040 Abs. 1 BGB als speziellere Norm zur Anwendung gelangen soll, vermag der Senat daher jedenfalls für den vorliegenden Fall der Kündigung nicht zu folgen.

32 bb) Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigung ist freilich, dass es sich bei ihr um eine ordnungsgemäße Verwaltungsmaßnahme handelt. Zur Nachlassverwaltung gehören alle Maßregeln zur Verwahrung, Sicherung, Erhaltung und Vermehrung sowie zur Gewinnung der Nutzung und Bestreitung der laufenden Verbindlichkeiten (BGHZ 164, 181, 184; Palandt/Edenhofer aaO § 2038 Rdn. 3). Die Ordnungsmäßigkeit einer Maßnahme ist aus objektiver Sicht zu beurteilen. Entscheidend ist der Standpunkt eines vernünftig und wirtschaftlich denkenden Beurteilers (BGHZ 6, 76, 81; 164, 181, 188; Palandt/Edenhofer aaO § 2038 Rdn. 6). Gemäß § 2038 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 745 Abs. 3 BGB kann eine wesentliche Veränderung des Gegenstandes, also des gesamten Nachlasses (BGHZ 164, 181, 186), nicht beschlossen werden.

33 Daraus folgt, dass Kündigungen, die dem Interesse des einzelnen Miterben an der Werterhaltung des Nachlasses nicht gerecht werden, mithin zu einer Entwertung des Nachlasses führen, keine ordnungsgemäße Verwaltung darstellen können (vgl. auch Soergel/M. Wolf aaO § 2040 Rdn. 1; Frank aaO; offen gelassen von BGH Urteil vom 28. April 2006 - LwZR 10/05 - FamRZ 2006, 1026, 1027 [= GuT 2006, 142]). Einer gesonderten Heranziehung des diesen Kriterien entsprechenden Schutzzweckes des § 2040 Abs. 1 BGB (so BGH aaO; Ann MittBayNot 2007, 133, 134 f.) bedarf es daher nach Auffas-

sung des Senats nicht. Schließlich darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Minderheitserbe gemäß § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 BGB ohnehin verpflichtet ist, an den Maßregeln mitzuwirken, die zu einer ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich sind.

34 Geschützt ist allerdings nur das Interesse der Erben, eine Entwertung des Nachlasses zu vermeiden (BGH aaO). Darüber hinaus gehende Interessen, wie vorliegend etwa das Interesse des Landesvereins, den Mietvertrag fortzuführen, um die Unterbringung der staatlichen Puppentheatersammlung zu gewährleisten, oder ein etwaiges Interesse, die Räumlichkeiten entsprechend ihrer historischen Bedeutung kulturell für die Öffentlichkeit zugänglich zu nutzen, bleiben außer Betracht. Denn nach §§ 2038, 745 BGB muss der einzelne Miterbe den Entzug der konkreten Nutzungsmöglichkeit hinnehmen, weil die vorgenannten Normen nur die Nutzungsquote, nicht aber die reale Eigennutzung gewährleisten (BGHZ 164, 181, 188).

35 d) Auf die vom Berufungsgericht aufgeworfene und zugleich verneinte Frage, ob eine Mitwirkung des Landesvereins als Miterbe nach § 242 BGB im Hinblick auf eine „optimale Nachlassverwaltung“ entbehrlich gewesen sei, kommt es mithin nicht an. Deshalb kann auch die Frage dahinstehen, ob das Berufungsgericht den Anspruch auf rechtliches Gehör der Kläger verletzt hat, weil es seiner Entscheidung fälschlicherweise zugrunde gelegt hat, dass der Erblasser den Landesverein als Erben eingesetzt habe.

36 3. Gemessen an den vorstehend genannten Anforderungen ist der mit dem Beklagten bestehende Mietvertrag mit Schreiben vom 4. März 2002 von der Erbengemeinschaft wirksam zum 31. Mai 2002 gekündigt worden. Die Kündigung erfolgte durch Mehrheitsbeschluss seitens der Erben und entsprach ordnungsgemäßer Verwaltung.

37 a) Zwar hat das Berufungsgericht das Vorliegen eines Mehrheitsbeschlusses i.S. von § 2038 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 745 Abs. 1 BGB - aus seiner Sicht konsequent - nicht ausdrücklich festgestellt. Gleichwohl kann der Senat gemäß § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst entscheiden. Dass das Berufungsgericht vom Vorliegen eines Mehrheitsbeschlusses ausgegangen ist, lässt sich den Urteilsgründen entnehmen. Nachdem das Landgericht zunächst festgestellt hatte, dass die die Kündigung aussprechende Zeugin R. hierzu von allen drei Miterben bevollmächtigt worden sei, hat das Berufungsgericht ausgeführt, dass alle drei Miterben gemeinschaftlich i.S. von § 2040 Abs. 1 BGB die Kündigung des Mietverhältnisses hätten erklären müssen, eine wirksame Vollmacht hinsichtlich des Landesvereins jedoch gefehlt habe. Nach den weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts waren die übrigen Mitglieder der Erbengemeinschaft Erben zu $\frac{1}{4}$ und zu $\frac{1}{2}$. Damit war Stimmenmehrheit nicht nur nach Köpfen, sondern - was hier gemäß §§ 2038 Abs. 2 Satz 1, 745 Abs. 1 Satz 2 BGB maßgeblich ist - auch nach der durch den Erbfall begründeten Erbteilsgröße gegeben (Muscheler ZEV 1997, 169, 173). Da es zur Beschlussfassung nicht der Einhaltung eines bestimmten Verfahrens bedarf (BGHR BGB § 745 Abs. 1 - Verwaltungsmaßnahme 1), die Beschlussfassung damit auch konkludent erfolgen kann (Muscheler ZEV 1997, 169, 173), lagen hier die Voraussetzungen für einen entsprechenden Mehrheitsbeschluss vor.

38 b) Die Kündigung entsprach ordnungsgemäßer Verwaltung. Zwar hat sich das Berufungsgericht nicht damit befasst, ob die Voraussetzungen der §§ 2038, 745 BGB vorliegen. Andererseits hat es Feststellungen dazu getroffen, was die Beklagte ausweislich des Mietvertrages an Miete zu zahlen hatte, nämlich monatlich 204,13 €. Außerdem hat es im Tatbestand seines Urteils festgestellt, dass der Beklagte ausweislich seines Schreibens vom 5. August 2003 einen monatlichen Mietzins in Höhe von 4078 € angeboten hatte. Aus diesem Schreiben geht zudem hervor, dass der Beklagte diesen Betrag unter Zugrundelegung des örtlichen Mietzinsniveaus ermittelt hatte. Die Kündigung des Mietvertrages gegenüber dem Beklagten stellt sich demnach objektiv als wirtschaftlich vernünftig dar, weil die Ver-

mietung des - unstreitig - 4.900 m² großen Hausgrundstückes (mit 1.090 m² Nutzfläche) für nur 204,13 € monatlich für die Erbengemeinschaft offenkundig unwirtschaftlich war. Hinzu kommt, dass der Beklagte ersichtlich selbst von einem angemessenen Mietzins von monatlich 4078 € ausgegangen ist. Bei einem so offensichtlichen Missverhältnis zwischen angemessener Miete und bezahlter Miete bedarf es keiner weiteren Feststellungen. Damit führt die Kündigung des Mietverhältnisses auch nicht zu einer Entwertung des Nachlasses; vielmehr ermöglicht sie den Abschluss eines neuen Mietverhältnisses zu besseren, den Wert des Nachlasses steigernden Konditionen.

39 4. Da die Kündigung mithin zum 31. Mai 2002 wirksam ausgesprochen worden ist, der Beklagte das Mietobjekt indes erst Anfang 2004 an die Kläger zurückgegeben hat, hat das Landgericht ihnen zu Recht für den hier streitgegenständlichen Zeitraum einen Anspruch auf Nutzungsentschädigung gemäß § 546a Abs. 1 BGB zugesprochen. Die Höhe des Anspruchs bemisst sich nach der ortsüblichen Miete, die nach dem unstreitigen Vortrag der Parteien mit 4078 € monatlich in Ansatz zu bringen ist. Diesem vom Landgericht gewählten Ansatz ist der Beklagte mit seiner Berufung nicht entgegengetreten. Freilich ist hiervon der vom Beklagten in dem fraglichen Zeitraum gezahlte Mietzins in Abzug zu bringen. Soweit den Klägern Nutzungsentschädigung für die Zeit bis zu ihrer Eintragung ins Grundbuch aus abgetretenem Recht zuzuerkennen ist, beruht dies auf den entsprechenden vom Beklagten mit seiner Berufung nicht angegriffenen und vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils.

40 III. Demgemäß war das Berufungsurteil aufzuheben und die Berufung zurückzuweisen. Die im Tenor enthaltene Einschränkung beruht auf dem Umstand, dass die Kläger ihre Klage wegen der von dem Beklagten geleisteten Mietzahlungen in der Berufungsinstanz teilweise zurückgenommen haben.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 67 VVG a. F.
Kfz-Miete; Haftungsbefreiung mit Selbstbeteiligung nach den Grundsätzen einer Vollkaskoversicherung; Quotenvorrecht im Schadensfall

Vereinbart der Mieter eines Kraftfahrzeugs mit dem Vermieter gegen Entgelt eine Haftungsbefreiung mit Selbstbeteiligung, so findet die Rechtsprechung zum Quotenvorrecht entsprechende Anwendung.

(BGH, Urteil vom 25. 11. 2009 – XII ZR 211/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten darüber, ob und in welcher Höhe der Mieter eines Pkw, der eine Haftungsbefreiung mit Selbstbeteiligung vereinbart hat, nach einem Unfall Schadenskosten zu tragen hat, wenn Ansprüche gegen einen Dritten bestehen.

2 Mit Vertrag vom 19. Juni 2006 mietete die Beklagte bei der Klägerin, einem gewerblichen Autovermietungsunternehmen, einen Pkw.

3 § 10 der allgemeinen Vermietbedingungen der Klägerin lautet:

„a) Bei Unfallschäden ... haftet der Mieter für Reparaturkosten ..., sofern er oder der Fahrer den Schaden zu vertreten hat. ...“

b) Wird eine Haftungsbefreiung gegen Zahlung eines zusätzlichen Entgeltes vereinbart, stellt E. den Mieter nach den Grundsätzen einer Vollkaskoversicherung mit nachfolgender Selbstbeteiligung für Schäden am Mietfahrzeug frei. ...“

4 Die Parteien vereinbarten eine Haftungsbefreiung mit Selbstbeteiligung, wobei streitig ist, ob diese 1500 € oder 750 € beträgt. Am 24. Juni 2006 wurde das Mietfahrzeug bei einem Verkehrsunfall beschädigt. Der Schaden am Fahrzeug betrug 4277,56 € (4158,51 € Reparaturkosten, 25 € Nebenkosten so-

wie 94,05 € Gutachterkosten). Die Haftpflichtversicherung des Unfallgegners akzeptierte eine Mithaftung ihrer Versicherungsnehmerin in Höhe von 40% und zahlte an die Klägerin 1711,02 €. Die Klägerin hat von der Beklagten unter Berufung auf deren Pflicht zur Selbstbeteiligung - vorläufig - 900 € nebst Zinsen geltend gemacht. Das Amtsgericht Bottrop hat die Klage abgewiesen. Das Landgericht Essen hat die Beklagte lediglich zur Zahlung von 15 € nebst Zinsen verurteilt und die weitergehende Berufung zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Klägerin mit der vom Landgericht zugelassenen Revision.

5 Aus den Gründen: Die Revision bleibt ohne Erfolg.

6 1. Das Landgericht war der Auffassung die Beklagte sei aufgrund der Vertragsbedingungen dem Grundsatz nach so zu stellen, wie sie bei Abschluss einer Vollkaskoversicherung mit Selbstbeteiligung stünde. Aus Sicht des Kunden ergebe sich aus den Vertragsbedingungen zumindest nicht mit hinreichender Deutlichkeit, dass er sich aufgrund der Doppelrolle der Klägerin als Vermieterin und Kaskoversicherer schlechter stehe als im Falle einer Kaskofremdversicherung. Die Formulierung erwecke eher den Eindruck eines Rechtsverhältnisses, das dem Kunden grundsätzlich dieselben Vorteile gewähren solle wie eine Vollkaskoversicherung.

7 Es gelte deshalb das Quotenvorrecht, das zu den grundsätzlichen Vorteilen der Vollkaskoversicherung zähle und seine Rechtfertigung in der Prämienzahlung des Versicherungsnehmers finde. Wie die Vollkaskoversicherung den Übergang einer Schadensersatzforderung gegen den Dritten nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers geltend machen dürfe, bestehe für die Klägerin daher analog nicht das Recht, den Gesamtschuldnerausgleichsanspruch des Kunden gegen den für den Schaden mitverantwortlichen Dritten zu beschädigen, indem sie den Dritten auf Schadensersatz in Anspruch nehme, ohne dessen Leistung den Kunden gutzuschreiben. Deshalb sei die Klage im Wesentlichen unschlüssig. Die Beklagte stünde nämlich bei Bejahung einer Klageforderung ungünstiger als ein Vollkaskoversicherungsnehmer in vergleichbarer Lage.

8 Als vollkaskoversicherte Kundin erhalte die Beklagte 4252,56 € (4158,51 € Reparaturkosten und 94,05 € Gutachterkosten) abzüglich 1500 € Selbstbeteiligung, somit 2752,56 €. Soweit sie von ihrer Versicherung keinen Ersatz bekäme, also für einen (kongruenten) Schaden von 1500 € sowie für (inkongruente) 25 € Nebenkosten, könnte sie den Unfallgegner in Anspruch nehmen, soweit dessen Haftung für den Gesamtschaden reiche. Bei einer Haftung des Gegners zu 40% und weil 1500 € weniger als 40% des Gesamtschadens betrage, erhalte die Beklagte daher Ersatz in voller Höhe des kongruenten Schadens. Der inkongruente Schaden von 25 € sei ihr allerdings vom Unfallgegner zu 40% erstattet worden.

9 Da die Klägerin an die Stelle der Vollkaskoversicherung trete, müsse sie sich so stellen lassen, wie sie als Vollkaskoversicherer stünde. Als solcher wäre die Klägerin gehindert gewesen, den Unfallgegner selbst auf Schadensersatz in Höhe von 1500 € in Anspruch zu nehmen. Den Vorrang bei der Inanspruchnahme des Gegners habe vielmehr der Versicherungsnehmer.

10 Dass die Klägerin den gemäß §§ 426 Abs. 2, 840 Abs. 1 BGB bestehenden internen Gesamtschuldnerausgleichsanspruch der Beklagten durch Einziehung ihrer Schadensersatzforderung beim Unfallgegner in Höhe von 1500 € zum Erlöschen gebracht habe, sei zwar nicht zu missbilligen, da die Beklagte hiermit einverstanden gewesen sei. Es handele sich aber wirtschaftlich um eine Leistung der Beklagten, die als ihre Leistung an die Klägerin aufzufassen sei, um die grundsätzliche Vergleichbarkeit der Rechtsstellung der Beklagten mit einem Vollkaskoversicherungsnehmer nicht zu stören. Damit stehe der Klägerin kein weiterer Anspruch gegen die Beklagte auf Ersatz des kongruenten Schadens zu. Der Klägerin stehe lediglich ge-

mäß § 10. a ihrer Versicherungsbedingungen eine Verwaltungskostenpauschale von 15 € zu, weil sie insoweit vom Unfallgegner keinen Ersatz erhalten habe.

11 2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung stand.

12 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Urteil vom 17. Dezember 1980 - VIII ZR 316/79 - WPM 1981, 201 m.w.N.; zuletzt Senatsurteil vom 20. Mai 2009 - XII ZR 94/07 - VersR 2009, 1123 ff. [= GuT 2009, 206]) ist der gewerbliche Vermieter von Kraftfahrzeugen, der dem Mieter gegen Zahlung eines Entgelts nach Art einer Versicherungsprämie bei Unfallschäden Haftungsfreistellung verspricht, gehalten, diese Haftungsbefreiung nach dem Leitbild der Kaskoversicherung auszugestalten. Nur dann genügt er seiner aus dem Grundsatz von Treu und Glauben erwachsenden Verpflichtung, schon bei der Festlegung seiner allgemeinen Geschäftsbedingungen die Interessen künftiger Vertragspartner angemessen zu berücksichtigen. Dies gilt umso mehr, wenn sich, wie im Streitfall, der Vermieter verpflichtet, den Mieter „nach den Grundsätzen einer Vollkaskoversicherung“ freizustellen.

13 a) In der Kaskoversicherung ist anerkannt, dass der Versicherungsnehmer bei Vereinbarung einer Selbstbeteiligung den sich daraus ergebenden Nachteil nicht zu tragen hat, wenn er den Schaden nicht oder zumindest nicht allein verursacht hat. Steht ihm ein Anspruch auf Ersatz gegen einen Dritten zu, so geht nach der gesetzlichen Regelung des § 67 Abs. 1 Satz 1 VVG a.F. der Anspruch auf den Versicherer über, soweit dieser dem Versicherungsnehmer den Schaden ersetzt. Nach Satz 2 der Bestimmung kann der Übergang aber nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers geltend gemacht werden. Erhält der Versicherungsnehmer vom Versicherer seinen Schaden zum Teil ersetzt, etwa weil eine Unterversicherung (§ 56 VVG a.F.) besteht oder die Parteien des Versicherungsvertrages eine Selbstbeteiligung des Versicherungsnehmers vereinbart haben, und bleibt der Anspruch gegen den Dritten ebenfalls hinter dem Schaden zurück (§ 254 BGB), dann stellt sich die Frage, wem der Anspruch gegen den Dritten zustehen soll. Nach einer Auffassung geht der Anspruch in Höhe der Zahlung auf den Versicherer über (sog. absolute Theorie; Nachweise bei Prölls/Martin Versicherungsvertragsgesetz 27. Aufl. § 67 a.F. Rdn. 22), nach einer anderen (sog. relative Theorie) ist der Anspruch zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer im Verhältnis ihrer Beteiligung am Schaden zu teilen.

14 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 13, 28; 25, 340; 47, 196) bleibt der Versicherungsnehmer Gläubiger des Ersatzanspruchs (mit der Folge des Befriedigungsrechtes nach Abs. 1 Satz 2) insoweit, als er vom Versicherer nicht entschädigt worden ist; erst nach Deckung des Schadens durch Versicherungsleistung und Ersatzanspruch kommt der Versicherer zum Zuge (sog. Differenztheorie oder Quotenvorrecht des Versicherungsnehmers).

15 b) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, eine uneingeschränkte Übertragung der Rechtsprechung zur Kaskoversicherung sei bei einem Mietvertrag mit Selbstbeteiligung nicht angemessen. Es besteht kein überzeugender Grund, die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Quotenvorrecht des Versicherungsnehmers nicht anzuwenden, wenn die Mietvertragsparteien eine Haftungsbefreiung mit Selbstbeteiligung des Mieters für Schäden am Mietfahrzeug „nach den Grundsätzen einer Vollkaskoversicherung“ vereinbaren.

16 aa) Mit dem Argument, der Mieter habe von vornherein keinen eigenen Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger, insbesondere stehe dem Automieter kein Anspruch auf Wertminderung zu, verkennt die Revision die Rechtsprechung zur Anwendung kaskoversicherungsrechtlicher Grundsätze auf Mietverträge. Es geht nicht darum, ob und gegebenenfalls welche Ansprüche der Mieter im Falle einer Schädigung durch einen Dritten gegen diesen hat. Der Vermieter hat - gegen Zahlung einer besonderen Gebühr - dem Mieter versprochen, ihm die Stellung eines vollkaskoversicherten Eigentümers ein-

zuräumen. Als solcher hätte er das Quotenvorrecht mit der Folge, dass er die Selbstbeteiligung im Umfang des vom Unfallgegner gezahlten Ersatzes nicht tragen müsste.

17 bb) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, im Streitfall stehe die Vereinbarung des Selbstbehalts von 1500 € im Vordergrund und der Mieter müsse von vornherein damit rechnen, dass er in Höhe von 1500 € selbst hafte. Es handelt sich insoweit um keine Besonderheit des Mietvertrages gegenüber dem Kaskoversicherungsvertrag. Auch der Kaskoversicherungsnehmer muss von vornherein damit rechnen, dass er, wenn er eine Selbstbeteiligung vereinbart hat, einen Teil des Schadens selbst tragen muss. Auch er muss keine Selbstbeteiligung übernehmen, tut er es aber, dann weiß er von Anfang an, dass er in Höhe des Selbstbehaltes vom Versicherer nicht entschädigt wird. Gleichwohl steht ihm nach der Rechtsprechung zum Quotenvorrecht ein etwaiger Schadensersatzanspruch gegen einen Dritten bis zur Deckung seines Gesamtschadens (einschließlich des vereinbarten Selbstbehalts) zu. Die rechtliche Situation des Mieters, der gegen Entgelt eine Schadensbefreiung mit Selbstbeteiligung vereinbart, ist nicht anders. Er hat - wie der Kaskoversicherungsnehmer - die Selbstbeteiligung allein zu tragen, wenn kein Anspruch gegen einen Dritten besteht. Besteht aber ein solcher, dann stellt sich wie beim Kaskoversicherungsnehmer mit Selbstbeteiligung die Frage, ob der Ersatzanspruch gegen den Dritten vorrangig dem Mieter oder dem Vermieter zugute kommen soll.

18 cc) Auch die Interessenlage der Mietvertragsparteien, die eine Selbstbeteiligung des Mieters vereinbart haben, verlangt kein Abweichen von den Grundsätzen der Kaskoversicherung.

19 (1) Der Sinn und Zweck des Kaskoversicherungsvertrags liegt in aller Regel darin, dem Versicherungsnehmer einen etwaigen Schaden auf jeden Fall bis zur Höhe der Versicherungssumme ohne Rücksicht auf andere Ersatzansprüche zu ersetzen. Selbst bei alleinigem Verschulden kann der Versicherungsnehmer stets davon ausgehen, dass er seinen Schaden in Höhe der Versicherungssumme - abzüglich einer etwa vereinbarten Selbstbeteiligung - ersetzt erhält. Bestehen anderweitige Ersatzansprüche, bestimmt das Gesetz den Übergang dieser Ansprüche auf den Versicherer, ohne dass dem Versicherungsnehmer ein Nachteil entstehen soll. Mit diesem gemäß § 67 Abs. 1 Satz 2 VVG a.F. eingeschränkten Übergang will das Gesetz sowohl eine Begünstigung des Ersatzpflichtigen, als auch eine Bereicherung des Versicherungsnehmers verhindern. Dem Versicherer, der für seine Leistung bereits ein Entgelt in Gestalt der Versicherungsprämie erhalten hat, soll kein weiterer Gegenwert (in Form des Übergangs von Ersatzforderungen) zukommen, so lange der Versicherungsnehmer noch nicht die volle Deckung für seinen Schaden erlangt hat (BGHZ 13, 28; 25, 340, 346).

20 (2) Dieser vom Gesetz für die Kaskoversicherung vorgegebene Ausgleich der Interessen ist auch für den Mietvertrag mit Selbstbeteiligung sachgerecht. Verursacht der Mieter den Schaden allein und bestehen deshalb keine Ansprüche gegen Dritte, so wird er bis zur Höhe der Selbstbeteiligung auf jeden Fall freigestellt. Bestehen Ansprüche gegen Dritte, weil sie die Beschädigung des Mietobjektes verschuldet oder mitverschuldet haben, stellt sich wie in der Kaskoversicherung die Frage, wem sie zugute kommen sollen. Für eine Entlastung des Dritten besteht, wie in der Kaskoversicherung, von vornherein kein Anlass. Da der Vermieter für die Haftungsfreistellung des Mieters bereits ein Entgelt erhalten hat und davon auszugehen ist, dass dieses wertmäßig der Haftungsfreistellung entspricht, wäre es nicht sachgerecht, ihm die Ansprüche gegen Dritte in vollem Umfang zukommen zu lassen, solange der Mieter nicht voll entschädigt ist. Dies würde zu einer Bereicherung des Vermieters auf Kosten des Mieters führen und wäre genauso wenig interessengerecht wie die Bereicherung des Kaskoversicherers zu Lasten des Versicherungsnehmers, die die Rechtsprechung mit dem Quotenvorrecht für den Kaskoversicherungsnehmer vermeiden will.

21 dd) Auch der Hinweis der Revision, der Versicherungsnehmer müsse im Versicherungsfall einen Rabattverlust hinnehmen bzw. höhere Beiträge an den Versicherer leisten, während der Mieter diesen Nachteil nicht habe, gebietet keine unterschiedliche Handhabung. Der Mieter muss sich - wie der Versicherungsnehmer - die Haftungsfreistellung „erkaufen“. Das Entgelt dafür kann der Vermieter, wie es auch der Kaskoversicherer tun muss, so kalkulieren, dass er, auch wenn etwaige Ansprüche gegen Dritte bis zur Höhe der Selbstbeteiligung dem Mieter zukommen, keinen Schaden erleidet.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 278, 141 ZPO
Güteverhandlung; Pflicht zum persönlichen Erscheinen des geladenen Geschäftsführers

1. Dass der zur Güteverhandlung persönlich geladene Geschäftsführer ein größeres Unternehmen leitet und keine eigene Sachkenntnis hat, rechtfertigt seine Befreiung von der Pflicht zum persönlichen Erscheinen nicht.

2. Die Entsendung eines prozessbevollmächtigten Rechtsanwalts zur Güteverhandlung hindert die Verhängung eines Ordnungsgeldes gegen den ausgebliebenen Geschäftsführer nicht.

(AG Meldorf, Beschluss vom 12. 1. 2010 – 81 C 1305/09)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin macht Schadensersatzansprüche aus einer unerlaubten Handlung des Beklagten geltend. Der Beklagte hat auf die Klage bislang nicht erwidert. Für den heutigen Tag ist Termin zur Güteverhandlung und mündlichen Verhandlung über die Klage anberaumt worden. Gemäß den „§§ 141, 279 ZPO“ ist das persönliche Erscheinen eines Geschäftsführers der Klägerin sowie des Beklagten angeordnet worden. Über die Ordnungsgeldandrohung des § 141 ZPO ist belehrt worden.

Ein Antrag auf Aufhebung der Anordnung des persönlichen Erscheinens eines Geschäftsführers der Klägerin vom 6. 1. 2010 ist mit Beschluss vom gleichen Tag zurückgewiesen worden.

Mit Schreiben vom 11. 1. 2010 beantragt nunmehr der Geschäftsführer der Klägerin, Herr G., persönlich, die Anordnung des persönlichen Erscheinens eines Geschäftsführers der Klägerin aufzuheben. Zur Begründung führt er aus: Die Geschäftsführung könne den Sachverhalt mangels eigener Kenntnis des Falls nicht aufklären. Die Schadenssachbearbeitung sei ausschließlich dem Prozessbevollmächtigten übertragen. Dieser verfüge über alle diesbezüglichen Kenntnisse. Er sei auch zum Vergleichsschluss ohne Widerrufsvorbehalt legitimiert. Bislang sei noch jedes Verfahren ohne die persönliche Anwesenheit eines Geschäftsführers erledigt worden.

Das Amtsgericht hat den Antrag vom 11. 1. 2010, die Geschäftsführer der Klägerin von der Pflicht zum persönlichen Erscheinen im Termin am 12. 1. 2010 zu entbinden, zurückgewiesen.

Aus den Gründen: II. Die Zurückweisung des Antrags beruht auf den §§ 278, 141 ZPO.

Es liegt kein wichtiger Grund vor, dessentwegen eine Wahrnehmung des heutigen Termins den Geschäftsführern der Klägerin nicht zuzumuten wäre (§ 141 Abs. 1 S. 2 ZPO). Alleine die Tatsache, dass die Geschäftsführer ein größeres Unternehmen leiten und entsprechenden Verpflichtungen nachzugehen haben, rechtfertigt ihre Befreiung von der Pflicht zum persönlichen Erscheinen nicht. Unabhängig von ihrer Stellung sind alle Menschen vor dem Gesetz - hier: § 141 ZPO - gleich (Art. 3 GG). Dass die Geschäftsführer im Einzelfall durch vorrangige Verpflichtungen an der Wahrnehmung des heutigen Termins verhindert seien, ist nicht vorgetragen. Es kommt hinzu, dass die Geschäftsführer nach § 141 ZPO die Möglichkeit haben, einen Vertreter zu entsenden, der zur Aufklärung des Tatbe-

standes in der Lage und zur Abgabe der gebotenen Erklärungen, insbesondere zu einem Vergleichsabschluss, ermächtigt ist. Dem Geschäftsführer eines größeren Unternehmens ist es ganz regelmäßig möglich, einen sachkundigen Mitarbeiter des Unternehmens zu bevollmächtigen und an seiner Statt zu entsenden.

Die Anordnung des persönlichen Erscheinens ist auch nicht deshalb aufzuheben, weil ihre Voraussetzungen nicht vorlägen. Zwar liegen die Voraussetzungen des § 141 ZPO nicht vor, wenn die Geschäftsführer der Klägerin tatsächlich zur Aufklärung des Tatbestands nicht in der Lage sein sollten - was indes etwa in Bezug auf die im Verfahren problematisierten Umstände der Vorhaltung von Ersatzfahrzeugen nicht zutreffen dürfte. Die Anordnung des persönlichen Erscheinens beruht jedenfalls maßgeblich auf § 278 Abs. 3 ZPO. Nach dieser Vorschrift soll für die Güteverhandlung das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet werden. Der Regierungsentwurf führt zu der Entwurfsfassung der Vorschrift aus (BT-Drs. 14/4722, 83): „Der eigentlichen streitigen Verhandlung geht grundsätzlich eine Güteverhandlung voraus. Dadurch soll eindringlich an alle Prozessbeteiligten appelliert werden, die in den meisten Streitfällen bestehenden materiellen und immateriellen Vorteile einer Streitbeilegung ohne streitiges Urteil (Zeitgewinn, Rechtsfrieden) in noch stärkerem Umfang als bisher zu nutzen. Der Entwurf schreibt damit konsequent die bereits durch den neuen § 15a EGZPO eingeleitete Linie einer stärkeren Betonung der gütlichen Streitbeilegung (nach dem Motto: „Schlichten ist besser als richten“) fort. [...] Absatz 2 Satz 1 knüpft an den bisherigen § 279 Abs. 2 an; im Interesse der Ermöglichung einer einvernehmlichen Streitbeilegung, hebt er allerdings nunmehr hervor, dass das Gericht das persönliche Erscheinen der Parteien nicht nur anordnen kann, sondern auch soll.“ Der Bericht des Rechtsausschusses führt aus (BT-Drs. 14/6036, 121): „Zu Absatz 3 ist darauf hinzuweisen, dass aufgrund der Soll-Regelung das persönliche Erscheinen der Parteien zur Güteverhandlung regelmäßig anzuordnen ist, die Soll-Bestimmung aber die notwendige Flexibilität in atypischen Fällen gewährleistet.“ § 278 Abs. 3 ZPO kann nicht - auch nicht in Verbindung mit § 141 ZPO - dahin ausgelegt werden, dass die Entsendung eines Prozessbevollmächtigten stets genüge, denn sonst bliebe der Vorschrift kein Anwendungsbereich, was der Gesetzgeber erkennbar nicht gewollt hat. Der Gesetzgeber hat mit der Vorschrift der Erfahrung Rechnung getragen, dass es die gütliche Beilegung von Rechtsstreitigkeiten fördert, wenn neben dem Prozessbevollmächtigten auch die Partei persönlich anwesend ist. Nur auf diese Weise ist gewährleistet, dass sich die Partei unter dem unmittelbaren Eindruck der Verhandlungen mit der Gegenseite und dem Gericht zu einer gütlichen Einigung entschließen kann, zu der sie sonst nicht bereit wäre. Zwar ist auch der Prozessbevollmächtigte im Außenverhältnis zu einem Vergleichsabschluss ermächtigt. Er ist aber erstens im Innenverhältnis an die Weisungen der Partei gebunden. Zweitens erhöht es die Aussichten einer gütlichen Einigung, wenn die persönlich erschienene Partei unter dem Eindruck der Güteverhandlung - gegebenenfalls auch gegen den Rat ihres Prozessbevollmächtigten - einer gütlichen Einigung zustimmen kann. Die Möglichkeit einer Rücksprache des Prozessbevollmächtigten mit seinem Mandanten ersetzt den persönlichen Eindruck der Partei von der Güteverhandlung nicht. Dementsprechend ist es auch im vorliegenden Verfahren sinnvoll, wenn die Klägerin - neben ihrem Prozess-

bevollmächtigten - persönlich in der Güteverhandlung vertreten ist. Für einen atypischen Fall, in dem die persönliche Anwesenheit der Parteien ausnahmsweise von vornherein nichts zur Güteverhandlung beitragen könne, ist hier nichts ersichtlich.

Ob der Prozessbevollmächtigte als instruierter Vertreter im Sinne des § 141 Abs. 3 ZPO anzusehen ist, ist für die vorliegende Entscheidung unerheblich. Die Ankündigung, einen instruierten Vertreter zu entsenden, führt nach § 141 Abs. 3 ZPO nicht zur Aufhebung der Anordnung des persönlichen Erscheinens, sondern hindert nur die Verhängung eines Ordnungsgeldes gegen die nicht erschienene Partei. Unabhängig davon ergibt sich aus dem oben erläuterten Zweck des § 278 ZPO und dem Umstand, dass der Gesetzgeber ein Leerlaufen des § 278 Abs. 3 ZPO nicht gewollt haben kann, dass die bloße Anwesenheit des Prozessbevollmächtigten das persönliche Erscheinen der Partei zur Güteverhandlung nicht ersetzt und infolgedessen ein Ordnungsgeld gegen die ausgebliebene Partei verhängt werden kann. Auf die Anordnung des persönlichen Erscheinens nach § 278 ZPO ist die § 141 ZPO betreffende Rechtsprechung und Literatur nicht ohne Weiteres übertragbar, weil die Anordnung des persönlichen Erscheinens zur Güteverhandlung einen anderen Zweck verfolgt als die Anordnung des persönlichen Erscheinens zur Aufklärung des Sachverhalts (§ 141 ZPO). Dementsprechend erklärt § 278 Abs. 3 S. 2 ZPO die maßgeblichen Vorschriften des § 141 ZPO nur für entsprechend anwendbar, also nur mit Rücksicht auf den unterschiedlichen Zweck der Vorschriften.

§§ 278, 520 ZPO
Berufungsbegründungsfrist während des
Mediationsverfahrens als dem gerichtlichen
Güteverfahren

a) Ein als besondere Ausgestaltung des gerichtlichen Güteverfahrens durchgeführtes Mediationsverfahren hemmt nicht den Lauf der Berufungsbegründungsfrist.

b) Die Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist durch den Mediationsrichter ist unwirksam, wenn sie nach Ablauf der Begründungsfrist erfolgt ist und bis dahin kein Verlängerungsantrag gestellt worden war.

c) Der in einem gerichtlichen Informationsblatt zur Mediation erteilte Hinweis:

„Während des Mediationsverfahrens soll die Berufung nicht begründet werden. Die Frist zur Begründung der Berufung wird auf Antrag entsprechend verlängert.“

erzeugt kein Vertrauen darauf, dass die Berufungsbegründungsfrist während des Mediationsverfahrens nicht läuft.

