

# Gewerbemiete Und Teileigentum

**12/11**

**11. Jahrgang**

**Heft 61**

**Dezember 2011**

**S. 481–578**

**Erscheinungsort Bonn**

## **Beiträge**

**M. J. Schmid: Mietpools**

**F. Otto: Verbindlichkeit des Baurechts im Wohnungseigentum**

**K. E. Heinz: Theorie und Dogmatik der „absoluten Rechte“**

## **Wirtschaft und Verbände**

**Ph. Rösler:**

**Vertrauen stärken – Chancen eröffnen – mit Europa stetig wachsen**

## **Gewerbemiete**

**Nutzungsverbot von Solarien für Minderjährige (BVerfG)**

**Kundenansprüche; Vorwurf des Ladendiebstahls (OLG Koblenz)**

**Gebäude-Videoüberwachung; verdeckte Datenerhebung (BGH)**

**Beitrittsgebiet; Garagengemeinschaft (BGH)**

**Gewerbemiete; Eheleute als Vertragsparteien (OLG Düsseldorf)**

**Pacht zu Verhältnissen der Windenergiebranche (OLG Brandenburg)**

**Landpacht; ordnungsgemäße Bewirtschaftung (OLG Naumburg)**

**Störungsabwehr; nachbarliche Emission Infrarot (OLG Rostock)**

**Prozessrecht (OLG Naumburg; BGH; OLG Koblenz; KG)**

**Rechtspfleger im Zwangsverwaltungsverfahren (BGH)**

## **Teileigentum**

**Tiefgarage; rechtmäßiger Überbau (OLG Stuttgart)**

**Kosten bei Nichtzustimmung zu baulicher Maßnahme (BGH)**

**Mietpool; Betriebsgesellschaft der Wohnungseigentümer (BGH)**

## **Wettbewerb**

**D. Dingeldey: Internet – Umschau Dezember 2011**

**Lauterkeitsrecht; Werbung; „Geld-zurück-Garantie“ (OLG Hamburg)**

**Kartellrecht; funktionaler Unternehmensbegriff (BGH)**

## **Besteuerung**

**Finanzamt als Insolvenzgläubiger (BGH)**

## **Magazin**

# Inhalt

## Beiträge

M. J. Schmid,  
**Mietpools**

485

F. Otto,  
**Verbindlichkeit des Baurechts im  
Wohnungseigentum**

488

K. E. Heinz,  
**Theorie und Dogmatik der sogenannten  
„absoluten Rechte“**

489

## Wirtschaft und Verbände

Ph. Rösler,  
**Vertrauen stärken – Chancen eröffnen –  
mit Europa stetig wachsen  
Regierungserklärung zum Jahreswirtschafts-  
bericht 2012 vor dem Deutschen Bundestag  
am 19. Januar 2012 in Berlin**

497

## Gewerbemiete

Menschenunwürdige Unterbringung in  
Untersuchungshaft und Strafhafte; Prozesskostenhilfe  
PKH für die Amtshaftungsklage (BVerfG)

499

Nutzungsverbot von Solarien und UV-Licht in  
Sonnenstudios für Minderjährige (BVerfG)

504

Kundenansprüche bei möglicherweise unbegründetem  
Vorwurf des Ladendiebstahls (OLG Koblenz)

506

Videoüberwachung eines Gebäudes; richterliche  
Anordnung; polizeiliche Maßnahme;  
Einsatz besonderer Mittel der verdeckten  
Datenerhebung; Rechtsweg und Inzidenz zum  
Beschwerdegericht; Rechtsgewährleistung der  
unmittelbar Betroffenen (BGH)

507

Lieferung von Fernwärme; Pacht einer  
funktionstüchtigen Heizungsanlage der Kunden für  
ein symbolisches Entgelt (BGH)

509

Grundstücksmiete; Neue Bundesländer;  
Garagengemeinschaft; Kündigung des Mietvertrags  
gegenüber der Gesellschaft der Garagengemeinschaft;  
Schuldrechtsanpassung; Beitrittsgebiet (BGH)

511

Gewerberaummieta; Eheleute als Vertragsparteien;  
Rechtsstreit; Rechtsweg zu allgemeinen Zivilgerichten  
nach Trennung der Eheleute; sonstige Familiensache;  
doppelrelevante Tatsachen (OLG Düsseldorf)

514

Gewerberaummieta; Lagerhalle; Büro; Ansprüche des  
Erstehers auf Mietzins und Nutzungsentschädigung;  
Räumung; Rückgabe der Mietsache;  
Gebrauchsüberlassung; Schlüssel zum Objekt;  
BGB-Gesellschaft als Vermieterin, Schuldner als  
Eigentümer (OLG Düsseldorf)

517

Pacht; Wohnraummieta; Mietkaution;  
Sicherungsinteresse nach Beendigung des Mietvertrags;  
Umfang erfüllungshalber angenommener Bank-  
Mietbürgschaft; Verjährung des Kautionsanspruchs  
(BGH)

520

Nutzungsvertrag über ein landwirtschaftliches  
Grundstück; Pacht; Errichtung und Betrieb von  
Windkraftanlagen; Windeignungsgebiet;  
Vertragsgestaltung zu den besonderen Verhältnissen  
der Windenergiebranche (OLG Brandenburg)

521

Landpacht; ordnungsgemäße Bewirtschaftung;  
Pflanzpause; Fruchtfolge; Nematodenbefall;  
formularvertragliches Unterverpachtungsrecht;  
außerordentliches Kündigungsrecht des Verpächters  
bei Vermögensverfall des Pächters; objektive  
Klagehäufung in der Räumungsklage (OLG Naumburg)

525

Schadensersatzanspruch der Gebäudebewohner;  
Asbestfasern-Freisetzung durch Handwerkerarbeiten  
an einem Asbestzementwasserrohr im Wohnhaus;  
Gesundheitsverletzung; Feststellungsklage  
(OLG Koblenz)

530

Störungsabwehr; nachbarliche Emissionen durch  
Infraschall; Gesundheitsschäden; Gebäudeschäden;  
Kausalitätsbeweis der behaupteten Beeinträchtigungen;  
neue wissenschaftliche Theorien zur Auswirkung  
niederfrequenten Schalls im Rechtsstreit der Parteien  
(OLG Rostock)

532

Unerlaubte Handlung; Abgrenzung bedingter Vorsatz  
von Fahrlässigkeit; Prospekthaftung;  
Kapitalanlagebetrug; Fondsbeteiligung (BGH)

537

Prozessrecht

– Gerichtsstandsbestimmung vor der Rechtshängigkeit;  
Prozesskostenhilfverfahren;  
PKH Prüfungsverfahren (OLG Naumburg)

538

– Ablauf der Rechtsmittelfrist an einem gesetzlichen  
Feiertag; PKH-Gesuch für das beabsichtigte  
Rechtsmittel; nicht bundeseinheitlicher Feiertag  
(BGH)

538

## Impressum

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

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

Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreisliste 7/2011.

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

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

Erscheinungsweise: monatlich, darin 2-Monats-Doppelhefte nach Bedarf. Preise  
(unverbindlich empfohlen): Einzelheft 16,00 €, Doppelheft 25,00 €, jew.  
inkl. 7% MwSt. zzgl. Porto. Jahresabonnement: 159,43 € einschl. 9,- € Versand  
und 10,43 € MwSt, zahlbar zu Beginn des Abbonnementszeitraumes. Auslands-  
abonnement: 174,80 € (inkl. Versand und ggf. MwSt). Bei Neueinrichtung eines  
Abbonnements wird eine anteilige Jahresrechnung erstellt. Abbonnementskündi-  
gungen mit ordentlicher Frist: 10 Wochen zum Ende des Kalenderjahres.

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

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

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

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

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

- Zwangsvollstreckung; eidesstattliche Versicherung; Mitwirkung des Gläubigers; Übersendung einer Abschrift des Vollstreckungsauftrags an den Gerichtsvollzieher (BGH)
- Kostenfestsetzung zu Gunsten unbekannter Erben einer Prozesspartei (OLG Koblenz)
- Streitwert; Anspruch aus Eigentum und Miete; Räumung und Herausgabe; Geschäftsräume; Kfz-Stellplätze; Jahresnutzungswert (KG)
- Verweisung im Urteil auf ein elektronisches Speichermedium (BGH)

Zwangsverwaltungsverfahren;  
Vermögensbetreuungspflichten des Rechtspflegers;  
Vermögensbetreuungspflicht des Zwangsverwalters;  
Vorteilsgewährung; Vorteilsannahme (BGH)

## Teileigentum

Teileigentum; Tiefgarage; Begründung und Grundbucheintragung; rechtmäßiger Überbau (OLG Stuttgart)

Wohnungseigentum; bauliche Veränderung; Sonderumlage; Befreiung von den Kosten bei Nichtzustimmung zur Maßnahme; Geltendmachen der Kostenfreistellung (BGH)

Mietpool; Betriebsgesellschaft der Wohnungseigentümer; Beschluss in der Jahresabrechnung der Wohnungseigentümer über umzulegende Kosten der Betriebsgesellschaft (BGH)

Wohnungseigentum; Anerkenntnis durch Zahlungen des Zwangsverwalters auf rückständige Wohngelder oder Sonderumlagen; Zahlungen des Sondereigentumverwalters (BGH)

Grundbuchsache; Einlegung der Rechtsbeschwerde nach Erledigung der Hauptsache; Wohnungsgrundbuch (BGH) **550**

Kurzfassungen / Leitsätze Teileigentum etc. **550**

**540**

## Wettbewerb

**541**

D. Dingeldey, Internet – Umschau Dezember 2011 **551**

**541**

Wettbewerb; Lauterkeitsrecht; Werbung; „Geld-zurück-Garantie“; „günstigster Preis“; Alleinstellungsbehauptung zur Preisführerschaft; Spitzengruppenberühmung; gewandeltes Verbraucherleitbild; Discountbereich; Vorwurf gegen Mitbewerber; Herabsetzung; Fielmann (OLG Hamburg) **553**

**541**

Wettbewerb; Kartellrecht; funktionaler Unternehmensbegriff; öffentlich-rechtliche Körperschaft; Versorgungsunternehmen; Niederbarnimer Wasserverband (BGH) **559**

Kurzfassungen / Leitsätze Wettbewerb etc. **561**

**544**

## Besteuerung

**545**

Finanzamt als Insolvenzgläubiger; Umsatzsteuer; Organgesellschaft; Doppelwirkung der Zahlung des Schuldners an einen Insolvenzgläubiger; Gläubigerbenachteiligung; Anfechtungsrechte des Insolvenzverwalters (BGH) **561**

**547**

Kurzfassungen / Leitsätze Wettbewerb etc. **565**

## Magazin

**548**

Politik und Recht **566**

*Dokumentation,  
Analyse, Entwicklung*

**GuT**

### Gewerbemiete und Teileigentum

Abonnement Jahrgang 2012 159,43 EUR brutto.

Sonderpreise für zurückliegende Jahrgänge auf Anfrage  
im Direktbezug vom Prewest Verlag

Download Hefte Nrn. 1–56 und Register

kostenlos bei Besuch unserer Homepage möglich.

[www.prewest.de](http://www.prewest.de)      [info@prewest.de](mailto:info@prewest.de)

[www.gut-netzwerk.de](http://www.gut-netzwerk.de)

[www.gmbbl.de](http://www.gmbbl.de)

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH

Postfach 30 13 45, 53193 Bonn, Fax: 02 28 / 47 09 54

[www.prewest.de](http://www.prewest.de)

[www.gut-netzwerk.de](http://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!

[www.gmbbl.de](http://www.gmbbl.de)

**Gemeinsames Beiblatt (GmBBI)**

**Unsere Anzeigenpreisliste  
im Internet: [www.prewest.de](http://www.prewest.de)  
oder gemailt: [info@prewest.de](mailto:info@prewest.de)**





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

**DESWOS**

Innere Kanalstr. 69, 50823 Köln, [www.deswos.de](http://www.deswos.de)

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

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

### **Projekt Indien Grundschule für Devadanapatti**

#### **Emanzipatorischer Schulunterricht für Dalit-Kinder in Devadanapatti, Tamil Nadu**

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

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

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

Wie sieht die Förderung aus?

- Die DESWOS baut mit SAWED ein Schulgebäude von 790 m<sup>2</sup> mit sechs Klassenräumen und vier kleineren Räumen für Schulleiter, Lehrer und Lernmaterial. Der Schulbesuch ist frei, die Uniformen werden gestellt.
- Der Unterricht erfolgt durch Lehrer, denen die Benachteiligung der Adivasi und Dalits sehr bewusst ist und die deshalb die Kinder kompensatorisch fördern und selbstbewusster machen.
- Der Unterricht wird zuerst in lokalen Sprachen gehalten, danach erst in der Amtssprache Tamilisch. Mädchen werden dabei besonders gefördert.

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

**DESWOS**

**Konto 660 22 21 / Sparkasse KölnBonn (BLZ: 370 501 98)  
Spendenstichwort: Grundschule Devadanapatti**

RiOLG, RiBayObLG a.D. Dr. Michael J. Schmid, München

## Mietpools

### I. Einleitung

Wenn ein Rechtsinstitut für etwas genutzt wird, wofür es eigentlich nicht gedacht ist, sind Schwierigkeiten bereits vorprogrammiert. So hat der Gesetzgeber bei der Schaffung des Wohnungseigentumsgesetzes das Wohnen im Auge gehabt, was bereits im Namen des Gesetzes zum Ausdruck kommt. Andere Nutzungsarten sind zwar erlaubt (§ 1 Abs. 3, § 13 Abs. 1 WEG), haben aber keine besondere Regelung erfahren. Nicht gedacht war an die Konstruktion von Hotels, Altenheimen u. a., bei denen das Wohnungseigentum zwar die Grundlage bildet, das Funktionieren der Einrichtung aber nicht über die Eigentumsrechte, sondern über einen Generalmieter,<sup>1</sup> eine Mietgesellschaft oder einen Verwalter, dessen Befugnisse über die nach dem WEG weit hinausgehen, erfolgt. Dabei kommt es nicht selten zu erheblichen Verwerfungen.