(BGH, Beschluss vom 12. 2. 2009 – VII ZB 76/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin hat von den Beklagten Zahlung von 42.502,56 € verlangt.

2 Das Landgericht Dresden hat die Beklagten wie Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 28.576,70 € nebst Zinsen zu zahlen.

3 Die Berufung der Beklagten gegen das am 26. März 2007 zugestellte Urteil ist am 16. April 2007 bei dem Berufungsgericht [OLG Dresden] eingegangen. Dieses hat mit Verfügung vom selben Tag auf die Möglichkeit eines Mediationsverfahrens vor dem dafür eigens eingerichteten 15. Zivilsenat hingewiesen. In den hierzu in dem „Informationsblatt zur Mediation“ erteilten Hinweisen heißt es unter anderem:

„Das Mediationsverfahren wird beim Oberlandesgericht D. als Teil des gerichtlichen Verfahrens, und zwar als besondere Ausgestaltung der in § 278 Abs. 2 ZPO vorgesehenen Güteverhandlung betrieben.

...

*Dokumentation,
Analyse, Entwicklung*

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

Während des Mediationsverfahrens soll die Berufung nicht begründet werden. Die Frist zur Begründung der Berufung wird auf Antrag entsprechend verlängert.“

⁴ Bis zur Güteverhandlung im Mediationsverfahren am 31. Mai 2007 haben die Beklagten keinen Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist gestellt. In dieser Sitzung hat der Mediationsrichter im Einverständnis mit der Klägerin die Frist zur Begründung der Berufung für die Beklagten bis zum 29. Juni 2007 verlängert. Mit Schriftsatz vom 28. Juni 2007 haben die Beklagten die Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 6. Juli 2007 beantragt, die von dem Mediationsrichter gewährt wurde. Die Berufung ist am 6. Juli 2007 begründet worden.

⁵ Der 9. Zivilsenat des Berufungsgerichts, an den das Verfahren nach Scheitern der Mediation abgegeben worden ist, hat die Berufung als unzulässig verworfen, weil die Berufungsbegründungsfrist am 29. Mai 2007 abgelaufen gewesen und die Frist daher versäumt sei. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat er abgelehnt.

⁶ Mit der Rechtsbeschwerde begehren die Beklagten die Aufhebung dieser Entscheidung und die Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

⁷ **Aus den Gründen:** II. Die gemäß §§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) Rechtsbeschwerde ist nicht begründet.

⁸ 1. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die Berufungsbegründungsfrist habe, nachdem das Urteil des Landgerichts den Beklagten am 26. März 2007 zugestellt worden sei, mit Ablauf des 29. Mai 2007 (Dienstag nach Pfingsten) geendet. Da bis zu diesem Zeitpunkt weder eine Berufungsbegründungsschrift noch ein Antrag auf Verlängerung der Frist zur Begründung der Berufung eingegangen sei, sei die Berufung mit Ablauf des 29. Mai 2007 unzulässig geworden. Da die Fristversäumnis nicht unverschuldet gewesen sei, sei auch keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

⁹ Eine andere rechtliche Beurteilung sei nicht deshalb geboten, weil die Parteien zunächst ein gerichtliches Mediationsverfahren in Anspruch genommen hätten und der Mediationsrichter die Frist zur Berufungsbegründung mit Zustimmung der Klägerin am 31. Mai 2007 verlängert habe.

¹⁰ 2. Das Berufungsgericht hat die Berufung zu Recht als unzulässig verworfen. Die Berufungsbegründungsfrist ist versäumt worden.

¹¹ a) Die Berufungsbegründungsfrist ist ohne eine wirksame Verlängerung am 29. Mai 2007 abgelaufen. Die Rechtsbeschwerde stellt zwar zur Überprüfung, ob die Begründungsfrist durch das Mediationsverfahren gehemmt worden ist. Sie vermag jedoch keine Grundlage für diese Hemmung zu nennen. Eine solche ist auch nicht ersichtlich. Das Mediationsverfahren ist als besonders ausgestaltetes Güteverfahren gemäß § 278 Abs. 2 ZPO durchgeführt worden. Gemäß § 278 Abs. 5 Satz 3 ZPO gilt § 251 ZPO entsprechend. Die im Einverständnis der Parteien durchgeführte, als Mediationsverfahren ausgestaltete Güteverhandlung hat gemäß § 251 Satz 2 ZPO auf den Lauf der in § 233 ZPO bezeichneten Frist zur Berufungsbegründung keinen Einfluss. Eine Aussetzung des gerichtlichen Verfahrens mit der Wirkung, dass der Lauf der Berufungsbegründungsfrist aufgehört, § 249 Abs. 1 ZPO, hat nicht stattgefunden.

¹² b) Die Berufungsbegründungsfrist ist durch den Mediationsrichter nicht wirksam verlängert worden.

¹³ Die Fristverlängerung war fehlerhaft, weil die Berufungsbegründungsfrist bereits abgelaufen und ein Verlängerungsantrag bis zum Ablauf der Frist nicht gestellt worden war (vgl. BGH, Beschluss vom 17. Dezember 1991 - VI ZB 26/91, BGHZ 116, 377). Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist bei der Prüfung der Frage, ob eine fehlerhafte Fristverlängerung wirksam ist, in erster Linie auf den

allgemeinen Grundsatz der Wirksamkeit verfahrensfehlerhafter gerichtlicher Entscheidungen sowie insbesondere auf den Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes abzustellen. Danach darf die Prozesspartei, der eine beantragte Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist gewährt worden ist, grundsätzlich darauf vertrauen, dass die betreffende richterliche Verfügung wirksam ist. Grenzen ergeben sich allerdings aus dem Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit (BGH, Beschluss vom 18. November 2003 - VIII ZB 37/03, NJW 2004, 1460 m.w.N.). Im Hinblick darauf kann eine Partei ein schützenswertes Vertrauen in die Wirksamkeit einer Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist grundsätzlich nicht bilden, wenn die Verlängerung nach Ablauf der Frist erfolgt und sie bis zu deren Ablauf keinen Antrag gestellt hat. Eine solche Verlängerung ist unwirksam (BGH, Beschluss vom 17. Dezember 1991 - VI ZB 26/91, BGHZ 116, 377). Daran ändert sich nichts, wenn das Gericht die in § 278 Abs. 2 ZPO vorgesehene Güteverhandlung in besonderer Weise als Mediationsverhandlung ausgestaltet.

¹⁴ c) Allein der Umstand, dass eine als Mediationsverfahren ausgestaltete Güteverhandlung stattfindet, begründet kein Vertrauen darauf, dass entgegen den gesetzlichen Regelungen die Berufungsbegründungsfrist nicht abläuft. Auch können die Beklagten keinen Vertrauenstatbestand aus dem vom Gericht überreichten Informationsblatt zur Mediation herleiten. Es kann deshalb dahinstehen, ob ein solches Vertrauen überhaupt dazu verhelfen könnte, die fristverlängernde Verfügung des Mediationsrichters als wirksam anzusehen oder ob es lediglich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begründen könnte.

¹⁵ Zwar legen die im Informationsblatt mitgeteilten Hinweise den Parteien nahe, während des Mediationsverfahrens die Berufung nicht zu begründen. Jedoch findet sich in dem unmittelbar anschließenden Satz der Hinweis, dass die Frist zur Begründung der Berufung auf Antrag entsprechend verlängert wird. Dieser Satz macht deutlich, dass es bei der gesetzlichen Regelung des § 520 Abs. 2 ZPO verbleibt, mit der Folge, dass ein Antrag auf Verlängerung der Frist zur Berufungsbegründung zu stellen ist, um einen Ablauf der Frist während des Mediationsverfahrens zu verhindern.

¹⁶ 3. Die Entscheidung des Berufungsgerichts zur Versagung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nicht zu beanstanden, da eine unverschuldete Fristversäumnis seitens der Beklagten nicht vorliegt. Die Prozessbevollmächtigten der Beklagten mussten bedenken, dass die Berufungsbegründung innerhalb der Frist des § 520 Abs. 2 ZPO einzureichen war. Die gerichtlichen Hinweise zum Mediationsverfahren sind hinreichend klar formuliert, so dass diesen zu entnehmen ist, dass ein Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist rechtzeitig zu stellen ist.

¹⁷ 4. Die Annahme der Beklagten im Rechtsbeschwerdeverfahren, der Mediationsrichter habe den Beklagten im Güteverfahren auf den von ihnen vermutlich gestellten Verlängerungsantrag eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt, entbehrt jeder Grundlage. Eine solche Entscheidung ist nicht erkennbar. Es gibt auch keine Vermutung für eine solche Entscheidung von Amts wegen aufgrund des Umstandes, dass die Beklagten - wovon auszugehen ist - im Mediationstermin einen Verlängerungsantrag gestellt haben. Dieser stellte entgegen der von der Rechtsbeschwerde vertretenen Auffassung nicht die Nachholung der versäumten Prozesshandlung dar (BGH, Beschluss vom 4. Oktober 1994 - VI ZB 17/93, NJW 1995, 60 m.w.N.). Es kann nicht angenommen werden, dass der Mediationsrichter Wiedereinsetzung in den vorigen Stand allein aufgrund des Verlängerungsantrags gewähren wollte, obwohl die Berufungsbegründung innerhalb der Antragsfrist hätte nachgeholt werden müssen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Zur gerichtlichen Mediation vgl. BT-Drs. 16/13541; zur gerichtsnahen Mediation vgl. BT-Drs. 16/9926 (Übersendung der pdfs kann bei der Redaktion GuT info@prewest.de für eine Übergangszeit nachgefragt werden).

Teileigentum

**§ 839 BGB; §§ 4, 5, 6, 52 BImSchG; §§ 7, 8, 11 AbfG
Gewerbegrundstück; Überlassung aufgrund
Erbbaurechtsvertrags; Betriebsanlagen des Nutzers auf
dem Grundstück; immissionsschutzrechtliche
Genehmigung mit Schutzwirkung zugunsten des
Grundstückseigentümers; Amtspflicht zugunsten Dritter**

Die Amtspflichten, die den für die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen (bis 30. April 1993: abfallrechtlichen) Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Abfallentsorgungsanlage und für die Überwachung einer solchen Anlage zuständigen Behörden obliegen, können auch zugunsten des Eigentümers des Betriebsgrundstücks als einem geschützten „Dritten“ bestehen.

(BGH, Versäumnisurteil vom 15. 10. 2009 – III ZR 8/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die klagende Stadt ist Eigentümerin des Gewerbegrundstücks. Aufgrund eines Erbbaurechtsvertrags vom 6. Juli 1977 überließ sie dieses Grundstück für die Zeit bis zum 13. Oktober 2002 der R. Ö. und Handelsgesellschaft mbH (im Folgenden: R. GmbH) und seit Juli 1986 - ohne förmliche Übertragung des Erbbaurechts - deren Muttergesellschaft, der E. Entsorgung U. und R. GmbH (im Folgenden: E. GmbH) zur Errichtung einer Ölaufbereitungsanlage. Diese Anlage wurde, nachdem bereits am 2. Mai 1976 von der Klägerin die Genehmigung zum Bau einer Ölaufbereitungsanlage mit Werk- und Lagerhalle sowie Lagertanks erteilt worden war, im Jahr 1978 in Betrieb genommen.

2 Durch Plangenehmigungsbescheid vom 30. Juni 1988 erteilte der Regierungspräsident D. der E. GmbH, die in das Verwaltungsverfahren eingetreten war, die für die Errichtung einer zusätzlichen Ölschlamm- und Abfallaufbereitungsanlage erforderliche abfallrechtliche Genehmigung. Darin waren verschiedene Auflagen enthalten sowie die Leistung einer Sicherheit in Höhe von 200.000 DM nach § 8 Abs. 2 des damals geltenden Abfallgesetzes vorgesehen. Unter dem 29. Januar 1992 änderte der Regierungspräsident D. die in dieser Genehmigung enthaltenen Auflagen, die aufgrund eines Widerspruchs der E. GmbH durch Bescheid vom August 1992 weiter modifiziert wurden.

3 Am 28. November 1996 erhielt die E. GmbH von der Bezirksregierung D. eine immissionsschutzrechtliche „Änderungsgenehmigung für die wesentliche Änderung der Ölschlamm- und Abfallaufbereitungsanlage - Errichtung und Betrieb einer Waschanlage für kontaminierte Böden“. In Abänderung der bisherigen Auflagen entfiel eine Begrenzung der Lagermengen; lediglich die Kapazität aller Anlagenbereiche wurde beschränkt. Zusätzlich wurden bauliche Änderungen der Anlage aufgegeben. In der Folgezeit wurde die Waschanlage in Betrieb genommen, obwohl die Auflagen aus diesem Genehmigungsbescheid (Abdichtungsmaßnahmen und Überdachung) nicht erfüllt waren und eine Schlussabnahme nicht stattgefunden hatte. Im April 1997 fand eine Begehung des Geländes durch das staatliche Umweltamt K. statt. In einem darüber gefertigten Vermerk wurde festgehalten, dass - in Absprache mit der Bezirksregierung D. - die E. GmbH die Nebenbestimmungen und Auflagen aus dem Bescheid vom 28. November 1996 in den folgenden zwei Jahren umsetzen sollte. Im August 1998 zeigte der Kreis K. der Bezirksregierung D. an, dass auf dem Gelände mehrere tausend Kubikmeter Erdreich auf zum Teil unbefestigten Grund lagerten. Eine vom staatlichen Umweltamt vorgenommene Ortsbesichtigung im Oktober 1998 ergab, dass der Zustand der Anlage seit der Ortsbesichtigung vom April 1997 unverändert geblieben war. Das staatliche Umweltamt kam dabei zu dem Schluss, dass eine Umsetzung der aufgegebenen Maßnahmen aufgrund der angespannten finanziellen Lage der Betreiberin nicht möglich sei.

4 Zwischenzeitlich, im Dezember 1996, hatte die Bezirksregierung D. auf entsprechenden Antrag der E. GmbH die erbrachte Sicherheitsleistung in Höhe von 200.000 DM zurückgegeben.

5 Im Juni/Juli 1999 beantragten die R. GmbH und die E. GmbH jeweils die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und stellten den Betrieb der Anlagen ein. Auf dem Gelände verblieben erhebliche Mengen an Abfall- und Feststoffen, im Wesentlichen behandelte und unbehandelte Böden sowie Ölschlämme und Öle. Die Klägerin entsorgte diese Altlasten, nachdem ihr dies auf Weisung des beklagten Landes durch Ordnungsverfügungen des Kreises K. aufgegeben worden war. In dem hiergegen von der Klägerin angestrebten verwaltungsgerichtlichen Verfahren kam es zu einer Vereinbarung mit dem Kreis, wonach sich dieser mit einem Betrag von 165.000 € an den Sanierungskosten beteiligte.

6 Nunmehr macht die Klägerin die von ihr für die vorgenommene Entsorgung weiter aufgewendeten Kosten einschließlich derjenigen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens sowie den durch die vorübergehende Unverkäuflichkeit ihres Grundstücks nach ihrer Behauptung entstandenen Schaden gegen das beklagte Land geltend; sie stützt ihre Ansprüche auf von ihr angenommene Amtspflichtverletzungen hauptsächlich im Rahmen des Plangenehmigungsverfahrens im Jahr 1988 und im Zusammenhang mit der Änderungsgenehmigung vom 28. November 1996 sowie bei der Überwachung der betriebenen Anlagen, vor allem hinsichtlich der Einhaltung der erteilten Auflagen und Beschränkungen.

7 Das Landgericht Kleve hat die Klage durch Grund- und Teilverurteilung überwiegend für gerechtfertigt angesehen, während das Berufungsgericht [OLG Düsseldorf] sie unter Zurückweisung der Anschlussberufung der Klägerin insgesamt abgewiesen hat. Mit der im Berufungsurteil zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge auf Zurückweisung der Berufung und Verurteilung des beklagten Landes im gesamten Umfang ihres Klagebegehrens weiter.

8 **Aus den Gründen:** Die zulässige Revision ist begründet, sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz. Über das Rechtsmittel ist antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu befinden. Die Entscheidung beruht jedoch inhaltlich nicht auf der Säumnis des Revisionsbeklagten, sondern auf einer Sachprüfung (vgl. BGHZ 37, 79, 81 ff).

9 A. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Klage könne schon deshalb keinen Erfolg haben, weil die von der Klägerin als verletzt angesehenen Amtspflichten nicht bezweckten, entweder ihr Grundeigentum vor Wertminderungen durch Abfälle zu schützen oder zu verhindern, dass sie künftig als Zustandsstörerin für die Beseitigung etwaiger abfallrechtlicher oder immissionsschutzrechtlicher Versäumnisse der R. GmbH und der E. GmbH ordnungsrechtlich in Anspruch genommen werde. Hinsichtlich des Bescheids vom 30. Juni 1988 belege bereits die gesetzliche Ausgestaltung des Genehmigungsverfahrens nach dem Abfallgesetz, dass ausschließlich Belange des Gemeinwohls geschützt seien. Im Übrigen könne die Klägerin aus den von ihr herangezogenen Vorschriften dieses Gesetzes, insbesondere aus § 8 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 AbfG in der damals geltenden Fassung, schon deshalb nichts zu ihren Gunsten herleiten, weil sie der Erteilung der Genehmigung nicht widersprochen, sondern durch Abschluss des Erbbaurechtsvertrages sogar dem Betrieb der Abfallentsorgungsanlage auf ihrem Grundstück konkludent zugestimmt habe.

10 Auch die für die Änderungsgenehmigung vom 28. November 1996 maßgeblichen Vorschriften des Bundesimmissionsschutzgesetzes dienten lediglich dem Schutz und den Inter-

essen der Allgemeinheit und der Nachbarschaft; das Betriebsgrundstück selbst sei als Teil der dort betriebenen Anlage anzusehen und der Zweck des Gesetzes bestehe nicht darin, dieses im Interesse seines Eigentümers, der den Betrieb der Anlage dort ermöglicht habe, vor den davon ausgehenden Gefahren zu schützen.

11 Aus einer nicht hinreichenden Kontrolle und Überwachung der in den jeweiligen Bescheiden enthaltenen Auflagen und Einschränkungen für den Betrieb der Anlage könne die Klägerin ebenfalls keine sie schützenden Amtspflichten herleiten. Die darauf bezogenen Vorschriften dienten lediglich allgemein der Prävention von schädlichen Umwelteinflüssen. Da Eigentümerinteressen danach nicht zu schützen seien, könne die Klägerin aus der amtspflichtwidrigen Duldung des Betriebs der Bodenwaschanlage vor Erfüllung der im Bescheid vom 28. November 1996 enthaltenen Auflagen ebenso wenig Ansprüche herleiten wie aus der Rückgabe der ursprünglich angeordneten Sicherheitsleistung. Letztlich ergäben sich aus dem Umstand, dass für die Beseitigung der von der Anlage ausgehenden Umweltgefahr auch der Grundstückseigentümer herangezogen werden könne, keine die Klägerin schützenden Amtspflichten.

12 B. Diese Ausführungen halten im Wesentlichen einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

13 I. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lässt sich der geltend gemachte Schadenersatzanspruch wegen Verletzung von Amtspflichten durch die zuständigen Behörden nicht mit der Begründung verneinen, die Amtspflichten, die die Behörden des beklagten Landes im Zusammenhang mit der Genehmigung und der Überwachung der streitgegenständlichen Abfallentsorgungsanlage verletzt haben sollen, hätten nicht (auch) den Schutz der Klägerin bezweckt, auf deren Grundstück die R. GmbH und später die E. GmbH die Anlage betrieben hatten.

14 1. Im Ansatzpunkt geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, dass Amtshaftungsansprüche nach § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V.m. Art. 34 GG die Verletzung einer gerade einem Dritten gegenüber bestehenden Amtspflicht voraussetzen. Die Frage nach der Einbeziehung des Geschädigten in den Kreis der Dritten beantwortet sich im Einzelfall danach, ob die verletzte Amtspflicht wenn auch nicht notwendig allein, so doch auch den Zweck hat, das Interesse gerade dieses Geschädigten zu schützen (st. Senatsrechtsprechung, vgl. BGHZ 39, 358, 362 f; 106, 323, 331 [= WuM 1989, 281]; 137, 11, 15; 140, 380, 382; 162, 49, 55). Dabei genügt nicht, dass sich die Verletzung der Amtspflicht für den Geschädigten nachteilig auswirkt, sondern es muss sich aus den die Amtspflicht begründenden und sie umreißen Bestimmungen sowie aus der Natur des Amtsgeschäfts ergeben, dass der Geschädigte zu dem Personenkreis gehört, dessen Belange nach dem Zweck und der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäfts geschützt und gefördert werden sollen; darüber hinaus kommt es darauf an, ob in qualifizierter und zugleich individualisierbarer Weise auf schutzwürdige Interessen eines erkennbar abgegrenzten Kreises Dritter Rücksicht zu nehmen ist (vgl. Senat BGHZ 92, 34, 52; 106, 323, 332 [= WuM aaO]; 108, 224, 227; 146, 365, 368; Staudinger/Wurm, BGB, 2007, § 839 Rn. 169, 170). Dabei kann auch eine juristische Person des öffentlichen Rechts Dritter sein, wenn sie durch das Amtsgeschäft wie ein Staatsbürger im Verhältnis zur handelnden Behörde betroffen ist (BGHZ 153, 198, 201).

15 Ausgehend von diesen Grundsätzen lässt sich aus den Vorschriften des Bundes-Immissionsschutzgesetzes, das seit dem 1. Mai 1993, dem Tag des Inkrafttretens des Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetzes (IWG) vom 22. April 1993 (BGBl. I S. 466), auch auf Abfallentsorgungsanlagen anwendbar ist, entnehmen, dass den für die Erteilung von Genehmigungen für die Errichtung von Abfallentsorgungsanlagen und die Überwachung derartiger Anlagen zuständigen Behörden Amtspflichten auch gegenüber den Eigentümern der Betriebsgrundstücke obliegen können. Gleiches galt für die bis da-

hin einschlägigen Bestimmungen des Abfallgesetzes (AbfG) vom 27. August 1986 (BGBl. I, S. 1410, 1501), dessen Anwendungsbereich sich ab dem 1. Mai 1993 - ebenso wie der des derzeit geltenden, an die Stelle des Abfallgesetzes getretenen Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes (KrW-/AbfG) vom 27. September 1994 (BGBl. I S. 2705) - auf (Abfall-)Deponien beschränkte (siehe § 7 Abs. 1 und 2 AbfG i.d.F. von Art. 6 Nr. 1 IWG sowie § 31 Abs. 1 und 2 KrW-/AbfG).

16 a) aa) Die Errichtung und die wesentliche Änderung - hier: vorgenommen aufgrund der immissionsschutzrechtlichen Änderungs-genehmigung vom 28. November 1996 - einer Abfallentsorgungsanlage bedürfen nach § 4 Abs. 1 Satz 1 und § 16 Abs. 1 Satz 1 BImSchG der Genehmigung. Nach § 6 Nr. 1 BImSchG ist die Genehmigung - gegebenenfalls mit Nebenbestimmungen nach § 12 BImSchG - zu erteilen, wenn unter anderem sichergestellt ist, dass die sich aus § 5 BImSchG ergebenden Pflichten erfüllt werden. Nach § 5 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 BImSchG sind genehmigungsbedürftige Anlagen so zu errichten und zu betreiben, dass - auch nach einer Betriebseinstellung - schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belastungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft nicht hervorgerufen werden können. Die sich nach Maßgabe dieser Vorschriften für die Genehmigungsbehörde ergebenden Amtspflichten dienen auch dem Schutz der Nachbarschaft (vgl. BVerwGE 119, 329, 332; Jarass, BImSchG, 7. Aufl. 2007, § 5 Rn. 120, 125 m.w.N.). Dafür sprechen die ausdrückliche Erwähnung des Nachbarn sowie der Charakter der Vorschrift als Abwehrpflicht; für alle die Pflicht des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG konkretisierenden Vorschriften gilt Entsprechendes (Jarass, aaO, Rn. 120).

17 bb) Nachbarschaft im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes kennzeichnet im Gegensatz zur Allgemeinheit ein qualifiziertes Betroffensein, das sich deutlich abhebt von den Auswirkungen, die den Einzelnen als Teil der Allgemeinheit treffen können. Sie setzt ein besonderes Verhältnis zur Anlage im Sinne einer engeren räumlichen und zeitlichen Beziehung voraus. Eine solche Beziehung kann vermittelt werden durch Rechte an einer Sache oder einer Sachgesamtheit, die derart im Einwirkungsbereich der Anlage belegen sind, dass sie in einer von § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG missbilligten Weise betroffen sein können (vgl. BVerwG NJW 1983, 1507, 1508). Zu den Nachbarn zählen danach insbesondere die Eigentümer und Bewohner der im Einwirkungsbereich belegenen - benachbarten - Grundstücke (vgl. BVerwG aaO; Jarass, aaO, § 3 Rn. 33, 35; BeckOK/Schulte, BImSchG <Stand 1. April 2009>, § 3 Rn. 63; Kloepfer, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 8 Rn. 27-30; Kunig, in: GS Martens 1987, S. 599 f). Auch wenn der Begriff der Nachbarschaft, soweit es um das Grundstückseigentum geht, vor allem die Eigentümer der neben der Anlage befindlichen Grundstücke im Blick hat, so ist es doch gerechtfertigt, auch den Eigentümer des Grundstücks, auf dem die Anlage betrieben wird, in den Genuss des immissionsschutzrechtlichen Nachbarnschutzes kommen zu lassen. Entscheidend für ein derart weites Nachbarverständnis spricht vor allem der Umstand, dass gerade das Grundstück, auf dem sich die genehmigungsbedürftige Anlage befindet, den mit dem Betrieb der Anlage verbundenen Einwirkungsgefahren in ganz besonderer Weise ausgesetzt ist. Gründe, dem Eigentümer diesen Schutz zu versagen, bestehen demgegenüber nicht.

18 (1) Soweit das Berufungsgericht einen Schutz des Eigentümers verneint, weil das Betriebsgrundstück bei wertender Betrachtung selbst Teil der Abfallentsorgungsanlage sei und das Grundstückseigentum kein abgrenzbares Rechtsgut darstelle, lässt sich diese These weder aus dem Wortlaut des Gesetzes ableiten noch entspricht eine derartige Gleichsetzung des Eigentümers mit dem Anlagenbetreiber den gesetzlichen Schutzziele und dem sich daraus ergebenden weiten Nachbarbegriff. Der Eigentümer des Grundstücks ist nicht notwendig auch der Eigentümer oder der Betreiber der Anlage (vgl. Jarass, aaO, § 3, Rn. 81, 83; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. I, <Stand Mai 2003>, § 5, Rn. 28). Davon geht auch § 52 Abs. 2

Satz 1 BImSchG aus, in dem Eigentümer und Betreiber von Anlagen und Eigentümer und Besitzer der Betriebsgrundstücke ausdrücklich nebeneinander genannt werden. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ergibt sich auch aus § 3 Abs. 5 Nr. 3 BImSchG keine andere Beurteilung. Danach können zwar auch Grundstücke selbst als Anlagen gelten. Dies ist nach Sinn und Zweck dieser Vorschrift aber nicht dahin zu verstehen, dass das Betriebsgrundstück unabhängig von der Stellung der Berechtigten daran stets als untrennbarer Teil der (eigentlichen) Anlage anzusehen ist. Vielmehr wird darin lediglich geregelt, unter welchen Voraussetzungen auch ein Grundstück allein eine Anlage darstellen kann. Darum geht es jedoch hier nicht.

19 Für ein weites Verständnis des Begriffs der Nachbarschaft unter Einschluss des Betriebsgrundstücks selbst spricht auch die Gesetzesbegründung. Danach ist unter Nachbarschaft der gesamte Einwirkungsbereich der Anlage ohne Begrenzung auf bestimmte Personen zu verstehen (vgl. BT-Drucks. 7/179, S. 29). Dementsprechend sind sowohl die Bewohner einer Mietwohnung auf dem Betriebsgrundstück (Jarass, aaO, § 3 Rn. 35) als auch die in dem Anlagenbetrieb beschäftigten Arbeitnehmer als Nachbarn im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes anzusehen (so die ganz h.M., vgl. Kutscheidt, in: Landmann/Rohmer, aaO, <Stand März 1999>, § 3 BImSchG, Rn. 6 d; Jarass aaO, § 3 Rn. 37 m.w.N.; Beck-OK/Schulte, aaO, § 3 Rn. 67; a.A. wegen Spezialität des Arbeitsschutzrechts Halmschlag, in: Schmatz/Nöthlichs, Immissionsschutz <Stand März 2009>, § 3 Anm. 7).

20 (2) Gegen die Einbeziehung des Grundstückseigentümers in den Kreis der geschützten Nachbarn lässt sich auch nicht anführen, dieser habe sich - im Unterschied zu anderen Nachbarn - durch die Bestellung eines Erbbaurechts oder durch den Abschluss eines Pachtvertrags „freiwillig“ den mit dem Anlagenbetrieb einhergehenden Umwelteinwirkungen ausgesetzt und könne zudem durch entsprechende Vertragsgestaltung die Wahrung seiner Eigentümerbelange sicherstellen. Auch der Eigentümer des Betriebsgrundstücks ist im Regelfalle mangels eigener Sachkunde darauf angewiesen, dass die zuständigen Behörden die Voraussetzungen der zu erteilenden Genehmigung sorgfältig prüfen und eine Genehmigung nur erfolgt, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Er muss sich darauf verlassen können, dass nur genehmigungsfähige Anlagen errichtet und betrieben werden, er also mit der Überlassung seines Grundstücks an den Anlagenbetreiber keine unkalkulierbaren und unvermeidbaren Risiken eingeht.

21 Die Richtigkeit dieser Überlegung wird dadurch bestätigt, dass auch der Eigentümer des Betriebsgrundstücks befugt ist, die Erteilung einer Anlagengenehmigung, etwa wegen unzureichender Sicherheitsvorkehrungen gegen Bodenverunreinigungen, anzufechten. Dabei ist die Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO, mit der die Drittgerichtetheit im Sinne des Amtshaftungsrechts einhergeht (vgl. nur Senatsurteil BGHZ 125, 258, 268), selbst dann nicht zu verneinen, wenn der die Genehmigung anfechtende Eigentümer auch privatrechtlich (etwa durch Geltendmachung von vertraglichen Unterlassungsansprüchen, eines Heimfallanspruchs nach § 2 Nr. 4 ErbbauRG oder durch Vertragskündigung etc.) gegen den Adressaten der Genehmigung vorgehen könnte. Dem Schutzbegehren könnte - was hier nicht vertieft zu werden braucht - allenfalls dann der Erfolg zu versagen sein, wenn der Eigentümer den gegenüber der Behörde beanstandeten Zustand vertraglich ausdrücklich erlaubt hat (vgl. Kutscheidt, in: Landmann/Rohmer, aaO, <Stand März 1999>, § 3 Rn. 15 g; siehe auch Buchholz, BVerwG 406.19 „Nachbarschutz“ Nr. 139).

22 Nach dem Gesagten kann mithin auch der Eigentümer des Anlagengrundstücks in Bezug auf Amtspflichtverletzungen bei Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Anlagengenehmigung geschützter Dritter sein. Dies gilt jedenfalls dann, wenn - wie hier - Grundstückseigentümer und Anlagenbetreiber völlig personenverschieden sind. Der Frage, ob und inwieweit dieser Grundsatz überhaupt noch oder nur mit Einschränkungen zu gelten hat, wenn zwar formal keine Personenidentität vorliegt,

aber Eigentümer und Betreiber miteinander rechtlich oder wirtschaftlich verflochten sind (etwa: Eigentümer und Betreiber sind zwar selbständige Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die Gesellschafter sind aber jeweils dieselben natürlichen Personen), braucht vorliegend nicht weiter nachgegangen zu werden.

23 b) aa) Dass auch im Rahmen der Genehmigung einer Abfallbeseitigungsanlage auf der Grundlage des Abfallgesetzes vom 27. August 1986 - hier: Plangenehmigungsbescheid vom 30. Juni 1988 nebst nachfolgenden Änderungen - den zuständigen Behörden drittgerichtete Amtspflichten oblagen, ergab sich aus § 8 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 AbfG. In dieser Vorschrift war bestimmt, dass die Genehmigung einer Abfallentsorgungsanlage zu versagen ist, wenn nachteilige Wirkungen auf das Recht eines anderen zu erwarten sind, die durch Auflagen und Bedingungen weder verhütet noch ausgeglichen werden können, und der Betroffene widerspricht. Diese Norm hat zweifelsfrei drittschützenden Charakter, wobei die Annahme nahe liegt, dass es in erster Linie die Nachbarn sind, bei denen derartige Wirkungen auf ihre Rechte zu besorgen sind (siehe Schwermer, in: Kunig/Schwermer/Versteil, AbfG, 2. Aufl. 1992, § 8 Rn. 53, 54 m.w.N.). Dabei ist der Umstand, dass die Erhebung des Widerspruchs Voraussetzung für die Genehmigungsversagung nach § 8 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 AbfG ist, maßgeblicher Anknüpfungspunkt dafür, dass die im Genehmigungsverfahren zu beachtenden Amtspflichten nicht nur im Interesse der Allgemeinheit bestehen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Vorschrift jedoch nicht so zu verstehen, dass nur diejenigen Personen aus der Verletzung „an sich drittgerichteter“ Amtspflichtverletzungen Rechte herleiten können, die tatsächlich Widerspruch erhoben haben. Gegen ein derart enges Normverständnis spricht schon der Umstand, dass das Unterlassen oder die Versäumung von Einwendungen - mit Ausnahme solcher, deren Abwägungserheblichkeit sich der entscheidenden Behörde nicht aufdrängen musste - keine materielle Präklusion nach sich zog und auch nicht dazu führte, dass Abwehransprüche in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht mehr geltend gemacht werden konnten (vgl. Schwermer, aaO, § 7 Rn. 32 und § 8 Rn. 57).

24 bb) Was die Einbeziehung (auch) des Eigentümers des Anlagengrundstücks in den Schutzbereich der Amtspflichten angeht, ist freilich zu beachten, dass § 8 Abs. 4 AbfG bestimmte: „Absatz 3 Satz 2 Nr. 3 gilt nicht, wenn das Vorhaben dem Wohl der Allgemeinheit dient. Wird in diesem Fall die Planfeststellung erteilt, ist der Betroffene für den dadurch eintretenden Vermögensnachteil in Geld zu entschädigen.“ Diese Bestimmung sollte sicherstellen, dass der planbetroffene Eigentümer zum Ausgleich der ihm auferlegten Duldungspflicht eine angemessene Entschädigung in Geld erhält (vgl. BVerwG NVwZ 1990, 969, 971). Um eine derartige Geldentschädigung zum Ausgleich für hinzunehmende Nachteile geht es jedoch hier nicht, sondern ausschließlich darum, ob bei der Genehmigungserteilung den Umweltstandards Genüge getan wurde.