### II. Rechtliche Konstruktionen

#### 1. Grundlagen

In älteren Entscheidungen wurde die Frage, wer an wen vermietet, kaum problematisiert. So spricht das BayObLG<sup>2</sup> pauschal davon, dass die „gesamte Wohnanlage“ verpachtet ist und damit auch das gemeinschaftliche Eigentum. Spätestens seit der Regelung der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft (§ 10 Abs. 6 WEG) ist jedoch eine schärfere Differenzierung notwendig. Die Vermietung des Sondereigentums ist nach dem Gesetz (§ 13 Abs. 1 WEG) ausschließlich Sache der einzelnen Wohnungseigentümer. Das gemeinschaftliche Eigentum gehört nach § 10 Abs. 1 WEG ebenfalls den Wohnungseigentümern. Die Vermietung von Gemeinschaftseigentum ist jedoch ein gemeinschaftsbezogenes Rechtsgeschäft im Sinne von § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG. Die Vermietung erfolgt deshalb durch die Wohnungseigentümergeinschaft, die Vertragspartner des Mieters wird.<sup>3</sup>

#### 2. Vermietungsmodelle

Hieraus lassen sich für die Vermietung folgende Grundmodelle ableiten:

Es müssen

a) entweder die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und die einzelnen Wohnungseigentümer einen Mietvertrag mit dem Betreiber abschließen

b) oder zusammen mit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer eine Vermietungsgesellschaft bilden

c) oder das Sondereigentum an die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer vermieten mit der Erlaubnis zur Weitervermietung an den Betreiber,

d) oder sich die Wohnungseigentümer zu einer Betreibergesellschaft zusammenschließen,

e) die Wohnungseigentümergeinschaft tritt als Vermieter oder Betreiber auf.

Leider zeigt sich in der Praxis, dass diese Unterscheidungen nicht in ausreichendem Maße beachtet werden, was dann zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Verwaltung führt.

### III. Verpflichtung der Wohnungseigentümer zur Beteiligung am Mietpool

Die Beteiligung am Mietpool wird meist bereits bei der Begründung des Wohnungseigentums durch Teilungserklärung/Vereinbarung geregelt. Dort erfolgt in der Regel auch die Zweckbestimmung der Anlage als Hotel, Seniorenresidenz usw.

#### 1. Pflicht zur Beteiligung am Mietpool

Dabei wird in der Mehrzahl der Fälle eine Verpflichtung der einzelnen Wohnungseigentümer begründet, sich in irgendeiner Weise am Mietpool zu beteiligen, sei es, dass eine generelle Vermietungspflicht für das Sondereigentum begründet oder dass jedenfalls eine eigene Vermietung untersagt wird.

Das erscheint im Hinblick auf die Kernbereichslehre<sup>4</sup> nicht unbedenklich, da sich der Eigentümer mehr oder weniger der freien Nutzung auch seines Sondereigentums begibt. Gleichwohl wird man von einer Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung ausgehen können. Im Hinblick auf die Vertragsfreiheit hält der BGH<sup>5</sup> z. B. in einer Teilungserklärung eine Regelung für wirksam, wonach Wohnungen nur im Sinne eines betreuten Wohnens genutzt werden dürfen und demgemäß die Wohnungsnutzer ein bestimmtes Mindestalter erreicht haben oder betreuungsbedürftig sein müssen. Darüber hinaus steht bei Mietpoolkonzepten die Kapitalanlage ganz im Vordergrund und das Wohnungseigentum ist hierfür nur eine Hilfskonstruktion. Dem Erwerber geht es nicht primär um das Eigentum oder die Nutzung, sondern um die Rendite. Die Beschränkung der Eigentumsrechte ist deshalb hinzunehmen. Davon abgesehen werden Vermietungsver- und -gebote überwiegend als den Kernbereich nicht tangierend angesehen.<sup>6</sup>

Problematisch kann hier jedoch die Kündigung werden. Der Grundsatz der Unauflöslichkeit der Gemeinschaft nach § 11 Abs. 1 WEG gilt nicht für die Verpflichtung zum Abschluss von Miet- oder Gesellschaftsverträgen. Das Recht zur ordentlichen Kündigung kann zwar ausgeschlossen werden, aber nicht das Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund.<sup>7</sup>

1) Bei der hier zu untersuchenden Problematik spielt es keine Rolle, ob im Einzelfall eine Miete oder eine Pacht vorliegt. Die für das Wohnungseigentum gemachten Ausführungen gelten für das Teileigentum entsprechend.

2) WuM 1991, 442.

3) Elzer in: Riecke/Schmid, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl., 2010, § 10 Rn. 418.

4) Vgl. hierzu ausführlich: Schmid NJW 2011, 1841.

5) NJW 2007, 213 = MDR 2007, 326 = WuM 2006, 704.

6) Klein in: Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 11. Aufl., 2010, § 13 Rn. 58 und 65; a.A. OLG Düsseldorf WuM 2001, 256 = ZMR 2001, 306 = NZM 2001, 238 = ZWE 2001, 335.

7) BGH NJW 1992, 2628; Weidenkaff in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, § 543 Rn. 3; Gahn in: Schmid/Harz, Mietrecht, 3. Aufl., 2012, § 543 Rn. 56.

Etwas anderes gilt nur, soweit Vereinbarungen im Sinne von § 10 Abs. 2 WEG vorliegen.<sup>8</sup> Zur Kündigung der Mietverträge siehe unten III. 3.

Ein Mietpool kann nicht durch Mehrheitsbeschluss in der Weise gebildet werden, dass dem Verwalter nach dem WEG die Einziehung der Mieten übertragen wird und dieser einen bestimmten Anteil zur Deckung von Mietausfällen einbehalten soll.<sup>9</sup> Wenn die Wohnungseigentümergeinschaft selbst als Vermieter oder Betreiber auftritt,<sup>10</sup> kann dies mangels Beschlusskompetenz ebenfalls nicht durch Mehrheitsbeschluss geregelt werden. Eine Vereinbarung, die die Wohnungseigentümer hierzu treffen, ist keine solche im Sinne von § 10 Abs. 2 und 3 WEG, da es sich dabei um unternehmerische Tätigkeiten handelt, die über eine Regelung des Verhältnisses der Wohnungseigentümer untereinander weit hinausgehen.<sup>11</sup>

## 2. Möglichkeit zur Beteiligung am Mietpool

Keine grundsätzlichen Bedenken bestehen gegen die bloße Möglichkeit der einzelnen Wohnungseigentümer, dem Mietpool beizutreten. Das entspricht aber in der Regel nicht dem Konzept des Mietpools.

## 3. Pflicht zum Vertragsschluss mit einem bestimmten Anbieter

Je nach Konstruktion des Mietpools ist ein Kontrahierungszwang mit einem bestimmter Anbieter vorgesehen, der den Betrieb betreibt. Hier können Schwierigkeiten bezüglich einer gewünschten Laufzeit bestehen. Sicherlich wird man als unwirksam eine wohnungseigentumsrechtliche Regelung ansehen müssen, die vorsieht, dass der Wohnungseigentümer mit einem Dritten einen Vertrag schließen soll, dem das Gesetz die Wirksamkeit versagt.

Der BGH<sup>12</sup> hat bei einer Wohnanlage für betreutes Wohnen einen Kontrahierungszwang in einer Teilungserklärung für unwirksam erachtet, der dazu führen würde, dass der Wohnungseigentümer für mehr als zwei Jahre an ein bestimmtes Betreuungsunternehmen gebunden wird. Dabei hat der BGH auf den personalen Bezug der Betreuungsleistung abgestellt und die Zweijahresfrist des § 309 Nr. 9 Buchst. a) BGB herangezogen und nicht die Fünfjahresfrist des § 26 Abs. 1 Satz 2 WEG, die für die Verwalter nach dem WEG gilt.

Diese ist jedoch auf Mietpools eher anzuwenden, da eine Vergleichbarkeit mit dem Verwalter gegeben ist und persönliche, über das finanzielle Interesse hinausgehende Bindungen in der Regel nicht bestehen. Für bloße Mietverträge gilt jedoch die Sonderregelung des § 544 BGB. Danach kann ein Mietvertrag, der für längere Zeit als 30 Jahre geschlossen ist, nach Ablauf von 30 Jahren nach Überlassung der Mietsache außerordentlich mit der gesetzlichen Frist gekündigt werden, es sei denn, dass der Vertrag für die Lebenszeit des Vermieters oder Mieters geschlossen worden ist. Da für den Wohnungseigentümer die Gebrauchsüberlassung der Wohnung gegen ein Entgelt im Vordergrund steht, ist es sachgerecht, auf § 544 BGB abzustellen, so dass grundsätzlich eine Laufzeit des Vertrages von 30 Jahren gesichert werden kann. Unter Zugrundelegung dieser gesetzlichen Wertung dürfte auch die Verpflichtung des Wohnungseigentümers, einen solchen Vertrag abzuschließen, wirksam sein.

Allerdings besteht auch hinsichtlich des Vertrages mit dem Dritten stets das außerordentliche Kündigungsrecht aus wichtigem Grund.<sup>13</sup> Das kann auch durch Teilungserklärung/Vereinbarung der Wohnungseigentümer nicht ausgeschlossen werden.

## 4. Verpflichtung zur Überlassung von Gemeinschaftseigentum

Werden die Anlagen als Hotel oder ähnliches betrieben, ist in der Regel auch die Überlassung von Gemeinschaftseigentum an den Betreiber vorgesehen. Soweit die Überlassung entgeltlich erfolgt und Gegenstand des Mietvertrages oder Betreibervertrages ist, dürften hiergegen grundsätzliche Einwendun-

gen nicht zu erheben sein. Auch die Vermietung von Gemeinschaftseigentum ist eine Gebrauchsregelung im Sinne von § 15 Abs. 2 WEG.<sup>14</sup> Wenn die Anlage von vornherein rechtlich und tatsächlich darauf ausgelegt ist, dass der Betrieb einer Einrichtung unter Inanspruchnahme des Gemeinschaftseigentums erfolgt, entspricht die Gebrauchsüberlassung auch grundsätzlich ordnungsmäßiger Verwaltung im Sinne des § 21 Abs. 3 und 4 WEG. Hierfür muss allerdings die Gegenleistung angemessen sein. Bedenken bestehen deshalb gegen eine unentgeltliche Überlassung.<sup>15</sup> Dadurch würden die Wohnungseigentümer benachteiligt, die auch nicht mittelbar von der Gebrauchsüberlassung profitieren, z. B. weil sie nicht Mitglieder des Mietpools oder Vertragspartner des Betreibers sind.

## 5. Verdinglichte Vereinbarungen

### a) Bindung des Rechtsnachfolgers

Vereinbarungen, durch die die Wohnungseigentümer ihr Verhältnis untereinander in Ergänzung oder Abweichung von den Vorschriften des WEG regeln, binden nach § 10 Abs. 3 WEG den Sondernachfolger, wenn sie als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen sind.

Hier gewinnt die Streitfrage Bedeutung, ob im Grundbuch eintragungsfähig nur Vereinbarungen sind, die Abweichungen von den Vorschriften des WEG betreffen,<sup>16</sup> oder ob die Eintragungsfähigkeit und damit auch die Bindungswirkung auch andere Vereinbarungen betrifft.<sup>17</sup> Es wird nämlich häufig versucht, bereits durch Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung möglichst viel zu regeln, insbesondere auch das Verhältnis zum Betreiber der Einrichtung. M.E. können entsprechend dem Gesetzeswortlaut des § 10 Abs. 3 WEG nur Regelungen verdinglicht werden, die das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander betreffen. Das hat zur Folge, dass gesellschaftsrechtliche Regelungen oder Regelungen, die das Rechtsverhältnis zu Dritten, insbesondere zum Mieter oder Betreiber der Einrichtung, nicht in das Grundbuch eingetragen werden können und deshalb den Rechtsnachfolger nicht binden.<sup>18</sup>

Eintragungsfähig sind allerdings solche Regelungen, die den Gebrauch von Sonder- und Gemeinschaftseigentum und auch die Unterlassung oder Vornahme eines bestimmten Gebrauches betreffen,<sup>19</sup> was dann mittelbar dazu führen kann, dass die Einschaltung eines Dritten notwendig wird. Dieser erlangt aber aus der Vereinbarung keine eigenen Rechte.<sup>20</sup>

### b) Ausschluss des Kündigungsrechts

Jedenfalls soweit die Vereinbarungen verdinglicht sind, wird man einen Ausschluss des Kündigungsrechts, auch aus wichtigem Grund annehmen müssen. Stattdessen gilt die Sonderregelung des § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG, wonach jeder Wohnungseigentümer die Anpassung einer Vereinbarung verlangen kann, soweit ein Festhalten an der geltenden Regelung aus schwerwiegenden Gründen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles unbillig erscheint.

8) Unten III. 5. b).

9) OLG Düsseldorf WuM 2001, 256 = ZMR 2001, 306 = NZM 2001, 238 = ZWE 2001, 335.

10) Oben II. 2. e).

11) Unten III. 5. a).

12) NJW 2007, 213 = MDR 2007, 326 = WuM 2006, 704.

13) Oben III. 1.

14) OLG Stuttgart OLGR 2000, 189; Abramenco in: Riecke/Schmid, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl., 2010, § 15 Rn. 16; Klein in: Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 11. Aufl., 2010, § 15 Rn. 25.

15) A.A. OLG Stuttgart OLGR 2000, 189.

16) So z. B. Klein in: Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 11. Aufl., 2010, § 10 Rn. 81.

17) So Elzer in: Riecke/Schmid, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl., 2010, § 10 Rn. 95 und 319.

18) Klein in: Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 11. Aufl., 2010, § 10 Rn. 74.

19) Oben III. 1.

20) Bassenge in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, § 10 Rn. 7.



## IV. Verwaltung

### 1. Verwalter

Wie bei jeder anderen Wohnungseigentümergeinschaft kann die Bestellung eines Verwalters nach dem WEG nicht ausgeschlossen werden (§ 26 Abs. 1 Satz 5 WEG).

### 2. Mietpoolverwalter und Wohnungseigentumsverwalter in Personalunion

Nicht selten anzutreffen ist die Konstellation, dass der Verwalter des Mietpools bzw. der Geschäftsführer der Verwaltungsgesellschaft zugleich Verwalter nach dem WEG ist. Hierzu wird die Auffassung vertreten, dass das wegen Interessenskollision und fehlender Neutralität nicht ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen kann.<sup>21</sup> Dem ist für die Fälle zuzustimmen, in denen auch nur ein Wohnungseigentümer nicht am Mietpool beteiligt ist oder dem Mietpool eine Person angehört, die nicht Wohnungseigentümer ist. Dagegen dürften gegen eine solche Konstellation keine Bedenken bestehen, wenn die Mitglieder des Mietpools mit den Wohnungseigentümern identisch sind.

### 3. Vermietung der gesamten Anlage

Schreibt die Gemeinschaftsordnung die einheitliche Vermietung sowohl des gemeinschaftlichen Eigentums als auch sämtlicher Wohnungen an eine Betriebsgesellschaft vor, so sollen die für die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums bestehenden Zuständigkeiten ausnahmsweise auch für das Sondereigentum gelten, weil eine Trennung der beiden Bereiche nicht durchführbar ist.<sup>22</sup> Das erweckt jedoch bereits vom Grundsatz her Bedenken. Das BayObLG<sup>23</sup> hat nämlich keine Ausführungen dazu gemacht, wie die pachtrechtliche Seite gestaltet sein soll. Ein Wohnungseigentümer kann nur sein Sondereigentum vermieten und die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann nur das Gemeinschaftseigentum vermieten. Diese Unterscheidung ist jedenfalls seit der Regelung der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft erforderlich.<sup>24</sup> Eine derartige Vermietung erfordert deshalb den Zusammenschluss der Wohnungseigentümer und der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu einer Vermietungsgesellschaft.<sup>25</sup>

### 4. Beschlüsse der Poolversammlungen

Beschlüsse der Mitglieder des Mietpools sind keine Beschlüsse nach dem WEG. Allerdings können die Regeln des WEG im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden.<sup>26</sup>

Das gilt auch in prozessualer Hinsicht. Bilden die Mitglieder des Mietpools eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, so gilt für diese BGB-Gesellschaft, wenn es anderweitige Regelungen über die Vertretungsmacht und die Geschäftsführung nicht gibt, die gesetzlich normierte Gesamtvertretungsregelung im Sinne der §§ 714, 709 BGB. Dies hat zur Folge, dass der Grundsatz der Einstimmigkeit gilt. Einstimmigkeit bedeutet, dass jede Geschäftsführungsmaßnahme der Billigung aller Gesellschafter bedarf.<sup>27</sup> Das hat zur Folge, dass eine Klage unzulässig ist, wenn nur ein Mehrheitsbeschluss zur Klageerhebung vorliegt.<sup>28</sup>

### 5. Kosten der Verwaltungsgesellschaft

Der Eigentümergeinschaft fehlt die Beschlusskompetenz für eine Umlage der der Verwaltung entstandenen Kosten, wenn es sich nicht um eine Verwaltung nach dem WEG handelt. Die Wohnungseigentümer dürfen nicht die Kosten einer Gesellschaft, welche die Anlage bewirtschaftet, durch Beschluss nach § 28 Abs. 5 WEG auch auf Eigentümer umlegen, die nicht Gesellschafter sind. Das gilt selbst dann, wenn der Eigentümer einer in der Teilungserklärung begründeten Verpflichtung zum Beitritt oder zur Überlassung des Sondereigentums zur Vermietung durch den Verwalter zuwidergehandelt haben sollte. Für eine Vornahme eines solchen Schadensausgleichs ist in einer Abrechnung nach § 28 Abs. 5 WEG kein Raum.<sup>29</sup> Ein gleichwohl gefasster Beschluss ist nichtig.

Zweifelhaft ist, ob über solche Kosten dann durch einen Beschluss nach § 28 Abs. 5 WEG entschieden werden kann, wenn

alle Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft auch Gesellschafter der Verwaltungsgesellschaft sind. M.E. ist dies zu verneinen. Die Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümersammlung ist auf die Angelegenheiten der Wohnungseigentümergeinschaft beschränkt. Bloße Personenidentität begründet keine Beschlusskompetenz.

## V. Einnahmen und Ausgaben, Haftung

### 1. Einnahmen

Die Verteilung der Einnahmen und Ausgaben richtet sich primär nach der vertraglichen Konstruktion.

Soweit die einzelnen Wohnungseigentümer ihr Sondereigentum an den Betreiber vermietet haben, ergeben sich insoweit keine Probleme.<sup>30</sup> Der Wohnungseigentümer hat gegen den Betreiber einen Anspruch auf die vereinbarte Miete. Für die Vermietung des Gemeinschaftseigentums unterfällt die vereinbarte Miete dem § 16 Abs. 1 WEG und ist in Ermangelung einer abweichenden Vereinbarung nach § 16 Abs. 1 WEG zu verteilen. Die vereinnahmten Beträge sind in die Abrechnung einzustellen und die Wohnungseigentümer haben hierüber nach § 28 Abs. 5 WEG zu beschließen.

Problematisch wird die Gewinnverteilung, wenn auf Grund eines einheitlichen Mietvertrages die gesamte Anlage vermietet oder verpachtet ist. Das BayObLG<sup>31</sup> hat für einen solchen Fall angenommen, dass die Einnahmen nach § 16 Abs. 1 WEG, § 743 Abs. 1 BGB nach Miteigentumsanteilen zu verteilen sind. Dem kann m.E. zumindest seit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft nicht mehr gefolgt werden. Die Wohnungseigentümergeinschaft ist etwas anderes als die Summe aller Wohnungseigentümer. Eine Vermietung durch die Wohnungseigentümergeinschaft kann mit mittelbarer Bindung für die Wohnungseigentümer nur erfolgen, wenn diese zuerst an die Wohnungseigentümergeinschaft vermietet haben.<sup>32</sup> Dann richtet sich aber die Zahlung nach den Mietverträgen Wohnungseigentümergeinschaft – Wohnungseigentümer. Für eine Gewinnverteilung durch Beschluss ist kein Raum.

Schließen die Wohnungseigentümer und Wohnungseigentümergeinschaft gemeinsam einen Mietvertrag ab, so bilden sie eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts.<sup>33</sup> Bei Fehlen einer anderweitigen Regelung hat nach § 722 Abs. 1 BGB jeder Gesellschafter den gleichen Anteil am Gewinn. Das ist jedoch oft wenig sachgerecht, wenn die Wertigkeit des Sondereigentums recht unterschiedlich ist. Empfehlenswert ist deshalb eine Vereinbarung für die Gewinnverteilung. Eine solche kann auch stillschweigend getroffen werden und wird teilweise auch einer ergänzenden Vertragsauslegung entnommen.<sup>34</sup> Eine Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümersammlung besteht insoweit nicht. Sowohl die Vermietungsgesellschaft als auch die Wohnungseigentümergeinschaft und die einzelnen Wohnungseigentümer sind eigene Rechtspersönlichkeiten. Es kann nicht eine Rechtspersönlichkeit über die Angelegenheiten der anderen beschließen.

21) Riecke in: Riecke/Schmid, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl., 2010, Anh. zu § 16 WEG Rn. 27.

22) BayObLG WuM 1991, 442.

23) WuM 1991, 442.

24) S.o. II. 1.

25) Oben II. 2. b).

26) BGH NZG 2009, 1143.

27) BGH NZG 2009, 1143; OLG Stuttgart MDR 2010, 1427 = NZM 2010, 876 = NZG 2010, 1223.

28) OLG Stuttgart MDR 2010, 1427 = NZM 2010, 876 = NZG 2010, 1223.

29) BGH ZWE 2011, 403 = NJW-RR 2011, 1383 = GuT 2011, 547; BayObLG ZMR 2001, 828, 829 = ZWE 2001, 546 = GuT 2001, 24.

30) Oben II. 2. a).

31) WuM 1991, 442; ZMR 2001, 828, 829 = ZWE 2001, 546 = GuT 2001, 24.

32) Oben II. 2. c).

33) Oben II. 2. b).

34) Sprau in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, § 722 Rn. 1 m.w.N.

Betreiben die Wohnungseigentümer die Anlage selbst, so kommt es darauf an, in welcher Rechtsform sie dies tun. Danach richtet sich dann auch die Gewinnverteilung. Auch das vollzieht sich außerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft selbst.

## 2. Ausgaben

Für die Ausgaben gilt im Innenverhältnis spiegelbildlich das für die Einnahmen Gesagte.

Beschlüsse der Wohnungseigentümersammlung, Kosten im Zusammenhang mit Baumaßnahmen zu übernehmen, die nur der Betreibergesellschaft zugute kommen, entsprechen nicht ordnungsmäßiger Verwaltung im Sinne des § 21 Abs. 4 WEG.<sup>35</sup>

Bilden die Wohnungseigentümer eine Gesellschaft, richtet sich die Nachschusspflicht nach Gesellschaftsrecht,<sup>36</sup> nicht nach § 16 WEG. Die Gesellschaft kann sich nicht wie eine Wohnungseigentümergeinschaft darauf berufen, dass die Gesellschafter sie stets mit den benötigten Mitteln ausstatten müssen.

Andererseits besteht auch nicht die Haftungsbeschränkung nach § 10 Abs. 8 Satz 4 WEG wegen nicht ordnungsmäßiger Verwaltung.

## 3. Haftung

Bilden die im Mietpool zusammengeschlossenen Wohnungseigentümer, wie meist, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, so haften sie im Außenverhältnis entsprechend § 128 HGB.<sup>37</sup> Die Haftungsbeschränkung nach § 10 Abs. 8 Satz 1 WEG kommt ihnen nicht zugute.

Verletzt jedoch die Wohnungseigentümergeinschaft selbst eine Verpflichtung, haften die einzelnen Wohnungseigentümer nach außen nur nach § 10 Abs. 8 Satz 1 WEG und nach innen nur nach § 10 Abs. 8 Satz 4 WEG.

35) BayObLG Beschl. v. 15. 10. 1992 – 2Z BR 44/92; WE 1993, 166 L.

36) BGH NZG 2009, 1143.

37) BGH NZG 2009, 1143.

Rechtsanwalt Dr. Franz Otto, Witten

# Verbindlichkeit des Baurechts im Wohnungseigentum

In einer Wohnungseigentumsanlage bestimmt sich die Rechtslage nach dem Wohnungseigentumsgesetz. Darauf hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof im Urteil vom 10. 1. 2011 – M 8 K 10. 3187 – (ZWE 2011, 294) hingewiesen. In dem konkreten Fall hatte ein Wohnungseigentümer versucht, im Wege einer Klage beim Verwaltungsgericht zu erreichen, dass die Baubehörde verpflichtet wurde, einem anderen Wohnungseigentümer die Nutzung einer Gaststätte, die ein Teileigentum in der Wohnungseigentumsanlage war, zu untersagen.

Der Wohnungseigentümer konnte jedoch nicht geltend machen, dass er durch Maßnahmen, die die Baubehörde unterlassen hatte, in eigenen Rechten verletzt wurde.

Ein Wohnungseigentümer ist zwar berechtigt, mittels einer öffentlich-rechtlichen Nachbarklage solche Beeinträchtigungen abzuwehren, die ihre rechtliche Grundlage in einer einem außerhalb der Eigentümergemeinschaft stehenden Dritten erteilten behördlichen Genehmigung haben, sofern der Behörde bei ihrer Entscheidung auch der Schutz der nachbarrechtlichen Interessen des Wohnungseigentums aufgetragen ist. Innerhalb der Gemeinschaft der Miteigentümer ein und desselben Grundstücks bestehen solche öffentlich-rechtlichen Nachbarschutzansprüche aber nicht. Das Miteigentum schließt öffentlich-rechtliche Nachbarschutzrechte innerhalb der Gemeinschaft der Miteigentümer ein und desselben Grundstücks grundsätzlich aus. Es besteht also nicht die Möglichkeit, dass der *einzelne* Wohnungseigentümer einen solchen Gebrauch sowohl der im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile als auch des gemeinschaftlichen Eigentums verlangen kann, der dem Gesetz, den Vereinbarungen und Beschlüssen und dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen entspricht.

Nach dem Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 5. 4. 2011 – 11 K 1866/10 – (ZMR 2011, 1002) kann ein Wohnungseigentümer gegenüber einer Baubehörde auch nicht geltend machen, durch die einem anderen Sondereigentümer derselben Wohnungseigentümergeinschaft erteilte Nutzungsänderungsgenehmigung in seinen Rechten verletzt zu sein. Für eine öffentlich-rechtliche Nachbarklage eines Sondereigentü-

mers, mit dem dieser sich gegen die Art der Nutzung der im Sondereigentum eines anderen Miteigentümers derselben Eigentümergemeinschaft stehenden Wohnung wendet, fehlt es an einer Klagebefugnis. Die Wohnungseigentümer haben nämlich die Möglichkeit, den Gebrauch des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums durch Vereinbarung zu regeln. Zuständig für Streitigkeiten über die sich aus der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ergebenden Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer ist das Wohnungseigentumsgericht. Etwaige öffentlich-rechtliche Schutzansprüche werden durch das Zivilrecht also überlagert und verdrängt. Dagegen bleibt das vom öffentlichen Recht gesteuerte Handeln der Baugenehmigungsbehörde ohne Einfluss auf die gegenseitigen Rechte der Pflichten. Seine Bestätigung findet dies in dem baurechtlichen Grundsatz, dass die behördliche Genehmigung „unbeschadet privater Rechte Dritter“ erteilt wird.

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

**Mario H. Kraus,**

**Konfrontation, Kooperation, Kommunalmediation?**

**Stellenwert einvernehmlicher Streitbeilegung in städtischen Siedlungsräumen**

Die Beilage 51a wurde den Abonnenten mit Heft 51 ausgeliefert.

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

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



Dr. jur. utr. Karl Eckhart Heinz, Bonn

## Theorie und Dogmatik der sogenannten „absoluten Rechte“

§ 823 I BGB gewährt bekanntlich Ersatz für Schäden, die durch widerrechtliche, vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, Freiheit, des Eigentums oder eines „sonstigen Rechts eines anderen“ entstanden sind. Die Rechte an diesen Objekten werden als „absolute Rechte“ bezeichnet, weil sie *gegenüber jedermann* gelten sollen, wobei auch die *Ausschließlichkeit* des Zugriffs auf diese Objekte – das Recht, Anderen den Zugriff auf diese Objekte untersagen zu dürfen – den absoluten Charakter dieser Rechte unterstreicht. Zum Begriff eines „sonstigen Rechts“ fallen nach herrschender Meinung das Recht an einem *ingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*, das *Allgemeine Persönlichkeitsrecht*, das *Besitzrecht* und das *Eigentum an immateriellen Gütern* sowie *Familienrechte*.