25 c) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts können den zuständigen Behörden auch im Rahmen der Überwachung der genehmigten Anlagen und der Durchsetzung von Auflagen drittschützende Amtspflichten obliegen.

26 Allerdings sind die vorliegend maßgeblichen Bestimmungen, § 52 Abs. 1 Satz 1 BImSchG und § 11 Abs. 1 AbfG, als Generalklausel derart weit formuliert, dass sie weder den geschützten Personenkreis noch das geschützte private Interesse ausreichend erkennen lassen; deshalb hat der Bürger grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass die Überwachung genehmigter Anlagen in bestimmter Art und Weise vorgenommen wird (vgl. Jarass, aaO, § 52 Rn. 16; Spindler, in: Feldhaus, Bundesimmissionsschutzrecht <Stand März 2001>, § 52 Rn. 125). Jedoch können sich die im Allgemeinen nur im öffentlichen Interesse bestehenden Amtspflichten dann zu drittschützenden Amtspflichten verdichten, wenn der begründete Verdacht besteht oder sogar feststeht, dass die Voraussetzungen einer auch dem Schutz der Nachbarn dienenden Anordnung oder sonsti-

gen Maßnahme erfüllt sind (vgl. Jarass, aaO, § 52 Rn. 17 und § 26 Rn. 12; Dederer, in: Kotulla, BImSchG ‹Stand August 2008›, § 52 Rn. 166; Lechelt, in: GK-BImSchG, ‹Stand August 2006›, § 52 Rn. 303; BeckOK/Schwertner, BImSchG, ‹Stand 1. April 2009›, § 52 Rn. 36; Kunig, in: GS Martens, S. 607). Eine drittbeschützende Wirkung der gesetzlich vorgesehenen Überwachungsmaßnahmen ist danach typischerweise dann anzunehmen, wenn für einen Nachbarn begründeter Anlass besteht, sich gegen beeinträchtigende Immissionen zu wehren. In diesem Falle kann er, wenn er sich mit seinem Anliegen an die Behörde wendet, verlangen, dass diese ermessensfehlerfrei darüber befindet, ob und welche konkreten Aufsichtsmaßnahmen zu ergreifen sind. Darüber hinaus kann ein Drittschutz auch dann angenommen werden, wenn die Behörde selbst, etwa anlässlich einer „Routinekontrolle“, von einem derartigen Sachverhalt Kenntnis erlangt. Auch dann hat der Nachbar Anspruch auf ein entsprechendes Tätigwerden.

27 2. Nach dem zuvor Gesagten hätte das Berufungsgericht aufgrund des revisionsrechtlich zu unterstellenden Sachverhalts die Klägerin als geschützte Dritte ansehen müssen. Dabei ist es, da es vorliegend allein um Beeinträchtigungen des Grundeigentums geht, insbesondere ohne Belang, dass es sich bei der klagenden Eigentümerin nicht um eine Person des privaten Rechts, sondern um eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft (Gemeinde) handelt (vgl. BVerwGE 123, 247, 261; 90, 96, 101 f; BVerwG NuR 1993, 77, 79).

28 a) Bezüglich des auf der Grundlage von § 8 AbfG erteilten abfallrechtlichen Plangenehmigungsbescheids vom 30. Juni 1988, mit dem der E. GmbH auch die Trennung von Ölschlammern aus Öltrennanlagen, aus Tankreinigung und Ölabscheidern gestattet wurde, erhebt die Klägerin den Vorwurf, die genehmigte Anlage sei dazu nicht geeignet gewesen und es sei auch kein Sachverständigengutachten über ihre Tauglichkeit eingeholt worden; sie hätte deshalb nicht genehmigt werden dürfen. Damit beruft sie sich auf Amtspflichten im Zusammenhang mit der Genehmigungserteilung, die auch und gerade dem Interesse des Grundeigentümers dienen. Dass die Klägerin der Erteilung der Genehmigung, mit der sie „im Grundsatz“ einverstanden war, nicht widersprochen hatte (vgl. § 8 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 AbfG), ist dabei, wie bereits ausgeführt, unschädlich.

29 b) Nichts anderes gilt hinsichtlich des Drittschutzes für die immissionsschutzrechtliche Änderungsgenehmigung vom 28. Juni 1996. Insoweit macht die Klägerin geltend, nach der Betriebsbeschreibung der Bodenwaschanlage seien die vier Öltanks T I bis T IV als zwei beheizbare Öltanks und zwei Produkttanks vorgesehen gewesen; da sich im Tank III jedoch Ölschlammrückstände befunden hätten, hätte die Genehmigung nicht erteilt werden dürfen.

30 c) Was die unzulängliche Überwachung der Abfallentsorgungsanlage angeht, so war nach dem Vorbringen der Klägerin dem beklagten Land aufgrund der durchgeführten Ortsbesichtigungen die mangelnde Beachtung und Umsetzung der erteilten Auflagen im Einzelnen bekannt, erforderliche Maßnahmen wurden jedoch nicht oder nur unzureichend eingeleitet.

31 III. Das angefochtene Urteil stellt sich, abgesehen von der Frage der Freigabe der Sicherheit, auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar.

32 1. Allerdings hält die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin könne ihre Schadenersatzansprüche nicht auf die Freigabe der Sicherheit in Höhe von 200.000 DM im Dezember 1996 stützen, den Rügen der Revision stand. Dabei kann dahin stehen, ob die nach dem damals geltenden § 8 Abs. 2 AbfG angeordnete Sicherheitsleistung auch den Schutz von Interessen Dritter bezweckte; nach dieser Bestimmung konnte dem Inhaber einer Abfallentsorgungsanlage aufgegeben werden, für die Rekultivierung sowie zur Verhinderung oder Vermeidung von Beeinträchtigungen des Wohls der Allgemeinheit nach Stilllegung der Anlage Sicherheit zu leisten. Es ist jedenfalls nicht ersichtlich, dass das beklagte Land durch die antragsgemäß erfolgte Aufhebung der Auflage einer Sicherheitsleistung im Jah-

re 1996 rechtswidrig gehandelt hat. Mit ihrer Rüge, die Sicherheit sei zu früh, nämlich vor der Einstellung des Betriebs, freigegeben worden, übersieht die Revision, dass sich die Rechtslage nach Erlass dieser Nebenbestimmung im Bescheid vom 30. Juni 1988 geändert hatte und eine Sicherheitsleistung nach Änderung der Gesetzeslage im Jahre 1996 nicht mehr aufgegeben werden konnte.

33 Wie bereits ausgeführt wurden durch das Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz Abfallentsorgungsanlagen mit Wirkung vom 1. Mai 1993 dem Regime des Bundes-Immissionsschutzgesetzes unterstellt (vgl. § 7 Abs. 1 AbfG sowie § 4 Abs. 1 und § 67 Abs. 7 BImSchG i.d.F. von Art. 6 Nr. 1 und Art. 8 Nr. 1 und 11 IWG). Dementsprechend wurde § 8 Abs. 2 AbfG dahingehend geändert, dass das Wort „Abfallentsorgungsanlagen“ durch das Wort „Deponien“ ersetzt wurde (Art. 6 Nr. 4 IWG); damit gab es ab diesem Zeitpunkt für die Anordnung einer Sicherheitsleistung für Abfallentsorgungsanlagen keine Rechtsgrundlage mehr. Erst mit dem Gesetz zur Sicherstellung der Nachsorgepflichten bei Abfalllagern vom 13. Juli 2001 (BGBl. I, S. 1550) wurde der Genehmigungsbehörde wieder die Möglichkeit eröffnet, dem Betreiber einer Abfallentsorgungsanlage gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 BImSchG eine Sicherheitsleistung für die Erfüllung der Stilllegungspflicht aufzugeben (siehe dazu Hansmann NVwZ 1993, 921, 927; Vallengard, UPR 1991, 91, 93; Konzak, Die abfallrechtliche Sicherheitsleistung 1995 S. 68 f; vgl. auch BT-Drucks. 14/4599, S. 127 f).

34 2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bestehen unter Schutzzweckgesichtspunkten keine Bedenken gegen die Ersatzfähigkeit der geltend gemachten Schäden, insbesondere der aufgrund der Bodenkontaminationen eingetretenen Wertminderung des Grundstücks und der mit einer Bodensanierung verbundenen Aufwendungen. Dabei ist es in letzterem Fall unerheblich, ob der geschädigte Grundeigentümer die zur Sanierung notwendigen Aufwendungen aus eigenem Antrieb oder (nur) deshalb getätigt hat, weil er als Zustandsstörer in Anspruch genommen wurde (vgl. BVerwGE 123, 247, 260 f).

35 IV. Das Berufungsurteil ist aufzuheben. Für die neue Verhandlung und Entscheidung weist der Senat auf Folgendes hin:

36 Sollte sich feststellen lassen, dass Behörden des beklagten Landes im Rahmen der für die streitgegenständliche Abfallentsorgungsanlage erteilten Genehmigungen und der Überwachung der Anlage Amtspflichten verletzt haben, die ihnen auch gegenüber der Klägerin als Eigentümerin des Anlagengrundstücks obgelegen haben, wird der Frage nachzugehen sein, ob der Klägerin gleichwohl unter dem Gesichtspunkt des § 839 Abs. 3 BGB Schadensersatz zu versagen ist oder der Anspruch nach Maßgabe des § 254 BGB (jedenfalls) zu mindern ist.

37 1. Die Klägerin hätte die Möglichkeit gehabt, die der R. GmbH und der E. GmbH erteilten Genehmigungen anzufechten. Soweit aus ihrer Sicht die zuständigen Landesbehörden gebotene Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen unterlassen und erteilte Auflagen nicht durchgesetzt haben, hätte der Klägerin eine Verpflichtungsklage zu Gebote gestanden, gegebenenfalls verbunden mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (vgl. hierzu OVG Rheinland-Pfalz, GewArch 1975, 165). Dabei wird die Annahme eines Verschuldens seitens der Klägerin, die immerhin im Jahre 1975 die (erste) Baugenehmigung erteilt hatte und daher über einen gewissen Sachverstand verfügt haben dürfte, jedenfalls dann nahe liegen, wenn sie, wie der Beklagte behauptet, in die gesamten Genehmigungs- und Überwachungsvorgänge eingebunden war.

38 2. Unter dem Aspekt des § 254 BGB kann der Klägerin gegebenenfalls entgegengehalten werden, dass sie, nachdem deutliche Mängel beim Betrieb der Anlage aufgetreten waren, nicht zivilrechtlich gegen die Anlagenbetreiber vorgegangen ist. Auch wenn sie darauf verzichtet haben sollte, sich für derartige Fälle ein Heimfallrecht einräumen oder eine Vertragsstrafe versprechen zu lassen (§ 2 Nr. 4 und 5 ErbbauRG), so hätten ihr

doch Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gemäß § 1004 BGB zugestanden (MünchKommBGB/von Oefele, 5. Aufl., § 2 ErbbauRG Rn. 17).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 13 WEG
Vermietung der Eigentumswohnung
an wechselnde Feriengäste

a) Bei der Abweisung einer Beschlussanfechtungsklage darf nicht offen gelassen werden, ob der angefochtene Beschluss die Geltendmachung einer Unterlassungsklage bloß vorbereitet oder auf der Grundlage eines solchen Anspruchs eine bestimmte Nutzung des Sondereigentums untersagt.

b) Wenn die Teilungsklärung nichts anderes bestimmt und die Wohnungseigentümer nichts anderes vereinbart haben, ist die Vermietung einer Eigentumswohnung an täglich oder wöchentlich wechselnde Feriengäste Teil der zulässigen Wohnnutzung.

(BGH, Urteil vom 15. 1. 2010 – V ZR 72/09)

Aus dem Tenor: Es wird festgestellt, dass die in der Eigentümersammlung der Wohnungseigentümergeinschaft G. Straße 5–9 in B. vom 24. Januar 2008 zu den Tagesordnungspunkten 4 und 10 gefassten Beschlüsse:

„Zu Ziffer 4 der Tagesordnung

Die Gemeinschaft beschließt, dem Eigentümer der Wohnung Nr. 38 (G. Straße 7a, 4. OG rechts) zu untersagen, die Wohnung an täglich oder wöchentlich wechselnde Feriengäste zu überlassen, und bevollmächtigt die Verwaltung, unter Einschaltung eines Rechtsanwalts bei Verstoß Unterlassungsansprüche gerichtlich geltend zu machen.

Zu Ziffer 10 der Tagesordnung

Die Gemeinschaft beschließt, dem Eigentümer der Wohnung Nr. 61 (G. Straße 5b, EG links (richtig: rechts)) zu untersagen, die Wohnung an täglich oder wöchentlich wechselnde Feriengäste zu überlassen, und bevollmächtigt die Verwaltung, unter Einschaltung eines Rechtsanwalts bei Verstoß Unterlassungsansprüche gerichtlich geltend zu machen.“

nichtig sind.

1 Zum Sachverhalt: Die Parteien sind Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft mit 92 Wohnungen in Berlin. Der Kläger vermietet seine beiden Eigentumswohnungen in der Anlage tage- oder wochenweise an Berlinbesucher, Geschäftsreisende und vergleichbare Mieter. Bei ihrer Versammlung am 24. Januar 2008 beschlossen die Wohnungseigentümer mehrheitlich, dem Kläger und den Eigentümern von sieben weiteren, ähnlich genutzten Wohnungen zu untersagen, die Wohnungen täglich oder wöchentlich wechselnden Feriengästen zu überlassen, und die Verwaltung zu bevollmächtigen, unter Einschaltung eines Rechtsanwalts bei einem Verstoß Unterlassungsansprüche geltend zu machen. Gegen diese Beschlüsse wenden sich die betroffenen Eigentümer mit mehreren Anfechtungsklagen. Gegenstand der vorliegenden Anfechtungsklage sind die Beschlüsse der Gemeinschaft zu den Tagesordnungspunkten 4 und 10 der Versammlung vom 24. Januar 2008, die die beiden Wohnungen des Klägers betreffen. Der Kläger meint, die Vermietung an täglich oder wöchentlich wechselnde Feriengäste und ähnliche Mieter halte sich im Rahmen der ordnungsgemäßen Nutzung seiner Wohnungen.

2 Das Amtsgericht Charlottenburg hat die Klage abgewiesen. Das Landgericht Berlin hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die von dem Landgericht zugelassene Revision, mit der der Kläger weiterhin die Aufhebung der angefochtenen Beschlüsse erreichen möchte. Die Beklagten beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

3 Aus den Gründen: I. Das Berufungsgericht hält die Klage für unbegründet. Es spreche vieles dafür, dass die angefochtenen Beschlüsse als bloße Vorbereitungsbeschlüsse anzusehen seien. Wesentliches Ziel der Mehrheit der Wohnungseigentümer sei es nämlich gewesen, die Geltendmachung etwaiger Unterlassungsansprüche der anderen Wohnungseigentümer gegen den Kläger der Gemeinschaft zu übertragen. Auch sei nach der Rechtsprechung des Kammergerichts im Zweifel davon auszugehen, dass die Wohnungseigentümer wegen ihrer fehlenden Kompetenz, Leistungspflichten der Wohnungseigentümer zu begründen, keine unmittelbaren materiellen Rechtsänderungen anstreben, sondern die Geltendmachung von Ansprüchen nur vorbereiten wollten. Bei einem bloßen Vorbereitungsbeschluss sei der Unterlassungsanspruch nicht im Rahmen einer Anfechtungsklage gegen den Beschluss, sondern nur in dem Rechtsstreit zu prüfen, in dem der Unterlassungsanspruch durchgesetzt oder abgewehrt werden solle. Ob die Beschlüsse als Vorbereitungsbeschlüsse zu verstehen seien, brauche nicht entschieden zu werden. Wenn man den angefochtenen Beschlüssen das Bestreben entnehme, eine materielle Regelung zu treffen, seien die Beschlüsse ebenfalls nicht zu beanstanden, weil sie der materiellen Rechtslage entsprächen. Die Wohnungen seien nämlich zu Wohnzwecken bestimmt. Die Nutzung zu Wohnzwecken sei mit der Nutzung der Räume für einen längeren Zeitraum verknüpft, wohingegen ein ständiger Wechsel der Bewohner in kürzeren Zeitabständen die Annahme einer pensions- oder hotelartigen Nutzung rechtfertige, die über eine Wohnnutzung hinausgehe. Es könne zwar nicht festgestellt werden, dass die konkrete Art der Nutzung der beiden Einheiten die anderen Wohnungseigentümer stärker beeinträchtige als die in der Teilungserklärung ausdrücklich vorgesehene Wohnnutzung. Es sei aber eine typisierende Betrachtungsweise geboten. Dabei ergebe sich, dass die Überlassung von Wohnungen an ständig wechselnde Besucher und Gäste die übrigen Miteigentümer erheblich stärker beeinträchtige als eine bloße Wohnnutzung.

4 II. Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

5 1. Das Berufungsurteil kann schon deshalb keinen Bestand haben, weil das Berufungsgericht offen gelassen hat, ob die angefochtenen Beschlüsse als bloße Vorbereitungs- oder als Untersagungsbeschlüsse auszulegen sind. Denn danach bliebe nicht nur ungeklärt, welchen Inhalt die Beschlüsse haben. Offen bliebe vor allem auch, ob nur über die Wirksamkeit der Übertragung der Ausübung etwaiger Unterlassungsansprüche der anderen Wohnungseigentümer gegen den Kläger auf die Gemeinschaft als Verband entschieden worden ist oder auch schon über den Unterlassungsanspruch selbst. Würden die Beschlüsse durch Abweisung der Beschlussanfechtungsklage bestandskräftig und ergäbe ihre Auslegung, dass sie dem Kläger die Vermietung seiner Wohnungen an täglich oder wöchentlich wechselnde Feriengäste untersagen, stünde die Unterlassungspflicht im späteren Unterlassungsklageprozess fest (vgl. BayObLG WE 1995, 187 [= WuM 1995, 54]; OLG Bremen WuM 1995, 58, 59; OLG Karlsruhe NJW-RR 1996, 1103 [= WuM 1996, 303]; wohl auch Merle in Bärmann, WEG, 10. Aufl., § 23 Rdn. 197).

6 2. Dem Berufungsgericht kann ferner nicht in der Ansicht gefolgt werden, die angefochtenen Beschlüsse seien als so genannte bloße Vorbereitungsbeschlüsse nicht zu beanstanden.

7 a) Richtig ist allerdings, dass der Gemeinschaft als Verband nach § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG durch Mehrheitsbeschluss die Ausübung auch von Rechten der Wohnungseigentümer übertragen werden kann, die keinen Gemeinschaftsbezug haben und deren Ausübung dem Verband deshalb nicht schon kraft Gesetzes zusteht. Dem Berufungsgericht ist auch darin zuzustimmen, dass die Zulässigkeit eines Beschlusses, der sich in einer Übertragung der Ausübung etwaiger Ansprüche auf die Gemeinschaft erschöpft und die Geltendmachung der Ansprüche bloß vorbereitet, nicht davon abhängt, ob der erst noch geltend zu machende Anspruch tatsächlich besteht. Denn ein solcher Be-

schluss enthielte keine Aussage zu dem Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruchs, sondern überließe dies dem gerichtlichen Verfahren gegen den betroffenen Wohnungseigentümer.

8 b) Die angefochtenen Beschlüsse sind indessen keine bloßen Vorbereitungsbeschlüsse in diesem Sinne. Sie sind im Gegenteil Beschlüsse, die dem Kläger die Vermietung seiner Wohnungen an Ferien- und ähnliche Gäste untersagen und die Gemeinschaft nur als Annex zur Verfolgung von Verstößen ermächtigen. Das ist das Ergebnis einer Auslegung, die der Senat selbst vornehmen kann (vgl. Senat, Beschl. v. 10. September 1998, V ZB 11/98, NJW 1998, 3713, 3714 [= WuM 1998, 738]).

9 aa) Beschlüsse der Wohnungseigentümergeinschaft sind objektiv und normativ auszulegen, ohne dass es auf die subjektiven Vorstellungen der beteiligten Wohnungseigentümer ankäme (Senat, Beschl. v. 10. September 1998, V ZB 11/98, aaO; Merle in Bärman, aaO, § 23 Rdn. 53). Dabei ist von dem protokollierten Wortlaut der Beschlüsse auszugehen. Danach haben die Wohnungseigentümer beschlossen, dem Kläger die Vermietung seiner Wohnungen an täglich oder wöchentlich wechselnde Feriengäste zu untersagen. Sie haben ihm mit dieser Formulierung die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen auch nicht lediglich ankündigen wollen. Dies wird aus dem zweiten Teil dieser Beschlüsse deutlich. Darin wird die Gemeinschaft ermächtigt, „bei Verstoß“ Unterlassungsansprüche gerichtlich geltend zu machen. Zu einem Verstoß kann es aber nur kommen, wenn die in der ersten Satzhälfte ausgesprochene Untersagung als Vermietungsverbot verstanden wird, das der Kläger sofort beachten soll. Nichts anderes ergibt der Zweck der Beschlüsse. Die Mehrheit der Wohnungseigentümer wollte, wie sich auch aus den Beschlüssen zu den übrigen für die Vermietung an Feriengäste genutzten Wohnungen und dem allgemeinen Beschluss für künftige Fälle zu TOP 19 der Mitgliederversammlung vom 24. Januar 2008 ergibt, die Vermietung an Feriengäste ab sofort unterbinden.

10 bb) Allerdings werden Beschlüsse, die von dem einzelnen Wohnungseigentümer ein konkretes Tun oder Unterlassen verlangen, selbst bei insoweit eindeutigem Wortlaut teilweise nur als Androhung gerichtlicher Maßnahmen verstanden (KG NJW-RR 1996, 1102, 1103 [= WuM 1996, 373]; 1997, 1033, 1034 f. [= WuM 1997, 291]; Merle in Bärman aaO, § 22 Rdn. 308; a. M. BayObLG ZMR 1996, 623, 624; OLG Karlsruhe NJW-RR 1996, 1103 [= WuM 1996, 303]). Begründet wird dieses Verständnis solcher Beschlüsse mit der auch von dem Berufungsgericht angestellten Überlegung, dass die Wohnungseigentümer keinen Beschluss fassen wollten, der außerhalb der Regelungskompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft liege und deshalb nichtig sei. Sie könnten dem einzelnen Wohnungseigentümer keine Leistungs- und damit auch keine Unterlassungspflichten auferlegen, die ihm nach dem Gesetz, nach der Teilungserklärung oder nach – hier nicht festgestellten – Vereinbarungen der Wohnungseigentümer nicht obliegen oder auferlegt werden könnten (Senat, BGHZ 145, 158, 162 [= WuM 2000, 620]; OLG Zweibrücken NJW 2007, 2417 [= GuT 2007, 239]; Merle aaO). Sie wollten sich deshalb auf die ihnen zustehenden gesetzlichen Ansprüche beschränken. Diese Überlegung liegt nahe, zwingt aber nicht dazu, ein mit einem Beschluss der Wohnungseigentümer ausgesprochenes beschränktes Vermietungsverbot entgegen dem eindeutigen Wortlaut als bloße Androhung gerichtlicher Maßnahmen zu verstehen. Die Wohnungseigentümergeinschaft ist nämlich nicht gehindert, einen Anspruch außergerichtlich auch durch Beschluss geltend zu machen (Senat, BGHZ 170, 369, 378 [= WuM 2007, 675 = GuT 2007, 246/247 KL] für den Anspruch nach § 18 WEG). Bei dem hier beschlossenen eingeschränkten Vermietungsverbot ist die Mehrheit der Wohnungseigentümer erkennbar davon ausgegangen, dass den Wohnungseigentümern ein entsprechender Unterlassungsanspruch zusteht. Diesen sollte die Gemeinschaft an sich ziehen, mit dem Verbot unmittelbar außergerichtlich geltend machen und erforderlichenfalls auch gerichtlich durchsetzen.

11 3. Ein solcher Anspruch steht den Wohnungseigentümern aber weder nach § 15 WEG noch nach § 1004 BGB zu. Die Beschlüsse sind deshalb mangels Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft nichtig.

12 a) Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Die Wohnungseigentumsanlage besteht nach der Teilungserklärung aus 92 Eigentumswohnungen. Wohnungseigentum dient nach § 1 Abs. 2 WEG im Gegensatz zu dem auch möglichen Teileigentum Wohnzwecken. Der Kläger nutzt seine Wohnungen deshalb nur dann ordnungsgemäß, wenn er sie in dem durch die Nutzung zu Wohnzwecken bestimmten Rahmen nutzt.

13 b) Ob die Nutzung einer Wohnung zur Vermietung an Feriengäste und andere Mieter mit Unterkunftsbedürfnissen von kurzer Dauer in diesem Sinne eine Wohnnutzung ist, wird unterschiedlich beurteilt. Nach einer von dem Berufungsgericht geteilten Ansicht ist das nicht der Fall (KG ZMR 2007, 803, 804 f. [= GuT 2007, 241]; 2008, 406, 407; OLG Saarbrücken NZM 2006, 588, 589 [= GuT 2007, 159]; AG Lübeck, Urt. v. 28. November 2008, 35 C 22/08, juris). Eine solche Form der Nutzung sei keine Wohn-, sondern eine gewerbliche Nutzung. Außerdem werde die Wohnnutzung durch das auf Dauer angelegte Bewohnen durch denselben Nutzer geprägt. Davon unterscheidet sich diese Nutzung in wesentlichen Punkten. Das Gebäude werde für einen nicht überschaubaren Personenkreis geöffnet. Die Anonymität nehme zu; das Sicherheitsgefühl der anderen Wohnungseigentümer verringere sich. Außerdem nähmen Feriengäste typischerweise auf die Interessen der Hausgemeinschaft und das gemeinschaftliche Eigentum weniger Rücksicht. Das Gemeinschaftseigentum werde stärker abgenutzt. Nach anderer Auffassung umfasst die Wohnnutzung auch die Vermietung einer Eigentumswohnung an Feriengäste (BayObLG MDR 1979, 232; BayObLGZ 1978, 305, 308; 1982, 9, 14; OLG Frankfurt/Main OLGZ 1983, 61, 62; OLG Celle NZM 2005, 184; Jennißen/Löffler, WEG, § 13 Rdn. 32; Böhm, DWE 2008, 74, 76). Nach einer dritten Auffassung gilt das jedenfalls bei Wohnungseigentumsanlagen in Feriengebieten (LG Karlsruhe NZM 2009, 943, 944 f.; vgl. auch Wenzel in Bärman aaO, § 13 Rdn. 34 f. und Staudinger/Kreuzer, BGB <2005>, § 13 WEG Rdn. 73, 85).

14 c) Der Senat folgt im Ansatz der zweiten Meinung. Wenn die Teilungserklärung nichts anderes bestimmt und die Wohnungseigentümer nichts anderes vereinbart haben, ist die Vermietung einer Eigentumswohnung an täglich oder wöchentlich wechselnde Feriengäste Teil der zulässigen Wohnnutzung. Sie ist weder eine unzulässige gewerbliche Nutzung noch eine sonstige Nutzung, die nur in Teileigentumseinheiten zulässig wäre.

15 aa) Wohnungseigentum kann nach § 1 Abs. 2 WEG nur an einer Wohnung begründet werden. Daraus ergibt sich nicht nur, dass das Sondereigentum zum Wohnen geeignet sein muss. Vielmehr folgt daraus auch, dass das Wohnungseigentum zum Wohnen bestimmt ist und sich seine ordnungsgemäße Nutzung nach diesem Zweck richtet (Wenzel in Bärman, aaO, § 13 Rdn. 33). Zu dieser ordnungsgemäßen Nutzung gehört sicher in erster Linie die Nutzung der Wohnung als Lebensmittelpunkt. Darauf beschränkt sich der Wohnzweck entgegen der Ansicht, die die Prozessbevollmächtigte der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vertreten hat, indessen nicht. Ähnlich wie der Begriff der Wohnung in Art. 13 Abs. 1 GG (zu diesem: BVerfGE 32, 54, 69, 75; BGH, Beschl. v. 15. Januar 1997, StB 27/96, NJW 1997, 1018, 1019) ist auch der hier in der Teilungserklärung verwendete Begriff der Wohnung in § 1 Abs. 2 WEG weit auszulegen und am Ziel der Vorschrift auszurichten. Ziel der Vorschrift ist es zwar auch, die Wohnungsnutzung von der sonstigen Nutzung abzugrenzen, für die mit § 1 Abs. 3 WEG das Teileigentum vorgesehen ist. Entscheidend ist aber, dass dem Wohnungseigentümer Eigentum zugewiesen wird, das vollen Eigentumsschutz genießt (dazu: Senat, BGHZ 116, 392, 394 [= WuM 1992, 159]). Dessen Beschränkungen sind an Art. 14 GG zu messen. Nach Art. 14 GG hat der Wohnungseigentü-

mer das mit § 13 Abs. 1 WEG auch einfachrechtlich abgesicherte Recht, mit dem Wohnungseigentum im Ausgangspunkt nach Belieben zu verfahren (BVerfGK 4, 333, 336; BVerfG, NJW 1995, 1665, 1666 [= WuM 1995, 304] für Art. 5 GG; Beschl. v. 6. Oktober 2009, 2 BvR 693/09, juris [= WuM 2009, 757]). Das umfasst das in § 13 Abs. 1 WEG ausdrücklich bestimmte Recht, sein Wohnungseigentum zu vermieten (BVerfGE 95, 64, 83 [= WuM 1997, 94]).

16 bb) Der Wohnungseigentümer ist auch nicht darauf beschränkt, seine Wohnung ausschließlich zu Wohnzwecken zu nutzen. Aus Art. 14 GG i. V. m. § 13 Abs. 1 WEG folgt vielmehr das Recht, die Wohnung auch zu anderen Zwecken zu nutzen. Anerkannt worden ist das etwa für die Nutzung als Ingenieur-Planungsbüro ohne Publikumsverkehr (OLG Zweibrücken ZMR 1997, 482, 483) oder als Patentanwaltskanzlei (OLG Köln ZMR 2002, 380, 381). Entscheidend ist dabei, dass eine solche anderweitige Nutzung die übrigen Wohnungseigentümer nicht über das Maß hinaus beeinträchtigt, das bei einer Nutzung des Wohnungseigentums typischerweise zu erwarten ist (BayObLG NZM 2001, 137, 138 [= WuM 2000, 507 L]; OLG Saarbrücken NZM 2006, 588, 589 [= GuT 2007, 159]; LG Karlsruhe ZMR 2009, 943, 944). An diesem Maßstab sind deshalb auch Wohnnutzungen zu messen, die von der Wohnnutzung abweichen, die in der jeweiligen Wohnungseigentumsanlage vorherrscht. Entschieden worden ist das für das Überlassen einer Eigentumswohnung zum Dauerbewohnen durch eine asylberechtigte Familie (BayObLG NJW 1992, 917 f. [= WuM 1992, 153]; KG NJW 1992, 3045 [= WuM 1992, 554]) und für die Überlassung einer Eigentumswohnung als Unterkunft für einen laufend wechselnden Kreis von Aus- und Übersiedlern (OLG Stuttgart NJW 1992, 3046 [= WuM 1992, 555]; BayObLG NJW 1994, 1662 [= WuM 1994, 393]). Für die Vermietung einer Eigentumswohnung an laufend wechselnde Feriengäste und vergleichbare Personenkreise gilt nichts anderes.

17 cc) Eine solche Nutzung überschreitet das bei einer Wohnnutzung typischerweise zu erwartende Maß an Beeinträchtigungen nicht schon deshalb, weil sie als eine gewerbliche Nutzung anzusehen wäre. Eine solche Nutzung einer Ferienwohnung ist zwar steuerrechtlich als gewerbliche Tätigkeit anzusehen, wenn die Wohnung in einem Feriengebiet im Verband mit einer Vielzahl gleichartig genutzter Wohnungen einer einheitlichen Wohnanlage liegt und die Werbung für kurzfristige Vermietung an laufend wechselnde Mieter (hotelmäßiges Angebot) sowie die Verwaltung einer Ferienstanzorganisation übertragen sind (BFHE 159, 199, 201 f.; BFH/NV 2009, 1114, 1115). Für die wohnungseigentumsrechtliche Einordnung einer solchen Nutzung kommt es aber weder darauf an, welcher steuerrechtlichen Einkommensart die Einkünfte aus der Vermietung einer Eigentumswohnung zuzuordnen sind, noch darauf, ob die Vermietung einer Eigentumswohnung, wie etwa bei gewerblichen Wohnungsunternehmen, Teil der unternehmerischen Tätigkeit des Eigentümers ist. Entscheidend ist nach §§ 1 Abs. 2 und 3, 13 Abs. 1 WEG allein, welche Nutzung in der Wohnung selbst stattfindet. Die Nutzung der Wohnung selbst ist bei der Vermietung einer Eigentumswohnung an laufend wechselnde Ferien- oder Gäste mit vergleichbaren Unterkunftsbedürfnissen nicht gewerblich. Auch in diesem Fall dient die Wohnung den Gästen als Unterkunft und damit Wohnzwecken.

18 dd) Im Unterschied zu Mietern, die eine Eigentumswohnung als Haupt- oder Nebenwohnung anmieten, verbleiben Feriengäste und vergleichbare Mieter nur für kurze Zeit in der Wohnung, die dann von einem anderen Mieter genutzt wird. Der dadurch bedingte häufige Wechsel des Mieters führt als solcher nicht zu Beeinträchtigungen, die sich signifikant von denen anderer Formen der Wohnnutzung abheben.

19 (1) Die nur verhältnismäßig kurze Dauer des Aufenthalts solcher Gäste in der Wohnung führt allerdings regelmäßig dazu, dass eine nähere nachbarliche Beziehung mit den Dauerbewohnern der Anlage nicht entsteht. Dem Berufungsgericht ist auch einzuräumen, dass dies von den Wohnungseigentümern gerade auch kleiner Wohnanlagen mit nur wenigen Eigentums-

wohnungen als störend empfunden werden kann und wird. Darin unterscheidet sich diese Form der Wohnnutzung aber bei typisierender Betrachtung heute nicht mehr, jedenfalls nicht mehr signifikant von der längerfristigen Vermietung einer Wohnung.

20 (2) Die Vermietung an Feriengäste unterscheidet sich von einer Vermietung zum Dauerwohnen auch nicht dadurch, dass sie das Sicherheitsgefühl der übrigen Bewohner verringert. Jeder Wohnungseigentümer hat das verfassungsrechtlich geschützte Recht, in seinem Wohnungseigentum Gäste zu empfangen (BVerfG, Beschl. v. 6. Oktober 2009 aaO [= WuM 2009, 757]), und ein solches Recht steht auch einem Mieter zu. Deshalb können sich in jeder Wohnanlage Personen aufhalten, die nicht zu den Dauerbewohnern gehören, die diese nicht kennen und die diese deshalb verunsichern können.