Diese Objekte erscheinen auch im sogenannten „Grundrechtskatalog“<sup>1</sup> des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland und werden teilweise dem „besonderen Schutz der staatlichen Ordnung“ empfohlen, so die „Ehe“ und „Familie“ in Artikel 6 GG; das Recht auf „Leben“ ist in Artikel 2 GG garantiert, ebenso das Recht auf „körperliche Unversehrtheit“ und das Recht auf die „freie Entfaltung der Persönlichkeit“, ausdrücklich daneben die „Freiheit“ der Person, während Artikel 14 GG das „Eigentum“ garantiert. Auffallend ist, dass das „Erbrecht“ zwar in Artikel 14 GG garantiert wird, in der Aufzählung des § 823 BGB jedoch nicht erscheint; hier werden allerdings auch *Ehe* und *Familie* nicht genannt.

Für die heute herrschende normative Dogmatik, die als Quelle des Zivilrechts den „Willen des Gesetzgebers“ betrachtet, ist die Behandlung absoluter Rechte einfach, soweit deren Wirkung im Gesetz bestimmt ist. Dennoch bleibt unbefriedigend, dass diese Dogmatik den Unterschied zwischen absoluten und relativen Rechten nicht erklären kann, es sei denn mit dem Umstand, dass absolute Rechte „gegenüber jedermann“ gelten, relative Rechte nur zwischen bestimmten Personen. Insofern handelt es sich jedoch um eine rein äußerliche Feststellung, die keinerlei Einsicht in das Wesen des Unterschieds dieser beiden Arten von Rechten gewährt. Allerdings bedarf es vielleicht dieser Einsicht gar nicht, um im konkreten Fall entscheiden zu können, ob die Wirkungen eines absoluten oder eines relativen Rechts vorliegen.

Eben hier ergeben sich aber Fragen, besonders hinsichtlich der in § 823 BGB nicht genannten, in Artikel 6 GG dagegen ausdrücklich unter die Garantie eines staatlichen Schutzes gestellten Verhältnisse „Ehe“ und „Familie“. So meint das bekannte Lehrbuch von Gernhuber/Coester-Waltjen, die Ehe sei eine „rechtlich geregelte soziale Verhaltensform“, die einem Einfluss der Legislative unterliege; trotz Änderungen des Eherechts hätten jedoch die Reformen von 1976 und 1998 keinen grundlegenden Wandel gebracht, der sich „im Wechsel von einer Ehelehre zur anderen niederschlagen müsse“<sup>2</sup>, also etwa von einer „institutionellen Ehelehre“ zu einer „interindividuellen Ehelehre“, einer „Lehre der Ehe als Organisation“ oder auch als „soziale Verhaltensform“<sup>3</sup>. Bereits diese Vielfalt von „Ehelehren“ macht deutlich, dass der Ehebegriff streitig ist; das Lehrbuch selbst stützt sich auf einen Ehebegriff, wie er „im abendländischen Raum heute gebraucht“ werde und als eine „von der Rechtsordnung anerkannte Verbindung von Mann und Frau zur Lebensgemeinschaft“ definiert sei<sup>4</sup>. Als „interindividuelle“ Form des Zusammenlebens könne die Ehe überhaupt nicht als Recht verstanden werden, das am Schutz absoluter Rechte teilnimmt, so wenig wie die Garantie des Artikels 6 GG ein „Schutzgesetz“ im Sinn von § 823 II BGB darstelle; betrachte man aber die Ehe als „Institution“, dann könne ein Ehepartner nur als „Funktionär der Gesamtrechtsordnung“ klagen, denn andernfalls wäre die Institution „der Willkür der Ehegatten an-

heimgegeben“<sup>5</sup>. Unklar ist, worin ein „absoluter Kern“ als „Teil eines umfassenden Familienrechts“ besteht, nämlich eine „personenrechtliche Zuordnung“, die aber nicht mit dem allgemeinen Persönlichkeitsschutz gleichzusetzen wäre, und warum insoweit zwar ein absoluter Schutz gewährt werden müsse, ohne dass jedoch ein immaterieller Schadensersatzanspruch wie im Fall der Verletzung von Persönlichkeitsrechten in Betracht käme<sup>6</sup>.

Man mag bedauern, dass die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung bei der Behandlung absoluter Rechte von Ehegatten „unglücklich hin und her schwankt“<sup>7</sup>, doch sollte dies eher als Herausforderung für eine dogmatische Arbeit verstanden werden, die vielleicht dazu beiträgt, richterliche Erkenntnisse zu stabilisieren. Freilich setzt dies zunächst theoretische Einsichten voraus, die bei der herrschenden normativen Zivilrechtsdogmatik grundsätzlich nicht erwartet werden können.

### Das Entstehen absoluter Verhältnisse

Für die Zivilistik erscheint die Welt des bürgerlichen Zusammenlebens zumeist als geregelte Ordnung, die zwar gelegentlich in Unordnung gerät, aber durch Anwendung der Regeln – und äußerstenfalls mit Hilfe eines staatlichen Zwangs – wieder in Ordnung gebracht werden kann; auch die Regeln selbst erwartet sie vom staatlichen Gesetzgeber. Dieses Denken eroberte seit der Wiederentdeckung des *Corpus Iuris Civilis* Kaiser Justinians das überlieferte germanische Rechtswesen, das auf richterlicher Erkenntnis beruhte, und erhielt in der Zeit der Aufklärung seine heutige Form in jenen Gesetzbüchern, wie sie etwa im *Bayerischen Zivilgesetzbuch*, im preußischen *Allgemeinen Landrecht*, im französischen *Code Civil* sowie im österreichischen *Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch* entstanden, die teilweise noch in Kraft sind; auch das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch von 1900 zählt hierzu ebenso wie etwa das Schweizerische Zivilgesetzbuch von 1907.

Der Übergang zu diesem Gesetzesdenken blieb allerdings nicht unumstritten. So widmete sich Gustav Hugo<sup>8</sup> dem Nachweis, dass das Zivilrecht aufgrund der Entwicklung richterlicher Dogmatik entstehe, eine These, die später auch Friedrich Carl von Savigny übernahm und mit deren Gegnern – den Vertretern der Pandektistik, besonders mit F.A. Justus Thibaut – er einen vehementen Streit ausfocht<sup>9</sup>. Dass die sogenannte „Historische Rechtsschule“ schließlich den Vertretern der Pandektistik unterlag, die eine gesetzliche Regelung des Zivilrechts erstrebten, und das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch in Gestalt eines *Willens des Gesetzgebers* erschien, prägte die Zivilrechts-

- 1) Karl Eckhart HEINZ Über den Charakter von „Grundrechten“ und „Menschenrechten“ – ihr Verhältnis zu den Statusgewährungen in den Europäischen Gemeinschaften, DöV 1978, 398; *ders.* Grundrechtsschutz und Gemeinschaftsrecht – Zur Entscheidung des BVerfG „Solange II“, DöV 1987, 851.
- 2) Joachim GERNHUBER/Dagmar COESTER-WALTJEN Familienrecht (5. Aufl. München 2006) I § 4 Rn 11.
- 3) GERNHUBER/COESTER-WALTJEN (FN 2) I § 4 Rnn 1 ff.
- 4) GERNHUBER/COESTER-WALTJEN (FN 2) I § 4 Rn 1. So auch das deutsche Bundesverfassungsgericht; Karl Eckhart HEINZ Liebe – Ehe – Familie. Theorie des gesamten Familienrechts (Brüssel o.J.) S. 26.
- 5) GERNHUBER/COESTER-WALTJEN (FN 2) I § 17 Rnn 2 ff.
- 6) GERNHUBER/COESTER-WALTJEN (FN 2) I § 17 Rnn 5 ff.
- 7) GERNHUBER/COESTER-WALTJEN (FN 2) I § 17 Rn 5.
- 8) Gustav von HUGO Naturrecht als Philosophie des positiven Rechtes (4. Aufl. Göttingen 1819).
- 9) Karl Eckhart HEINZ Das Europäische Zivilrecht und die Kontroverse zwischen Thibaut und Savigny 1814, in: *ders.* (Hrsg.) Holzwege der deutschen Zivilistik (Bonn 2008) S. 15.

entwicklung in Deutschland während des gesamten 20. Jahrhunderts und ließ die analytische Kraft der deutschen Zivilistik bis heute verkümmern.

Eine Generation früher als Gustav Hugo lehrte Gottfried Achenwall in Göttingen, aus dessen Schriften sich ein Zitat in Immanuel Kants *Metaphysik der Sitten* findet: Kant lehnt die Lehre ab, dass der Übergang von einem Zusammenleben im Naturzustand – dem sogenannten *status naturalis* – zunächst eines Zustands des friedlichen Zusammenlebens in einem sogenannten *status socialis* bedürfe, bevor ein rechtlicher Zustand im *status civilis* erreicht werden kann, der „unter einer distributiven Gerechtigkeit“ stehe und deshalb von Kant als *öffentliches Recht* betrachtet wird; das *Privatrecht* umfasse dagegen den *status naturalis* ebenso wie den *status socialis* (den Kant als „status artificialis“ bezeichnen möchte – aber das trifft gerade nicht zu, weil erst im *status civilis* eine künstliche Ordnung erreicht wird!), denn in beiden Zuständen seien „rechtmäßige Gesellschaften“ möglich<sup>10</sup>.

In der Tat unterschied Justinians *Corpus Iuris Civilis* nur ein *ius naturalis* und ein *ius gentis vel civilis*, womit Kants Darstellung eine Stütze finden würde. Im *ius naturalis* gelten jedoch die *Naturgesetze* – die Regeln eines „Kampfes aller gegen alle“<sup>11</sup> – die nur Gewaltverhältnisse hervorbringen können<sup>12</sup>, aber keine Rechtsverhältnisse. Kant glaubt, allein unter dem Zwang des öffentlichen Rechts könne ein „Privatrecht“ entstehen, das auch gegen Naturgesetze wirke und die Interessenbereiche der Beteiligten sicherstelle; solange die Beteiligten nicht gebunden sind, auf Eingriffe in den Bereich des anderen zu verzichten, gebe es keine Sicherheit, und der Einzelne müsse nicht eventuelle Feindseligkeiten des Anderen abwarten, um durch Erfahrung klug zu werden: dass auf die Bereitschaft des Anderen zur Wahrung des Friedens kein Verlass ist<sup>13</sup>.

Diese skeptische Ansicht Kants beachtet nicht die Beispiele friedlichen Zusammenlebens, die wir in zahlreichen natürlichen Gesellschaften finden und in denen es zwar gelegentlich auch zu Streitigkeiten um Einflussbereiche kommt, zumeist jedoch solche Streitigkeiten vermieden werden, indem *Gebärden* die Einflussbereiche als Wirkung von Naturgesetzen darstellen und damit eine *kommunikative* Form der Auseinandersetzung an die Stelle der Gewaltanwendung treten lassen. In solchen Friedensgesellschaften muss der Einzelne nicht „durch Erfahrung klug“ werden, denn er lernt den Gebrauch kommunikativer Gebärden bereits von Jugend an und weiß damit auch, das friedliche Verhalten der Anderen von eventueller Feindseligkeit zu unterscheiden. Es gibt also Friedensgesellschaften, die einem *status socialis* entsprechen und in denen der Einzelne sicher ist, dass die naturgesetzlich von ihm erlangten Verhältnisse von den anderen Teilnehmern der Friedensordnung respektiert werden. Der Einzelne ist sich dann bewusst, dass von ihm ein geregeltes Verhalten zur Wahrung des Friedens der Gesellschaft erwartet wird, und dass er ebenfalls ein geregeltes Verhalten der Anderen zur Wahrung des Friedens erwarten darf. Diese Regeln sind notwendigerweise auf die natürlichen Verhältnisse der Beteiligten bezogen, und ihre Anwendung beruht auf einer freiwilligen Entscheidung der Beteiligten. Es kann also gar keine Rede sein, dass diese Regeln „äußerlich erzwungen“ seien und einem „Zustand der austeilenden Gerechtigkeit“<sup>14</sup> entsprechen. Deshalb gehören solche Regeln auch keinesfalls zu einem „Privatrecht“, vielmehr werden diese Regeln in Formen des menschlichen friedlichen Zusammenlebens als „Moralität“ oder „Sittlichkeit“ bezeichnet<sup>15</sup>.

Wie deutlich ist, stellen alle Verhältnisse, die Gegenstand der Friedensordnung sind, *absolute Verhältnisse* dar, denn die Regeln moralischen Verhaltens sollen dazu dienen, die erlangten Bereiche jedes Teilnehmers vor jedem Zugriff eines anderen Teilnehmers zu schützen. Somit ist es die *Friedensgesellschaft*, die mit den *Regeln der Moral* die Absolutheit der Verhältnisse hervorbringt.

Solche absoluten Verhältnisse können zwischen einer Person<sup>16</sup> und ihren *Sachen* bestehen und tragen dann einen *indivi-*

*dualen* absoluten Charakter. Soweit sie *zwischen Personen* bestehen, haben sie definitionsgemäß einen *kollektiven* Charakter, der entweder in einer *hierarchischen* oder einer *egalitären* Form erscheinen kann; im ersten Fall spricht man von „Herrschaft“, die aufgrund ihrer Entstehungsweise als „charismatisch“<sup>17</sup> bezeichnet wird, im zweiten Fall von einer „Gemeinschaft“. Solche absoluten Kollektive können auf *Sexualität*, auf *Sympathie* (als „Freundschaft“) oder auf *gemeinsamen Interessen* beruhen; im letzteren Fall spricht man von einer „Partnerschaft“ oder „Genossenschaft“.

### Leben, Gesundheit, Freiheit

Die Rücksichtnahmen auf die Existenz einer Person wie auf deren körperliche Unversehrtheit und auf die Unbeschränktheit ihres Handelns im Rahmen ihrer natürlichen Fähigkeiten bilden die Voraussetzungen für einen Übergang vom *status naturalis* in einen *status socialis*, der ein friedliches Zusammenleben mit anderen Personen durch *moralische Regeln* gewährleistet.

### Moralität, Wiedergutmachung und Strafe

Solche moralischen Regeln ergeben sich aufgrund einer logisch-topischen Ableitung aus den natürlichen Verhältnissen zwischen den an einer Friedensordnung beteiligten Personen unter dem Gesichtspunkt der Wahrung des Friedens der betreffenden Friedensgruppe<sup>18</sup>. Ein Verstoß gegen moralische Regeln rechtfertigt die *Anwendung von Gewalt* gegenüber dem Brecher der Friedensordnung durch die verletzte Person selbst und kann grundsätzlich zum *Ausschluss des Friedensbrechers aus der Friedensgruppe* führen; der Ausschluss erlaubt die Anwendung von Gewalt gegen den Friedensbrecher durch *jedermann* („Friedlosigkeit“, „Vogelfreiheit“<sup>19</sup>).

Ein Friedensbrecher kann grundsätzlich wieder in die Friedensgruppe aufgenommen werden, wenn er *Buße* leistet<sup>20</sup>. Auch die Bußleistung richtet sich nach logisch-topischen Regeln, die zu allgemeinen standardisierten Regulativen<sup>21</sup> führen können („Bußkataloge“<sup>22</sup>); die Höhe der Buße ergibt sich einerseits aus der Höhe des durch den Friedensbruch entstandenen *Schadens* – sie steht insoweit dem Geschädigten oder seinen Hinterbliebenen zu – und dient damit einer Wiedergutmachung des Schadens, und andererseits aus Leistungen an die übrigen Teilnehmer der Friedensordnung, um deren Bereitschaft zur Wiederaufnahme des Friedensbrechers in die Friedensgruppe zu gewinnen. Der letztere Aspekt wird von Theorien der Wiedergutmachung von Schäden meist übersehen und bleibt bei der Berechnung der Wiedergutmachungsleistung fälschlicherweise unberücksichtigt.

10) Immanuel KANT *Metaphysik der Sitten*. Erster Teil, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1793) Einl. §E sowie § 41.

11) Thomas HOBBS *Leviathan or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil* (1651) Teil 1 Kap. 13.

12) KANT (FN 10) § 42.

13) KANT (FN 10) § 42.

14) KANT (FN 10) § 42.

15) Weil Kant den *status socialis* nicht anerkennt, sucht er die Quelle der Moral – deren Existenz nicht zu leugnen ist – in der menschlichen *Tugend*. Damit erklärt Kant jedoch die Moralität nicht aus den Erfordernissen des Zusammenlebens in einer Friedensordnung, sondern bezieht sie auf subjektive *Eigenschaften des Handelnden*, während die Regeln der Moral nach *Objektivität* verlangen, die für eine Friedensargumentation unerlässlich ist.

16) Karl Eckhart HEINZ *Persönlichkeit und Subjektivität*, ARSP 1998, 250.

17) Karl Eckhart HEINZ *Adel und Republik* (Bonn 2006) S. 124; dies gilt allgemein, wenn die Bereitschaft besteht, Anordnungen einer als besonders befähigt betrachteten Person bedingungslos zu befolgen.

18) Karl Eckhart HEINZ *Moral und Recht im System der Philosophie*, in: *ders.* (Hrsg.) *Holzwege der deutschen Zivilistik* (Bonn 2008) S. 198.

19) Heinrich MITTEIS/Heinz LIEBERICH *Deutsche Rechtsgeschichte* (19. Aufl. München 1992) 4 I 3 a, 9 III.

20) Detlev FREHSEE *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle* (Berlin 1987) S. 24; Dietmar WILLOWEIT *Programm eines Forschungsprojekts*, in: *ders.* (Hrsg.) *Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts. Bestandsaufnahme eines europäischen Forschungsproblems* (Köln 1999) S. 3.

21) Karl Eckhart HEINZ *Ursprung und Entwicklung des Zivilrechts*, GuT 2011, 129.

22) FREHSEE (FN 20) S. 18.



Haben die Teilnehmer einer Friedensordnung ein politisches Kollektiv – „Staat“<sup>23</sup> – gebildet, das besonders auch zur Wahrung des Friedens dienen soll, dann kann dieses Kollektiv gegen den Friedensbrecher Gewalt nur dann anwenden, wenn es Strafen angedroht hat und für eine zwangsweise Durchführung der Strafen sorgt (*staatliches* „Strafrecht“, „Strafprozessrecht“<sup>24</sup>). Der Zweck der Strafdrohung besteht grundsätzlich in der *Sozialisierung* des Friedensbrechers, und die Strafe selbst dient deshalb nicht etwa einer „Resozialisierung“ des Friedensbrechers<sup>25</sup>; denn die Strafe ist nur ein Bestandteil des *Sozialisierungssystems* der Friedensordnung<sup>26</sup>.

Im übrigen darf auch ein Staat keinen unmittelbarem Zwang zum Befolgen von Moralregeln ausüben, weil die Friedensordnung auf einer freiwilligen Bereitschaft zur Teilnahme beruht, die nur einem Verletzten die *Rückkehr auf die Ebene der unmittelbaren Gewaltanwendung* erlaubt, während die anderen Teilnehmer der Friedensordnung nur mit einem Ausschluss des Friedensbrechers aus der Friedensordnung reagieren dürfen.

Dagegen kann ein Staat das Befolgen seiner eigenen – *öffentlichrechtlichen* – Regeln durch die *Anwendung von Gewalt erzwingen*. Ebenso versteht sich, dass ein Staat Strafen als Folge von Verstößen gegen seine *öffentlichrechtliche Ordnung* androhen kann.

### Eigentum

Zu den wichtigsten existentiellen Bedürfnissen einer Person gehören Lebensraum und Zugriff auf Nahrung; beides versucht eine Person, im *status naturalis* sich mit Gewalt zu verschaffen, und beides muss gewaltlos zu erlangen sein, um in den Frieden eines *status socialis* eintreten zu können. Die *bürgerliche Gesellschaft* ist der Rahmen, in dem der Friede möglich wird, der jedoch gegen äußere und innere Feinde der bürgerlichen Gesellschaft eines *Schutzes* bedarf; diesem Zweck dient die Vereinigung der Bürger zum politischen Kollektiv des „Staates“, der auf dem *Willen der Bürger* beruht und damit im *status civilis* entsteht. Weil aber Lebensraum und Nahrungsquellen überhaupt nur von einem Staat verteidigt werden können, darf der Staat grundsätzlich über allen Lebensraum und alle Nahrungsquellen seines Bereichs verfügen; seine Aufgabe ist auch, Grundbesitz und Nahrungsmittel unter den Bürgern „gerecht“ zu verteilen.

Im übrigen ist es die Aufgabe des Staates, dafür zu sorgen, dass die Bürger einen friedlichen Gebrauch von ihren individuellen Fähigkeiten machen können und dass ihnen die Früchte des Handelns nicht von anderen Bürgern – oder vom Staat selbst – genommen werden. Diesem staatlichen Schutz unterliegen also alle Gegenstände, die ein Bürger künstlich geschaffen oder von einem anderen Bürger erworben hat, einschließlich jener *immateriellen* Gegenstände, die unter den Begriff der „Information“<sup>27</sup> fallen. Bildet der *status civilis* den Bereich des *Rechts*<sup>28</sup>, so stellt der staatliche Schutz „öffentliches Recht“ dar, das sich in *Strafdrohungen* gegen eine Verletzung der Friedensordnung sowie in der *Erzwingung von Wiedergutmachungsleistungen* für Schäden, die bei einer Verletzung der Friedensordnung entstanden sind, äußert; das Recht berührt nicht die Bedingungen des *status socialis*, die einem Bürger die Früchte seines Tuns zurechnen und der als Bereich seines „Eigentums“ bezeichnet wird. Dieses Eigentum erhält in der Friedensordnung eine *absolute Wirkung* gegenüber jedermann, auch gegenüber dem Staat.

Das Eigentum stellt demnach kein Ergebnis einer Rechtsordnung dar, sondern beruht auf den Bedingungen des *status socialis*, unterliegt also auch keinen Rechtsregeln<sup>29</sup>, vielmehr den Regeln der *Moralität*. Hinsichtlich seines strafrechtlichen Schutzes und seiner Erzwingbarkeit gibt es jedoch keinen Unterschied zum Schutz und zur Erzwingbarkeit *rechtlicher Regeln*, die ebenfalls Gegenstand von Aufgaben des Staates sind. Erst nach der Einführung des Eigentums in den *Rechtsverkehr* – durch Eigentumsübertragung – erhält das Eigentum einen *rechtlichen Charakter*, bewahrt aber seine gegenüber jedermann wirkende *moralische Absolutheit*.

Soweit sich Bürger von anderen Bürgern Eigentum an Sachen verschaffen wollen, müssen sie in einen *status civilis* zu diesen Bürgern treten, damit ein geordneter Übergang des Eigentums stattfinden kann. Dies geschieht im Wege eines *Vertrags*, mit dem sie aus dem *status socialis* in den *status civilis* übertreten. Es erhellt, dass dieser *status civilis* nur zwischen ihnen besteht und die aus ihm ableitbaren Verhaltensregeln einen individuellen *privatrechtlichen* Charakter tragen; ebenso erhellt, dass ein staatlicher Gesetzgeber auf die Gestaltung dieses Privatrechts grundsätzlich keinen Einfluss hat<sup>30</sup>. Zugleich ist festzustellen, dass nach dem Übergang des Eigentums auch gegenüber dem ursprünglichen Eigentümer die Regeln der Moralität gelten, das heißt, dass dieser den absoluten Anspruch des neuen Eigentümers ebenfalls zu achten hat.

Dieser Übergang in den *status civilis* wird von der Privatrechtswissenschaft als „Vertrag“ bezeichnet, ohne die Bedeutung des Vertragsvorgangs als *Verfassungsregelung* und die Wirkung der Verfassung als *Geltungsgrundlage* für gewillkürte *Verhaltensregeln* zu verstehen, die sich selbstverständlich zumeist an erprobte „Vertragsmodelle“ – richtiger: *Verfassungsmodelle* – anlehnen, aber auch nach Bedürfnis neue Verfassungsmodelle entwickeln können<sup>31</sup>.

### Moralische Kollektive

Unter den moralischen Kollektiven kommt den von *Sexualität* geprägten Beziehungen eine besondere existentielle Bedeutung zu, denn angesichts der *conditio humana*, dem Naturgesetz des Entstehens und Vergehens des Menschen – wobei das Entstehen eines Menschen von der sexuellen Vereinigung eines Mannes mit einer Frau abhängt, soweit heute keine künstliche Befruchtung stattfindet – gehören sexuelle Beziehungen zu den natürlichen Bedürfnissen des Menschen. Diese Bedürfnisse richten sich jedoch nicht notwendigerweise auf die Herstellung einer Kollektivität; soweit es lediglich um die Ausübung von Sexualität geht, handelt es sich vielmehr um die Befriedigung eines individuellen Bedürfnisses. Wird Kollektivität erstrebt, so geht es um die *Ausrichtung der Interessen der Beteiligten auf ein gemeinsames Ziel*, und dies erscheint im Fall eines gemeinsamen sexuellen Ziels als Form einer *gegenseitigen Liebe*<sup>32</sup>, im Fall nichtsexueller gemeinsamer Interessen als „Freunde-

23) HEINZ (FN 21) ebd.

24) WILLOWEIT (FN 20) S. 1.

25) Die Notwendigkeit einer „Resozialisierung“ entsteht überhaupt nur dort, wo durch *Gefängnisstrafen* eine *Ausschließung von Bürgern aus der bürgerlichen Gesellschaft* erfolgt. In Deutschland untersagt jedoch die Garantie der „Menschenwürde“ in Artikel 1 GG gerade eine solche Ausschließung; Karl Eckhart HEINZ Die Unantastbarkeit der „Würde des Menschen“ und die Strafkompetenz deutscher Gerichte – Menschenwürde und staatlicher Strafanspruch – in: *ders.* (Hrsg.) Erläuterung und Kritik deutscher Staatsordnung (Bonn 2008) S. 161.

26) Hierüber streiten „Straftheorien“; Günther JAKOBS Strafrecht. Allgemeiner Teil (2. Aufl. Berlin 1991) S. 1.

27) Es ist daher ganz unsinnig, wenn Patente und Urheberrechte – die einst wegen mangelnder richterlicher Einsicht in den *Eigentumsanspruch des Erfinders an seiner Erfindung* eines staatlichen *Privilegs* bedurften – heute noch immer als Ausfluss einer staatlichen Regelung betrachtet werden; Karl Eckhart HEINZ Europa-Patent und grundgesetzliche Eigentumsrechte, Mitt. 1975, 201; *ders.* Das Patent im System der Eigentumsrechte, Mitt. 1994, 1; *ders.* Die europäische Richtlinie über den rechtlichen Schutz von Datenbanken in verfassungsrechtlicher und rechts-theoretischer Sicht, GRUR 1996, 455; *ders.* Das sogenannte Folgerecht („droit de suite“) als künftige europaweite Regelung? Zur Theorie des urheberrechtlichen Eigentums, GRUR 1998, 786.

28) Karl Eckhart HEINZ Europäische Verfassung. Grundlinien einer allgemeinen Verfassungstheorie und Kritik des europäischen Verfassungsprojekts 2004 (Bonn 2005) S. 24.

29) Irrig deshalb Karl Eckhart HEINZ Zur Theorie der rechtlichen Institution, RECHTSTHEORIE 1992, 106.

30) Die normative Dogmatik des Zivilrechts – Robert ALEXY Begriff und Geltung des Rechts (Freiburg/München 1992) – erscheint daher fragwürdig.

31) HEINZ (FN 28) S. 36; *ders.* Zur Typologie der persönlichen und der dinglichen Rechtsverhältnisse, RECHTSTHEORIE 2006, 360.

32) HEINZ (FN 4) S. 51. Die antike griechische Philosophie unterschied neben „Philia“ (Freundschaft) zwischen „Eros“ und „Agape“ und meinte damit den Unterschied zwischen (individueller) *Lust* und (kollektiver) *Liebe*.



schaft“ und im Fall gemeinsamer Ziele als *zweckgerichtetes gemeinsames Handeln*. In allen diesen Fällen sind *natürliche* Triebkräfte die Ursache der Kollektivität, die somit von *künstlicher* Kollektivität – etwa der existentiellen Gesellschaft eines Staates – zu unterscheiden ist. Stellen die Verhaltensregeln eines Staates *rechtliche Regeln* dar, weil der Staat eine Rechtsordnung bildet, so gelten in den natürlichen Kollektiven *Regeln der Moral*, die ein auf das gemeinsame Ziel ausgerichtetes, gegenseitig aufeinander abgestimmtes Verhalten bestimmen. Ist diese Kollektivität hierarchisch geordnet, so kann das charismatische Haupt an das untergeordnete Glied innerhalb seiner moralischen Grenzen *subjektive* Weisungen geben; im Fall einer egalitären Ordnung des Kollektivs sind die Regeln des allseitigen Verhaltens der Mitglieder *objektiv* aus dem gemeinsamen Ziel und dem Erfordernis des kollektiven Handelns herleitbar; dabei sind *logisch-topische*<sup>33</sup> Methoden zur Regelfindung anzuwenden. Das Herleiten der Moralregeln kann eine Aufgabe besonderer „Aufgabenträger“ im Kollektiv sein, die damit *abgeleitete Befugnisse* ausüben und entweder *delegativ* unter der Kontrolle der Befugnisgeber handeln oder *mandativ* aus eigenem Willen, aber in der Verantwortung vor den Befugnisgebern, ihre Befugnisse ausüben<sup>34</sup>.