21 (3) Nichts anderes gilt im Ergebnis für das Argument, durch die Vermietung an Feriengäste werde das Gemeinschaftseigentum einer Wohnungseigentumsanlage stärker beansprucht oder gar in Mitleidenschaft gezogen werden als bei einer Nutzung durch die Eigentümer selbst oder durch Dauermieter. Auch dieses Argument kann im Einzelfall zutreffen. Es gibt Mieter, die mit einer Ferienwohnung weniger sorgsam umgehen als mit ihrer Dauerwohnung. Es gibt aber auch Dauerbewohner, die es an dem gebotenen sorgsamem Umgang mit dem Gemeinschaftseigentum oder auch mit dem Sondereigentum selbst fehlen lassen. Die entscheidende Frage ist deshalb, ob ein solches Fehlverhalten bei Feriengästen typischerweise eher erwartet werden kann, als bei Dauerbewohnern. Dafür fehlt jeder Anhaltspunkt.

22 (4) Allerdings kann die Nutzung von Eigentumswohnungen einer Anlage für die Vermietung an Feriengäste, was das Berufungsgericht mit Recht erwägt, den Charakter der Wohnanlage verändern. Das gilt vor allem in kleinen Anlagen oder dann, wenn diese Nutzung zunimmt und die Dauernutzung zur Ausnahme wird. Das ist ein Nachteil, der auch den Wert des Wohnungseigentums entscheidend vermindern kann. Aber auch darin liegt keine spezifische Auswirkung gerade einer Vermietung an laufend wechselnde Feriengäste. Vergleichbare Veränderungen und Nachteile können sich auch bei anderen Formen der Nutzung ergeben. Das persönliche Klima in der Gemeinschaft kann sich verändern, wenn die Eigentümer wechseln und miteinander nicht mehr auskommen. Der Charakter der Anlage kann sich verändern, wenn die Wohnungen in der Anlage (im anerkannt zulässigen Rahmen) verstärkt als Büros genutzt werden oder wenn die bisherigen Mieter ausziehen und neue Mieter mit anderer Einstellung einziehen. Solche Veränderungen lassen sich nicht einer spezifischen Nutzungsform zuordnen. Sie lassen sich wirksam nur verhindern, wenn die Wohnungseigentümer von ihnen nicht erwünschte Formen der Nutzung in der Teilungserklärung oder durch Vereinbarung ausschließen oder darin unter einen Genehmigungsvorbehalt stellen (vgl. z. B. BayObLGZ 1982, 9, 14). Von diesen Möglichkeiten haben die Wohnungseigentümer hier keinen Gebrauch gemacht.

23 (5) Eine Vermietung an Feriengäste kann, wie jede andere Nutzung, in einer konkreten Ausgestaltung oder, z. B. durch Überbelegung, in einem Ausmaß erfolgen, die die übrigen Wohnungseigentümer in einem nach § 14 WEG nicht hinzunehmendem Maß beeinträchtigen. Beides hätte der Kläger nach § 15 Abs. 3 WEG zu unterlassen. Solche konkreten Beeinträchtigungen hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Sie werden von der Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer auch nicht geltend gemacht.

24 d) Die angefochtenen Beschlüsse sind damit nicht nur hinsichtlich der Untersagung der Nutzung, sondern insgesamt nichtig. Die Ermächtigung der Gemeinschaft zur gerichtlichen Inanspruchnahme des Klägers setzt nach dem Inhalt des Beschlusses die Wirksamkeit der Untersagung voraus, die damit durchgesetzt werden sollte.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Wettbewerb

Internet – Umschau Januar 2010

Rechtsanwalt Daniel Dingeldey, Berlin

Providerwechsel – DENIC stellt Verfahren um

Die deutsche Domain-Verwaltung DENIC eG stellt das Verfahren für einen Providerwechsel endgültig um: ab 02. Februar 2010 kommt ausschließlich das „AuthInfo“-Verfahren zur Anwendung. Der Transfer von .de-Domains soll so schneller, sicherer und zuverlässiger werden.

Wer mit einer .de-Domain von einem Registrar zu einem anderen umziehen möchte, fühlt sich aufgrund des komplexen Transfer-Verfahrens manchmal an Behördengänge erinnert. Sowohl der bisherige als auch der neue Provider müssen prüfen, ob der Umzug von der dazu berechtigten Person veranlasst worden ist - ein Vorgang, der zwar der Sicherheit und dem Schutz des Domain-Inhabers dient, aber jeweils mehrere Werktage in Anspruch nimmt. Um das Providerwechselverfahren zu beschleunigen, lässt die DENIC deshalb seit Dezember 2008 das so genannte „AuthInfo“-Verfahren (Authorisierungs-Code) zu; dieses Verfahren, das bereits seit langer Zeit bei generischen Top Level Domains wie .com, .net oder .info zur Anwendung kommt, funktioniert mittels eines individuellen Passworts und soll den gesamten Prozess schneller, effizienter und sicherer machen. Nachdem die bisher gemachten Erfahrungen offensichtlich positiv waren, stellt die DENIC eG nun das gesamte Providerwechselverfahren auf „AuthInfo“ um.

In der Praxis bedeutet diese Umstellung, dass jeder Inhaber einer .de-Domain beim Providerwechsel zunächst bei seinem alten Registrar den Authorisierungs-Code anfordern muss. In der Regel genügt hierfür ein einfaches Providerwechselschreiben; sodann erhält der Inhaber meist binnen kurzer Zeit die AuthInfo per eMail mitgeteilt. Wichtig ist allerdings, dass die WHOIS-Daten aktuell sind, um sicherzustellen, dass der Domain-Inhaber diese eMail auch erhält. Der Domain-Inhaber kann dann seinem neuen Provider die AuthInfo mitteilen und dieser startet den Providerwechselauftrag, bei dem er diese AuthInfo an die DENIC übergibt. Da eine AuthInfo nach 30 Tagen verfällt, muss der Umzug innerhalb dieser Frist abgewickelt sein. Sollte der Domain-Inhaber die AuthInfo nicht über seinen Provider erhalten, kann er das Providerwechselpasswort von der DENIC auch über seinen neuen Provider erhalten; der veranlasst die Generierung der AuthInfo bei der DENIC, die dem Domain-Inhaber dann per Einschreiben das Passwort an die in den WHOIS-Daten hinterlegte Adresse, bei ausländischen Inhabern einer .de-Domain an den Admin-C, zusendet.

Zeitgleich mit dem Providerwechsel kann auch ein Inhaberwechsel erfolgen, AuthInfo steht dem nicht entgegen. Andere Verwaltungsprozesse wie beispielsweise Updates der Domain-Daten nach einem Umzug oder Löschungen können dagegen nicht per AuthInfo abgewickelt werden. In diesem Zusammenhang noch ein Hinweis aus dem Alltag vieler Registrare: zahlreiche Domain-Inhaber verwechseln den Umzug einer Domain mit der Löschung („Close“). Bei einem Close wird die Domain endgültig gelöscht, der Inhaber verliert sämtliche Nutzungsrechte und sie kann wieder frei registriert werden. Bei einem Providerwechsel zieht der Inhaber seine Domain dagegen nur zu einem anderen Provider um. Wer seine Domain also behalten möchte, sollte von einem „Close“ die Finger lassen!

OLG Köln – Anschlussinhaber haftet als Störer

Das Oberlandesgericht Köln hat in einer Entscheidung von Ende Dezember die Haftung des Internetzugangsinhabers für Urheberrechtsverletzungen durch Dritte über den Anschluss bestätigt (OLG Köln, Urteil vom 23.12.2009, Az. 6 U 101/09).

Die Inhaberin des Anschlusses wurde darin nicht nur zur Unterlassung verpflichtet, sondern haftet auch hinsichtlich der Kosten.

Am 09. August 2005 sind von dem Internetanschluss der Beklagten aus 964 Musikdateien im .mp3-Format zum Download angeboten worden. Die Klägerinnen, vier Musikfirmen, die Rechte an den jeweiligen Musiktiteln haben, mahnten die Beklagte am 09. Dezember 2005 deswegen ab und forderten sie zur Unterlassung auf. Die entstandenen Kosten wollte die Beklagte nicht zahlen, weshalb die Klägerinnen vor dem LG Köln klagten und Recht bekamen (Urteil vom 13.05.2009, Az.: 28 O 889/08). Hiergegen legte die Beklagte Berufung ein.

Das OLG Köln gab der Klage dem Grunde nach statt, korrigierte aber die durch die Abmahnung entstandenen Kosten nach unten. Es geht davon aus, die Beklagte hafte als Inhaberin des Internetanschlusses für die von Dritten über diesen erfolgte Urheberrechtsverletzung, da sie ihrer Kontrollpflicht nicht Genüge getan habe. Die Beklagte trug im Prozess unter anderem vor, selbst wenig Kenntnisse von Computern zu haben; in erster Instanz meinte sie, Schutzkriterien wie Firewall oder Benutzerkonten seien ihr unbekannt. Allerdings habe sie und ihr Ehemann die Kinder immer wieder darauf aufmerksam gemacht, dass keine Inhalte aus dem Internet downgeloadet und keine Tauschbörsen benutzt werden dürfen. Wer letztlich die Urheberrechtsverletzung begangen hatte, klärte die Beklagte nicht näher auf; neben ihrem Ehemann lebten zum Tatzeitpunkt noch fünf Kinder im Haushalt. Das Gericht geht davon aus, dass die beiden ältesten Kinder die Unwissenheit der Beklagten und die fehlende Kontrolle ausgenutzt hätten. Die Kontrollpflicht von Eltern, so das Gericht, setze allerdings nicht erst dann ein, wenn sie Kenntnis von einer konkret begangenen Rechtsverletzung erhalten, sondern die bestehe schon vorher, weshalb die Beklagte, die auch ihrer sekundären Darlegungslast nicht genügt habe, hier hafte.

Die Entscheidung steht nicht allein auf weiter Flur, auch wenn die Rechtsprechung hier noch keine klare Richtung eingeschlagen hat. Allgemein geht die Tendenz dahin, den Anschlussinhaber in die Haftung zu nehmen. OLG Köln weist selbst darauf hin, dass das LG Hamburg (Beschluss vom 21.04.2006, Az.: 308 O 139/06) es für notwendig erachtet, der Anschlussinhaber müsse Benutzerkonten einrichten oder eine Firewall installieren, wohingegen das OLG Frankfurt (Urteil vom 20.12.2007, Az.: 11 W 58/07) die Überwachungspflicht so lange verneint, bis konkrete Anhaltspunkte für Rechtsverletzungen vorliegen. Auch das LG Düsseldorf schlägt sich mit einer Entscheidung vom 26.08.2009 (Az.: 12 O 594/07) auf die Seite von Köln und Hamburg. Rechtsanwalt Stadler zeigt sich in seinem Blog internet-law.de skeptisch ob dieser Rechtsprechung: er meint, man soll erwägen, den Internetanschlussinhaber als Dienstleister im Sinne des Telemediengesetzes zu begreifen, der dann nach §§ 7 und 8 TMG als Nichtverantwortlicher einzustufen sei.

Die Entscheidung des OLG Köln findet man unter:
<http://www.domain-recht.de/verweis/238>

Die Entscheidung des LG Hamburg findet man unter:
<http://www.aufrecht.de/5292.html>

Das Urteil des LG Düsseldorf findet man unter:
<http://www.jurpc.de/rechtspr/20100006.htm>

Das Urteil des OLG Frankfurt findet man unter:
<http://www.domain-recht.de/verweis/239>

... ver(un)sicherten.de – der feine „Un“terschied

Das OLG Braunschweig hat im Streit des Bund der Versicherten gegen ein eigenes Mitglied, das unter anderem Inhaber der Domain bund-der-verunsicherten.de ist, Fragen der Mar-

ken- und Namensrechtsverletzung geprüft und eine Verwechslungsgefahr an der Silbe „un“ scheitern lassen (Urteil vom 10.11.2009, Az.: 2 U 191/09).

Die Parteien stritten um Abmahnkosten. Der Beklagte ist Mitglied des klagenden Bund der Versicherten. Er registrierte im Jahr 2008 unter anderem die Domain bund-der-verunsicherten.de und setzte sich darunter kritisch mit der Arbeit des Vorstands des Klägers auseinander. Für seine Internetseite warb er mit einer AdWord-Kampagne, bei der er als Schlüsselwort den Begriff „Bund der Versicherten“ nutzte. Am 09. August 2008 mahnte der Kläger den Beklagten wegen Marken- und Namensrechtsverletzungen ab und forderte ihn auf, das zukünftig zu unterlassen. Da der Beklagte es ablehnte, die entstandenen Abmahnkosten zu begleichen, erhob der Bund der Versicherten Klage vor dem Landgericht Braunschweig, welches dieser auch statt gab (Urteil vom 14.05.2009, Az.: 21 O 2244/08). Der Beklagte legte gegen das Urteil Berufung ein.

Das OLG Braunschweig gab dem Beklagten Recht und wies die Klage zurück (Urteil vom 10.11.2009, Az.: 2 U 191/09), weil die Abmahnung seitens des Klägers unbegründet war: die damit geltend gemachten Unterlassungsansprüche standen dem Kläger nicht zu. Schon die Frage, ob der Beklagte im geschäftlichen Verkehr gehandelt habe, sei fraglich, weshalb markenrechtliche Ansprüche allein deshalb, aber auch wegen fehlender Verwechslungsgefahr ausschieden. Auch aus dem Namensrecht ergab sich nach Ansicht des OLG Braunschweig kein Anspruch, weil keine Verwechslungsgefahr vorlag: Der Domain-Name bund-der-verunsicherten.de weiche aufgrund der Silbe „un“ ausreichend vom Namen des klagenden Vereins ab; der Beklagte schaffe damit sogar einen neuen eigenständigen Begriff, so dass keine Verwechslungsgefahr entstehe. Der Beklagte gebrauche den Namen des Klägers nicht, denn der distanzierende Zusatz „un“ lasse ohne weiteres erkennen, dass der Betreiber nicht im „Lager“ des Namensträgers steht und der Name so gewählt ist, dass dem Berechtigten die Möglichkeit erhalten bleibt, seinen eigenen Namen als Domain zu registrieren. Im übrigen werde der Name des Klägers in den Texten auf der Seite lediglich genutzt, um diesen zu beschreiben, womit die Nutzung zulässig sei. Gleiches gelte in diesem Fall für die Nutzung des entsprechenden Keywords für die Google Ad-Word-Funktion, bei der zudem der Internetnutzer nicht davon ausgehen wird, es handele sich um eine Anzeige des Klägers.

Alles in allem hat das OLG Braunschweig nochmals frühere Entscheidungen, die kritisierende Websites betreffen (oiloff.de, stoppesso.de und awd-aussteiger.de), bestätigt. Wir haben es da mit einer gefestigten Rechtsprechung zu tun, die nachvollziehbarer, abgesehen von der Beurteilung von awd-aussteiger.us, nicht sein könnte.

Die Entscheidung des OLG Braunschweig findet man unter: <http://www.domain-recht.de/verweis/232>

Das Angebot des Beklagten findet man bereits seit 2008 unter: <http://verunsicherte.de>

mailto: dingeldey@domainrecht.de
mailto: RA@daniel-dingeldey.de

§§ 4, 5 UWG (2008)
Wettbewerb; Werbung; Transparenzgebot;
Zugabe zur Hauptware; „Solange der Vorrat reicht“

a) Der Begriff der Bedingung in § 4 Nr. 4 UWG umfasst alle aus der Sicht des Verbrauchers nicht ohne weiteres zu erwartenden Umstände, die die Möglichkeit einschränken, in den Genuss der Vergünstigung zu gelangen.

b) Wird damit geworben, dass bei Erwerb einer Hauptware eine Zugabe gewährt wird, genügt regelmäßig der auf die Zugabe bezogene Hinweis „solange der Vorrat reicht“, um den Verbraucher darüber zu informieren, dass die Zugabe nicht im selben Umfang vorrätig ist wie die Hauptwa-

re. Der Hinweis kann jedoch im Einzelfall irreführend sein, wenn die bereitgehaltene Menge an Zugaben in keinem angemessenen Verhältnis zur erwarteten Nachfrage steht.

(BGH, Urteil vom 18. 6. 2009 – I ZR 224/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger, der Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln, beanstandet die im Klageantrag wiedergegebene Werbung der Beklagten für Parfümerieartikel, die am 29. Juni 2006 im Kölner Stadtanzeiger erschien.

2 Nach erfolgloser Abmahnung hat der Kläger beantragt, 1. es der Beklagten zu verbieten, wie nachstehend wiedergegeben mit der Ankündigung »Beim Kauf von Produkten der abgebildeten Marken, ab einem Wert von 45,00 €, erhalten Sie eine exklusive Strandtasche als Geschenk.*«

und dem Zusatz »*solange der Vorrat reicht« zu werben, wenn weitere Erläuterungen zu dem Hinweis „solange der Vorrat reicht“ nicht erfolgen: [von der Wiedergabe der Zeitungsannonce wird abgesehen, Red.]
2. an den Kläger 176,56 € nebst 5% über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

3 Das Landgericht Köln hat die Klage abgewiesen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner vom Senat zugelassenen Sprungrevision.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Landgericht hat einen Verstoß der beanstandeten Werbung gegen das Transparenzgebot des § 4 Nr. 4 UWG verneint. Hierzu hat es ausgeführt:

5 § 4 Nr. 4 UWG verlange nicht die Angabe der Vorratsmenge. Es liege nahe, unter „Bedingungen für die Inanspruchnahme“ allein solche Umstände zu verstehen, die der Verbraucher selbst gestalten müsse, um in den Genuss der ausgedehnten Vorteile zu kommen. Aber auch wenn man mit dem Oberlandesgericht Köln (GRUR-RR 2006, 57, 58) unter „Bedingungen für die Inanspruchnahme“ zukünftige Ereignisse jedweder Art verstehe, könne von der Beklagten eine nähere Angabe zur Angebotsmenge nicht verlangt werden, da sie sinnlos wäre. Denn eine Angabe der Stückzahl helfe dem Verbraucher nicht bei seiner Entscheidung, ob es sich lohne, etwa am Abend des ersten Tages der Werbeaktion das Ladenlokal aufzusuchen oder nicht.

6 II. Die Revision bleibt ohne Erfolg. Das Landgericht hat die Vorschrift des § 4 Nr. 4 UWG zu Recht nicht auf den Streitfall angewendet.

7 1. Der Unterlassungsantrag ist entgegen der Auffassung der Beklagten nicht zu unbestimmt. Es ist nicht erforderlich, den Zusatz „Solange der Vorrat reicht“ näher zu erläutern.

8 Die Klage wendet sich nur gegen den Zusatz „Solange der Vorrat reicht“ ohne jegliche weitere Erläuterungen. Der Gegenstand der Klage ist damit konkret bestimmt. Es ist allein Sache der Beklagten, im Falle ihrer Verurteilung ausreichende Erläuterungen zu finden.

9 2. Auf den in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch sind die Bestimmungen des am 30. Dezember 2008 in Kraft getretenen Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2949) anzuwenden, mit dem die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken umgesetzt worden ist. Der im Streitfall auf Wiederholungsgefahr gestützte Unterlassungsanspruch besteht allerdings nur, wenn die beanstandete Verhaltensweise auch schon zum Zeitpunkt ihrer Begehung wettbewerbswidrig war (st. Rspr.; vgl. BGH, Urt. v. 20. 1. 2005 - I ZR 96/02, GRUR 2005, 442 = WRP 2005, 474 - Direkt ab Werk [= GuT 2005, 72 KL]; Urt. v. 28. 6. 2007 - I ZR 153/04, GRUR 2008, 186 Tz. 17 = WRP 2008, 220 - Telefonaktion). Demgegenüber ist für den Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten allein die Rechtslage zum Zeitpunkt der Abmahnung maßgeblich (vgl. BGH, Urt. v. 19. 4. 2007 - I ZR 57/05, GRUR 2007, 981 Tz. 15 = WRP 2007, 1337 - 150% Zinsbonus). Die im vorliegenden Fall maßgebliche Vorschrift des § 4 Nr. 4 UWG hat

durch die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken keine Änderung erfahren. Es ist deshalb nicht erforderlich, zwischen der vor und nach dem 30. Dezember 2008 geltenden Rechtslage zu unterscheiden.

10 3. Die in § 4 Nr. 4 UWG vorgesehene Pflicht, über die Bedingungen der Inanspruchnahme von Verkaufsförderungsmaßnahmen zu informieren, steht mit der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in Einklang (vgl. BGH, Urt. v. 11. 3. 2009 - I ZR 194/06, GRUR 2009, 1064 Tz. 14 ff. = WRP 2009, 1229 - Geld-zurück-Garantie II).

11 4. Die beanstandete Werbung der Beklagten ist zwar eine Verkaufsförderungsmaßnahme i.S.des § 4 Nr. 4 UWG in Form einer Zugabe. Die Beklagte ist jedoch nicht verpflichtet, über die Angabe „solange der Vorrat reicht“ hinaus weitere Erläuterungen zu den beworbenen Zugaben zu geben.

12 a) Allerdings handelt es sich bei einer mengenmäßigen Beschränkung verfügbarer Zugaben nicht anders als bei der Befristung einer Werbeaktion um eine Bedingung für die Inanspruchnahme der Verkaufsförderungsmaßnahme (OLG Köln GRUR-RR 2006, 57, 58; Bruhn in Harte/Henning, UWG, 2. Aufl., § 4 Nr. 4 Rdn. 56; a.A. Steingass/Teworte, WRP 2005, 676, 684 f.).

13 Die in § 4 Nr. 4 UWG verwendete Formulierung geht auf Art. 6 lit. c der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr zurück. Im Interesse des mit dieser Bestimmung bezweckten Verbraucherschutzes ist der Begriff der Bedingung weit auszulegen (vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 4 Rdn. 4. 9). Entgegen der Auffassung des Landgerichts sind damit nicht nur Umstände gemeint, die in der Person des Verbrauchers liegen oder die der Verbraucher durch sein Verhalten beeinflussen kann. Der Begriff erfasst vielmehr alle aus der Sicht des Verbrauchers nicht ohne weiteres zu erwartenden Umstände, die die Möglichkeit einschränken, in den Genuss der Vergünstigung zu gelangen. Dies können auch mengenmäßige Beschränkungen einer in Aussicht gestellten Zugabe sein. Unbegründet ist demgegenüber die vom Landgericht geäußerte Befürchtung, dass bei einem objektiven Verständnis des Begriffs der Bedingung über eine Fülle von Umständen - wie etwa die Öffnungszeiten des fraglichen Geschäftslokals - informiert werden müsste, von denen die Gewährung der Vergünstigung ebenfalls abhängig sei. Dass eine in Aussicht gestellte Zugabe nur während der Öffnungszeiten des Geschäftslokals gewährt wird, stellt eine Einschränkung dar, die der Verbraucher ohne weiteres erwartet.

14 b) Der auf die Zugabe bezogene Hinweis „solange der Vorrat reicht“ genügt, um den Verbraucher darüber zu informieren, dass bei Erwerb der Hauptware mit der Vergünstigung nicht sicher gerechnet werden kann.

15 Wird mit einer Zugabe geworben, erwartet der Verbraucher, beim Erwerb der Hauptware die Zugabe zu erhalten. Für seine Entscheidung, sich näher mit dem beworbenen Angebot zu befassen, muss er wissen, ob diese Erwartung uneingeschränkt zutrifft oder ob die Zugabe nur in geringerer Menge als die Hauptware vorhanden ist. In letzterem Falle ist der auf die Zugabe bezogene Hinweis „solange der Vorrat reicht“ notwendig, aber auch ausreichend. Weitere Angaben darüber, in welchem Umfang die als Zugabe zu gewährende Ware vorhanden ist, sind im Interesse der Transparenz nicht geboten. Durch den auf die Zugabe bezogenen Hinweis „solange der Vorrat reicht“ erfährt der Verbraucher, dass die Zugabe nicht unbegrenzt und auch nicht im selben Umfang wie die beworbene Hauptware verfügbar ist. Er weiß in diesem Fall, dass keine Gewähr besteht, beim Erwerb der Hauptware auch in den Genuss der Zugabe zu kommen, und erkennt, dass sich seine Chancen durch einen raschen Kaufentschluss erhöhen. Weitere Informationen, etwa über die Anzahl der vom Unternehmen am Erscheinungstag der Werbung vor Geschäftsöffnung bereitgehaltenen Zugaben, könnten dem Verbraucher ohnehin keinen

Aufschluss darüber geben, ob er zu einem bestimmten Zeitpunkt, zu dem er das fragliche Geschäftslokal aufsuchen möchte, noch in den Genuss der Zugabe kommen kann.

16 c) Dies ändert nichts daran, dass der Hinweis „solange der Vorrat reicht“ im Einzelfall irreführend sein kann, wenn die bereitgehaltene Menge an Zugaben in keinem angemessenen Verhältnis zur erwarteten Nachfrage steht, so dass der Verbraucher auch innerhalb einer zumutbaren kurzen Reaktionszeit nach üblicher Kenntnisnahme von der Werbung von vornherein keine realistische Chance hat, in den Genuss der Zugabe zu gelangen. Eine solche Irreführung hat der Kläger indessen nicht behauptet. Sie ist auch nicht Gegenstand seines Antrags.

17 5. Da dem Kläger kein Unterlassungsanspruch zusteht, kann ihm auch keine Abmahnpauschale zugesprochen werden.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 12 UWG; §§ 683, 677, 667 BGB
Wettbewerb; Abmahnung; Kostentragung;
Schubladenverfügung**

a) Ein Aufwendungsersatzanspruch nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG besteht nur für eine Abmahnung, die vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens ausgesprochen wird.

b) Für eine Abmahnung, die erst nach Erlass einer Verbotsverfügung ausgesprochen wird, ergibt sich ein Aufwendungsersatzanspruch auch nicht aus Geschäftsführung ohne Auftrag.

(BGH, Urteil vom 7. 10. 2009 – I ZR 216/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin, ein Krankenversicherungsunternehmen, hat gegen die Beklagten am 11. Juli 2006 beim Landgericht Köln zwei auf Unterlassung bestimmter Werbemaßnahmen gerichtete einstweilige Verfügungen erwirkt. Eine Zustellung der Verbotsverfügungen veranlasste sie zunächst nicht. Ohne die im Verfügungsverfahren erwirkten Titel zu erwähnen, ließ die Klägerin die Beklagten mit anwaltlichem Schreiben vom 13. Juli 2006 wegen der Verletzungshandlungen abmahnen, die auch Gegenstand des Verfügungsverfahrens waren. Da die Beklagten die Abgabe von strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärungen verweigerten, ließ die Klägerin die am 11. Juli 2006 erwirkten Verbotsverfügungen nunmehr zustellen. Nachdem das Landgericht die Verbotsverfügungen trotz Widerspruch aufrechterhalten hatte, wurden sie von den Beklagten als endgültige Regelung anerkannt.

2 Die Klägerin nimmt die Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit auf Freistellung von den Kosten in Anspruch, die ihr durch die beiden anwaltlichen Abmahnschreiben vom 13. Juli 2006 entstanden sind.

3 Das Berufungsgericht hat die vom Landgericht für begründet erachtete Klage abgewiesen (OLG Köln WRP 2008, 379). Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter. Die Beklagten beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Klägerin stehe weder aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG noch aus anderen Rechtsgrundlagen ein Anspruch auf Freistellung von den ihr für die Abmahnschreiben entstandenen Kosten zu. Dazu hat es ausgeführt:

5 Die Vorschrift des § 12 Abs. 1 UWG regelt nach ihrem Wortlaut und Zweck ausschließlich den Ersatz von Kosten für vorgerichtliche Abmahnungen. Sie bietet hingegen keine Rechtsgrundlage für die Erstattung von Abmahnkosten, wenn die Abmahnung erst nach Erlass einer auf demselben Verstoß gestützten einstweiligen Verfügung ausgesprochen werde.

6 Ob in Fällen der vorliegenden Art ein Rückgriff auf die Vorschriften der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag in Betracht komme, könne offenbleiben. Die Kosten für eine nach Erlass einer Verbotsverfügung ausgesprochenen Abmahnung

seien jedenfalls nicht „erforderlich“ i.S. von § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG und stünden zudem im Gegensatz zum Kosteninteresse des Schuldners, dem durch die Abmahnung die Möglichkeit genommen werde, im Verfügungsverfahren durch sofortige Unterwerfung die Kostenfolge des § 93 ZPO herbeizuführen.

7 II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat zu Recht einen Anspruch der Klägerin auf Erstattung der Kosten für die beiden nach Erlass der Verbotsverfügungen ausgesprochenen Abmahnungen verneint. Dabei kann unterstellt werden, dass die Abmahnungen begründet - d.h. durch Wettbewerbsverstöße der Beklagten veranlasst - waren.

8 1. Ein Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten ergibt sich nicht aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG, weil die Abmahnungen erst zu einem Zeitpunkt an die Beklagten versandt wurden, als die Klägerin bereits Verbotsverfügungen gegen sie erwirkt hatte. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, folgt aus Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Zweck des § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG, dass Ersatz der Aufwendungen nur für Abmahnungen beansprucht werden kann, die vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens wegen desselben Wettbewerbsverstößes ausgesprochen worden sind.

9 a) Dem Wortlaut des § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG entsprechend wird der Aufwendungsersatzanspruch nur durch eine Abmahnung vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens ausgelöst. Nach § 12 Abs. 1 Satz 1 UWG soll der Gläubiger den Schuldner vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens abmahnen und ihm Gelegenheit geben, den Streit durch Abgabe einer mit einer angemessenen Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungsverpflichtung beizulegen. An die Regelung der vorgerichtlichen Abmahnung knüpft § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG unmittelbar mit der Formulierung an, dass der Anspruch auf Kostenerstattung besteht, „soweit die Abmahnung berechtigt ist“. Mithin ist in § 12 Abs. 1 Satz 1 UWG eine Obliegenheit zu einer vorgerichtlichen Abmahnung und in § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG der Anspruch auf Ersatz der zur Erfüllung dieser Obliegenheit erforderlichen Aufwendungen geregelt.

10 b) Auch nach der Entstehungsgeschichte und dem Zweck der Vorschrift besteht der Kostenerstattungsanspruch nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG nur für eine Abmahnung, die vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens ausgesprochen wird.

11 aa) Die Bestimmung des § 12 Abs. 1 UWG regelt das von der Rechtsprechung entwickelte Institut der Abmahnung und Unterwerfung sowie den Aufwendungsersatzanspruch (so die Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drucks. 15/1487, S. 25). Nach dieser Rechtsprechung dient die durch eine Verletzungshandlung veranlasste Abmahnung im Regelfall dem wohlverstandenen Interesse beider Parteien, da sie das Streitverhältnis auf einfache, kostengünstige Weise vorprozessual beenden und einen Rechtsstreit vermeiden soll (BGH, Urt. v. 19. 6. 1986 - I ZR 65/84, GRUR 1987, 54, 55 = WRP 1986, 672 - Aufklärungspflicht des Abgemahnten; s. auch BGH, Beschl. v. 20. 10. 2005 - I ZB 21/05, GRUR 2005, 439 Tz. 12 = WRP 2006, 237 - Geltendmachung der Abmahnkosten). Dementsprechend wird die Abmahnung in der Begründung des Gesetzentwurfs ausdrücklich als Mittel zur außergerichtlichen Streitbeilegung in Wettbewerbsstreitigkeiten bezeichnet, durch das der größte Teil der Wettbewerbsstreitigkeiten erledigt werde (BT-Drucks. 15/1487, S. 25).

12 bb) Auf dieses Rechtsinstitut der vorgerichtlichen Abmahnung bezieht sich auch die Regelung des Aufwendungsersatzanspruchs in § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG. Entgegen der Ansicht der Revision ergeben sich weder aus der Gesetzesbegründung noch aus der Rechtsprechung des Senats Anhaltspunkte dafür, dass der Anwendungsbereich der Obliegenheit nach § 12 Abs. 1 Satz 1 UWG zwar auf die vorgerichtliche Abmahnung beschränkt ist, die Kostenerstattung nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG aber einen davon unabhängigen Regelungsbereich hat und sich ohne jede Beschränkung als allgemeine Rechtsfolge

einer begründeten Abmahnung darstellt. Nach der Gesetzesbegründung zu § 12 Abs. 1 UWG sollte das Rechtsinstitut der vorgerichtlichen Abmahnung vielmehr einheitlich geregelt werden. Dementsprechend sind die vorgerichtliche Abmahnung und der daraus resultierende Aufwendungsersatzanspruch von der Rechtsprechung auch stets einheitlich nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag entwickelt worden, um einen kostspieligen Rechtsstreit zu vermeiden (grundlegend BGHZ 52, 293, 299 f. - Fotowettbewerb; st. Rspr. unter der Geltung des UWG a.F., vgl. BGHZ 115, 210, 212 - Abmahnkostenverjährung; 149, 371, 374 - Missbräuchliche Mehrfachabmahnung; BGH, Urt. v. 4. 10. 1990 - I ZR 39/89, GRUR 1991, 550, 552 = WRP 1991, 159 - Zaublasur).

13 2. Das Berufungsgericht hat zu Recht auch einen Anspruch der Klägerin auf Freistellung von den für die beiden Abmahnschreiben entstandenen Kosten aus § 683 Satz 1, §§ 677, 667 BGB verneint, weil die Abmahnungen jedenfalls nicht im Interesse der Beklagten lagen.

14 a) Im Streitfall kommt es daher nicht darauf an, dass die Beklagten von den gegen sie erwirkten Verbotsverfügungen keine Kenntnis hatten. Für die Frage, ob eine Abmahnung im Interesse des Schuldners liegt, ist auf die objektiven Umstände im Zeitpunkt der Abmahnung abzustellen. Nach der Rechtsprechung des Senats zum Aufwendungsersatzanspruch auf der Grundlage einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag ist entscheidend, ob die Abmahnung nach objektiver Betrachtung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Schuldners entspricht (vgl. BGHZ 149, 371, 375 - Missbräuchliche Mehrfachabmahnung; Bornkamm in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 12 Rdn. 1. 91).

15 b) Die hier in Rede stehenden Abmahnungen der Klägerin entsprachen objektiv nicht dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen der Beklagten.

16 aa) Anders als bei einer vor Einleitung eines Gerichtsverfahrens ausgesprochenen Abmahnung besteht kein Interesse des Schuldners, nach Erlass einer Verbotsverfügung noch abgemahnt zu werden. Unerheblich ist, dass sich die Situation für den Abgemahnten, der nichts von der erlassenen Beschlussverfügung weiß, nicht anders darstellt, als wenn er vorgerichtlich abgemahnt worden wäre. Zwar erhält der Schuldner auch durch die nachgeschaltete Abmahnung Gelegenheit, eine den Streit beilegende Unterwerfungserklärung abzugeben. Diese Möglichkeit stünde ihm aber auch offen, wenn ihm die Verbotsverfügung sogleich zugestellt würde. Entscheidend ist, dass der Schuldner den Rechtsstreit im Falle der nachgeschalteten Abmahnung durch eine Unterwerfungserklärung nicht mehr vermeiden kann.

17 bb) Zweck der Abmahnung ist es, dem Schuldner, der sich nicht streitig stellt, eine Möglichkeit zu geben, den Streit kostengünstig beizulegen. Die nachgeschaltete Abmahnung vermittelt eine solche kostengünstige Möglichkeit nicht. Ist bereits eine einstweilige Verfügung gegen den Schuldner erlassen worden, ist es für den Schuldner am kostengünstigsten, wenn ihm die Verfügung zugestellt wird und er gegen diese Verfügung Kostenwiderspruch einlegt oder eine Unterwerfungserklärung abgibt. Ein auf die Kosten beschränkter Widerspruch des Schuldners hat in der Regel zur Folge, dass die für den Erlass der Verbotsverfügung entstandenen Kosten nach § 93 ZPO vom Gläubiger zu tragen sind. Denn der Schuldner eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs, der vor Einleitung des gerichtlichen Verfahrens nicht abgemahnt wurde, wird grundsätzlich so behandelt, als habe er keine Veranlassung zur Klage gegeben (vgl. BGH, Urt. v. 19. 10. 1989 - I ZR 63/88, GRUR 1990, 381, 382 = WRP 1990, 276 - Antwortpflicht des Abgemahnten; Beschl. v. 21. 12. 2006 - I ZB 17/06, GRUR 2007, 629 Tz. 13 = WRP 2007, 781 [= GuT 2007, 254 KL] - Zugang des Abmahnschreibens; BGH GRUR 2006, 439 Tz. 12 - Geltendmachung der Abmahnkosten). Diese Regelung beruht auf der Erwägung, dass ein Gläubiger nur dann ohne Kostenrisiko gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen soll, wenn er davon aus-

gehen muss, sein Ziel ohne Klage- oder Verfügungsverfahren nicht erreichen zu können (Bornkamm in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 12 Rdn. 1. 8; Fezer/Büscher, UWG, § 12 Rdn. 3). Dasselbe Ergebnis kann der Schuldner in dieser Situation durch eine Unterwerfungserklärung erreichen. Sie nötigt den Gläubiger dazu, den gestellten Verfügungsantrag in der Hauptsache für erledigt zu erklären. Stimmt der Schuldner der Erledigung zu, muss nach § 91a ZPO über die Kosten des Verfügungsverfahrens entschieden werden, wobei wiederum der Rechtsgedanke des § 93 ZPO zu Gunsten des Schuldners heranzuziehen ist, der - weil nicht abgemahnt - keine Veranlassung zur Inanspruchnahme des Gerichts gegeben hat (vgl. Bornkamm in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO Rdn. 1. 9).

18 cc) Ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass die Beklagten die Abmahnung im Streitfall nicht zum Anlass genommen haben, sich zu unterwerfen. Denn dies ändert nichts daran, dass die Abmahnung nicht in ihrem Interesse lag. Im Übrigen kann der Abgemahnte, der es für möglich hält, dass der Gläubiger gegen ihn bereits eine einstweilige Verfügung erwirkt hat, nur dadurch der Kostenlast der (begründeten) Abmahnung entgehen, dass er sich zunächst streitig stellt und auf diese Weise die Zustellung der Verfügung erzwingt. Auch der Umstand, dass die Beklagten die ihnen zugestellten Beschlussverfügungen nicht hingenommen, sondern unbeschränkt Widerspruch erhoben haben (mit der Folge, dass ihnen nach Aufrechterhaltung der Verfügungen die Kosten des Verfügungsverfahrens auferlegt wurden), begründet nicht ihr Interesse, noch abgemahnt zu werden, nachdem gegen sie bereits Beschlussverfügungen ergangen waren.

19 dd) Unabhängig davon, wie der Schuldner reagiert, liegt die nach Erlass der Beschlussverfügung ausgesprochene Abmahnung nicht in seinem Interesse. Im Streitfall verhält es sich nicht anders. Die Klägerin hat durch die Verbotsverfügungen eine Lage geschaffen, in der eine spätere Abmahnung objektiv nicht (mehr) im Interesse der Beklagten lag.

20 III. Danach ist die Revision der Klägerin mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 3, 50, 54, 66 MarkenG; § 6 PatKostG; § 322 ZPO
Markenschutz; Legosteine als Marke gelöscht**

a) Die Grundsätze des § 322 ZPO sind auf bestandskräftige Entscheidungen des Deutschen Patent- und Markenamts im Lösungsverfahren übertragbar.

b) Hat der Beschwerdeführer im markenrechtlichen Beschwerdeverfahren gemäß § 66 MarkenG die Beschwerdegebühr nicht gezahlt, tritt die daran anknüpfende Rechtsfolge des § 6 Abs. 2 PatKostG kraft Gesetzes ein. Die in § 23 Abs. 1 Nr. 4 RPfIG vorgesehene Entscheidung des Rechtspflegers, dass die Beschwerde als nicht erhoben gilt, hat nur deklaratorische Bedeutung.

c) Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Zeichen (hier: der Legosteine) ausschließlich aus einer Form besteht, die zur Erreichung einer technischen Wirkung i.S. von § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG erforderlich ist, sind diejenigen Merkmale außer Betracht zu lassen, die die Grundform der Warengattung ausmachen. Dienen die verbleibenden Merkmale ausschließlich der Herbeiführung einer technischen Wirkung (hier: Verbindung der Spielbausteine), ist die Warenform nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG vom Markenschutz auch dann ausgenommen, wenn die technische Lösung (hier: Klemmwirkung durch Kupplungselemente in Form von Noppen) durch unterschiedlich ausgestaltete Merkmale (hier: unterschiedlich geformte Noppen) erreicht werden kann.

(BGH, Beschluss vom 16. 7. 2009 – I ZB 53/07)

Hinw. d. Red.: S. dazu BGH-Pressemitteilung Nr. 158/2009 vom 17. 7. 2009:

»Legosteine als Marke gelöscht

Der unter anderem für das Markenrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat gestern über die Rechtsbeständigkeit der Eintragung eines Legosteins als Marke entschieden.

Ein Legosteine mit der typischen Noppenanordnung auf der Oberseite war vom Deutschen Patent- und Markenamt im Jahre 1996 als dreidimensionale Marke für die Ware „Spielbausteine“ eingetragen worden. Dagegen richteten sich mehrere Lösungsanträge, weil nach Meinung der Antragsteller die dreidimensionale Marke nicht hätte eingetragen werden dürfen.

Der Bundesgerichtshof hat die vom Bundespatentgericht ausgesprochene Löschung der Marke bestätigt (Beschlüsse vom 16. 7. 2009 – I ZB 53/07 und 55/07). Er hat angenommen, dass der Legosteine von der Eintragung als dreidimensionale Marke nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ausgeschlossen ist. Nach dieser Bestimmung sind Zeichen dem Markenschutz nicht zugänglich, wenn sie ausschließlich aus einer Form bestehen, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist. Der Vorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG liegt der Rechtsgedanke zugrunde, dass im Allgemeininteresse Formen vom Markenschutz freigehalten werden müssen, deren wesentliche Merkmale eine technische Funktion erfüllen.

Der Bundesgerichtshof ist davon ausgegangen, dass für die Frage der Eintragung des Spielbausteins als Marke ausschließlich auf die Klemmnoppen auf der Oberseite des Spielsteins abzustellen ist. Die quaderförmige Gestaltung des Steins kann für den Markenschutz nicht berücksichtigt werden, weil es sich um die Grundform der Warengattung handelt, die nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG nicht geschützt werden kann. Die Noppen auf der Oberseite des Spielsteins haben ausschließlich eine technische Funktion. Sie sind im Zusammenwirken mit der Gestaltung der Innenseite des Spielsteins Teil des für Lego typischen Klemmsystems. Über weitergehende nicht technische Gestaltungsmerkmale verfügt der Legobaustein nicht. Die technischen Bestandteile des Spielsteins müssen aber im Interesse der Wettbewerber vom Markenschutz freigehalten werden.«

*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

www.prewest.de info@prewest.de

www.gut-netzwerk.de

www.gmbbl.de

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH

Postfach 30 13 45, 53193 Bonn, Fax: 02 28 / 47 09 54

Besteuerung

Steuern – Umschau Januar 2010
RiFG i.R. Karl-Christian Callsen, Erfstadt-Liblar

Einkünfteerzielungsabsicht bei jahrelangem Leerstand eines Gebäudes

Die verwitwete, in 1920 geborene Klägerin (Kl) ist Vorbehaltsnießbraucherin eines Wohn- und Geschäftsgrundstücks, auf dem in 1976 ein dreigeschossiges Gebäude für DM 900.000,- errichtet wurde. Im Erdgeschoss, Keller und ersten Obergeschoss sind ein Ladengeschäft, Lager- und Personalräume seit Gebäudefertigstellung gewerblich vermietet. Eine 3-Zi-Wohnung im 1.OG von 119,46 qm, eine weitere 3-Zi-Wohnung im 2.OG von 197,63 qm und eine solche im Dachgeschoss von 103,26 qm stehen seit 1976 leer, ebenso einige Räume in den obigen Geschossen, die in 1988 für gewerbliche Vermietungen umgebaut wurden. Das FA erkannte die auf die leer stehenden Räumlichkeiten entfallenden Aufwendungen von € 3.690,- mangels einer ernsthaften Vermietungsabsicht bei der Veranlagung des Streitjahres 2003 nicht als Werbungskosten aus Vermietung und Verpachtung an. Nach abweisender Einspruchsentscheidung blieb auch die Klage zum FG Rheinland-Pfalz (Urteil vom 23. 7. 2008) erfolglos. Es verneinte die Einkünfteerzielungsabsicht der Kl. Sie habe zwar in 1989 und 1993 einen Makler beauftragt. Interessenten hätten die Lage der Räume in dem OG ohne Aufzug als ungeeignet abgelehnt. Dies hätte die Kl zum Anlass nehmen müssen, das Objekt an die Erfordernisse des Marktes anzupassen.

Die Revision der Kl zum BFH (Urteil vom 25. 6. 2009 in DB 2009,2581) wurde als unbegründet zurückverwiesen. Aufwendungen für eine leer stehende Wohnung sind als vorab entstandene WK abzugsfähig, wenn der Stpfl. sich endgültig entschlossen hat, daraus durch Vermieten weiterhin Einkünfte zu erzielen. Dieser endgültige Entschluss zu vermieten - die Einkünfteerzielungsabsicht - muss sich anhand ernsthafter und nachhaltiger Vermietungsbemühungen belegen lassen. Zeige sich aufgrund bislang vergeblicher Vermietungsbemühungen, dass für das Objekt, so wie es baulich gestaltet ist, kein Markt besteht und das Objekt deshalb nicht vermietbar ist, muss der Stpfl. zielgerichtet darauf hinwirken, unter Umständen auch durch bauliche Umgestaltungen - wie hier z. B. Einbau eines Fahrstuhls - einen vermietbaren Zustand des Objekts zu erreichen. Die Kl unterließ dies und nahm einen jahrelangen Leerstand der Räume hin, das FG sprach ihr deshalb zu Recht einen fortbestehenden Vermietungsentschluss ab. Ein strukturelles Überangebot von Objekten wegen ungünstiger örtlicher Entwicklungen hatte das FG nicht festgestellt.

Die Kl sollte froh sein, dass das FA die anteiligen WK für die von 1976 bis 2002 leer gestandenen Wohnungen anerkannt hat.

Mit Auflagen verbundene Baukostenzuschüsse für Altenpflegeheim

Die Klägerin (Kl, GbR) ist Eigentümerin eines Altenpflegeheims und war aufgrund eines Erbbaurechtsvertrags mit der Stadt verpflichtet, dieses Altenheim bis 2052 zu betreiben. In den Jahren 1993 bis 1997 führte sie umfangreiche Neubau-, Umbau-, Sanierungs- und Modernisierungsarbeiten durch. Hierbei entstanden u. a. in 1996 neue Wohnungen im Komplex „Betreutes Wohnen“. Mit Bescheid vom 19. 9. 1996 wurde ihr gem. Artikel 52 Pflege-Versicherungsgesetz ein Baukostenzuschuss von 16,3 Mio. DM und ein rückzahlbarer Baukostenzuschuss von 3,3 Mio. DM gewährt. Die Kl wurde in dem Bescheid verpflichtet, alte, kranke und behinderte Menschen mit einem besonderen Pflege- und Betreuungsbedarf auf Anforderung des Trägers der Sozialhilfe aufzunehmen. Außerdem wurde dem Land beim betreuten Wohnen ein Belegungsrecht und eine Mietbindung vorbehalten. Die Stadt gewährte der Kl mit Bescheid

vom 5. 12. 1996 eine Zuwendung von 933.750,- DM für die Errichtung von 40 Plätzen Betreutes Wohnen. Die Kl behandelte die Zuschüsse als Investitionszuschuss und kürzte dementsprechend die Herstellungskosten. Nach einer Außenprüfung behandelte das FA die Zuschüsse von 19,4 Mio. DM als eine Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung des Grundstücks, verteilt auf 10 Jahre und erhöhte damit die Einkünfte der Kl aus V+V um jährlich 1,6 Mio. DM. Nach erfolgloser Einspruchsentscheidung gab das FG Berlin-Brandenburg mit Urteil vom 16. 1. 2008 (EFG2008,1614) der Klage teilweise statt. Die Zuschüsse zum Altenheim seien zwar keine Einnahmen aus V+V, wohl aber die für „Betreutes Wohnen“ wegen des vorbehaltenen Belegungsrechts.

Erst der BFH gab mit Urteil vom 14. 7. 2009 (ZSteu 2009,S.R1066) der Klage im vollen Umfang statt. Er bestätigte zunächst das Urteil hinsichtlich der Zuschüsse für das Altenpflegeheim, hob es jedoch auf hinsichtlich des Komplexes „Betreutes Wohnen“. Bei diesen Zuschüssen handele es sich nicht um von einem Dritten erbrachte Gegenleistung für das Überlassen des Gebrauchs oder der Nutzung des Grundstücks, sondern um eine Minderung der Herstellungskosten. Vorrangig sei hier die erstmalige Errichtung solcher Pflegeeinrichtung.

Auch hier zeigt sich einmal mehr, dass man erst beim BFH vollen Klageerfolg hat.

Erstattetes Disagio als Werbungskosten bei Mieteinkünften

Der Kläger (Kl) erwarb im Streitjahr 2003 eine im Bau befindliche ETW einschl. Tiefgaragenplatz von einer städtischen Wohnungsbaugesellschaft für € 178.350,-. Er finanzierte die Anschaffung mit zwei Darlehen bei der Sparkasse, wobei er ein Darlehen der städt. Wohnungsbaugesellschaft teilweise, soweit es auf seine ETW entfiel, übernahm für 3,99% p. a. einschl. Zinsbindung. Er verpflichtete sich, das von der Verkäuferin an die Sparkasse in 2002 gezahlte Disagio anteilig zu erstatten. Dementsprechend wurde im notariellen Kaufvertrag vom 9. 12. 2003 vereinbart, dass der Kaufpreis von € 193.810,- sich zusammensetzt aus dem Entgelt für den Grundbesitz von € 178.350,- sowie dem anteiligen, aus der Finanzierung übernommenen Disagio von € 15.460,-. Die ETW hatte der Kl seit Februar 2004 vermietet. Das FA lehnte mit EStB 2003 vom 11. 1. 2006 den Ansatz des Disagios einschl. damit zusammenhängender Kosten von € 16.046,- als WK bei den Einkünften des Kl aus V+V ab, auch in seiner Einspruchsentscheidung. Dieser Betrag sei Anschaffungsaufwand. Das FG Düsseldorf gab mit Urteil vom 24. 7. 2008 der Klage statt (EFG 2008,1872), Die Revision des FA ist unbegründet, der BFH bestätigte mit Urteil vom 12. 5. 2009 (BFH/NV 2009,1629) das Urteil der Vorinstanz.

Werde eine Vereinbarung über die Erstattung des Disagios unabhängig vom Kaufvertrag getroffen, gehört dieses nicht zum Kaufpreis und damit nicht zu den Anschaffungskosten. Es handelt sich dann um Finanzierungskosten und damit um sofort abzugsfähige Werbungskosten. Notwendig sei insoweit eine klare Vereinbarung, aus der sich Grund und Höhe der erstatteten Aufwendungen entnehmen lassen. Unschädlich sei, dass Verkauf und Schuldübernahme in einer Notarurkunde vollzogen seien. Der Kl habe die Erstattungszahlung maßgeblich deshalb getätigt, weil er die günstigen Finanzierungskosten selbst erlangen wollte.

Wenn das Disagio bei dem Immobilienverkauf als kalkulatorischer Teil des Kaufpreises berücksichtigt worden wäre, dann wäre es Anschaffungsaufwand gewesen. Diese Differenzierung dürfte nur wenigen Steuerberatern geläufig sein, zeigt aber einmal mehr, dass das Steuerrecht immer mehr ein Recht nur für Spezialisten ist.

Außergewöhnliche wirtschaftliche Abnutzung bei Mietrückgang?

Der Kläger (Kl) erwarb für DM 587.793,- in 1994 drei ETW, die er - abgesehen von vorübergehenden, kürzeren Leerstandszeiten - durchgehend bis zum Ende des Streitjahres 2006 vermietete. In seiner EStE für das Streitjahr machte er bei seinen Einkünften aus V+V für die drei ETW eine Absetzung für außergewöhnliche wirtschaftliche Abnutzung (AfAWA) von € 24.143,- geltend. In einer Wohnungseigentümerversammlung vom 2. 11. 2006 sei ihm bekannt geworden, dass er für seine Immobilien nur noch € 432,-/qm erzielen könne. Durch die anhaltende „Westflucht“ junger Anwohner seien die Objekte nur eingeschränkt und mit erheblichen Abschlägen vermietbar und zudem auch nahezu unverkäuflich. Das FA erkannte die AfAWA nicht an. Nach abschlägiger Einspruchsentscheidung wies das FG Schleswig-Holstein mit Urteil vom 4. 6. 2009 (DStR 2009, 1358; Revision zum BFH unter IX R 27/09) die Klage ab.

Die Objekte seien in ihrer wirtschaftlichen Nutzungsfähigkeit, nämlich ihrer objektiven Eignung zur Erzielung von Vermietungseinkünften, nicht beeinträchtigt. Die rein hypothetische Befürchtung des Kl, die Wohnungen nach Beendigung der derzeitigen Mietverhältnisse nur unter erhöhten Schwierigkeiten weiter vermieten zu können, begründet keine Einschränkung ihrer wirtschaftlichen Nutzungsmöglichkeit. Vom Kl im Termin vom 4. 6. 2009 vorgetragen, eine Wohnung stehe seit November 2008 leer, habe keine Auswirkung auf das Streitjahr. Die ETW waren im Streitjahr auch kostendeckend vermietet. Ein gesunkener Ertragswert und Verkaufswert hätten keinen Einfluss auf die allein maßgebliche Veränderung der Dauer der wirtschaftlichen Nutzungsfähigkeit der drei ETW. Eine dauerhafte Minderung des Verkaufswertes könnte im Übrigen nur durch eine Teilwertabschreibung berücksichtigt werden, die jedoch bei Einkünften aus V+V unzulässig sei.

Bekanntgabe eines Steuerbescheids mit einfachem Brief

Der Kläger (Kl) unterhielt in den Streitjahren 2001 und 2002 einen Gewerbebetrieb in M. Er wohnte in H. Am 8. 1. 2003 stellte das FA mit Feststellungsbescheid die gewerblichen Einkünfte 2002 im Wege der Schätzung fest und fügte diesem an die Geschäftsadresse in M. adressierten Bescheid zugleich einen Bescheid über einen festgesetzten Verspätungszuschlag betr. die Erklärung 2001 bei. Mit weiterem Bescheid vom 2. 2. 2004 stellte es den gewerblichen Gewinn 2002 im Schätzungsweg fest, nunmehr an die Wohnanschrift in H. adressiert. Am 4. 5. 2004 reichte der Kl die Erklärungen betr. Feststellungen des Gewinns 2001 und 2002 ein. Unter Hinweis auf die Bestandskraft der Schätzungsbescheide lehnte das FA deren Änderungen ab. Der Kl machte geltend, die Bescheide hätten ihn nicht erreicht. Möglicherweise habe sein älterer Vermieter aus dem gemeinsamen Hausbriefkasten die Postsendungen entnommen in der Annahme, es handle sich um an ihn gerichtete Sendungen. Der Einspruch blieb erfolglos, mit Einspruchsentscheidung verblieb das FA bei seiner Auffassung. Ebenso das FG Baden-Württemberg wies mit Urteil vom 13. 2. 2008 die Klage ab.

Der BFH jedoch hob mit Urteil vom 29. 4. 2009 (HFR 2009, 1165) das Urteil der Vorinstanz auf und verwies zurück. Wenn ein Stpfl. bestreite, einen mit einfachem Brief versandten Steuerbescheid überhaupt bekommen zu haben, obliegt dem FA der volle Beweis über den Zugang. Werde der Zugang vom Stpfl. bestritten, könne von ihm nicht verlangt werden, er müsse dies substantiiert darlegen, weil er hierzu nicht in der Lage sei. Das FG sah es als ausreichend an, dass der Einwurf von Postsendungen in einen gemeinsamen Hausbriefkasten für einen Zugang genüge. Diese Schlussfolgerung durfte das FA nicht ziehen, dass die Postsendungen ihm i.S.d. § 122 AO entgegen seiner Behauptung zugegangen seien. Das FG habe nunmehr im zweiten Rechtsgang in seinem Urteil als Indizien dargestellte Tatsachen erneut zu würdigen, auch den Umstand, dass der Kl den Zugang von zwei zu unterschiedlichen Zeitpunkten an ihn versendeten Postsendungen bestritten und einer Umbuchung eines USt-Guthabens auf den Verspätungszuschlag 2001 nicht widersprochen habe.

§ 8 KAG Kanalanschlussbeitrag; Entwässerungsanlage der Nachbargemeinde

Ein Kanalanschlussbeitrag zum Ersatz des Aufwandes für die Herstellung der Entwässerungsanlage setzt voraus, dass die die Beitragshöhe bestimmenden Herstellungsentscheidungen von der Gemeinde und nicht von einem Dritten getroffen werden. Die Gemeinde muss im Hinblick auf die beitragsfinanzierte Tätigkeit „das Heft in der Hand haben“.

Wird ein Grundstück unmittelbar an die Entwässerungsanlage einer Nachbargemeinde angeschlossen, kann die Gemeinde, in der das Grundstück liegt, keinen Anschlussbeitrag erheben.

(OVG Münster, Beschluss vom 12. 8. 2009 – 15 A 2267/07)

Zum Sachverhalt: Die Stadt A. schloss mit der benachbarten Stadt N. eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung, wonach ein bestimmtes Grundstück der Stadt A. direkt über die Entwässerungsanlage der Stadt N. entwässert werden sollte. Insoweit sollte die Abwasserbeseitigungsaufgabe durch die Stadt N. durchgeführt werden, wobei die Stadt A. aber abwasserbeseitigungspflichtig bleiben sollte. Die Stadt A. verpflichtete sich, an die Stadt N. einen Betrag, der dem Anschlussbeitrag nach der Satzung der Stadt N. entsprach, zu zahlen. Das Grundstück wurde sodann unmittelbar an die Entwässerungsanlage der Stadt N. angeschlossen. Die Stadt A. setzte nach ihrer eigenen Anschlussbeitragsatzung einen Anschlussbeitrag fest. Die dagegen erhobene Klage war in beiden Instanzen erfolgreich.

Aus den Gründen: Der Beitragsbescheid kann sich nicht auf § 8 KAG NRW stützen. Nach § 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 KAG NRW können Gemeinden Beiträge zum Ersatz des Aufwandes für die Herstellung, Anschaffung und Erweiterung öffentlicher Einrichtungen und Anlagen erheben. Die Beitragspflicht entsteht gemäß § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG NRW, sobald das Grundstück an die Einrichtung oder Anlage angeschlossen werden kann. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Das Grundstück kann nur angeschlossen werden und ist angeschlossen an die Entwässerungsanlage der Stadt N., die die Stadt A. weder hergestellt noch angeschafft hat, so dass ihr dafür auch kein Aufwand entstanden ist. Insoweit ist allein Herstellungsaufwand der Stadt N. entstanden.

Zu Unrecht meint der Beklagte, der in der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung vereinbarte Ablösebetrag in Höhe des voraussichtlichen Anschlussbeitrags nach der Beitragsatzung der Stadt N. sei Herstellungsaufwand der Stadt A. Der Ablösebetrag mag in der Tat die Funktion einer Beteiligung an den Kosten der Herstellung der Entwässerungsanlage der Stadt N. haben. Das macht diesen Ablösebetrag aber ebenso wenig zum Herstellungsaufwand der Stadt A., wie Anschlussbeiträge selbst kein Herstellungsaufwand sind, sondern nur dessen Deckung dienen. Mit dem hoheitlich erhobenen Beitrag soll nicht ein irgendwie der Gemeinde entstandener Aufwand im Hinblick auf die Herstellung einer öffentlichen Einrichtung abgedeckt werden, sondern Aufwand, der durch gemeindliche Herstellung entstanden ist. Mit dem Beitrag wird aufwändige Gemeindetätigkeit, nicht bloß Aufwand als solcher finanziert. Zwar kann sich die Gemeinde bei der Herstellung eines Dritten als Erfüllungshelfen bedienen. Das bedingt aber, dass die die Beitragshöhe bestimmenden Herstellungsentscheidungen auch von der Gemeinde und nicht von einem Dritten getroffen werden. Die Gemeinde muss im Hinblick auf die beitragsfinanzierte Tätigkeit „das Heft in der Hand haben“ (vgl. OVG Münster, Beschluss vom 30. 6. 2008 – 15 A 699/06 –, S. 4 des amtlichen Umdrucks).

Der Ablösebetrag stellt daher nur eine teilweise Erstattung der Kosten der Herstellung der Entwässerungsanlage der Stadt N. durch die Stadt N. und nicht Aufwand der Herstellung der Entwässerungsanlage der Stadt A. durch die Stadt A. dar.

Der mit dem Ablösebetrag entstandene Aufwand kann auch nicht als Anschaffungsaufwand der Stadt A. verstanden werden. Sie hat die Entwässerungsanlage der Stadt N. nicht angeschafft und daher auch insofern keinen Aufwand gehabt. Anschaffung erfordert im allgemeinen Sprachgebrauch den Erwerb eines Vermögensgegenstandes (vgl. § 255 Abs. 1 Satz 1 HGB). Sie ist der Fremdbezug eines Vermögensgegenstandes auf rechtsgeschäftlicher Grundlage (vgl. Graf von Kanitz, Bilanzkunde für Juristen, S. 259).

Hier geht es um die Anschaffung der öffentlichen Entwässerungsanlage. Nicht diese ist mit der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung erworben worden, sondern die Möglichkeit der Nutzung der Entwässerungsanlage der Stadt N. zur Erfüllung der Abwasserbeseitigungspflicht der Stadt A. Es mag dabei durchaus sein, dass die Entwässerungsanlage der Stadt N. insoweit auch Teil der Entwässerungsanlage der Stadt A. ist und daher auch für die Benutzung von der Stadt A. Entwässerungsgebühren erhoben werden können. Soweit es aber um Investitionen in die Entwässerungsanlage der Stadt N. geht, handelt es sich weder um Herstellungs- noch um Anschaffungsaufwand der Stadt A., weil diese insoweit nichts hergestellt und nichts angeschafft hat. Derartige Kosten können allenfalls, soweit sich die Stadt A. daran beteiligt, als Teil des Fremdleistungsentgelts in die Gebührenkalkulation eingestellt werden, vgl. § 6 Abs. 2 Satz 4 KAG NRW (vgl. Queitsch, Benutzungsgebühren und interkommunale Zusammenarbeit, KStZ 2009, 21 (24), mit der zutreffenden Parallele zur Durchführung der Abfallentsorgung durch einen Dritten).

Schließlich kann der beitragsfähige Aufwand auch nicht damit begründet werden, dass die Entwässerungsanlage der Stadt N. auch Teil der Entwässerungsanlage der Stadt A. sei, die eine rechtliche und wirtschaftliche Einheit bildeten (so § 1 Abs. 2 Satz 2 der - hier allerdings zeitlich nicht anwendbaren - Abwasserbeseitigungssatzung der Stadt A. - ABS -), für die Aufwand angefallen sei.

Richtig ist, dass eine Gemeinde mehrere von ihr betriebene Entwässerungsanlagen, die - etwa in verschiedenen Ortsteilen - technisch voneinander getrennt sind, zu einer rechtlich einheitlichen Entwässerungsanlage zusammenfassen und einen einheitlichen Beitrag festsetzen kann, anstatt mehrere rechtlich verschiedene Entwässerungsanlagen mit je eigenem Beitragsatz zu betreiben. Allerdings ist Voraussetzung, dass die verschiedenen zusammen gefassten technischen Entwässerungsanlagen wirtschaftlich und rechtlich eine Einheit bilden, wie sie in dem einheitlichen Betrieb der Ortsentwässerung (z. B. in der einheitlichen Wartung und Unterhaltung durch gemeinsames Personal und in der haushaltsrechtlichen und finanzwirtschaftlichen Einheit) zum Ausdruck kommt (vgl. OVG Münster, Urteile vom 22.1.1979 - II A 1796/77 -, S. 17 f. des amtlichen Umdrucks, vom 9.3.1977 - II A 1665/74 -, S. 7 des amtlichen Umdrucks, und vom 17.11.1975 - II A 203/74 -, OVG 31, 252 (253 ff.)).

Daran fehlt es hier: Die Entwässerungsanlage der Stadt N., an die allein das klägerische Grundstück angeschlossen ist, wird nicht zusammen mit der Entwässerungsanlage der Stadt A. in Form eines einheitlichen Betriebs geführt, auch nicht nur beschränkt auf den für das klägerische Grundstück in Anspruch genommenen Teil, soweit dieser überhaupt abgrenzbar ist. Vielmehr wird die Entwässerungsanlage der Stadt N. lediglich zur Erfüllung der Abwasserbeseitigungspflicht der Stadt A. im Wege einer Fremdleistung in Anspruch genommen, aber ausschließlich von der Stadt N. betrieben. Damit scheidet eine Zusammenfassung der beiden Anlagen zu einer einheitlichen Anlage unter beitragsrechtlichen Gesichtspunkten aus. Eine beitragsrechtlich relevante rechtliche Zusammenfassung technisch selbständiger Entwässerungsanlagen durch die Stadt A. kommt nur in Betracht, wenn der Anschlussnehmer an eine dieser technisch selbständigen Anlage angeschlossen werden kann bzw. - was hier maßgeblich ist - angeschlossen ist, die die Stadt A. hergestellt oder angeschafft hat. Denn erst die Herstellung oder Anschaffung der Anlage rechtfertigt es, einen Beitrag für Investi-

tionen zu verlangen. Daran fehlt es hier, da die technisch selbständige Anlage, in die das Abwasser des klägerischen Grundstücks eingeleitet wird, von der Stadt A. weder hergestellt noch angeschafft wurde.

Die Rechtslage wäre daher nur dann anders, wenn die Stadt A. ein Kanalstück zur Entwässerung des klägerischen Grundstücks hergestellt hätte, auch wenn es nur wenige Meter bis zur Stadtgrenze geführt und von dort in die Entwässerungsanlage der Stadt N. eingeführt würde. (diese beitragsrechtliche Konstellation behandelt Queitsch, a. a.O.). Denn dann gehörte dieses Kanalstück - unbeschadet seiner technischen Selbständigkeit von der übrigen Anlage der Stadt A. - zur beitragsrechtlich einheitlichen Entwässerungsanlage der Stadt A., die von der Stadt A. mit Aufwand hergestellt worden wäre.

Hier wurde das Grundstück aber direkt, also ohne Zwischenschaltung eines zum Kanalnetz der Stadt A. gehörenden Kanals, an die Entwässerungsanlage der Stadt N. angeschlossen. Die Grundstücksanschlussleitungen gehörten und gehören auch heute nicht zur öffentlichen Entwässerungsanlage der Stadt A.

Der Beklagte meint zu Unrecht, die fehlende Möglichkeit der Beitragserhebung führe gegenüber anderen beitragspflichtigen Anschlussnehmern zu einer Ungleichbehandlung, weil auch den Klägern durch die öffentlich-rechtliche Vereinbarung ein gesicherter Anschluss an die öffentliche Entwässerung zur Verfügung gestellt werde. Damit wird eine wesentliche Gleichheit der Fälle nicht begründet: Die Beitragspflicht setzt nicht nur den Vorteil einer gesicherten Entwässerungsmöglichkeit voraus, sondern auch die Anschlussmöglichkeit oder den Anschluss an eine von der Gemeinde hergestellte oder angeschaffte Entwässerungsanlage, an deren Investitionskosten sich der Anschlussnehmer zu beteiligen hat. Die Vereinbarung einer Entwässerungsmöglichkeit in eine von Dritten hergestellte oder angeschaffte Entwässerungsanlage rechtfertigt keine Beteiligung an Investitionskosten, sondern allenfalls die Berücksichtigung von Investitionsaufwand des Dritten bei der Kalkulation der Benutzungsgebühren im Rahmen einzustellender Fremdleistungsentgelte.

Schließlich hindert auch die vorstehend dargelegte Rechtslage nicht, durch mandatierende Aufgabenübertragung gemäß § 23 Abs. 1 des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit die Durchführung der Abwasserbeseitigungsaufgabe für bestimmte Grundstücke einer Nachbarkommune zu übertragen, wie es in der Stadt A. aus topografischen Gründen wohl sinnvoll ist. Regelmäßig wirft dies nämlich - wie oben ausgeführt - beitragsrechtlich keine Besonderheiten auf, da es die Stadt A. - wie hier - in der Hand hat, das Grundstück durch einen eigenen Kanal, in den das Grundstück entwässert wird und der im weiteren Verlauf an die Entwässerungsanlage der Nachbargemeinde angeschlossen wird, entwässerungsrechtlich zu erschließen und damit eine Beitragspflicht auszulösen. Nur in den Fällen, in denen der Beklagte darauf verzichtet und mit der Nachbargemeinde einen unmittelbaren Anschluss an deren Entwässerungsanlage vereinbart, scheidet eine Beitragserhebung durch die Stadt A. aus. In diesen Fällen ist jedoch - ebenfalls wie hier - das betroffene Grundstück entwässerungsrechtlich ohnehin nicht erschlossen, da das Grundstück nicht unmittelbar an eine Straße grenzt, in der die öffentlichen Abwasseranlagen bereits betriebsfertig verlegt sind (§ 4 Abs. 1 Satz 1 ABS). Dies erfordert nämlich eine Heranführung des Kanals bis zur Grenzlinie des Grundstücks (vgl. OVG Münster, Urteil vom 1.4.2003 - 15 A 2254/01 -, NVwZ-RR 2003, 778 (779)), also genau das genannte kurze Stück Kanals der Stadt A., das erst die Beitragspflicht auslösen würde. Für entwässerungsrechtlich nicht erschlossene Grundstücke besteht also weder ein satzungsrechtliches Anschlussrecht noch ein Anschlusszwang. Hier steht es der Nachbargemeinde frei, den dann freiwilligen Anschluss von der vorherigen Zahlung eines Betrages durch den Anschlussnehmer abhängig zu machen.