In der bürgerlichen Gesellschaft stellen alle natürlichen Kollektive *absolute Verhältnisse* dar, in die nicht eingegriffen werden darf; sie unterliegen daher sämtlich den moralischen Regeln des *status socialis*. Deshalb gehören auch alle gesellschaftlich anerkannten Sexualverhältnisse zu den Verhältnissen, die bei Missachtung der absoluten moralischen Schranke der staatlichen *Strafandrohung* unterliegen sollten (für den Einbruch in eine „Ehe“ galt bis zu einer Reform im Jahre 1969 richtigerweise eine solche Strafandrohung!) sowie zu *Wiedergutmachungsleistungen* für Verletzungen gezwungen werden können, die beim Einbruch in das natürliche Kollektiv entstanden sind, entsprechend der Regel des § 823 BGB. Die Wiedergutmachungsleistungen können durch richterliche Erkenntnis ermittelt werden. Hinzu treten *Unterlassungsansprüche* gegen jene, die in geschützte Bereiche des Friedens der bürgerlichen Gesellschaft eindringen; diese Ansprüche sind ebenfalls aus der Friedensordnung des *status socialis* abgeleitet.

### Ehe und eheähnliche Sexualbeziehung

Das Erfordernis, dass sexuelle Kollektive von der bürgerlichen Gesellschaft anerkannt sein müssen, um als „moralisch“ zu gelten und damit den Regeln der Moralität zu unterliegen, beruht auf der Erkenntnis, dass die Naturgesetze der Liebe sexuelle Fehlentscheidungen nicht verhindern, die erfahrungsgemäß für eine Nachkommenschaft ein Risiko bilden können. Im Interesse einer Nachkommenschaft werden deshalb Sexualverhältnisse naher Verwandter von der bürgerlichen Gesellschaft nicht anerkannt, ebensowenig jene Sexualverhältnisse, die im familiären Zusammenleben durch Ausüben von Zwang oder unter Missbrauch jugendlicher Unerfahrenheit entstehen können. Deshalb akzeptiert die bürgerliche Gesellschaft nur solche Sexualverhältnisse, die den Regeln sexueller Hygiene genügen und entsprechend geprüft sind. Diese Prüfung findet heute vor einem staatlich bestellten *Standesbeamten* statt; der Beamte prüft jedoch nicht etwa nach rechtlichen Regeln eines Gesetzgebers, vielmehr kann er seinem Handeln nur die Regeln der Moralität zugrundelegen, denen das Sexualkollektiv unterliegt.

Solange eine solche Prüfung nicht stattgefunden hat, können sexuelle Beziehungen keinesfalls gesellschaftlich akzeptiert werden. Deshalb unterlag einst die Duldung sexueller Beziehungen im Mietverhältnis dem Strafvorwurf der „Kuppelei“, und die Beseitigung dieses Strafvorwurfs bezeugt keine bessere Einsicht des deutschen Gesetzgebers in gesellschaftliche Erfordernisse; vielmehr müssen sexuelle Beziehungen, die nicht das Siegel der *Ehe* erhalten haben, *heimlich* bleiben, weil sie grundsätzlich als unmoralisch zu betrachten sind. Hieran hat sich durch die Erfindung der „Pille“ und anderer Empfängnisverhütungsmittel nichts geändert. Deshalb ist die Ablehnung der Katholischen Kirche gegenüber solchen Sexualpraktiken auch durch eine säkulare Moralität zu bestätigen, und es muss als

Fehler bezeichnet werden, wenn staatliche Maßnahmen den Gebrauch von *Kondomen* beim Geschlechtsverkehr unterstützen und damit die Gefahren der Promiskuität als ein rein technisches Problem darstellen, anstatt die Bürger zu einer verantwortlichen moralischen Sexualität anzuhalten. Außerdem sollte nicht geduldet werden, dass die öffentlichrechtlichen Medien das sexuelle Lustmoment verherrlichen, ohne die mangelnde Moralität eines solchen Verhaltens zu verdeutlichen, und es ist durchaus nicht unzulässig, die privaten Medien ebenso einer moralischen Kontrolle zu unterwerfen, denn die Freiheit des privaten Handelns wird grundrechtlich nur *innerhalb der Grenzen der Moralität* gewährleistet; „liberale Forderungen“, die sich außerhalb dieser Grenzen bewegen, gefährden die gesellschaftliche Friedensordnung und sind daher abzulehnen.

Darüber hinaus können Sexualverhältnisse, die nicht den Bedingungen der *conditio humana* genügen – Verhältnisse, die nicht aus Mann und Frau bestehen, sondern gleichgeschlechtlich ihrem Wesen nach ungeeignet sind, aus der sexuellen Vereinigung Nachkommen entstehen zu lassen – von der bürgerlichen Gesellschaft nicht anerkannt werden. Sogenannte *homosexuelle* Verhältnisse sind wegen Verstoßes gegen die Regeln der *conditio humana* definitionsgemäß unmoralisch<sup>35</sup>, ihre Partner können deshalb auch keine Nachkommen adoptieren; sollten sie in einem heterosexuellen Verhältnis Nachkommenschaft gezeugt haben, so dürfen sie mit dieser keine Familie bilden, damit Nachkommen nicht in unmoralischen Verhältnissen aufwachsen. Hierüber hat der Staat nach den Regeln des deutschen Grundgesetzes zu „wachen“<sup>36</sup>.

Nur solche Sexualverhältnisse, die anhand einer Prüfung die Anerkennung der bürgerlichen Gesellschaft erlangen und damit dem Begriff der „Ehe“ entsprechen, lassen moralische oder rechtliche Ansprüche entstehen. Nichteheleiche Sexualverhältnisse sind auch dann, wenn sie dem heterosexuellen Modell genügen und die Bedingungen sexueller Hygiene erfüllen, von moralischen oder rechtlichen Ansprüchen ausgeschlossen; weder genießen sie den Schutz einer staatlichen Strafandrohung für Eingriffe Dritter in das Sexualverhältnis, noch kann bei ihnen ein Schaden, der infolge des Eingriffs Dritter entstanden ist, eine Wiedergutmachung erlangen, und ihren Partnern stehen auch keine Rechte zu, die etwa Ehepartnern zugebilligt sind (§ 138 I BGB). Eine Ausnahme gilt nur für jenes nichteheleiche Sexualverhältnis in einem besonderen gesellschaftlichen Kreis, in dem es bekannt und anerkannt ist, denn hier entstehen *moralische* Verhältnisse, die entsprechende Wirkungen in eben diesem Teil der bürgerlichen Gesellschaft erzeugen<sup>37</sup>.

Allerdings setzen Strafen wie Schadensersatzansprüche stets voraus, dass der Betreffende das Bestehen des Sexualverhältnisses kannte, und in diesem Zusammenhang kommt den *Zeichen*, die ein solches Verhältnis kenntlich machen – also etwa dem „Ehering“ – eine entscheidende Bedeutung zu. Die Verwendung solcher Zeichen ist daher keine bloße Gesellschaftstradition, sondern erfüllt eine wichtige Aufgabe im gesellschaftlichen Zusammenleben.

Zum existentiellen Verhalten Liebender gehört das Bemühen um die Liebe des Partners und der Beweis der eigenen Liebe in der Form von Zärtlichkeit oder Geschenken, der Teilnahme an den Lebensproblemen des Partners und der steten Sorge um ihn, während Ansprüche an den Liebespartner nicht gestellt werden können. So darf auch eine Treue des Liebespartners nicht erwartet werden, so wenig wie die Fortdauer des Liebesverhältnisses, denn die Liebe ist flüchtig, ungeachtet einer steten Pflege dieses Verhältnisses. Von einer auf Liebe gegründeten Ehe kann also keine Dauerhaftigkeit erwartet werden.

33) Theodor VIEHWEG Topik und Jurisprudenz (5. Aufl. 1974).

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

35) HEINZ (FN 4) S. 213.

36) Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG.

37) Karl Eckhart HEINZ Der Dritttörer in der nichteheleichen Lebensgemeinschaft, RuP 1996, 222.

Es ist daher nicht ungewöhnlich, wenn ein Liebespartner sich aus seinem Verhältnis löst und mit einem Dritten ein Liebesverhältnis beginnen möchte. Für das neue Liebesverhältnis gelten jedoch die gleichen moralischen Anforderungen, die jedes Liebesverhältnis bestimmen: auch das neue Liebesverhältnis bedarf einer objektiven Prüfung, ob der sexuelle Verkehr mit den Erfordernissen der Sexualhygiene verträglich ist. Bis zum Abschluss dieser Prüfung steht ein Sexualverkehr mit dem Dritten unter dem Verdacht der Unmoral und sollte deshalb mit Strafe bedroht sein; insofern kann auch das Verhalten eines untreuen Ehepartners einer Strafdrohung unterliegen. Darüber hinaus unterliegt der Dritte, der in den anerkannten Sexualbereich des verlassenen Partners eingreift, der Drittstörerstrafe, weil dieser Eingriff die Friedensordnung stört, solange die Prüfung der Zulässigkeit des neuen Sexualverhältnisses nicht abgeschlossen ist; auf die sexuelle Mitwirkungsbereitschaft des anderen Partners kommt es dabei nicht an. Bestätigt die Feststellung der Moralität des neuen Verhältnisses die Zulässigkeit des neuen Sexualverhältnisses, so endet damit die Anerkennung des ursprünglichen Sexualverhältnisses. Letzteres wird üblicherweise als „Ehescheidung“ bezeichnet.

### Rechtliche Sexualbindung

Erst spät wurde die Liebes-Ehe, die bei den germanischen Völkern als „Friedel-Ehe“ bekannt war, wieder entdeckt, denn von der Kirche war die Liebes-Ehe wegen ihrer Unverbindlichkeit abgelehnt worden und geriet in Vergessenheit. An ihre Stelle wurde eine Eheform gesetzt, die auf einer gegenseitig verbindlichen *Zusicherung von Liebe und Treue* der Ehepartner beruhte, durch *Vermögensübergaben* abgesichert war und damit einen sicheren Hort für Nachkommen bildete. Diese sogenannte „rechte Ehe“<sup>38</sup> war auch in Deutschland das Ehemodell, das bis zur Eherechtsreform von 1976 allein die Anerkennung der bürgerlichen Gesellschaft erlangte; sie setzte notwendigerweise ein gegenseitiges Versprechen der Ehepartner voraus, das bei einer kirchlichen Trauung ausdrücklich abgegeben wurde und nach erfolgter Anerkennung der Ehe im Verfahren vor dem Standesbeamten *rechtliche Ansprüche* der Ehepartner begründete, wie sie im Bürgerlichen Gesetzbuch oder in Familiengesetzen niedergelegt waren. Allerdings war die deutsche Zivilistik nicht in der Lage, dieses Versprechen im sogenannten „Verlöbnis“ zu erkennen<sup>39</sup>. Durch das Verlöbnis – ob tatsächlich vereinbart oder nur unterstellt – wurde also auch ein Liebesverhältnis aus dem *status socialis* in den *status civilis* gehoben, wie eine Ehe ohne natürliches Liebesverhältnis – mit dem Anspruch auf Liebe und Treue – möglich wurde. Offensichtlich waren diese Zusammenhänge dem deutschen Gesetzgeber nicht bekannt, als er mit den Eherechtsreformen von 1976/1998 die Ehescheidung vom willkürlichen Verhalten der Ehepartner abhängig machte – die Ehe demnach als „Liebes-Ehe“ auffasste – im übrigen aber das eheliche Verhältnis mit gegenseitigen Rechtsansprüchen verband, die nur in einer Verlöbnis-Ehe zulässig sind<sup>40</sup>; auch die gesetzlichen „Trennungsfristen“ des Reformrechts<sup>41</sup> sind im Modell einer Liebes-Ehe unzulässig.

Festzustellen ist also, dass das deutsche Ehereformrecht gegen Grundrechtsgarantien verstößt, denn deutsche Bürger sind frei, ob sie in den Stand einer Liebes-Ehe oder einer Verlöbnis-Ehe treten wollen<sup>42</sup>, und aus dem gewählten Modell ergeben sich dann Moral- oder Rechtsfolgen, die von einem staatlichen Gesetzgeber nicht vorgeschrieben werden dürfen. Insbesondere aus der Sicht der Kirchen müsste es wünschenswert sein, dass die garantierte Freiheit der Bürger, zwischen einer Liebes-Ehe und einer Verlöbnis-Ehe wählen zu können, auch in Deutschland verwirklicht wird, und dass die Bürger nicht länger seitens des Staates gezwungen werden, im Streit um ihre Ansprüche vor staatlichen Gerichten jenen willkürlichen Normen unterworfen zu sein, die bundesdeutsche Gesetzgeber zwischen 1976 und 1998 erlassen haben.

### Polygame Ehe

Abendländische Ehemodelle gehen bekanntlich von der Sexualbindung zwischen einer Frau und einem Mann aus und leh-

nen die gleichzeitige sexuelle Gemeinschaft eines Mannes mit mehreren Frauen ab; schon gar nicht erscheint hier die gleichzeitige sexuelle Gemeinschaft einer Frau mit mehreren Männern akzeptabel.

Seit in Deutschland der Bevölkerungsanteil von Bürgern mit türkischem Hintergrund bereits die Grenze von 3 Millionen überschritten hat und das Bekenntnis zum Islam stetig zunimmt, dürfte sich künftig jedoch einmal die Frage stellen, ob ein deutscher Mann nach den Regeln des Koran mehrere Frauen zur Ehe nehmen darf. Hierbei würden sich dann zwei Traditionen gegenüberstehen, die beide eine moralische Rechtfertigung genießen, ohne dass die Tradition des Abendlandes einen Vorzug gegenüber der islamischen Tradition beanspruchen dürfte.