Mitgeteilt von der Veröffentlichungskommission des OVG Münster

Magazin

Bücher und Veröffentlichungen

Weißbuch der historischen Gärten und Parks in den neuen Bundesländern Herausgegeben vom Bund Heimat und Umwelt in Deutschland (BHU), Bundesverband für Natur- und Denkmalschutz, Landschafts- und Brauchtumpflege e. V., Adenauerallee 68, 53113 Bonn, Tel.: (02 28) 22 40 91, Fax: (02 28) 51 55 03, E-Mail: bhu@bhu.de Internet: www.bhu.de

Der Bund Heimat und Umwelt in Deutschland (BHU) stellt in einer Buchpublikation repräsentative Gärten und Parks der neuen Bundesländer vor. Diese seit zwei Jahren vergriffene Publikation konnte aufgrund der großen Nachfrage nun in der dritten Auflage neu herausgegeben werden. Die historischen Gärten und Parks der neuen Bundesländer wurden nach der Wende einer Bestandsaufnahme unterzogen. Dabei zeigte sich, dass insbesondere kleinere ländliche Anlagen vernachlässigt oder auch bewusst einer Umnutzung unterzogen worden waren. Andererseits gab es auch Anlagen, die mit viel Engagement hervorragend gepflegt worden waren. „Im letzten Jahrzehnt wurde vieles wieder entdeckt und in aufwändigen Restaurierungen wiederhergestellt. Der Prozess der Wiederaufwertung dauert weiter an, das Weißbuch kann hierzu beitragen“, so Senatorin Dr. Herlind Gundelach, Präsidentin des BHU.

Die Publikation gibt einen repräsentativen Überblick über 60 Gärten und Parks, stellvertretend für eine Vielzahl weiterer Anlagen. Das Spektrum reicht von unentdeckten Kleinodien bis hin zu Welterbestätten. Beteiligt sind 36 fachlich ausgewiesene Autoren, wobei eine hervorragende Zusammenarbeit der Gartendenkmalpfleger bei den Landeskonservatoren aller neuen Bundesländer und Parkverwaltungen gelungen ist. Fachlich federführend für das Projekt ist der bekannte Gartenhistoriker Dr. Klaus-Hinning v. Krosigk vom Landesdenkmalamt Berlin.

„Die Publikation lädt ein zu Spaziergängen durch Schönheit und Geschichte der Anlagen von überragender, oft sogar internationaler Bedeutung“, so Wolfgang Börnsen (Bönstrup), MdB, 1. Vizepräsident des BHU. Das Weißbuch möchte die interessierte Bevölkerung ebenso wie das Fachpublikum heranführen an die Kunstwerke der Gartenkultur und dient darüber hinaus auch als Leitfaden für den kommunalen Gebrauch.

Die Neuauflage der Publikation wurde gefördert durch: „Der Bauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien aufgrund eines Beschlusses des Deutschen Bundestages.“

Die informative und mit zahlreichen farbigen Abbildungen ausgestattete Buchpublikation kann gegen eine Spende beim BHU bezogen werden.

Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung Herausgegeben von Dr. Gerhart Kreft, Heidelberg 2008, 5. Aufl., 2161 S., 148 €. C. F. Müller Verlag, Heidelberg.

Wie viele Rechtsgebiete entwickelt sich auch das Insolvenzrecht durch die Rechtsprechung und durch zahlreiche Gesetzesänderungen seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung vor zehn Jahren in rasantem Tempo fort. Besonders die Rechtsprechung des IX. Senats des BGH setzt regelmäßig neue und wichtige Impulse, da noch immer viele Fragestellungen des doch recht „jungen“ Insolvenzrechts nicht höchstrichterlich entschieden sind. Sowohl für die Beratungspraxis als auch für die Insolvenzverwaltung ist es daher von großer Bedeutung, jederzeit auf dem Stand der aktuellen Gesetzeslage und Rechtsprechung zu sein. In der Wirtschaftskrise ist zudem kein Unternehmen vor Berührungen mit dem Thema „Insolvenz“ gefeit, da Probleme bei Geschäftspartnern schnell auch zu eigenen Zahlungsschwierigkeiten führen können. Fragen aus dem Insolvenzrecht können sich daher jederzeit auch Beratern stellen, die sich sonst schwerpunktmäßig mit anderen Rechtsgebieten befassen.

Der im Jahr 2008 in 5. Auflage erschienene Heidelberger Kommentar zeigt sich den Anforderungen der Beratungspraxis größtenteils gut gewachsen. Er ist als einbändiger Kommentar auch für „fachfremde“ Leser handlich und noch überschaubar. Die Kommentierung ist praxisnah, prägnant und berücksichtigt insbesondere die höher- und höchstrichterliche Rechtsprechung. Der Kommentar zeichnet sich durch seine hochkarätige Kommentatoren aus, zu denen unter anderem vier aktuelle und ehemalige Mitglieder des für das Insolvenzrecht zuständigen IX. BGH-Senats gehören. Dies sorgt für eine hohe Akzeptanz der Kommentierung, sicherlich auch durch den BGH selbst in seinen Entscheidungen. Mit der Neuauflage wurde der Bearbeiterkreis erweitert um die BGH-Richter Ilse Lohmann (§§ 47 - 55, 60 - 62 InsO) und Prof. Dr. Godehard Kayser (§§ 80 - 102 InsO), Richter am BAG Dr. Rüdiger Linck (§§ 113, 114, 120 - 128 InsO sowie einzelne Vorschriften des SGB III), Prof. Ulrich Keller (InsVV) und RA Peter Depré (§§ 148 - 155, 174 - 206 InsO).

Bedauerlich ist, dass es trotz der Bemühung um Aktualität leider nicht allen Kommentatoren gelungen ist, wesentliche Gesetzesänderungen aus der zweiten Hälfte des Jahres 2008 zu kommentieren (Stand der Bearbeitung August 2008). So wurde nach langer Gesetzgebungsdauer am 26. 6. 2008 das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom Bundestag beschlossen, das am 1. 11. 2008 in Kraft trat. Insolvenzzurechtlich brachte das MoMiG wichtige Änderungen u. a. bei den Insolvenzantragspflichten, im Falle der Führungslosigkeit von Kapitalgesellschaften und im Eigenkapitalersetzrecht. Diese Änderungen wurden im Heidelberger Kommentar leider zumeist nur im Gesetzeswortlaut abgedruckt. Lediglich an wenigen Stellen ist es gelungen, auch inhaltliche Fragestellungen der Reform zu erörtern (z. B. durch Kirchhof in §§ 15, 15a InsO und Marotzke in § 108 InsO). Die Neuregelung der früheren eigenkapitalersetzenden Darlehen ist dagegen im Wesentlichen nicht (§§ 39, 44a, 143 InsO) bzw. in §§ 19 und 135 InsO nur kurz erörtert worden.

Der durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 17. 10. 2008 anlässlich der Finanzkrise neugefasste § 19 Abs. 2 InsO, der den Tatbestand der Überschuldung einer Kapitalgesellschaft neu fasst, wurde nach Inkrafttreten zumindest in einem beiliegenden Loseblatt erwähnt.

Insgesamt ist der Heidelberger Kommentar jedoch auch in seiner Neuauflage wieder ein wertvoller Begleiter aller Berater, die sich primär oder auch nur in Einzelfragen mit dem Insolvenzrecht beschäftigen.

Rechtsanwältin Dr. Claudia R. Cymutta, Mannheim

Versteigerung und Wertermittlung Zwangs-, Teilungs-, Nachlassversteigerungen und Versteigerungen nach § 19 WEG. Arbeitshilfen für die Praxis - mit CD-ROM. Von Dipl.-Rechtspfleger Bernd Stumpe und ö.b.u.v. Sachverständiger Dr.-Ing. Hans-Georg Tillmann, Köln 2009. 324 Seiten, 16,5 × 24,4 cm, Softcover, 39,80 €. ISBN 978-3-89817-598-2. Bundesanzeiger Verlag, Köln. www.bundesanzeiger-verlag.de

Das Werk informiert grundlegend über Versteigerungen und ihren Ablauf, worauf Interessenten bei der Versteigerung speziell achten sollten und wie Sachverständige im Vorfeld den Wert ansetzen. Dabei weist das Buch auf versteckte Fehlerquellen sowie Stolpersteine hin, die das Versteigerungsverfahren birgt.

Weiterhin wird erläutert, in welcher Form Gutachten im Zusammenhang mit der Versteigerung zu verstehen sind und welchen Anforderungen die Verkehrsgutachten genügen müssen. Darüber hinaus beinhaltet die „Versteigerung und Wertermittlung“ Vorschläge, wie Beteiligte eine Zwangsversteigerung vermeiden können.

Um den allgemeinen Einstieg in das Thema zu erleichtern, bietet das Werk einen kompakten und übersichtlichen Blick auf alle entscheidenden Themengebiete. U. a. Inhalte der Wertermittlung, Verlauf eines Versteigerungstermins, die Zuschlagsentscheidung, Auswirkungen des Zuschlags insbesondere bei der Erlösverteilung. Zusätzlich wird die Verfahrenseinstellung behandelt. Praxisnahe Erläuterungen werden mit Formulierungshilfen, Merkblättern, Checklisten für den Schriftverkehr im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Erstellung von Gutachten ergänzt.

Zielgruppen sind Bausachverständige und Wertermittler, Banken, Architekten, Ingenieure, Rechtsanwälte, Gerichte, Betroffene, Betriebswirte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater.

Bernd Stumpe war als Rechtspfleger und Ausbilder in den Bereichen Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Immobilien sowie in Insolvenzverfahren tätig. Dr.-Ing. Hans-Georg Tillmann ist ö.b.u.v. Sachverständiger, Mitglied in mehreren Fachgremien und bekannt als Seminarleiter und Autor.

Politik und Recht

BMJ-Newsletter vom 22.1.2010

Bundesjustizministerin: Erbrechtliche Gleichstellung nichtehelicher Kinder vollenden

Bundesjustizministerin Leutheusser-Schnarrenberger zur geplanten erbrechtlichen Gleichstellung aller nichtehelichen Kinder, die vor dem 1. Juli 1949 geboren sind:

Die Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder im Familienrecht ist weitgehend vollendet. Nichteheliche Kinder in der Bundesrepublik bekamen bereits 1970 ein gesetzliches Erbrecht. Ein weiterer Meilenstein auf dem Weg der Gleichstellung war die Kindschaftsrechtsreform, die ich vor über zehn Jahren auf den Weg gebracht habe. Die politischen Weichenstellungen sind in der Gesellschaft angekommen. Heute ist es kein Makel, nicht verheiratete Eltern zu haben.

Aber: Bis heute gibt es nichteheliche Kinder, die nicht gesetzliche Erben ihrer Väter werden. Nach wie vor gilt eine alte Übergangsregelung, die bestimmte nichteheliche Kinder vom gesetzlichen Erbrecht ausschließt. Das wollen wir ändern. Nichteheliche Kinder sollen in Zukunft auch dann erben, wenn sie vor dem 1. Juli 1949 geboren sind.

Zum Hintergrund:

1. Aktuelle Rechtslage

Im Erbrecht sind nichteheliche und eheliche Kinder grundsätzlich gleichgestellt. Nach wie vor hat jedoch eine Ausnahme Bestand, die das Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19. August 1969 vorsah. Diese Sonderregelung führt dazu, dass vor dem 1. Juli 1949 geborene nichteheliche Kinder bis heute mit ihren Vätern als nicht verwandt gelten und daher auch kein gesetzliches Erbrecht haben.

2. Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat am 28. Mai 2009 in einem Individualbeschwerdeverfahren festgestellt, dass die bisher im deutschen Erbrecht vorgesehene Ungleichbehandlung von ehelichen und nichtehelichen Kindern, die vor dem 1. Juli 1949 geboren wurden, im Widerspruch zur Europäischen Menschenrechtskonvention steht.

3. Geplante Regelung

Ein Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums sieht vor, dass alle vor dem 1. Juli 1949 geborenen nichtehelichen Kinder künftig gesetzliche Erben ihrer Väter werden:

- Für künftige Sterbefälle werden alle vor dem 1. Juli 1949 geborenen nichtehelichen Kinder ehelichen Kindern gleichgestellt. Sie beerben ihre Väter als gesetzliche Erben.

- Dieses Erbrecht der vor dem 1. Juli 1949 geborenen nichtehelichen Kinder soll aber nicht zu Lasten von hinterbliebenen Ehefrauen und Lebenspartnern gehen. Um deren Vertrauen in die frühere Regelung zu schützen, wird ihnen eine gesetzliche Vorerbschaft eingeräumt. Das bedeutet: Stirbt der Vater, erben zunächst seine Ehefrau oder sein Lebenspartner. Erst wenn auch diese sterben, geht ihr Anteil als sog. Nacherbschaft an die betroffenen nichtehelichen Kinder.

- Bei Sterbefällen, die sich bereits vor Inkrafttreten der geplanten Neuregelung ereignet haben, sind die erbrechtlichen Folgen schon eingetreten. Das Vermögen des Verstorbenen ist bereits auf die nach alter Rechtslage berufenen Erben übergegangen. Um ihr Vertrauen in die entstandene Eigentumslage zu schützen, unterliegt die rückwirkende Entziehung solcher Erbschaften sehr engen verfassungsrechtlichen Grenzen:

- Möglich ist, die Neuregelung auf Todesfälle zu erweitern, die erst nach der Entscheidung des EGMR am 28. Mai 2009 eingetreten sind. Denn seit der Entscheidung können die nach altem Recht berufenen Erben nicht mehr auf ihr Erbe vertrauen.

- Für nichteheliche Kinder, deren Väter bereits vor dem 29. Mai 2009 verstorben sind, muss es aus Gründen des Vertrauensschutzes grundsätzlich bei der früheren Rechtslage bleiben. Eine Ausnahme ist für Fälle geplant, bei denen der Staat selbst zum Erben geworden ist, zum Beispiel weil es weder Verwandte noch Ehegatten bzw. Lebenspartner gab oder weil die Erbschaft ausgeschlagen wurde. In solchen Konstellationen soll der Staat den Wert des von ihm ererbten Vermögens an die betroffenen nichtehelichen Kinder auszahlen.

Momentan erhalten die Länder und Verbände Gelegenheit, zu dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums Stellung zu nehmen.

FDP-Bundestagsfraktion

Presseinformation Nr. 73 vom 5. 2. 2010

Mehrwertsteuersenkung für Beherbergungsbetriebe wirkt – 55 Mio. Euro Investitionen nach vier Wochen

Zur Debatte über die Mehrwertsteuersenkung für Beherbergungsbetriebe erklärt der tourismuspolitische Sprecher der FDP-Bundestagsfraktion Horst Meierhofer:

Die beschlossene Senkung der Mehrwertsteuer für Beherbergungsbetriebe wirkt. Die bereits jetzt bekannten Zahlen sprechen eine klare Sprache: Schon nach vier Wochen wurde allein von einem Bruchteil (ca. 0,6 Prozent) der deutschen Beherbergungsbetriebe 55.895.470,00 Euro in Modernisierungs- und Ausbaumaßnahmen investiert, bzw. sind für 2010 geplant. Diese Investitionen kommen vor allen Dingen dem örtlich ansässigen Handwerk sowie dem Mittelstand zu Gute.

131 neue Vollzeitstellen sind bereits durch die Unternehmen entstanden bzw. werden geschaffen. Besonders erfreulich sind auch die zusätzlichen 46 Ausbildungsstellen, die jungen Menschen eine Chance für einen erfolgreichen Start ins Berufsleben bieten. Genau diesen Impuls für mehr Investitionen und Arbeitsplätze wollten wir setzen.

Diese sehr erfreulichen Zahlen beruhen auf einer Auswertung der Angaben der privaten Initiative „Erfolg7Prozent.de“ (www.erfolg7prozent.de). Im Januar haben sich daran 287 Beherbergungsbetriebe beteiligt und ihre Investitionen und Maßnahmen aufgrund der reduzierten Mehrwertsteuer veröffentlicht. Insgesamt gibt es über 45.227 Beherbergungsbetriebe in Deutschland. Bei einer vorsichtigen Hochrechnung der Angaben dieser subjektiven Stichprobe ist die FDP-Bundestagsfraktion vom Erfolg der Reduktion des Mehrwertsteuersatzes für Beherbergungsbetriebe nach wie vor überzeugt. Die Maßnahme war richtig, das werden die kommenden Monate zeigen, wenn eine objektive Auswertung vorliegt.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 11. 1. 2010

Schlecker: Missbrauch von Leiharbeit muss entgegengetreten werden

Zur Geschaeftspolitik der Firma Schlecker, die derzeit zahlreiche ihrer AS-Filialen schliesst und neue XL-Maerkte eroeffnet, erklart die arbeits- und sozialpolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion Anette Kramme:

Die Geschaeftspolitik der Firma Schlecker ist unzumutbar und menschenverachtend. Leidtragende sind die Arbeitnehmer. Denn die Beschaeftigten der neuen Maerkte sind Leiharbeitskraefte, die von der konzerneigenen Leiharbeitsfirma Meniar vermittelt werden. Es handelt sich dabei zum groessten Teil um ehemalige Angestellte, die nun als Leiharbeiter unter deutlich schlechteren Konditionen genau den gleichen Job ausueben wie vor der Schliessung der alten Schlecker-Filialen. Laut Informationen von Ver.di betraegt der Stundenlohn der von Meniar ueberlassenen Arbeitnehmer zwischen 6,50 und 7,00 Euro pro Stunde. Es werden weder Urlaubsgeld noch Weihnachtsgeld gezahlt. Zudem gibt es weniger Urlaubstage.

Die SPD forderte bereits in der vergangenen Legislaturperiode Aenderungen am Arbeitnehmerueberlassungsgesetz. Wir wollen ehrliche Unternehmer vor unfairer Billigkonkurrenz schuetzen. Der Wettbewerb soll ueber bessere Produkte und Dienstleistungen, besseres und effizienteres Management und kluegere Ideen stattfinden, nicht aber ueber die Hoehe der Loehne der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.

Die CDU/CSU sah bei der Leiharbeit in der vergangenen Legislaturperiode noch keinen Handlungsbedarf. Aufgrund des oeffentlichen Drucks scheint die schwarz-gelbe Regierung nun zur Vernunft zu kommen und stellt Gesetzaenderungen in Aussicht. Es bleibt abzuwarten, ob den Worten auch Taten folgen.

Die SPD will Leiharbeitsverhaeltnisse rechtlich besser absichern. Neben einer Lohnuntergrenze gehoert dazu auch das Prinzip „Gleicher Lohn fuer gleiche Arbeit“. Die konzerninterne Verleihung soll begrenzt werden. Weiterhin wollen wir die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in den Entleihbetrieben staerken, insbesondere bezueglich der Kontrolle einer ordnungsgemaessen Eingruppierung der Leiharbeiter und des Umfangs und der Dauer der Leiharbeit im Betrieb.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 11. 1. 2010

Zeitarbeitsbranche muss reguliert werden – grundlegende Reform der Arbeitnehmerüberlassung ist notwendig

Zur Ankündigung der Bundesregierung, die Lohndumping-Vorwürfe gegen die Drogeriekette Schlecker zu prüfen, erklärt Beate Müller-Gemmeke, Sprecherin für Arbeitnehmerrechte:

Mit dem Schließen von Schlupflöchern, kann Lohndumping, wie es z. B. von Schlecker betrieben wird, nicht bekämpft werden. Die Zeitarbeitsbranche muss grundlegend neu reguliert werden. Es muss in Zukunft verhindert werden, dass Stammbesellschaften durch Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter ersetzt werden – wie es im Fall Schlecker geschieht.

Von zentraler Bedeutung ist auch die Streichung des Tarifvorbehalts im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, damit das Prinzip „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ nicht unterlaufen werden kann. Die Zeitarbeitsbranche muss zudem in das Arbeitnehmerentsendegesetz aufgenommen werden und ein Mindestlohn für entleihfreie Zeiten geschaffen werden.

Wir begrüßen den Vorstoß der Bundesministerin Ursula von der Leyen, die Lohndumping-Vorwürfe gegen Schlecker zu prüfen und gegebenenfalls diese Praxis durch Gesetzesänderungen zu unterbinden. Den Worten müssen aber auch Taten folgen. Es war die Union, die in der großen Koalition die Aufnahme der Zeitarbeit in das Arbeitnehmerentsendegesetz und damit einen Mindestlohn in der Zeitarbeit verhindert hat. Es ist die

FDP, die unter dem Deckmantel des Schutzes der Tarifautonomie die Dumpingtarife des Christlichen Gewerkschaftsbundes aufrecht erhalten will.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 12. 1. 2010

Von der Leyen darf Fall Schlecker nicht zu den Akten legen

Zur Ankündigung von Schlecker, keine neuen Arbeitnehmerüberlassungsverträge mehr mit der Zeitarbeitsfirma Meniar abzuschließen, erklärt Beate Müller-Gemmeke, Sprecherin für Arbeitnehmerrechte:

Ursula von der Leyen darf den Fall Schlecker nicht zu den Akten legen. Der Fall hat gezeigt, dass in der Leiharbeitsbranche einiges im Argen liegt.

Der Praxis, dass Stammbesellschaften durch Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter ersetzt werden, muss ein Riegel vorgeschoben werden. Der Lohndruck, den die Zeitarbeit in vielen Branchen ausgelöst hat, muss beseitigt werden. Dazu muss der Tarifvorbehalt im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz gestrichen werden, damit das Prinzip „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ nicht unterlaufen werden kann.

Wir werden in Zukunft genau beobachten, ob Schlecker seine Neuausrichtung auf dem Drogeriemarkt weiterhin auf dem Rücken der Beschäftigten austrägt. Mit der Eröffnung der neuen XL-Märkte darf Schlecker auch ohne das Instrument Arbeitnehmerüberlassung die Tariflöhne nicht unterlaufen und den Bestandsschutz der Beschäftigten umgehen und infrage stellen. Schlecker hat sich, wie seine Konkurrenten, an den Tarifverträge im Handel zu orientieren.

Außerdem werden wir noch im Januar Vorschläge in den Bundestag einbringen, wie die Zeitarbeitsbranche reguliert werden muss.

FDP-Bundestagsfraktion Presseinformation Nr. 14 vom 12. 1. 2010

Mindestlohnforderungen von SPD-Generalsekretärin Nahles gefährden Jobs

Zu der Forderung von SPD-Generalsekretärin Nahles nach Mindestlöhnen im Verkauf erklärt der arbeitsmarktpolitische Sprecher der FDP-Bundestagsfraktion Johannes Vogel:

SPD-Generalsekretärin Nahles gefährdet mit ihrer reflexhaften Forderung nach einem Mindestlohn Jobs, anstatt den Menschen zu helfen. Es bringt nichts, die Zeitarbeit generell zu verteufeln, denn sie ist für viele Bürgerinnen und Bürger ein wichtiger Zugang zum Arbeitsmarkt. Der Fall Schlecker macht jedoch deutlich, dass es auch unter den Unternehmen schwarze Schafe gibt. Es gibt in der Tat Anzeichen, dass hier ein krasser Missbrauch von Zeitarbeit vorliegt. Sollte sich dies bewahrheiten, ist das natürlich nicht akzeptabel. Deshalb wird die Bundesregierung genau prüfen, ob hier das Gesetz gebrochen wurde oder Lücken ausgenutzt worden sind, und wenn nötig handeln.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 19. 1. 2010

Europäischer Gerichtshof gegen Diskriminierung im Arbeitsrecht

Zur heutigen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) zum deutschen Arbeitsrecht erklären Jerzy Montag, Sprecher für Rechtspolitik, und Beate Müller-Gemmeke, Sprecherin für Arbeitnehmerrechte:

Wir begrüßen diese Entscheidung des EuGH. Sie ist auch von grundsätzlicher rechtspolitischer Bedeutung.

Der EuGH entschied, dass eine Vorschrift, die die jungen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer weniger gegen Kündigung schützt, diskriminierend ist und nicht mehr angewendet werden darf.

Diese Vorschrift aus dem Jahr 1926 ist sozial untragbar und diskriminierend, weil sie jungen Arbeitnehmern weniger Schutzrechte zugesteht. Dieser Auffassung waren deutsche Arbeitsgerichte, die den EuGH um eine Bewertung baten.

Wir fordern die Bundesregierung und die Regierungskoalition auf, diese diskriminierende Vorschrift aufzuheben. Die Europäische Kommission und das Europäische Parlament setzen sich seit Jahren gegen Diskriminierung ein. Die Bundesregierung muss ihren Widerstand endlich aufgeben.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 20. 1. 2010

Europäischer Gerichtshof macht ernst mit Gleichbehandlung auch bei Kündigungsfristen

Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass die Regelung zu den Kündigungsfristen im Arbeitsrecht gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters verstoesst. Hierzu erklart die arbeits- und sozialpolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion Anette Kramme:

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat mit seinem Urteil zur Beruecksichtigung der Beschaeftigungszeiten vor dem 25. Lebensjahr fuer die Laenge der Kueundigungsfristen die Weichen richtig gestellt. Nach Auffassung des EuGH gibt es keine sachlichen Gruende fuer eine abweichende Regelung im Buergerlichen Gesetzbuch (BGB). Die Regelung verstoesst daher gegen das Diskriminierungsverbot aus Gruenden des Alters.

Spannend ist nun, ob sich die Union an das Versprechen der Bundeskanzlerin halten wird, wonach der Kuendigungsschutz nicht angetastet werden soll, oder ob sich nun die Geschichte wiederholt und wie bereits 1993 zu einer generellen Verkuerzung der Kuendigungsfristen fuehrt. Wir fordern die Arbeitsministerin auf, unverzueglich eine europarechtskonforme gesetzliche Regelung vorzulegen, die die Beschaeftigungszeiten auch von unter 25-Jaehrigen beruecksichtigt. Die SPD sieht sich durch die EuGH Entscheidung in ihrer bereits vor 17 Jahren gestellten Forderung zur Gleichbehandlung Juengerer bei Kuendigungsfristen bestaetigt.

Bereits das Bundesverfassungsgericht hatte Anfang der 90er Jahre die unterschiedlichen Kuendigungsfristen fuer Arbeiter und Angestellte fuer verfassungswidrig erklart. Die damalige schwarz-gelbe Koalition hatte daraufhin mit dem Kuendigungsfristengesetz 1993 eine Vereinheitlichung herbeigefuehrt. Die Aenderung hatte sich nicht an dem hoeheren Angestellteniveau orientiert, sondern die Fristen der Angestellten wurden gekuerzt. Darueberhinaus wurde der Paragraph 622 BGB tarifdispositiv gestellt. Sachliche Gruende fuer die Nichtberuecksichtigung der Betriebszugehoerigkeit der Jahre unter dem 25. Lebensjahr fuer die Laenge der Kuendigungsfristen gab es auch zu diesem Zeitpunkt nicht.

Die jetzt generell von Arbeitgeberverbaenden und Teilen der schwarz-gelben Regierungskoalition vorgebrachten Argumente gegen den Kuendigungsschutz lassen nichts Gutes erwarten und sind bekannt: vermeintlich hohe Kosten, abschreckende psychologische Wirkung, zu kompliziert, unkalkulierbare Risiken fuer die Arbeitgeber und so weiter. All diese Behauptungen sind bislang ohne empirischen Beweis: Es gibt keinen nennenswerten Zusammenhang zwischen den Regulierungen durch das Arbeitsrecht und dem Beschaeftigungserfolg einer Volkswirtschaft.

Fuer uns ist der Kuendigungsschutz mehr als nur ein oekonomischer Wert oder ein betrieblicher Kostenfaktor. Nach einer aktuellen Umfrage der Hans-Boeckler-Stiftung sprechen sich 80 Prozent der Bevoelkerung fuer einen starken Kuendigungsschutz aus. Der Kuendigungsschutz gibt auch den juen-

geren Beschaeftigten, Sicherheit und Planungsmoeglichkeiten. Deshalb wollen wir ein wirkungsvolles Kuendigungsrecht, damit Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz moeglichst behalten.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 20. 1. 2010

Arbeitsrecht und AGG endlich an europäische Richtlinien anpassen

Volker Beck, Erster Parlamentarischer Geschäftsführer erklart:

Deutschland muss sein Arbeitsrecht und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) endlich an die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien anpassen. Nach Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs verstößt das deutsche Arbeitsrecht in einem wichtigen Punkt gegen europäische Richtlinien. Die Regelung, wonach vor Vollendung des 25. Lebensjahrs liegende Beschäftigungszeiten des Arbeitnehmers bei der Berechnung der Kündigungsfrist nicht berücksichtigt werden, ist mit dem Verbot der Diskriminierung wegen des Alters nicht vereinbar. Der Gerichtshof verpflichtet die nationalen Gerichte, in arbeitsrechtlichen Verfahren sicherzustellen, dass das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78 sichergestellt wird, indem es erforderlichenfalls entgegenstehende Vorschriften des innerstaatlichen Rechts unangewendet lässt.

Deutschland ist somit gestern vom EuGH verurteilt worden und es drohen mehrere Vertragsverletzungsverfahren wegen mangelnder Umsetzung der EU-Antidiskriminierungsrichtlinien. Die neue Bundesregierung bleibt trotzdem untätig, da sie beim Thema „Mehr Diskriminierungsschutz“ ideologisch blockiert ist.

Insbesondere folgende Punkte muss die Bundesregierung durch ein Gesetzgebungsverfahren umgehend umsetzen: Der Schutz vor diskriminierenden Kündigungen muss generell gewährleistet werden. Bislang ist der Bereich Kündigungen europarechtswidrig im AGG ausgenommen. Zudem muss der Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht für Menschen mit Behinderungen verbessert werden. Beseitigt werden muss die Benachteiligung gleichgeschlechtlicher Paare im Beamtenrecht bei Beihilfe, Familienzuschlag und Hinterbliebenenpensionen. Auch die Schadenersatzregelung im AGG muss verbessert und europarechtskonform ausgestaltet werden.

Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes muss schleunigst besetzt werden.

BVerwG-Pressemitteilung Nr. 5/2010 vom 28. 1. 2010

Klage gegen Postmindestlohnverordnung erfolgreich

Das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig hat entschieden, dass die am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Verordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen (Postmindestlohnverordnung) die Kläger in ihren Rechten verletzt. Mit dieser Verordnung sind Mindestlöhne für die Branche Briefdienstleistungen nach Maßgabe des Tarifvertrages für verbindlich erklart worden, den der Arbeitgeberverband Postdienste e.V. und die Vereinigte Dienstleistungsgewerkschaft „ver.di“ im November 2007 geschlossen haben.

Die klagenden Arbeitgeber erbringen mit den von ihnen beschäftigten Zustellern Briefdienstleistungen. Sie sind Mitglied in einem im September 2007 gegründeten Arbeitgeberverband. Dieser und der klagende Arbeitgeberverband haben jeweils im Dezember 2007 mit der beigeladenen Gewerkschaft der Neuen Brief- und Zustelldienste einen Tarifvertrag für das Gebiet der Beklagten abgeschlossen. Der darin vereinbarte Bruttomindestlohn liegt unter den in der streitigen Verordnung bestimmten Beträgen.

Das Verwaltungsgericht hat dem Feststellungsbegehren der Kläger stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hatte teilweise Erfolg. Das Berufungsgericht hielt die Klagen der Arbeitgeber für unzulässig. Im Übrigen hat es die Entscheidung des Verwaltungsgerichts bestätigt.

Das Bundesverwaltungsgericht hat im Revisionsverfahren das Urteil des Obergerichtes aufgehoben, soweit es die Klagen der Arbeitgeber als unzulässig abgewiesen hat, und im Übrigen die Revision der Beklagten zurückgewiesen (BVerwG 8 C 19.09 – Urteil vom 28. 1. 2010). Damit hatten die Kläger mit ihrem Feststellungsbegehren insgesamt Erfolg. Die Feststellungsklagen der Arbeitgeber seien zulässig. Das feststellungsfähige streitige Rechtsverhältnis zwischen der Beklagten und den Klägern folge aus dem Meinungsstreit, ob die Kläger aufgrund der Postmindestlohnverordnung verpflichtet sind, ihren Arbeitnehmern den dort festgesetzten Mindestlohn zu bezahlen. Die Klagen seien auch begründet. Die Postmindestlohnverordnung verletze die Rechte der Kläger, weil die Beklagte bei deren Erlass das gesetzlich in § 1 Abs. 3a Satz 2 Arbeitnehmer-Entsendegesetz a.F. vorgeschriebene Beteiligungsverfahren nicht eingehalten habe. Danach hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales vor Erlass der Rechtsverordnung den in deren Geltungsbereich fallenden Arbeitgebern und Arbeitnehmern sowie den Parteien des Tarifvertrages Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu geben. Dies sei nicht in dem vom Gesetz vorgeschriebenen Maße geschehen. Damit seien die Beteiligungsrechte der Kläger verletzt worden.

FDP-Bundestagsfraktion Presseinformation Nr. 58 vom 28. 1. 2010

Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes stärkt den Wettbewerb

Zum heutigen Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes in Leipzig zur Postmindestlohn-Verordnung erklären der stellvertretende Vorsitzende der FDP-Bundestagsfraktion Heinrich L. Kolb und die Beauftragte für Postpolitik der FDP-Bundestagsfraktion Claudia Bögel:

Offensichtlich hatte der frühere Arbeitsminister Olaf Scholz bei Erlass der Verordnung über den Mindestlohn für Postdienstleistungen mehr das gewünschte Ziel und weniger ein rechtsstaatlich einwandfreies Verfahren im Blick. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes ist konsequent und stärkt den Wettbewerb.

Es wäre zu begrüßen, wenn damit das Thema Mindestlohn für den Bereich der Postdienstleistungen abschließend erledigt wäre. Der Verlust von mehr als 7.000 Arbeitsplätzen bei den Konkurrenten der Deutschen Post AG seit Einführung des Postmindestlohnes spricht eine deutliche Sprache und ist ein Plädoyer für mehr Mut zur Marktöffnung.

Sollte seitens der Post ein neuer Antrag für einen Mindestlohn gestellt werden, gilt das in der Koalition verabredete Verfahren: Einstimmigkeit im Tarifausschuss und einvernehmliche Regelung im Kabinett.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 28. 1. 2010

Wettbewerb nicht ueber Dumpingloehne – Postmindestlohn darf nicht an formalen Fehlern scheitern

Zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes zum Postmindestlohn erklart der stellvertretende wirtschaftspolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion Klaus Barthel:

Der Wettbewerb im Briefmarkt darf nicht ueber Dumpingloehne gefuehrt werden. Dies bleibt auch dann richtig und aktuell, wenn die entsprechende Verordnung im ersten Anlauf an formaljuristischen Einwaenden des Bundesverwaltungsgerichtes scheitert.

Mit der Novellierung des Arbeitnehmerentsendegesetzes hatte die Grosse Koalition die Voraussetzungen geschaffen, um den formalen Kriterien des Obergerichtes Berlin-Brandenburg einzuhalten. Die jetzige Verordnung waere ohnehin am 30. April ausgelaufen. Es liegt jetzt am Bundesarbeitsministerium, auf der Grundlage des novellierten Arbeitnehmerentsendegesetzes einen neuen Postmindestlohn durchzusetzen. Die Bundeskanzlerin, die nach der Bundestagswahl versprochen hat, es bleibe bei den beschlossenen Mindestloehnen, muss jetzt zu ihrem Wort stehen.

Die juristische Auseinandersetzung vorerst ist geklaert. Jetzt schlaegt die Stunde politischen Handelns: Es ist den in diesem Bereich Beschaeftigten und der Oeffentlichkeit nicht mehr zu vermitteln, dass im Postgesetz seit 1998 eindeutig die Einhaltung der brancheneublichen Arbeitsbedingungen zwingend vorgeschrieben ist und ein branchenspezifischer Mindestlohn dies absichern sollte, aber jetzt auf kaltem juristischem Weg wieder die Tuer fuer Lohndumping geoeffnet werden soll.

Mit diesem Zustand wird sich die SPD nicht abfinden.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 28. 1. 2010

Ein schwarzer Tag fuer die Briefdienstleister

Anlaesslich des heutigen Urteils des Bundesverwaltungsgerichtes Leipzig in Sachen Post-Mindestlohn erklart die arbeits- und sozialpolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion Anette Kramme:

Das Bundesverwaltungsgericht hat heute entschieden, dass die Rechte unter anderem der klagenden PIN Mail AG, TNT Post GmbH und Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste e.V. durch die Postmindestlohnverordnung verletzt wurden. In der Begrueendung heisst es, das Arbeitsministerium habe bei Erlass der Verordnung die Beteiligungsrechte verletzt und den Beteiligten nicht ausreichend Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gegeben.

Die Mindestlohngegner haben sich durchgesetzt, mit der Folge, dass immer weniger Beschaeftigte ein existenzsicherndes Einkommen fuer ihre Arbeit erhalten. Zudem geraten serioese Unternehmen weiter unter Druck und werden im Wettbewerb durch das Lohndumping bei der Vergabe von Briefdienstleistung nicht zum Zuge kommen. Die Befuerchtung, dass weitere sozial gesicherte Arbeitsplaetze vernichtet werden, ist begrueendet. Es werden kuenftig mehr Beschaeftigte der Branche zusaetzlich staatliche Hilfe in Anspruch nehmen muessen.

Wir hatten die Postdienste 2008 in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz aufgenommen, damit die Mindestloehne rechtzeitig vor Oeffnung des Postmarktes wirken konnten. Wir wollten einheitliche Mindeststandards. Nur so kann es einen fairen Wettbewerb um den besten Service, die beste Technik und das attraktivste Angebot geben. Der zwischen dem Postdienste-Arbeitgeberverband und der Gewerkschaft ver.di abgeschlossene Mindestlohnvertrag hat fuer alle - auch die nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer - gegolten. Ein Untertreiben der Loehne durch Tarifvertraege der Postkonkurrenten wurde damit verhindert.

In dieser Woche wird im Deutschen Bundestag der Gesetzentwurf der schwarz-gelben Regierung zur Umsatzsteuerbefreiung fuer Postuniversaldienstleistungen eingebracht. Auch Postkonkurrenten, die weder einen Mindestlohn zahlen noch ein flaechendeckendes Zustellungsnetz anbieten, sollen von der Umsatzsteuer befreit und damit fuer ihr unsoziales Handeln belohnt werden. Der Regierungsentwurf stellt allein auf das freie Spiel des Marktes. Dabei bleiben die soziale Absicherung der Beschaeftigten und vernuenftige Arbeitsplaetze auf der Strecke. Die Zeche fuer die Marktliberalisierung zahlt der Steuerzahler und der Buerger durch hoehere Portokosten.

Nun sind die Sozialpartner gefordert. Sie sollten moeglichst bald einen Mindestlohnvertrag vereinbaren und beim Ar-

beitsministerium zur erneuten Erstreckung vorlegen. Die Briefdienstleistung ist Bestandteil des Arbeitnehmer-Entsendegesetz. Unsere Forderung nach einem flächendeckenden Mindestlohn und fairen Arbeitsbedingungen bei den Postdiensten wird so noch dringender.

**SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 29. 1. 2010**

Ein schwarzer Tag fuer die „gruene Post“

Anlaesslich der heutigen Ankuendigung der PIN Mail AG, unverzueglich auf ein Lohnniveau von 8,50 Euro zurueckzugehen, erklart die arbeits- und sozialpolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion Anette Kramme:

Die heutige Ankuendigung des PIN Vorstandsvorsitzenden, den Lohn der rund 1.000 Beschaeftigten unverzueglich um rund 15 Prozent zu senken, ist ein schwarzer Tag fuer die Mitarbeiter der „Gruenen Post“. Nach 25 Monaten mit einem Lohnniveau von 9,80 Euro sollen kuenftig nur noch 8,50 Euro gezahlt werden.

Damit reagiert PIN unmittelbar auf die gestrige Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts. PIN nutzt den neu geschaffenen Spielraum auf Kosten der Arbeitnehmer gnadenlos aus. Dies als „Riesenstueck Arbeitsplatzsicherheit“ zu verkaufen, ist eine Frechheit.

Es zeigt, wie richtig die Bedenken der SPD waren und wie wichtig unsere Forderungen nach wie vor sind. Um einen Dumping-Wettbewerb im Briefdienstleistungsgewerbe zu verhindern, muss schnellstmoeglich ein neuer Mindestlohntarifvertrag vereinbart und beim Arbeitsministerium zur erneuten Erstreckung vorgelegt werden.

**Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen
Pressemitteilung vom 29. 1. 2010**

Post-Mindestlohn retten

Zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in Leipzig, den Post-Mindestlohn aus formalen Gründen zu kippen, erklart Beate Müller-Gemmeke, Sprecherin für Arbeitnehmerrechte:

Der Post-Mindestlohn muss erneut vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales verordnet werden. So kann der Formfehler, den das Bundesministerium für Arbeit und Soziales im Verordnungsverfahren zum Post-Mindestlohn gemacht hat, geheilt werden. Der Post-Mindestlohn selbst wurde vom Gericht nicht infrage gestellt. Er muss in Zukunft weiterhin Bestand haben.

Bundesministerin Ursula von der Leyen muss dafür sorgen, dass der Wettbewerb in der Zustellerbranche nicht über die Löhne ausgetragen wird. Geschäftsmodelle, die allein auf Lohnkostenvorteile setzen, finden wir höchst problematisch. Der Gesetzgeber hat dafür Sorge zu tragen, dass der Wettbewerb über die Löhne so stark wie möglich begrenzt wird. Das gilt insbesondere für binnenmarktbezogene Dienstleistungen und für Menschen in unteren Einkommensgruppen, die häufig von ihrem Lohn kaum leben können.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 29. 1. 2010**

**Erfolg für private Konkurrenz
Jetzt wird der Briefdienstleistungssektor für den Wettbewerb weiter geöffnet**

Zu der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes, die Postmindestlohnverordnung für rechtswidrig zu erklären, erklart der Vorsitzende des Parlamentskreis Mittelstand, Dr. Michael Fuchs MdB:

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes, die Postmindestlohnverordnung für rechtswidrig zu erklären, ist aus wirtschafts- und mittelstandspolitischer Sicht eine gute Botschaft, sowohl für die Postdienstleister als auch für Verbraucher. Der Postmarkt profitiert von einem breit gefächerten Angebot.

Die Entscheidung wird zwar mit formalen Mängeln begründet, stärkt aber in der Sache den Wettbewerb und die Tarifautonomie sowie den Vorrang von Tarifverträgen vor staatlich festgesetzten Löhnen. Ich begrüße es daher nachdrücklich, dass einseitig monopolerhaltende und wettbewerbsverzerrende Mindestlöhne in dieser Branche nicht mehr gezahlt werden müssen, denn Mindestlöhne vernichten Arbeitsplätze. Jetzt wird der Briefdienstleistungssektor für den Wettbewerb weiter geöffnet. Neue Marktteilnehmer können marktgerechter kalkulieren und auf dieser Grundlage um Kunden konkurrieren.

Eine faire Entlohnung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter muss sichergestellt sein, doch dürfen Mindestlöhne nicht missbraucht werden, um Wettbewerb zu behindern.

Tarifverträge, für die die Tarifpartner die Allgemeinverbindlichkeit anstreben, müssen flächendeckend sein und dürfen nicht von einzelnen Marktteilnehmern dem gesamten Markt aufkotroyiert werden. Das „Ob, wann und wie“ eines neuen Branchentarifvertrages im Postsektor, der von einer breiteren Zustimmung getragen wird, bleibt deshalb abzuwarten.

**FDP-Bundestagsfraktion
Presseinformation vom 17. 12. 2009**

Geschäftsmodell der Post basiert auf Subventionen

Zu der Ankündigung der Deutschen Post AG gegen die Abschaffung des Mehrwertsteuerprivilegs im Großkundengeschäft klagen zu wollen, erklart der Vorsitzende des Finanzausschusses und Finanzexperte Volker Wissing:

Die Ankündigung der Post spricht Bände. Offensichtlich steht und fällt das Geschäftsmodell des Unternehmens mit dem Mehrwertsteuerprivileg. Das zeigt, wie sehr in den vergangenen Jahren in diesem Bereich Wettbewerbspolitik über das Steuerrecht gemacht wurde. Die FDP-Bundestagsfraktion begrüßt es daher, dass die Bundesregierung der unzeitgemäßen Privilegierung der Deutschen Post ein Ende setzt. Statt gegen den Verlust von Subventionen zu klagen, wäre die Post gut beraten, ihre unternehmerischen Hausaufgaben zu machen und sich endlich auf einen offenen Wettbewerb vorzubereiten. Genug Zeit dafür hatte sie.

Unabhängig davon gibt es noch genügend Bereiche in denen die Post weiterhin privilegiert bleibt. Die Reaktion der Post zeigt, dass auch diese auf den Prüfstand müssen, damit endlich auch im Postsektor andere Anbieter eine faire Chance bekommen, neue Arbeitsplätze entstehen und die Preise sinken können.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 28. 1. 2010**

**Koalition beweist steuerpolitische Handlungsfähigkeit
Anpassung der Steuerbefreiung für Umsätze der Deutschen Post AG**

Anlässlich der 1. Lesung des Gesetzentwurfs zur Umsetzung steuerlicher EU-Vorgaben sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften am 28. Januar 2010 im Deutschen Bundestag erklart der finanzpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Leo Dautzenberg MdB:

Die heutige Einbringung des Gesetzentwurfes zur Umsetzung steuerlicher EU-Vorgaben beweist einmal mehr die steuerpolitische Handlungsfähigkeit der christlich-liberalen Koalition. Nachdem wir bereits das Wachstumsbeschleunigungsgesetz

setz erfolgreich auf den Weg gebracht haben, steht nun ein notwendiges Steuergesetz zur Umsetzung von EU-Recht auf der Tagesordnung.

Dabei ergreifen wir erneut Maßnahmen, die in der Vergangenheit von unserem alten Koalitionspartner blockiert worden waren. So sieht der Gesetzentwurf die Anpassung der Steuerbefreiung für Umsätze der Deutschen Post AG an die Liberalisierung auf dem Postmarkt und die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts vor. Damit wollen wir den Wettbewerb im Interesse der Verbraucher stärken. Entsprechend der Vereinbarung im Koalitionsvertrag bleibt die Grundversorgung der Bürger mit Postdienstleistungen auch weiterhin umsatzsteuerfrei.

Wir wollen die EU-rechtlichen Vorgaben zu einer EU-konformen Erweiterung des Kreises der Riester-Berechtigten ebenso umsetzen wie die EU-rechtlichen Vorgaben zur steuerlichen Berücksichtigung von Spenden an gemeinnützige Organisationen im EU-/EWR-Raum oder zur EU-weit vorgesehenen Verkürzung der Abgabefrist für die Zusammenfassenden Meldungen bei innergemeinschaftlichen Lieferungen zur Bekämpfung des Umsatzsteuerbetrugs.

Neben diesen EU-spezifischen Maßnahmen beabsichtigen wir - wie im Koalitionsvertrag vereinbart - die Möglichkeiten der Mitarbeiterkapitalbeteiligung zu erweitern. Die hier bislang schon bestehende Steuerbefreiung soll auch auf Vermögensbeteiligungen durch Entgeltumwandlung erweitert werden. Dies stärkt die Bindung zwischen Unternehmen und Mitarbeitern und führt zu einer Verbesserung der Eigenkapitalbasis der Unternehmen.

Darüber hinaus wollen wir weitere konjunkturstärkende Maßnahmen im Rahmen dieses Gesetzgebungsverfahrens umsetzen. Zum einen wollen wir sicherstellen, dass die Besteuerung von sogenannten Funktionsverlagerungen den internationalen Standards entspricht und damit nicht zu Lasten hiesiger Arbeitsplätze geht. Dies erleichtert gerade in dem Zukunftsbereich von Forschung und Entwicklung zusätzliche Investitionen in Deutschland und schafft damit günstigere Rahmenbedingungen für die Entstehung neuer Arbeitsplätze. Damit setzen wir auch zeitnah eine entsprechende Vereinbarung des Koalitionsvertrages um. Zum anderen wollen wir für Leasing- und Factoringunternehmen die Möglichkeit schaffen, dass sie im Umfang ihrer Finanzierungstätigkeit auch entsprechende gewerbesteuerliche Rahmenbedingungen erhalten wie Kreditinstitute. So stärken wir gezielt auch die Mittelstandsfinanzierung und vermeiden bürokratische, allein steuergetriebene Umstrukturierungen. Steuerausfälle sind hiermit nicht verbunden. Im Gegenteil. Durch eine verstärkte Investitionstätigkeit vor Ort werden gerade auch die Kommunen profitieren.

Schließlich gehen wir entschieden gegen Steuerbetrug vor. Zur Eindämmung der jüngst bekannt gewordenen Umsatzsteuerbetrugsfälle beim Handel mit CO₂-Emissionszertifikaten durch sogenannte Karussellgeschäfte wollen wir hier ein sogenanntes Reverse-Charge-Verfahren einführen und damit die Steuerschuld auf den Leistungsempfänger verschieben. Damit verhindern wir Steuerausfälle im dreistelligen Millionenbereich.

Sämtliche Maßnahmen werden wir im weiteren parlamentarischen Verfahren intensiv erörtern und auch zum Gegenstand einer Sachverständigenanhörung machen.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 9. 2. 2010

Geplante Umsatzbesteuerung von Postdienstleistungen europarechtswidrig

Zur heutigen Anhörung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung steuerlicher EU-Vorgaben sowie zur Aenderung steuerlicher Vorschriften erklart die zustandige Berichterstatterin der SPD-Bundestagsfraktion Sabine Baetzing:

Die schwarz-gelbe Bundesregierung hat es versaeumt, die zwangslaeufigen Konsequenzen aus der Rechtsprechung des Europaeischen Gerichtshofes (EuGH) zur Umsatzbesteuerung von Postdienstleistungen zu ziehen.

Das Urteil der Rechtsexperten in der heutigen Anhörung des Finanzausschusses war ebenso einhellig wie unmissverstaendlich: Die von Bundesfinanzminister Schaeuble vorgeschlagene weitgehende Einschraenkung der derzeitigen Umsatzsteuerfreiheit von Post-Universaldienstleistungen ist gemeinschaftsrechtswidrig. Dies bestaetigt im Lichte der EuGH-Entscheidung vom April 2009 bestehende Bedenken der SPD-Bundestagsfraktion gegen den Gesetzentwurf. In der vergangenen Wahlperiode war eine Verstaendigung mit der Union ueber eine Steuerbefreiung auch der AGB-Universaldienstleistungen, die von Standardbedingungen oder -preisen abweichen, nicht moeglich. Jetzt muessen die Koalitionsfraktionen von CDU/CSU und FDP im Gesetzgebungsverfahren korrigierend eingreifen. Andernfalls traefen die Kosten fuer diese Besteuerung der Geschaeftspost, wie heute deutlich wurde, gerade die nicht vorsteuerabzugsberechtigten Nutzer wie Behoerden, Vereine und wohltaeugetige Organisationen und letztlich damit immer die Verbraucherinnen und Verbraucher.

Gegenstand des Gesetzentwurfs ist aber auch das Vorhaben der Koalition, die Moeglichkeiten der Mitarbeiterkapitalbeteiligung zu erweitern. Nach geltender Rechtslage ist die steuerliche Foerderung auf Vermoegensbeteiligungen begrenzt, die zusaetzlich zum geschuldeten Arbeitslohn aus freiwilligen Leistungen des Arbeitgebers gewaehrt werden. Der Vorschlag, diese Foerderung auf Beteiligungen auszuweiten, die durch Entgeltumwandlung finanziert werden, stuess auf nachdrueckliche Kritik der Gewerkschaften wie der Spitzenverbaende der deutschen Wirtschaft. Die Vertreter der gesetzlichen Rentenversicherung warnten - vorausschauend - davor, eine solche Entgeltumwandlung womoeglich auch noch von der Beitragspflicht in der Sozialversicherung zu befreien. Die SPD-Bundestagsfraktion lehnt die geplante Neuregelung ab. Sie ginge zu Lasten des notwendigen Ausbaus der betrieblichen Altersversorgung.

Die Frage ist, ob sich die Koalitionsfraktionen nach dem Debakel der Umsatzsteuerermaessigung fuer Beherbergungsleistungen schon wieder trauen, die fundierten Auffassungen der Sachverstaendigen zu ignorieren.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 9. 2. 2010

Mehrwertsteuer auf Teile des Post-Universaldienstes ist mit europaeischem Recht nicht vereinbar

Zur heutigen Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsatzsteuerpflicht von Post-Universaldienstleistungen erklart der stellvertretende wirtschaftspolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion Klaus Barthel:

Die ganz grosse Mehrheit der Experten in der heutigen Anhörung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages hat die SPD-Auffassung bestaetigt: Die von der Bundesregierung angestrebte Ausdehnung der Umsatzsteuer auf Teile der Post-Universaldienstleistungen ist mit dem Europarecht nicht zu vereinbaren. Nach den Plaenen der Bundesregierung sollen Pakete zwischen zehn und 20 Kilogramm und zum Beispiel Massensendungen nach Allgemeinen Geschaeftsbedingungen in Zukunft mit 19 Prozent Mehrwertsteuer belastet werden - unabhængig davon, ob die Leistung von der Deutschen Post AG (DPAG) oder von Wettbewerbern erbracht wird. Das trifft alle, die keine Vorsteuer abziehen koennen: private Kunden, Behoerden, Banken, Kirchen, Aerzten, Vereinen, Parteien, Gewerkschaften und Wohlfahrtsverbaende. Schwarz-Gelb bleibt sich treu: Klientelpolitik zugunsten einiger weniger. Denn nur die Interessenvertreter der privaten Postkonkurrenten zeigten sich mit den Plaenen der Bundesregierung zufrieden. Das sind die,

die sich weigern, den Postmindestlohn zu akzeptieren. Die Zechen bezahlen unter anderem Privatkunden, Vereine, Kirchen und Wohlfahrtsverbände: Die erhofften 300 Millionen Euro Steuermehreinnahmen über die Umsatzsteuer auf Post-Universalienstleistungen sollen wohl helfen, die Entlastungen für Hotels auszugleichen.

Grundgesetz und EU-Postrichtlinie gewährleisten den Post-Universalien: eine flächendeckende Grundversorgung der Bevölkerung mit postalischen Dienstleistungen in einer bestimmten Qualität und zu erschwinglichen Preisen. Nach europäischem Recht sind Universalienleistungen von Unternehmen, die zur Erbringung des Universalienstes verpflichtet sind, von der Umsatzsteuer zu befreien. Das dient, ganz im Sinne des Gedankens der Daseinsvorsorge, der Entlastung der Kunden.

Bisher wird der Post-Universalien alleine von der Deutschen Post AG (DPAG) erbracht. Diese muss nach Paragraph 56 Postgesetz jede Einschränkung des Angebots der Bundesnetzagentur sechs Monate vorher mitteilen. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung räumt den Wettbewerbern die Möglichkeit ein, ebenfalls Post-Universalienleistungen zu erbringen, versäumt es aber, sie den gleichen Qualitätskriterien aus der Post-Universalienleistungsverordnung (PUDLV) und einer dem Paragraph 56 Postgesetz entsprechenden Verpflichtung zu unterwerfen. Unter dem Vorwand, Wettbewerb im Postsektor herstellen zu wollen, unterläuft die Bundesregierung ihre grundgesetzliche Verpflichtung, einen günstigen und flächendeckenden Universalien zu garantieren. Postdienstleistungen werden für viele teurer und die Arbeitsbedingungen für die dort Beschäftigten immer schlechter.

Zusätzlich droht Chaos bei der Umsetzung: Da es künftig zwei Arten von Universalienleistungen gäbe, hätte der Briefträger sowohl Mehrwertsteuerpflichtige und -befreite Sendungen dabei. Wie das durch die ganze postalische Leistungskette steuerlich getrennt werden soll, bleibt das Geheimnis einer Koalition, die sich den Bürokratieabbau auf die Fahnen geschrieben hat. Voellig unklar bleibt auch, welche Unternehmen auf welchem Weg steuerbefreit werden sollen.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 9. 2. 2010

Gesetz zur Umsetzung steuerlicher EU-Vorgaben stärkt Konjunktur Weitere Liberalisierung bei den Postdienstleistungen durch eine Angleichung der Umsatzbesteuerung

Anlässlich der heutigen Sachverständigenanhörung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung steuerlicher EU-Vorgaben sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages erklären der finanzpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Leo Dautzenberg MdB, und der zuständige Berichterstatter, Manfred Kolbe MdB:

Die heutige Sachverständigenanhörung hat den steuerpolitischen Kurs der Koalition eindrucksvoll bestätigt. So haben die Experten deutlich gemacht, wie wichtig auch eine weitere Liberalisierung bei den Postdienstleistungen durch eine Angleichung der Umsatzbesteuerung ist. Mit der Anpassung der Steuerbefreiung für Umsätze der Deutschen Post AG an die Liberalisierung auf dem Postmarkt und die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts stärken wir den Wettbewerb und leisten zugleich einen wichtigen Beitrag zur Stärkung der Konjunktur. Wichtig ist auch, dass entsprechend der Vereinbarung im Koalitionsvertrag die Grundversorgung der Bürger mit Postdienstleistungen auch weiterhin umsatzsteuerfrei bleibt. Diese Maßnahme ist ein weiteres wichtiges Signal der Koalition zur raschen Überwindung der Krise.

Zur selben positiven Einschätzung kommt die Sachverständigenanhörung auch bei den anderen konjunkturstärkenden Maßnahmen, die wir mit diesem Gesetz umsetzen wollen.

Mit der beabsichtigten Konkretisierung der Besteuerung von sog. Funktionsverlagerungen führen wir das deutsche Unternehmenssteuerrecht an die internationalen Standards heran und schaffen damit günstige Rahmenbedingungen für mehr Wachstum und Beschäftigung gerade in dem Zukunftsbereich Forschung und Entwicklung. Zugleich stärken wir damit die Steuerbasis in Deutschland. Gewinner werden auch die Kommunen sein. Außerdem werden wir durch die zielgenaue Ausgestaltung des sog. gewerbesteuerlichen Bankenprivilegs für Leasing- und Factoringunternehmen aufkommensneutral erreichen, dass diese wichtigen Mittelstandsfinanzierer im Umfang ihrer Finanzierungstätigkeit auch entsprechende gewerbesteuerliche Rahmenbedingungen erhalten wie Kreditinstitute. Ein wichtiger Beitrag zur Stärkung der Eigenkapitalbasis der Unternehmen ist zudem die vorgesehene Erweiterung der Möglichkeiten der Mitarbeiterkapitalbeteiligung. Die hier bislang schon bestehende Steuerbefreiung soll auch auf Vermögensbeteiligungen durch Entgeltumwandlung ausgedehnt werden.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 2/2010 vom 20. 1. 2010

Kürzung des Ausgleichsbetrags für Unternehmen des öffentlichen Personennahverkehrs gem. § 45a Abs. 2 Satz 3 PBefG wegen Mängel im Gesetzgebungsverfahren verfassungswidrig

Auszubildende werden von den Unternehmen des öffentlichen Personennahverkehrs in der Regel zu ermäßigten Entgelten befördert, ohne dass darauf ein gesetzlicher Anspruch besteht. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts muss der Unternehmer aus Gründen des Gemeinwohls die Tarife jedoch innerhalb der Grenzen der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens nach Regel-, Sozial- und Ermäßigungstarifen staffeln. Der Unternehmer hat es damit durch seine Tarifgestaltung in der Hand, im Rahmen einer kostendeckenden und gewinnerzielenden Unternehmenspolitik etwaige Mindereinnahmen aus einzelnen Verkehrsleistungen wie dem Schülerverkehr durch eine Erhöhung der Tarife an anderer Stelle auszugleichen. Daneben gewährt der Staat seit 1977 den Unternehmen für die Beförderung von Auszubildenden unter bestimmten gesetzlich festgelegten Voraussetzungen zusätzlich eine Ausgleichsleistung nach Maßgabe des § 45a Abs. 2 Satz 1 PBefG. Nach § 45 a Abs. 2 Satz 3 PBefG, der durch Art. 24 des Haushaltsbegleitgesetzes 2004 eingefügt wurde, wurde dieser Ausgleichsbetrag für 2004 um 4 % und für die Folgejahre noch weiter verringert.

Das Haushaltsbegleitgesetz 2004 beruht auf einem Gesetzentwurf der Bundesregierung, der vor allem wesentliche Elemente des Haushaltsstabilisierungskonzeptes 2003 der Bundesregierung, unter anderem den Abbau von Subventionen, umsetzen sollte. Der Entwurf wurde im ersten Durchgang vom Bundesrat abgelehnt. Zeitlich parallel dazu erarbeitete eine Arbeitsgruppe unter Leitung der Ministerpräsidenten der Länder Hessen und Nordrhein-Westfalen, Roland Koch und Peer Steinbrück, das sog. Koch/Steinbrück-Papier, das einen umfassenden Subventionsabbau vorsah und am 30. September 2003 veröffentlicht wurde. In der ersten Beratung des Haushaltsbegleitgesetzes 2004 im Deutschen Bundestag am 9. September 2003 wurden die Vorschläge des Koch/Steinbrück-Papiers in abstrakter Form angesprochen, ohne dass das Personenbeförderungsgesetz selbst erwähnt wurde. Die Gesetzesvorlage wurde federführend dem Haushaltsausschuss und mitberatend dem Finanzausschuss des Deutschen Bundestages zugewiesen.

In den Sitzungen sowohl des Haushaltsausschusses als auch des Finanzausschusses am 15. Oktober 2003 stellten der Finanzminister des Landes Nordrhein-Westfalen, Dieckmann, und der Minister für Europa- und Bundesangelegenheiten des Landes Hessen, Riebel, die Vorschläge der Arbeitsgruppe Koch/Steinbrück teilweise vor; sie baten darum, diese in die Beratungen des Gesetzentwurfs miteinzubeziehen. Beide Aus-

schüsse sprachen sich dafür aus, den Gesetzentwurf in zum Teil geänderter Fassung, jedoch ohne Berücksichtigung des Koch/Steinbrück-Papiers anzunehmen.

In der zweiten und dritten Beratung des Deutschen Bundestages zum Haushaltsbegleitgesetz 2004 am 17. Oktober 2003 wurden die Vorschläge zum Subventionsabbau der Ministerpräsidenten von Hessen und Nordrhein-Westfalen zwar erwähnt, einzelne Punkte des Papiers aber nicht erörtert. Der Gesetzentwurf wurde in zweiter Beratung sowie in der Schlussabstimmung in der Ausschussfassung angenommen.

Der Bundesrat verlangte im zweiten Durchgang die Einberufung des Vermittlungsausschusses unter anderem mit dem Ziel, die Vorschläge der Ministerpräsidenten Koch und Steinbrück in den Gesetzentwurf einzubeziehen. Der Vermittlungsausschuss einigte sich am 16. Dezember 2003 auf einen Vorschlag zur Änderung des Personenbeförderungsgesetzes; die Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses wurde in der Sitzung des Deutschen Bundestages am 19. Dezember 2003 angenommen. Der Bundesrat stimmte dem Gesetz mit der Mehrheit seiner Stimmen am 29. Dezember 2003 zu. Das Gesetz wurde am 31. Dezember 2003 im Bundesgesetzblatt verkündet und trat am 1. Januar 2004 in Kraft.

Die Beschwerdeführerin befördert Personen, darunter auch Auszubildende zu einem ermäßigten Tarif, im öffentlichen Personennahverkehr. Sie beantragte im April 2005 bei der zuständigen Behörde die Gewährung eines Ausgleichs für gemeinwirtschaftliche Leistungen im Straßenpersonenverkehr für das Kalenderjahr 2004, der aber nicht in der beantragten Höhe bewilligt wurde. Die Beschwerdeführerin klagte gegen die Kürzung beim Verwaltungsgericht und wies darauf hin, dass das Haushaltsbegleitgesetz 2004 und damit die Kürzungsvorschrift des § 45a Abs. 2 Satz 3 PBefG nicht ordnungsgemäß zustande gekommen sei. Die Vorschrift sei erst durch den Vermittlungsausschuss in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht worden, ohne dass der Deutsche Bundestag und der Bundesrat dem vorher zugestimmt hätten. Die Klage und der Antrag auf Zulassung der Berufung blieben ohne Erfolg. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügt die Beschwerdeführerin die Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 19 Abs. 4, Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG sowie des Art. 20 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 76 Abs. 1, Art. 77 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 2a GG.

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat entschieden, dass die Kürzung des Ausgleichsbetrags gemäß § 45a Abs. 2 Satz 3 Variante 1 PBefG verfassungswidrig, aber nicht nichtig ist. Das Gesetz bleibt längstens bis zum 30. Juni 2011 anwendbar (Beschluss vom 8.12.2009 – 2 BvR 758/07). Den Kompetenzen des Vermittlungsausschusses werden durch das Grundgesetz (Art. 20 Abs. 2, Art. 38 Abs. 1 Satz 2, Art. 42 Abs. 1 Satz 1 und Art. 76 Abs. 1 GG) Grenzen gesetzt, die im vorliegenden Gesetzgebungsverfahren überschritten wurden. Der Vermittlungsausschuss hat eigene Vorschläge in das Gesetzgebungsverfahren eingeführt, ohne dass der Deutsche Bundestag in verfassungsgemäßer Weise beteiligt wurde. Die Beschwerdeführerin ist insoweit in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG verletzt. Die angegriffene Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts verletzt die Beschwerdeführerin darüber hinaus in ihrem Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG, weil das Gericht die Anforderungen an die Begründung des Antrags auf Zulassung der Berufung in unzumutbarer Weise überspannt hat.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

Die Kompetenzen des Vermittlungsausschusses und seine Funktion und Stellung im Gesetzgebungsverfahren sind in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinreichend geklärt. Der Vermittlungsausschuss hat kein eigenes Gesetzesinitiativrecht, sondern ihm kommt lediglich die Aufgabe zu, auf der Grundlage des Gesetzesbeschlusses und des vorherigen Gesetzgebungsverfahrens Änderungsvorschläge zu erarbeiten, die sich ausgehend vom Anrufungsbegehren im Rahmen der

parlamentarischen Zielsetzung des Gesetzgebungsvorhabens bewegen und die jedenfalls im Ansatz sichtbar gewordenen politischen Meinungsverschiedenheiten zwischen Deutschem Bundestag und Bundesrat ausgleichen.

Die Kompetenzverteilung im Verhältnis zwischen den Gesetzgebungsorganen weist dem Deutschen Bundestag die entscheidende Funktion im Gesetzgebungsverfahren zu. Der Vermittlungsvorschlag muss dem Deutschen Bundestag aufgrund der dort geführten parlamentarischen Debatte zurechenbar sein. Das zum Anrufungsbegehren führende Gesetzgebungsverfahren wird durch die in dieses eingeführten Anträge und Stellungnahmen der Abgeordneten, des Bundesrates und gegebenenfalls der Bundesregierung bestimmt. Voraussetzung für das Aufgreifen eines Regelungsgegenstandes durch den Vermittlungsausschuss ist, dass die Anträge und Stellungnahmen im Gesetzgebungsverfahren bekannt gegeben worden sind und die Abgeordneten die Möglichkeit hatten, diese zu erörtern. Der Vermittlungsausschuss muss dabei auch den von Verfassungen wegen gebotenen Zusammenhang zwischen der öffentlichen Debatte im Parlament und der späteren Schlichtung zwischen den an der Gesetzgebung beteiligten Verfassungsorganen wahren.

Die Änderung des Personenbeförderungsgesetzes durch das Haushaltsbegleitgesetz 2004 ist nicht in formell verfassungsmäßiger Weise zustande gekommen. Die Einbringung des Koch/Steinbrück-Papiers in das parlamentarische Verfahren des Deutschen Bundestages und seine Behandlung in dessen Ausschüssen sowie im Plenum eröffneten dem Vermittlungsausschuss nicht die Kompetenz, eine Änderung des Personenbeförderungsgesetzes in den Vermittlungsvorschlag aufzunehmen. Die Vorschläge des Koch/Steinbrück-Papiers waren - zumindest in Bezug auf die Kürzung von Finanzhilfen - bereits nach Struktur und Umfang angemessener parlamentarischer Beratung nicht zugänglich und nach der Art ihrer Einbringung und Behandlung darauf auch gar nicht angelegt. Der gesamte Verfahrensgang war vielmehr erkennbar darauf ausgerichtet, unter Vermeidung der Öffentlichkeit der parlamentarischen Debatte und einer hinreichenden Information der Mitglieder des Deutschen Bundestages den von vornherein als notwendig erkannten politischen Kompromiss erst im Vermittlungsausschuss herbeizuführen.

Die Vorschläge zur Kürzung von Finanzhilfen des Bundes im Koch/Steinbrück-Papier und deren Behandlung in den Ausschüssen und im Plenum des Deutschen Bundestages genügten nicht den Anforderungen an Anträge und Stellungnahmen im Gesetzgebungsverfahren, die den Rahmen und Gegenstand eines Vermittlungsverfahrens festlegen. Die sachliche Tragweite des vom Vermittlungsausschuss in den Gesetzentwurf eingefügten Regelungsgegenstandes wurde im Gesetzgebungsverfahren vor dem Gesetzesbeschluss nicht erkennbar. Denn die Auflistung einer Vielzahl pauschal zu kürzender Finanzhilfen ohne jegliche Ansätze für eine rechtliche und politische Bewertung und ohne Zuordnung zu den einschlägigen Handlungsfeldern (Haushalt, Gesetzgebung) in dem Koch/Steinbrück-Papier schloss es praktisch aus, dass sich die Abgeordneten mit den Vorschlägen im Einzelnen verantwortlich befassen.

Das Defizit an Konkretisierung ist ebenfalls durch die Behandlung des Koch/Steinbrück-Papiers in den Ausschüssen des Deutschen Bundestages und durch die Beschlussempfehlung und den Bericht des Haushaltsausschusses nicht ausgeräumt worden, da die Minister bei der Darstellung des Papiers nicht über die Erwähnung von Beispielen hinausgingen.

Ebenso führt auch die verschiedentliche Erwähnung des Koch/Steinbrück-Papiers in den drei Lesungen des Haushaltsbegleitgesetzes 2004 im Plenum des Deutschen Bundestages nicht dazu, dass dessen Liste der Finanzhilfen durch den Vermittlungsausschuss hätte aufgenommen werden dürfen. Den verfassungsrechtlich garantierten Informations- und Mitwirkungsrechten der Abgeordneten ist auf den vom Grundgesetz und der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages vorge-

sehenen Wegen Rechnung zu tragen. Sinn des Grundsatzes der Parlamentsöffentlichkeit ist es, den Inhalt der parlamentarischen Debatte öffentlich zu machen.