Diese Frage stellt sich nicht, wenn natürliche *Liebe* Mann und Frau vereint, denn eine Liebe ist stets „ausschließlich“, weil sie existentiell begründet ist, und sie verliert ihren Charakter als Liebe, wenn das sexuelle Begehren mehreren Partnern zugleich zugewendet wird: die Liebe nimmt dann den Charakter der *Freundschaft* an. Die sexuelle Gemeinschaft zwischen einem Mann und mehreren Frauen (oder zwischen einer Frau und mehreren Männern) ist daher nur im Rahmen einer *künstlichen* Gestaltung dieser Verhältnisse möglich, nämlich innerhalb einer *rechtlichen Ordnung* dieser Verhältnisse. Weil aber sexueller Verkehr stets nur zwischen zwei Personen, *nicht zwischen mehreren Personen* stattfinden kann, bedarf eine rechtliche Ordnung dieser Verhältnisse nicht allein der Abrede zwischen dem Mann und seinen Frauen (oder der Frau mit ihren Männern), vielmehr ist außerdem eine *Abrede zwischen den konkurrierenden Sexualpartnern* erforderlich, um diese Konkurrenz in geordnete Bahnen zu lenken. Wenn aber eine solche Regelung gefunden ist, können moralische Einwände gegen eine polygame Ehe nicht erhoben werden, die somit auch in Deutschland zulässig wäre. Auf ein Bekenntnis zum islamischen Glauben kommt es dabei nicht an.

Es versteht sich, dass im übrigen auch hier die sexuellen Verhältnisse der gleichen Prüfung unterliegen wie ein monogames Verhältnis, um innerhalb der bürgerlichen Gesellschaft die erforderliche moralische Anerkennung zu finden.

### Familie

Ebensowenig wie die „Ehe“ in der Garantie des Artikels 6 GG definiert ist, fehlt auch für die „Familie“ eine Definition (ein Begriff, der erst im 18. Jahrhundert als Fremdwort aufkam<sup>43</sup>). Geht man davon aus, dass Eltern das Verhältnis zu ihrer Nachkommenschaft als *existentielles Anliegen* empfinden – schließlich hängt unter dem Aspekt der *conditio humana* ihre Zukunft vom Gedeihen ihrer Kinder ab – dann kann der verfassungsmäßig garantierte Familienbegriff nur das Verhältnis der Eltern zu ihrer Nachkommenschaft meinen (möglicherweise aber auch das Verhältnis von Großeltern zu ihren Enkeln oder von Urgroßeltern zu ihren Urenkeln, denn alle diese Verhältnisse gehören zur *conditio humana*).

38) Paul MIKAT *Dotierte Ehe – rechte Ehe*. Zur Entwicklung des Eheschließungsrechtes in fränkischer Zeit (Opladen 1978).

39) GERNHUBER/COESTER-WALTJEN II § 8; HEINZ (FN 4) S. 70; *ders.* Das Verlöbnis, RECHTSTHEORIE 1996, 561.

40) Karl Eckhart HEINZ *Der Begriff der Ehe und seine Bedeutung für das geltende Eherecht in der Bundesrepublik Deutschland*, RECHTSTHEORIE 1988, 167. – Kennzeichnend für den ideologischen Eifer, mit dem die Eherechtsreform durchgesetzt wurde, ist die Brutalität, mit der das Bundesverfassungsgericht die sogenannten „Altehen“ – Ehen, die vor dem 1. 7. 1977 geschlossen waren – den „Freiheiten“ des Reformrechts unterwarf, obgleich diese Altehen stets *Verlöbnis-Ehen* mit vertraglicher Rechtspflicht zur Wahrung von Liebe und Treue darstellten, also nicht willkürlich geschieden werden durften. Mit diesen Eingriffen verstieß auch das Bundesverfassungsgericht unbestreitbar gegen die Garantie des Art. 2 GG, was bis heute nicht korrigiert wurde.

41) §§ 1565, 1566 BGB.

42) Bisher ist weltweit nur ein einziges Eherecht bekannt, das dieser Freiheit Rechnung trägt, nämlich das Recht des US-Staates Louisiana aus dem Jahre 1997; HEINZ (FN 4) S. 658.

43) Ferdinand OETER *Wandlungen der Familie*, in: *ders.* (Hrsg.) *Familie im Umbruch* (Gütersloh 1960) S. 23.



Dieses Verhältnis entsteht grundsätzlich auf natürliche Weise infolge der Geburt eines Kindes aus dem Mutterleib und betrifft zunächst die Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind. Der Erzeuger des Kindes erlangt in dieser Beziehung nur einen Anteil, wenn er mit der Mutter des Kindes in einer von der bürgerlichen Gesellschaft anerkannten Sexualbeziehung steht, das heißt, mit dieser Mutter *ehelich verbunden* ist; nur aufgrund der Beziehung kann er zusammen mit der Mutter – *gemeinsam* – an der Elternstellung teilnehmen. Infolge der ursprünglichen Hilflosigkeit des Kindes erscheint das Eltern-Kind-Verhältnis notwendigerweise *hierarchisch* geordnet, mit den Eltern als gemeinsamem „Oberhaupt“. Deshalb können Eltern gemeinsam *Forderungen* an ihre Kinder stellen und deren Erfüllung *erzwingen* – notfalls mit Anwendung von *Gewalt* – damit die Kinder im Sinn der *conditio humana* den Lebensweg einschlagen, den sich die Eltern zum Ziel gesetzt haben. Alles Verhalten in dieser Lebensbeziehung steht unter *Regeln der Moralität*, deren Einhaltung das staatliche Kollektiv zwar *überwachen* soll; doch darüber hinaus hat der Staat keine Regelbefugnis für das Eltern-Kind-Verhältnis. Es ist daher zunächst eine Entscheidung der Eltern, wie sie ihren Kindern die nötige Bildung vermitteln; der Staat darf den Eltern weder bestimmte Schulen noch Lehrpläne aufzwingen<sup>44</sup>. Auch kann der Staat über kein „Sorgerecht“ oder „Sorgepflichten“<sup>45</sup> von Eltern bestimmen; wollen Eltern ihrer moralischen Sorgepflicht nicht nachkommen, dann ist es die *Aufgabe des Staates*, an der Stelle der Eltern diese Sorge auszuüben<sup>46</sup>.

Die absolute Stellung der Eltern in der Friedensordnung bezüglich ihrer Kinder wendet sich also auch gegen den Staat, im übrigen gegen jeden Dritten, der in dieses Verhältnis eingreift. Insoweit gelten die gleichen moralischen Regeln, die eine Sexualpartnerschaft vor Eingriffen Dritter schützen, sodass auch hier durch staatliche Strafdrohungen und staatlichen Zwang zur Wiedergutmachung von Schäden, die infolge des Eingriffs Dritter in das elterliche Verhältnis entstanden sind, ein entsprechender Schutz durch das staatliche Kollektiv bereitstehen sollte.

Die natürliche hierarchische Ordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses wandelt sich im Verlauf der kindlichen Entwicklung. Mit dem schrittweisen Erwachsenwerden des Kindes ändert sich das hierarchische Verhältnis in der Richtung einer natürlichen egalitären Ordnung, sodass sich auch der Inhalt der moralischen Regeln wandelt. Dem trägt der Staat Rechnung, indem er das Kind schrittweise als „geschäftsfähig“ anerkennt<sup>47</sup> und mit Erreichen der „Volljährigkeit“<sup>48</sup> als eigenständiges Mitglied in das staatliche Kollektiv aufnimmt. Es erhellt, dass hiermit das verfassungsmäßig garantierte absolute Eltern-Kind-Verhältnis – genannt „Familie“ – endet.

### Rechtliche Familie

Ogleich eine Familie normalerweise auf natürlichem Weg durch Zeugung und Austragung eines Kindes entsteht, kann die Familie auch auf rechtlichem Weg begründet werden, sei es durch einen Vertrag zwischen den natürlichen Eltern des Kindes und den Adoptiveltern oder durch einen Vertrag zwischen Adoptiveltern und einer geschäftsfähigen Person.

Der Adoptionsvertrag soll ein künstliches Familienverhältnis auf der Ebene des *status civilis* herstellen, das einen absoluten Charakter nicht nur gegenüber dem Staat und Dritten entfaltet, sondern auch gegenüber den natürlichen Eltern des Kindes. Das Adoptivkind sollte deshalb keine Möglichkeit erhalten, seine natürliche Herkunft zu erfahren, und ganz ausgeschlossen sind Beziehungen zwischen den natürlichen Eltern und dem Kind nach der Adoption. Soweit es bei der Adoption um ein Kind geht, das sich noch im Stadium seiner ersten Entwicklung befindet, gehört es sogar zur Geschäftsgrundlage des Adoptionsvertrags, dass die natürlichen Eltern ihre Beziehung zu ihrem Kind abbrechen, damit eine vollständige Eingliederung in die Adoptivfamilie stattfinden kann. Einen solchen Vertrag müssen auch die staatlichen Behörden beachten, die bei einer Ad-

option aufgrund der Aufsichtspflicht des Staates<sup>49</sup> beteiligt sind; Auskünfte über die natürlichen Eltern dürfen nicht erteilt werden!

Die Adoption *Erwachsener* wird vom deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch zwar grundsätzlich zugelassen<sup>50</sup>, erscheint jedoch bedenklich. Die Gesetzesregel schränkt eine solche Adoption dadurch ein, dass sie „sittlich gerechtfertigt sein soll“, worunter wohl verstanden wird, dass die Adoption dem „Rechtsempfinden aller billig und gerecht Denkenden“ in der bürgerlichen Gesellschaft entspricht; ein solcher Begriff des Sittlichen lässt sich jedoch theoretisch nicht begründen. Vermieden werden soll jedenfalls, dass die Adoption aus Gründen der Weitergabe eines Familiennamens (in der Regel eines Adelstitels<sup>51</sup>) zugunsten des zu Adoptierenden oder aus Gründen finanzieller Zuwendung an den Adoptierenden erfolgt, also nicht primär auf die Begründung eines Eltern-Kind-Verhältnisses gerichtet ist und damit nicht dem immateriellen Zweck der Herstellung einer Nachkommenschaft, sondern materiellen Zwecken dient. Eine gesellschaftliche Ablehnung der Motive des Adoptionsvertrags kann aber dessen Wirksamkeit nicht infrage stellen, solange beide Vertragsparteien den materiellen Zweck erreichen wollen, denn die Adoption ist nicht etwa ein Privileg, das seitens des Staates verliehen wird, sondern das Ergebnis der freien vertraglichen Vereinbarung, sodass auch nur die Interessen der beiden Vertragsparteien in Betracht zu ziehen sind.

Soll die Adoption jedoch der Herstellung von *Familie* im Sinn des Eltern-Kind-Verhältnisses dienen, dann kann eine Familie nicht mehr entstehen, wenn der zu Adoptierende bereits den Stand eines Erwachsenen erreicht hat: seine Volljährigkeit verbietet, dass er sich noch einmal in die hierarchische Struktur einer Familie einordnet und damit seinen Volljährigkeitsstatus aufgibt. Denn ein Eltern-Kind-Verhältnis entwickelt sich zwar aus der hierarchischen Struktur normalerweise zu einer egalitären Struktur, die mit der Volljährigkeit des Kindes erreicht ist, womit zugleich das Eltern-Kind-Verhältnis „Familie“ im Sinn einer absoluten Struktur auf der Ebene des *status civilis* endet. Daher ist bereits der Adoptionsvertrag zwischen Erwachsenen auf eine unmögliche Sache gerichtet und kann nicht rechtswirksam werden.

### „Persönlichkeitsrecht“

Der deutsche Bundesgerichtshof hat unter Berufung auf Artikel 1 und 2 GG ein „allgemeines Persönlichkeitsrecht“ entwickelt, das Wiedergutmachungsansprüche im Fall einer Verletzung gemäß der Regel des § 823 I BGB begründen soll und damit eine absolut geschützte Stellung gewähren würde<sup>52</sup>.

Sieht man einmal davon ab, dass insofern kein rechtlicher, sondern bestenfalls ein moralischer Anspruch gegeben sein könnte, der im Rahmen des Friedens der bürgerlichen Gesellschaft die Abwehr von Angriffen Dritter erlauben und einen Schutz durch staatliche Strafdrohung und staatlichen Zwang zur Wiedergutmachung von Schäden erwarten dürfte, so erscheint fraglich, ob ein solches allgemeines Persönlichkeitsrecht angenommen werden kann. Zwar behauptet die herrschende Verfassungslehre, Artikel 1 GG schütze eine *menschliche Eigenschaft* – eben die „Würde des Menschen“<sup>53</sup> – doch erklärt dies nicht die Stellung dieser Garantie am Beginn des Grundrechtskatalogs; man nähert sich der Bedeutung dieser Garantie viel-

44) Karl Eckhart HEINZ Elternrecht und staatliche Schulgesetze, NWVBl 4/2007, 128.

45) HEINZ (FN 4) S. 115.

46) Art. 6 Abs. 3 GG.

47) §§ 104 ff. BGB.

48) § 2 BGB.

49) Artikel 6 Absatz 2 Satz 2 GG.

50) §§ 1767 ff. BGB.

51) HEINZ (FN 17) S. 116.

52) Karl Eckhart HEINZ Zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs über „Persönlichkeitsverletzungen“ – gleichzeitig ein Beitrag zur Dogmatik des Schadensersatzanspruchs und benachbarter Ansprüche, AfP 1992, 234.

53) HEINZ (FN 25) ebd.



mehr erst dann, wenn man sie als Zusicherung der Behandlung des Menschen als *Subjekt* durch das staatliche Kollektiv begreift und damit in Artikel 1 GG eine Ablehnung dessen Behandlung als *Objekt* sieht<sup>54</sup>. Schließlich liegt es grundsätzlich in der freien Entscheidung eines Staates, ob er eine Person als Subjekt anerkennt oder ob er sie als ein Objekt betrachtet, mit dem er nach seinem Belieben umgehen kann, bis hin zur Tötung als „Feind“, und es erscheint dringend notwendig, dass insbesondere die Teilnehmer einer bürgerlichen Gesellschaft auch seitens des Staates als eigenständige Subjekte ihres Handelns geachtet werden. Der einzelnen Person kommt deshalb keine „Würde“ aufgrund ihrer menschlichen Eigenschaft zu, sondern diese Würde erlangt sie aufgrund der staatlichen Anerkennung als „Subjekt“. Hieraus ergeben sich Konsequenzen, die etwa bestimmte staatliche Strafmaßnahmen betreffen – Artikel 1 GG verbietet grundsätzlich die *Ausgrenzung einer Person aus der bürgerlichen Gesellschaft*<sup>55</sup> oder gar die Ausgrenzung aus dem staatlichen Kollektiv – doch entstehen hieraus keine absoluten Verhältnisse, die im Rahmen der natürlichen Friedensordnung geschützt wären. Zwar gehört auch der Stand einer Person in der bürgerlichen Gesellschaft – ihr *gesellschaftliches Ansehen* – zu den natürlichen Gegebenheiten einer Person, die von der Friedensordnung umfasst werden und im Wege einer staatlichen Strafdrohung und des Zwangs zur Wiedergutmachung von Verletzungen geschützt sein sollten, doch dies gehört nicht zur allgemeinen Schutzgarantie des Artikels 1 GG. Daher ist der Gedanke eines „allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ abzulehnen.