Die Art der Einbringung des Koch/Steinbrück-Papiers in das parlamentarische Verfahren genügt darüber hinaus nicht den Anforderungen an die Förmlichkeit des Gesetzgebungsverfahrens; denn das Koch/Steinbrück-Papier wurde nicht als Bundesratsinitiative (Art. 76 Abs. 1 GG) in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht. Die Landesminister Dieckmann und Riebel traten in den Ausschüssen des Deutschen Bundestages auf der Grundlage des Rederechts nach Art. 43 Abs. 2 Satz 2 GG auf. Bei dem Rederecht handelt es sich nicht um eine dem Bundesrat als Verfassungsorgan insgesamt zustehende Befugnis, sondern um ein Individualrecht der einzelnen Bundesratsmitglieder. Daher brachten die Minister das Papier nicht als Stellungnahme des Bundesrates zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung ein; vielmehr handelt es sich um Material, das den Ausschüssen und den Abgeordneten des Deutschen Bundestages in unverbindlicher Weise präsentiert wurde.

Die Einbeziehung der Inhalte des Koch/Steinbrück-Papiers in den Beschlussvorschlag des Vermittlungsausschusses lässt sich auch nicht damit rechtfertigen, dass der Bundesrat in seinem Anrufungsbegehren verlangte, das Gesetz grundlegend zu überarbeiten und die Vorschläge der Ministerpräsidenten Roland Koch und Peer Steinbrück zum Abbau von Steuervergünstigungen und Finanzhilfen einzubeziehen. Die Anrufung käme dann einer Gesetzesinitiative gleich, die nur auf dem verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Weg zulässig ist. Dem Deutschen Bundestag würde auf diese Weise eine Veto-Position zugespielt, die gerade kennzeichnendes Merkmal der Stellung des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren ist.

Der Mangel im Gesetzgebungsverfahren berührt die Gültigkeit der angegriffenen Norm, weil er evident ist. Für die an der Gesetzgebung beteiligten Organe war im Jahr 2003 bei verständiger Würdigung erkennbar, dass das Verfahren der Änderung des Personenbeförderungsgesetzes durch das Haushaltsbegleitgesetz 2004 mit dem Grundgesetz nicht vereinbar war. Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe waren bereits durch das Senatsurteil vom 7. Dezember 1999 geklärt (vgl. dazu auch BVerfGE 120, 56 <79 f.>). Der Umstand, dass seinerzeit der notwendige politische Kompromiss voraussichtlich nur im Vermittlungsausschuss zu erreichen war, rechtfertigt eine Abkürzung des Verfahrens im Deutschen Bundestag mit dem Ziel beschleunigten Zugangs zum Vermittlungsverfahren schon deshalb nicht, weil dadurch die parlamentarische Öffentlichkeit und damit die Sichtbarkeit politischer Verantwortung gegenüber den Bürgern erheblich eingeschränkt wurde.

Sonstige Verfassungsverstöße liegen nicht vor. § 45a Abs. 2 Satz 3 Variante 1 PBefG ist materiell verfassungsgemäß. Die Tätigkeit der Beschwerdeführerin als Verkehrsunternehmen, das Leistungen im öffentlichen Personennahverkehr erbringt, unterfällt dem Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG. Ob die Regelung darüber hinaus berufsregelnde Tendenz hat, kann hier dahinstehen, weil sie anerkannten Gemeinwohlbelangen dient und die Betroffenen nicht unverhältnismäßig belastet. Die Berücksichtigung der Gemeinwohlbelange bei der Gestaltung der Tarife im öffentlichen Personennahverkehr erfordert es, die Personengruppe der Schüler und Auszubildenden zu bevorzugen. Die Erhöhung des Tarifniveaus an anderer Stelle findet jedoch ihre Grenze in den öffentlichen Verkehrsinteressen, im Besonderen in der Aufnahmefähigkeit des Marktes. Funktion des Ausgleichs nach § 45a PBefG ist es, diese Lücke zu füllen und die Überlebensfähigkeit des öffentlichen Personennahverkehrs zu sichern. Die Konsolidierung der öffentlichen Haushalte, hier der Haushalte der Länder, die nach § 45a Abs. 3 Satz 1 PBefG zur Gewährung des Ausgleichs verpflichtet sind, ist ein legitimes Ziel des Gesetzgebers. Es ist nicht ersichtlich, dass die Kürzung des Ausgleichsbetrags um 4 % von einem durchschnittlichen Verkehrsunternehmer nicht durch zumutbare Maßnahmen der Preisgestaltung in angemessener Zeit ausgeglichen werden kann. Der

Gesetzgeber war auch nicht verpflichtet, den Anwendungsbereich der Vorschrift auf neu erteilte Konzessionen zu beschränken oder das Inkrafttreten des Gesetzes hinauszuschieben. Die bloße Erwartung der Verkehrsunternehmer, das geltende Recht werde unverändert fortbestehen, ist verfassungsrechtlich nicht geschützt. Aus den gleichen Gründen verstößt die angefochtene Regelung nicht gegen Art. 14 Abs. 1 GG.

Aus der Unvereinbarkeit der angegriffenen Regelung des § 45a Abs. 2 Satz 3 Variante 1 PBefG mit dem Grundgesetz folgt nicht die Nichtigkeit der Norm, weil sonst dem gesetzgeberischen Konzept des Haushaltsbegleitgesetzes 2004 rückwirkend die Grundlage entzogen würde. Um dem Interesse verlässlicher Finanz- und Haushaltsplanung und eines gleichmäßigen Verwaltungsvollzugs für weitgehend schon abgeschlossene Zeiträume Rechnung zu tragen, bleibt die Norm daher vorläufig anwendbar. Die weitere Anwendbarkeit endet jedoch mit einer Neuregelung, spätestens am 30. Juni 2011.

Der Beschluss des Oberverwaltungsgerichts, mit dem der Antrag der Beschwerdeführerin auf Zulassung der Berufung abgelehnt wurde, verletzt die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG; denn das Oberverwaltungsgericht hat hier in einer unzumutbaren, aus Sachgründen nicht mehr zu vereinbarenden Weise die Darlegungsanforderungen des § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO überspannt. Darüber hinaus hat es angesichts der formellen Verfassungswidrigkeit des mittelbar angegriffenen Gesetzes in einer Art. 19 Abs. 4 GG verletzenden Weise das Vorliegen des Zulassungsgrundes der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung des Verwaltungsgerichts nach § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO verkannt.

Die Entscheidung ist mit 7:1 Stimmen ergangen.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 9. 2. 2010

Urteil BVerfG ist ein Warnsignal fuer Schwarz-Gelb

Zu der heutigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes, wonach insbesondere die Regelsaetze fuer Kinder nach einem eigenstaendigen Verfahren zu bestimmen sind, erklart die arbeitsmarkt- und sozialpolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion Anette Kramme:

Wir begruessen das heutige Urteil des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfG). Es sorgt fuer mehr Klarheit und Transparenz bei der Bemessung der Regelsaetze. Bedarfe lassen sich - ausserhalb des physischen Existenzminimums - nicht einfach mathematisch-naturwissenschaftlich berechnen, sie enthalten auch immer eine Wertentscheidung.

Das Urteil laesst hoffentlich all die angeblichen Wirtschaftsexperten verstummen, die die Regelsaetze als zu hoch bezeichnet haben. Die Entscheidung ist damit auch ein Warnsignal fuer Schwarz-Gelb: Die Leistungen der Grundsicherung fuer Arbeitsuchende und der Sozialhilfe sind das unterste soziale Netz. Sie eignen sich nicht fuer Sozialkuerzungen. Alle eventuellen Ueberlegungen, nach der NRW-Wahl bisherige Steuergeschenke derart zu finanzieren, muessen nun in der Schublade bleiben.

Auch die grundsuetzliche schwarz-gelbe arbeitsmarkt- und sozialpolitische Strategie ist gescheitert: Prekaere Beschaeftigung, Niedrigloehne und Mini-Jobs zu foerdern, und die unzureichenden Einkommen dann durch Leistungen des SGB II aufzustocken - diese Strategie war schon immer oekonomisch unsinnig, haushaltspolitisch absurd und moralisch verwerflich. Jetzt ist sie auch juristisch gescheitert.

Die Konsequenz aus dem Urteil ist eindeutig: Hoehere Regelsaetze erfordern einen gesetzlichen Mindestlohn, da ansonsten der Sozialstaat in seiner Finanzierbarkeit und seiner Akzeptanz geschwaecht wuerde. Wir brauchen ein „Lohnabstandsgebot“ von oben, sprich: Die Loehne muessen hoeher sein als die Sozialleistungen.

Für einige der vom BVerfG kritisierten Punkte hat das SPD-geführte Bundesministerium für Arbeit und Soziales bereits in der vergangenen Legislaturperiode gute Vorarbeiten geleistet: Bei den Regelsätzen für Kinder wurde eine Sonderauswertung der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe (EVS) vorgenommen. Dabei hat sich herausgestellt, dass die Regelsätze bei ganz jungen und bei älteren Kindern korrekt ermittelt sind, aber bei Kindern im Alter von 6 bis 13 Jahren zu niedrig lagen. Durch eine neue Regelsatzstufe für diese Gruppe wurde das Problem ab dem 1. Juli 2009 gelöst.

Ein anderer wichtiger Punkt ist die Frage der Überprüfung des Bedarfes: Auch hier ist die SPD bereits vor Jahren zu der Auffassung gelangt, dass der bisherige Turnus von fünf Jahren, der zwischen den Einkommens- und Verbrauchsstichproben liegt, zu lang ist, um auf veränderte Konsumstrukturen oder Preiseffekte angemessen reagieren zu können. Der bisherige Bundesarbeitsminister hat hierzu einen Gutachtensauftrag erteilt, die Ergebnisse stehen noch aus.

Grundsätzlich gilt: Das Arbeitslosengeld II muss so bemessen sein, dass es nicht nur satt macht und warm hält. Auch Arbeitslose und deren Kinder haben Anrecht auf ein würdiges Leben und die aktive Teilnahme am gesellschaftlichen Leben. Dazu gehört mehr als Essen und Kleidung. Dazu gehört auch die Mitgliedschaft im Sportverein, von Zeit zu Zeit ein Besuch im Zoo oder eine Runde im örtlichen Schwimmbad. Ob das ALG II dafür hoch genug ist, muss künftig häufiger überprüft werden.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 9. 2. 2010

Urteil stellt Grundsicherung nicht in Frage Die CDU und CSU werden schnellstmöglich eine Lösung im Sinne des heutigen Urteils umsetzen

Anlässlich des heutigen Urteils des Bundesverfassungsgerichts zu den Regelsätzen der Grundsicherung nach dem SGB II erklärt der Vorsitzende der Arbeitsgruppe „Arbeit und Soziales“ der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Karl Schiewerling MdB:

Das Bundesverfassungsgericht hat mit seinem Urteil heute nicht die Grundsicherung in Frage gestellt. Vielmehr hat es die vom Gesetzgeber angewandte Einkommens- und Verbrauchsstichprobe grundsätzlich als zulässige und tragfähige Methode zur Ermittlung von Regelsätzen anerkannt. Allerdings sei von Strukturprinzipien dieses Statistikmodells ohne sachliche Rechtfertigung abgewichen worden. Hier wird es die dringende Aufgabe von Regierung und Parlament sein, Art und Weise der Berechnung konkreter und transparenter zu fassen. Ob dies zwangsläufig zu einem in seiner absoluten Höhe wesentlich veränderten allgemeinen Regelsatz führen wird, wird die Überprüfung der Methodik zeigen. Die Forderungen nach einer pauschalen Erhöhung der Regelsätze sind nach dem heutigen Urteil des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls nicht mehr haltbar.

Für Kinder muss eine eigene Bedarfsermittlung und somit eine eigenständige Festsetzung der Regelsätze erfolgen. Kinder können nicht mit einer einfachen mathematischen Formel wie „kleinere Erwachsene“ in den Bedarfen „heruntergerechnet“ werden. Hier hat es sich die damalige rot-grüne Bundesregierung mit einem willkürlichen Berechnungsschlüssel auf dem Rücken der Kinder zu einfach gemacht.

Die Union setzt sich mit Hochdruck dafür ein, für die Kinder Kriterien und Berechnungsmethoden für eigenständige Bedarfe zu entwickeln und davon die Höhe eines Regelsatzes abzuleiten. Dies muss sich am realen Leben orientieren. Oberste Zielsetzung muss dabei sein, gerade die Startchancen für die betroffenen Kinder so zu erhöhen, dass sie später ihr Leben eigenständig, eigenverantwortlich und ohne staatliche Transfers gestalten können.

Für die Union ist klar, dass diese beiden Aufgabenkomplexe vor dem Hintergrund der vom Verfassungsgericht gesetzten Frist bis Ende des Jahres eine Mammutaufgabe darstellen. Umso dringender ist es jetzt, schnell eine Einigung für die Organisationsform des SGB II zu erreichen, um die nötige Konzentration und Kapazität für die Umsetzung des Urteils zu den Regelsätzen zu haben. Die Zeit drängt, gerade angesichts der rechtlichen Komplexität und der finanziellen Auswirkungen, die diese neue Aufgabenstellung durch das Urteil in sich birgt.

Die CDU und CSU werden schnellstmöglich eine Lösung im Sinne des heutigen Urteils umsetzen.

Die Union hat zur Organisationsform in den vergangenen Tagen einen richtungsweisenden Beschluss gefasst. Nun ist es an der SPD, diesem Weg zu folgen. Die SPD mit ihrem damaligen Koalitionspartner trug schließlich damals die Verantwortung für die Beschlüsse, die das Verfassungsgericht heute verworfen hat.

FDP-Bundestagsfraktion Presseinformation Nr. 81 vom 9. 2. 2010

Urteil sorgt für bessere Chancen für Kinder aus Bedarfsgemeinschaften

Zum Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts zu den Hartz-IV-Regelleistungen für Kinder erklären der stellvertretende Vorsitzende und sozialpolitische Sprecher der FDP-Bundestagsfraktion Heinrich Kolb sowie die stellvertretende Vorsitzende und familienpolitische Sprecherin der FDP-Bundestagsfraktion Miriam Gruss:

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist zu begrüßen. Das Urteil ist eine schallende Ohrfeige für die ehemalige rot-grüne Bundesregierung. Es bestätigt die Haltung der FDP-Bundestagsfraktion: Bei einer bedarfsabhängigen Leistung ist eine Ermittlung des tatsächlichen Bedarfs zwingend erforderlich. Dies gilt selbstverständlich auch für Kinder. Die prozentuale Ableitung des Satzes für Kinder vom Regelsatz für Erwachsene ist deshalb ebenso falsch wie pauschale Forderungen nach einer Erhöhung der Regelsätze. Der richtige Bedarf für Erwachsene wie Kinder muss nun einer sachgerechten, eigenständigen Bewertung unterzogen werden. Die Voraussetzungen hierzu werden wir sorgfältig prüfen und zügig im Sinne der Betroffenen handeln.

Die Teilhabe aller Kinder, auch aus Hartz-IV-Familien, ist uns ein großes Anliegen. Kinder dürfen nicht unter der Arbeitslosigkeit ihrer Eltern leiden. Wie dies nach dem heutigen Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu gestalten ist, werden wir kurzfristig klären.

Kinder aus Bedarfsgemeinschaften müssen dieselben Chancen für Bildung und Aufstieg haben wie andere Kinder. Wir müssen die Voraussetzungen dafür schaffen, dass diese Kinder später ein selbst bestimmtes Leben führen und auch finanziell auf eigenen Füßen stehen. Die größte Gefahr für unser Sozialsystem, die Gesellschaft und den Bildungsstandort Deutschland ist, dass die Kinder von Langzeitarbeitslosen keine Chance mehr haben, der Abhängigkeit von Transferleistungen zu entkommen. Wir dürfen nicht zulassen, dass ganze Generationen von Familien entstehen, die auf staatliche Grundsicherung angewiesen sind. Diese Menschen brauchen Perspektiven und Chancen, die Abhängigkeit von staatlichen Leistungen zu durchbrechen.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 9. 2. 2010

Urteil verbessert Chancen für Kinder Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum Regelsatz für Kinder von Hartz IV-Empfängern

Anlässlich des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum Regelsatz für Kinder von Hartz IV-Empfängern erklären die

stellvertretende Fraktionsvorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Ingrid Fischbach MdB und die familienpolitische Sprecherin, Dorothee Bär MdB:

Das Urteil des Gerichts hat zur Klarheit beigetragen. In der Praxis hat sich gezeigt, dass die Regelsätze für Kinder von Hartz-IV-Empfängern nicht einfach pauschal von den Sätzen für Erwachsene abgeleitet werden können. Kinder haben andere und nicht zwangsläufig weniger Bedürfnisse als Erwachsene, um sich bestens entwickeln zu können. Daher unterstützen wir die Entscheidung des Gerichts, die eine an den tatsächlichen Bedürfnissen von Kindern und Jugendlichen orientierte Neuberechnung der Regelsätze notwendig macht.

Laut Verfassungsgericht müssen verlässliche Zahlen die Grundlage der Kinderregelsätze sein, auch einmalige besondere Bedarfe müssen anerkannt werden. Die Forderung des Bundesverfassungsgerichts, eine Härtefallregelung vorzulegen, macht dies deutlich.

Nun muss es darum gehen, zeitnah eine Evaluation des Bedarfssatzes vorzunehmen und die wirklich notwendigen finanziellen Leistungen zu ermitteln, um Kindern und Jugendlichen eine gute und gesunde Entwicklung sowie eine ausreichende gesellschaftliche Teilhabe zu ermöglichen. Das Urteil hat die notwendige Klarheit geschaffen, an der sich die zuständigen Gremien orientieren können. Wir werden nun mit der Bundesregierung darüber beraten, wie die Sätze angepasst werden können, denn Arbeitslosigkeit der Eltern darf kein Grund für Kinderarmut sein. Kindern und Jugendlichen gesellschaftliche Teilhabe und eine Perspektive zu ermöglichen, ist aber nicht nur eine Frage der materiellen Besserstellung. Wir sind uns einig, dass es eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe ist, Kindern aus benachteiligten Familien Chancen zu eröffnen.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 9. 2. 2010

Kritik des Verfassungsgerichts betrifft Verfahren, nicht Höhe der Hartz IV Regelsätze Grundsatzdiskussion um die Höhe der Sozialleistungen ist nicht hilfreich

Zum heutigen Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit der Höhe der Hartz IV Regelsätze erklärt der Stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion Dr. Günter Krings MdB:

Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich nicht die Höhe der Regelsätze für Kinder und Erwachsene in Frage gestellt. Das bisherige System der Regelleistungen hat sich grundsätzlich bewährt. Eine Grundsatzdiskussion um die Höhe der Sozialleistungen ist nicht hilfreich und schafft Verunsicherung.

Die Kritik der Richter beschränkt sich darauf, dass die Berechnung des Existenzminimums nicht ausreichend nachvollziehbar sei. Der Auftrag an den Gesetzgeber, die Transparenz des Berechnungsverfahrens zu erhöhen, ist sinnvoll und sachgerecht.

Wir werden jetzt zügig daran gehen, bis Ende des Jahres ein transparentes Berechnungsverfahren für die Ermittlung der Regelsätze zu schaffen. Den Schwerpunkt werden wir aber auch bei allen gesetzlichen Anpassungen von „Hartz IV“ weiter darauf legen, Langzeitarbeitslose wieder in Lohn und Brot zu bringen.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 10. 2. 2010

Urteil staerkt Kinder und Familien

Zum aktuellen Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu den Regelleistungen nach dem Sozialgesetzbuch II erklärt die familien- und jugendpolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion Caren Marks:

Das Urteil von Karlsruhe sagt deutlich: Ein neues transparentes Verfahren muss her, das die Bedarfe von Kindern und Jugendlichen genau abbildet. Kinder sind keine kleinen Erwachsenen. Daher ist das heutige Urteil sehr zu begrüssen.

Ein neues Verfahren zur Ermittlung des Existenzminimums von Kindern ist ein wichtiger Schritt, um Kindern und Jugendlichen mehr Chancengleichheit und Teilhabe am gesellschaftlichen Leben zu ermöglichen. Fuer die SPD ist klar: Gegen Kinder- und Familienarmut hilft nur ein Buendel an Massnahmen. Eltern brauchen eine existenzsichernde Arbeit und ausreichende Betreuungsangebote in Krippen, Kitas und Schulen. Kinder brauchen den Zugang zu guter Bildung und zu Gesundheitsleistungen. Dazu gehoert auch ein warmes und gesundes Mittagessen fuer jedes Kind.

Schwarz-Gelb hat kein schluessiges Konzept gegen Kinder- und Familienarmut. Die Bundesregierung laesst Familien im Regen stehen: Sie bringt Kommunen mit unverantwortlichen Steuersenkungen in groesste Noete und gefaehrdet die soziale Infrastruktur vor Ort. Sie blockiert flaechendeckende Mindestloehne, von denen alle Familien profitieren wuerden. Sie laesst die Zuegel beim Ausbau bedarfsgerechter Bildungs- und Betreuungsangebote schleifen.

Frau von der Leyen muss mit der Arbeit sofort beginnen. Das heisst hoffentlich: Weniger Zeit fuer Talkshow-Auftritte, mehr Zeit fuer durchdachte Konzepte.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 9. 2. 2010

Arbeitsministerin in der Pflicht Hartz IV-Reform darf nicht zu einem indirekten Verschiebeparkplatz führen

Anlässlich des heute verkündeten Urteils des Bundesverfassungsgerichts zu den Hartz IV-Regelsätzen erklärt der haushaltspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion Norbert Barthle MdB:

Die Karlsruher Richter haben Umsicht bewiesen, da die bisherige Regelung bis zum Ende dieses Jahres in Kraft bleibt und damit keine Auswirkungen für den Bundeshaushalt 2010 haben wird.

Die Bundesarbeitsministerin ist aber jetzt in der Pflicht, umgehend eine Lösung zu erarbeiten, die sowohl den rechtlichen Vorgaben gerecht wird, als auch in Einklang steht mit den im Koalitionsvertrag vereinbarten Grundlagen zur Sicherung der Tragfähigkeit der öffentlichen Finanzen.

Dabei muss sie auch beachten, dass eine umfassende Hartz IV-Reform nicht zu einem indirekten Verschiebeparkplatz der Aufteilung der Finanzlasten von Bund, Ländern und Kommunen führen darf.

DStGB – Gemeinsame Pressemitteilung vom 9. 2. 2010

SOZIALGESETZBUCH II Spitzenverbände begrüßen Urteil des Bundesverfassungsgerichts Kommunen: Entscheidung zu Regelsätzen bringt Rechtsklarheit – bei Neuregelung Lohnabstandsgebot wahren

Die kommunalen Spitzenverbände begrüßen das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu den Regelsätzen nach dem Sozialgesetzbuch II. „Mit der Entscheidung besteht nunmehr Rechtsklarheit für die Herleitung der Regelsätze“, betonen die Hauptgeschäftsführer der kommunalen Spitzenverbände, Dr. Stephan Articus (Deutscher Städtetag), Prof. Dr. Hans-Günter Henneke (Deutscher Landkreistag) und Dr. Gerd Landsberg (Deutscher Städte- und Gemeindebund).

Die Regelsätze müssen nunmehr zwar neu berechnet werden, das Gericht hat aber gerade nicht eine generelle Erhöhung angeordnet oder dazu verpflichtende Vorgaben gemacht. Es hat

aber festgelegt, dass die Herleitung der Regelsätze für Erwachsene neu erfolgen muss und dass für Kinder ein spezifischer am Bedarf des Kindes orientierter Regelsatz zu entwickeln ist. Zudem muss eine Härtefallregelung eingeführt werden, die außergewöhnliche Bedarfssituationen für die Hilfeempfänger abdeckt. „Die neue Bemessung der Regelsätze muss nunmehr schnell, gerecht und praktikabel erfolgen. Für die Kommunen steht außer Frage, dass die Regelsätze ein menschenwürdiges Existenzminimum sicherstellen müssen“, sagten Articus, Henneke und Landsberg.

Der Gesetzgeber ist nunmehr gefordert, die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts unbürokratisch umzusetzen. Dies führt nicht automatisch zu einer Erhöhung der Regelsätze, aber zu einer transparenten und nachvollziehbaren Festlegung, welche Leistungen für ein menschenwürdiges Existenzminimum notwendig sind. „Es ist richtig, eine Härtefallregelung für außergewöhnliche Bedarfslagen im SGB II vorzusehen. Dadurch wird sichergestellt, dass die Sozialhilfe nicht als Ausfallbürge für unzureichende SGB II-Leistungen herhalten muss“.

Die kommunalen Spitzenverbände fordern zudem, die Einhaltung des Lohnabstandsgebotes strikt zu beachten. Bereits heute gibt es vielfältige Konstellationen, bei denen kein Anreiz zur Arbeitsaufnahme besteht, da das zu erzielende Arbeitsentgelt unter oder nur wenig über den SGB II-Leistungen liegt. Familien, die staatliche Fürsorgeleistungen erhalten, dürfen nicht besser da stehen als diejenigen, die einer Arbeit nachgehen.

Die Forderung nach Anhebung der Regelsätze um bis zu 30 Prozent, wie sie zum Teil erhoben wird, lehnen die kommunalen Spitzenverbände strikt ab. Dies würde über 10 Milliarden Euro kosten, und die Zahl der Hilfeempfänger würde von zurzeit 6,8 Millionen auf knapp 9 Millionen ansteigen. „Die damit verbundenen Belastungen könnten weder der Bund noch die Kommunen finanziell schultern. Dies hat das Bundesverfassungsgericht auch nicht gefordert“, erklärten die drei Hauptgeschäftsführer.

Presseerklärung der KfW Bankengruppe vom 22. 1. 2010

Weitere Verbesserungen im KfW Sonderprogramm

- Zinssenkung für die Unternehmen
- Flexiblere Programmelemente
- Stärkung der Mittelstandsfinanzierung

Bundesregierung und KfW haben mit Wirkung zum 1. Februar 2010 weitere Verbesserungen im KfW Sonderprogramm vereinbart. Im Mittelpunkt der Verbesserung steht eine Neuordnung der Konditionen, die zu einer Senkung der Zinsen in den bestehenden Programmvarianten um 20 Basispunkte führt. Neben der Senkung der Zinsen tritt eine Reihe von Flexibilisierungen und Erweiterungen des Programms in Kraft, mit denen die Finanzierung vor allem des Mittelstandes weiter gestärkt wird.

So werden die Zinsbindungsfristen in allen Programmvarianten des KfW Sonderprogramms verlängert. Für Investitionskredite wird z. B. eine Zinsbindungsfrist von 3, 5 oder 8 Jahren angeboten. Auch die Kreditlaufzeiten werden verlängert. Bei Investitionen in langlebige Investitionsgüter wie z. B. Immobilien und bei Projektfinanzierungen steht den Kreditnehmern künftig eine Variante mit einer Laufzeit von 20 Jahren bei einer tilgungsfreien Anlaufzeit von bis zu 5 Jahren zur Verfügung. Bei Krediten für Betriebsmittel wird eine Programmvariante „Flexibel“ eingeführt um den Unternehmen größere Gestaltungsspielräume bei der Deckung des Betriebsmittelbedarfs zu öffnen. Hier kann der Kredithöchstbetrag von 50 Mio. EUR künftig bis zu 50% der Bilanzsumme des Antrag stellenden Unternehmens betragen. Zudem gibt es hier weitere Optionen bei

der Kreditlaufzeit, der Zinsbindungsfrist sowie ein außerplanmäßiges Tilgungsrecht ohne Vorfälligkeitsentschädigung. Die neuen Konditionen treten zum 1. Februar 2010 in Kraft.

Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie, Rainer Brüderle: „Ich freue mich, dass es uns mit den Neuerungen gelungen ist, dass das KfW-Sonderprogramm den individuellen Finanzierungsbedürfnissen der Unternehmen jetzt besser Rechnung trägt. Dies ist ein weiterer wichtiger Beitrag zur Sicherstellung der Kreditversorgung in dieser schwierigen Zeit.“

Der Vorstandsvorsitzende der KfW Bankengruppe Dr. Ulrich Schröder sagte: „Obwohl sich die Anzeichen einer wirtschaftlichen Erholung verdichten, ist die Krise noch nicht vorbei. Das Jahr 2010 wird für viele Unternehmen noch einmal eine große Herausforderung gerade im Hinblick auf die Finanzierung. Mit der weiteren Flexibilisierung des KfW Sonderprogramms setzen wir unseren Kurs fort, den Mittelstand bei der Bewältigung dieser Herausforderungen zu unterstützen.“

Presseerklärung der KfW Bankengruppe vom 1. 2. 2010

Beim Wohnungsneubau ist 2009 die Talsohle erreicht

- KfW-Indikator Eigenheimbau zeigt Erholung an
- Aussichten für die Neubautätigkeit in 2010 leicht verbessert

Der zuletzt deutliche Rückgang der Wohnungsbautätigkeit hat sich im dritten Quartal 2009 nicht fortgesetzt. Vielmehr stiegen die realen Wohnungsbauinvestitionen im dritten Quartal gegenüber dem Vorjahreszeitraum um 2,1 %. Auch wenn die realen Wohnungsbauinvestitionen im Gesamtjahr 2009 um 0,8 % sanken, zeigt die unterjährige Entwicklung für die nahe Zukunft eine Erholung der Wohnungsbauinvestitionen an.

Diese Erwartung wird durch die Entwicklung des regelmäßig exklusiv für die Wirtschaftswoche berechneten KfW-Indikators Eigenheimbau gestützt, der erneut zulegen konnte und im Dezember 2009 einen Wert von 38,1 % erreichte - fast 8 Prozentpunkte mehr als im Dezember vorigen Jahres. Die KfW geht davon aus, dass die Zahl der Wohnungsneubauten von voraussichtlichen 143.000 im Jahr 2009 auf etwa 146.000 im Jahr 2010 steigen wird. Auch wenn vieles dafür spricht, dass im Jahr 2009 die Talsohle der Wohnungsneubauaktivitäten durchschritten wurde, ist das Neubauniveau immer noch zu gering, um die zukünftig weiter steigende Wohnungsnachfrage zu bedienen. Selbst wenn sich der aufsteigende Trend nun verstetigte, würde die Zahl der neuen Wohnungen den Neubaubedarf der kommenden Jahre nicht decken.

FDP-Bundestagsfraktion

Presseinformation Nr. 1095 vom 29. 12. 2009

Umweltfreundliche Sanierungen entlasten Mieter

Zu den Forderungen des Deutschen Mieterbundes, dem Wohn- und Energiekostenanstieg mit einer Offensive im Wohnungsbau zu begegnen, erklärt der rechtspolitische Sprecher der FDP-Bundestagsfraktion Christian Ahrendt:

Der Koalitionsvertrag benennt im Mietrecht die richtigen Aufgaben. Wichtig ist, dass die Modernisierungen von Wohnraum für Vermieter erleichtert werden. Nur so bleiben die Mieten sozial, weil Mieter nach einer energetischen Wohnraumsanierung bei den Nebenkosten spürbar entlastet werden.

Erfreulich ist, dass der Deutsche Mieterbund dieses Problem erkannt hat. Gemäß den getroffenen Vereinbarungen im Koalitionsvertrag werden alle Punkte angegangen und in Abstimmung mit den Mieter- und Vermieterverbänden neu justiert.

GuT

G 58438

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

SPD-Bundestagsfraktion

Pressemitteilung vom 9. 2. 2010

Keine freiwillige Verlaengerung des Zivildienstes

Zu den Ueberlegungen der CDU/CSU, eine freiwillige Verlaengerung des Zivildienstes zu ermöglichen, erklart der zu-staendige Berichterstatter der SPD-Bundestagsfraktion Soenke Rix:

Schon in der vergangenen Legislaturperiode hat die Union versucht, die Dauer des Zivildienstes auf freiwilliger Basis zu verlaengern. Die SPD-Bundestagsfraktion war damals gegen eine solche Verlaengerung und sie ist auch weiterhin dagegen.

Der Zivildienst ist der Ersatz fuer den ansonsten zu leistenden Grundwehrdienst. Wer verweigert, darf nicht laenger Zivildienst leisten, als ein Grundwehrdienstleistender Dienst tut. Auch nicht freiwillig.

Wenn die Koalition durch ihre undurchdachte Verkuerzung des Wehrdienstes bei den jungen Maennern grosse biografische Luecken schafft, dann muss sie sich was anderes ausdenken. Eine Verlaengerung eines Pflichtdienstes kommt fuer uns jedenfalls nicht in Frage.

Wir plaedieren fuer mehr Freiwilligkeit im Wehrdienst und eine Staerkung der Freiwilligendienste. Dazu werden wir in Kuerze einen Antrag in den Deutschen Bundestag einbringen.

Seinerzeit hatte sich auch die FDP ganz vehement gegen eine Verlaengerung ausgesprochen. Wir sind gespannt, wie lange die liberalen Reihen in dieser Frage geschlossen bleiben.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion

Pressemitteilung vom 22. 1. 2010

Herausragendes Verhalten wird gewuerdigt Verleihung des Ehrenkreuzes für Tapferkeit durch den Verteidigungsminister Karl-Theodor zu Guttenberg

Zur Verleihung des Ehrenkreuzes für Tapferkeit durch den Verteidigungsminister Karl-Theodor zu Guttenberg erklart der verteidigungspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Ernst-Reinhard Beck MdB:

Bereits im vergangenen Jahr hat Bundeskanzlerin Angela Merkel mit der erstmaligen Verleihung des Ehrenkreuzes für Tapferkeit die Bedeutung dieser Auszeichnung für die Bundeswehr gewuerdigt. Die heutige Verleihung des Ehrenkreuzes für Tapferkeit an zwei Soldaten für ihren Einsatz in Afghanistan ist ein weiteres starkes und richtiges Signal des Verteidigungsministers zu Guttenberg. Wir begrüßen ausdrücklich die Auszeichnung der geehrten Soldaten und den damit verbundenen Anspruch, vorbildliches und herausragendes Verhalten, auch unter Gefechtsbedingungen, zu honorieren.

Für die ausgezeichneten Soldaten ist die Verleihung neben der Würdigung ihres Handelns auch ein Zeichen gesellschaftlicher Wertschätzung ihres Dienstes. Die aus der Luft gegriffenen Befürchtungen, man würde auf falsche Traditionen zurückgreifen und Soldaten zu einem risikofreudigen Vorgehen auffordern, haben sich nicht bestätigt. Im Gegenteil, das Ehrenkreuz für Tapferkeit zeichnet Verhalten aus, das im zivilen Sprachgebrauch unter dem positiven Begriff Zivilcourage firmiert.

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

Mario H. Kraus,

Konfrontation, Kooperation, Kommunalmediation?

**Stellenwert einvernehmlicher Streitbeilegung
in städtischen Siedlungsräumen**

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

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

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

Verkauf meiner NJW 1947–2003

VB 800,- EUR

Tel. 0211 / 63 34 81



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