Das gesellschaftliche Ansehen einer Person<sup>56</sup> unterliegt einem steten natürlichen Wandel, der von Informationen beeinflusst wird, die ein positives oder negatives Licht auf Eigenschaften der Person werfen. Soweit diese Informationen bestätigt werden, müssen ihre Auswirkungen auf das gesellschaftliche Ansehen hingenommen werden<sup>57</sup>. Im übrigen sollte aber eine Person den Schutz des Staates gegen Angriffe auf ihr gesellschaftliches Ansehen einfordern können („Beleidigung“<sup>58</sup>). Denn in einem solchen Fall ist die absolute Wirkung des gesellschaftlichen Ansehens – mit entsprechenden Folgen für eine Verletzung – gegeben

#### Stand und Titel

Im Unterschied zum Stand eines Bürgers in der bürgerlichen Gesellschaft, der sich aus seinem natürlichen Ansehen ergibt, kann ein Titel nur im Wege der Verleihung durch ein künstliches Kollektiv erworben werden, beruht also auf einem Handeln im *status civilis* und entfaltet eine Wirksamkeit als *Standeszuweisung* – als Gewährung eines bestimmten *rechtlichen Rangs* des gesellschaftlichen Ansehens – die zunächst nur unter den Mitgliedern des Kollektivs gilt, aber auch in der bürgerlichen Gesellschaft wirksam werden kann, soweit die juristische Person des Kollektivs einen eigenen natürlichen Stand in der bürgerlichen Gesellschaft einnimmt und ihr Ansehen dem Titelträger zugutekommt. Hierauf beruht das Ansehen, das ein akademischer Titel in der bürgerlichen Gesellschaft gewährt, ebenso wie etwa das Ansehen durch den Titel der Beamtenhierarchie des Staates oder einer Kirche<sup>59</sup>. Es erhellt, dass das durch einen Titel verliehene Ansehen in seiner Abhängigkeit vom gesellschaftlichen Ansehen des Kollektivs, auf das der Titel zurückgeht, nicht zum absolut geschützten Bereich des Titelträgers gehört, weshalb auch die Anrede mit dem Titel im Rahmen der bürgerlichen Gesellschaft im Belieben des Handelnden steht; die Verweigerung der Titelanrede bedeutet deshalb keine Störung des Friedens der bürgerlichen Gesellschaft und kennzeichnet nur ein „unhöfliches“ Benehmen.

Das gilt auch für jene *Adelstitel*, die einst entweder als *Uradel* aufgrund einer charismatischen Herrschaft entstanden sind oder als „Standeserhöhung“ von staatlicher Seite verliehen waren, in Deutschland aber durch eine Regelung der Weimarer Reichsverfassung „aufgehoben“ und zu einem „Teil des Namens“ erklärt wurden. Diese Regelung stellte nachweislich bereits unter den Bestimmungen der Weimarer Reichsverfassung „verfassungswidriges Verfassungsrecht“ dar und kann heute unter den Garantien des Grundgesetzes nicht mehr maßgebend

sein<sup>60</sup>. Die deutschen Adelstitel sind daher nicht länger nach „namensrechtlichen“ Regeln zu behandeln; vielmehr gilt für sie das traditionelle deutsche „Adelsrecht“ als ein *Titelrecht*, soweit es nicht in Widerspruch zu Garantien des deutschen Grundgesetzes steht<sup>61</sup>.

#### „Recht am eigenen Namen“

Das Wesen des Personennamens und seine Behandlung durch die staatliche Ordnung ist noch immer ungeklärt – handelt es sich um *öffentliches Recht* oder um „Privatrecht“<sup>62</sup> – sodass die Annahme einer absoluten Wirkung des *Rechts am eigenen Namen*, die sich aus dem Wortlaut des § 12 BGB anscheinend ergibt, fragwürdig ist. Der Personennamen dient der Identifikation der Person im kommunikativen Umgang der bürgerlichen Gesellschaft und ist daher zunächst eine Funktion des gesellschaftlichen Zusammenlebens, an dem diese Person selbst teilnimmt und hierdurch zwar einen Einfluss auf die Namensgebung üben kann, ohne aber das Handeln der Mehrheit der bürgerlichen Gesellschaft zwingend beeinflussen zu können. Insofern gehört der Personennamen nicht zum Eigenbestand der Person und ist auch nicht durch den Frieden in der bürgerlichen Gesellschaft geschützt<sup>63</sup>. Dass der Name der Person staatlich registriert wird, ändert hieran nichts, doch muss der *Familienname* bestimmten Kriterien genügen, weil er den *genealogischen Zusammenhang* einer Person definiert. Der *Vorname* einer Person darf jedoch nicht staatlich bestimmt werden, denn diese Namensgebung gehört zum absoluten Bereich der *Familie*; er unterliegt allerdings der Kontrolle des Staates, der insofern einen für das Wohl des Kindes schädlichen Namen untersagen kann.

Auch der Name einer *juristischen Person* wird zunächst von den Gründern dieses Kollektivs bestimmt und unterliegt nicht dem Einfluss der bürgerlichen Gesellschaft oder des Staates, es sei denn, der gewählte Name kollidiert mit dem gleichen Namen einer anderen juristischen Person und gefährdet deren eindeutige Identifikation; in diesem Fall muss der gewählte Name geändert werden, wenn er den Frieden der bürgerlichen Gesellschaft stört. Insofern gelten für die juristische Person andere Namensregeln als für die natürliche Person, deren Familienname nach objektiven Kriterien zustandekommt; der Name einer juristischen Person gehört deshalb grundsätzlich zu ihrem Eigenbestand und entfaltet damit eine absolute Wirkung. Von einem „Namensrecht“ kann aber auch hier nicht gesprochen werden, denn diese Wirkung entsteht im *status socialis*, nicht in einem *status civilis*.

#### Recht am eigenen Bild

Im Jahre 1907 wurde in Deutschland die Veröffentlichung fotografischer Aufnahmen „ohne Einwilligung des Abgebildeten“ einer Strafvorschrift unterworfen, nachdem Pressefotografen heimlich in das Sterbezimmer des Fürsten Otto von Bismarck eingedrungen waren und dabei Aufnahmen von dem Verstorbenen machten, die sie später veröffentlichten. Seitdem spricht man von einem „Recht am eigenen Bild“, das heute auf ein *allgemeines Persönlichkeitsrecht* zurückgeführt wird. Weil aber ein solches „Persönlichkeitsrecht“ theoretisch nicht begründbar erscheint, müssen neue Gründe für diese und ähnliche Strafvorschriften<sup>64</sup> gefunden werden.

Wenn das Abbild einer Person ohne deren Einwilligung verwendet wird, um einen Gewinn zu erzielen, dann verliert diese

54) HEINZ (FN 51) ebd.

55) HEINZ (FN 51) ebd.

56) HEINZ (FN 17) S. 68.

57) § 186 StGB (D).

58) § 185 StGB (D).

59) HEINZ (FN 17) S. 90.

60) HEINZ (FN 17) S. 168.

61) *Gleichberechtigung* (Artikel 3 GG) gegenüber der paternalistisch ausgerichteten Adelstradition.

62) Karl Eckhart HEINZ Zum Stand des Namensrechts in der Bundesrepublik Deutschland, DöV 1991, 967.

63) HEINZ (FN 17) S. 68.

64) §§ 22 ff. KunstUrhG.

Person ihren *Subjektcharakter* und dient nur noch als *Objekt* dem wirtschaftlichen Zweck eines Anderen. Eben dies zu verhindern ist eine Aufgabe des Staates; denn es gehört zur vorrangigen Aufgabe des Staates, die „Würde des Menschen“ – und das bedeutet: dessen Subjektcharakter – zu bewahren, damit die Friedensordnung der bürgerlichen Gesellschaft erhalten bleibt. Eine staatliche Strafdrohung ist geeignet, diese Subjektverletzung zu verhindern, ebenso ein staatlicher Zwang zur Wiedergutmachung von Schäden, die durch die Verletzung entstanden sind. Damit lassen sich sowohl die bestehenden Strafrechtsregeln wie auch die richterlichen Entscheidungen begründen, die einen Wiedergutmachungsanspruch in Fällen mangelnder Zustimmung zur Veröffentlichung des Abbilds einer Person gewähren.

### Besitzrechte

Im Unterschied zum Eigentum stellen Besitzrechte *abgeleitete Befugnisse* dar, die im *status civilis* begründet werden und deshalb zunächst nicht nach moralischen Gesichtspunkten zu behandeln sind. Ihre Grundlage bilden *Verträge*, die zwar selbst den moralischen Regeln der bürgerlichen Friedensordnung unterliegen; doch die *Rechtsregeln*, die sich aus den Verträgen ergeben, beruhen auf einer gewillkürten Ordnung, die eine inhaltlich und meist auch zeitlich begrenzte Änderung der natürlichen Friedensordnung bewirkt. Der Gegenstand des Vertrags fällt danach in den natürlichen Bereich des *Besitzers*, der somit auch die absolute Wirkung der Friedensordnung für den Gegenstand beanspruchen kann, während der natürliche Eigentümer selbst durch den Vertrag den Zugriff auf den Vertragsgegenstand für die Dauer des Vertrags verloren hat und den Anspruch nicht mehr erheben kann. Dem Eigentümer stehen demnach weder gegen Dritte noch gegen den Besitzer absolute („dingliche“) Ansprüche zur Verfügung, vielmehr kann er nur den Besitzgebrauch eines „delegativen“ Besitzers *kontrollieren* oder den mandativen Besitzer für eventuelle Fehler beim Besitzgebrauch *zur Verantwortung ziehen*. Es versteht sich, dass der Besitzer einen störenden Dritten abwehren darf und dass der Staat den notwendigen Schutz gegen das Handeln des Störers bieten sollte.

### Der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb

Auch dieser Bereich ist gegen den Eingriff durch Dritte im Rahmen der Friedensordnung der bürgerlichen Gesellschaft durch moralische Regeln geschützt, die eine Abwehr der störenden Eingriffe erlauben. Solche Eingriffe sollten auch einer staatlichen Strafdrohung sowie der Gewährleistung eines staatlichen Zwangs zur Wiedergutmachung von Schäden gemäß § 823 BGB unterliegen. Richterliche Entscheidungen haben die entsprechenden Schlussfolgerungen insoweit bereits gezogen.

### Erbrecht

Zu den Problemen sogenannter „absoluter Rechte“ gehört auch das Erbrecht, das im Todesfall den Übergang von Vermögenswerten vom bisherigen Eigentümer auf einen neuen Eigentümer regeln soll. Das Problem hat die Rechtsphilosophen der Aufklärungszeit beschäftigt, die insbesondere über die Wirkung jenes Augenblicks nachdachten, der zwischen dem Tod des Erblassers – dem hieraus folgenden Herrenloswerden des Vermögens – und der Annahmeerklärung des Erben liegt, wodurch sich die Möglichkeit des Zugriffs Anderer auf das Vermögen bietet; denn selbst bei einem vorliegenden letzten Willen des Erblassers gibt es im Zeitpunkt des Todes des Erblassers weder einen Eigentümer des Nachlasses noch einen Vertragspartner, der einem Erben das Eigentum übertragen könn-

te. Immanuel Kant bietet als Lösung an, dass der Erbe allein das „Recht der Wahl habe, ob er den Nachlass annimmt oder ablehnt“, und dass der allgemeine Wille einer bürgerlichen Gesellschaft den Nachlass für den Erben bewahre<sup>65</sup>. Auch Johann Gottlieb Fichte geht davon aus, dass der Wille des Sterbenden von der bürgerlichen Gesellschaft geachtet wird und deren Wille die interessierten Lebenden wie den am Nachlass interessierten Staat bindet<sup>66</sup>. Dieser Gedanke kann zur Grundlage einer „Theorie des Erbrechts als rechtliche Institution“ werden<sup>67</sup>.

Geht man jedoch davon aus, dass das Vermögen durch die Friedensordnung der bürgerlichen Gesellschaft und ihre moralischen Regeln geschützt wird, dann kann auch der Übergang des Nachlasses auf einen Erben nur durch logisch-topische Moralregeln erklärt werden. Bestimmt der Wille des Erblassers testamentarisch einen Erben, dann gebührt nur diesem der moralische Anspruch auf den Nachlass, während bei einer Intestaterbfolge die Regeln der genealogischen Verbindung zwischen dem Erblasser und möglichen Erben maßgebend sind, der Staat aber als Erbe in Betracht kommt, wenn solche Erben fehlen und der Nachlass dem allgemeinen Zweck des staatlichen Kollektivs als Schutzmacht der bürgerlichen Gesellschaft dienen kann.

Es zeigt sich also, dass die Unterscheidung zwischen dem *status naturalis*, dem *status socialis* und einem *status civilis* als Grundlage für die Geltung entsprechender Naturgesetze, Moral- und Rechtsregeln eine Erklärung für viele Aspekte des menschlichen Zusammenlebens bietet, die von der Rechtslehre bisher nicht vergleichbar erfasst werden. Dass die „absoluten Rechte“ *Regeln der Moral*, nicht aber Rechtsregeln unterliegen, ist eine Erkenntnis, die zweifellos die deutsche Zivilistik künftig zur Revision einiger ihrer Ansichten bewegen muss.

65) KANT (FN 10) § 34.

66) Johann Gottlieb FICHTE Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre (1796) Anh. § 60.

67) HEINZ (FN 4) S. 155.

## Dokumentation, Analyse, Entwicklung

# GuT

### Gewerbemiete und Teileigentum

Abonnement Jahrgang 2012 159,43 EUR brutto.

Sonderpreise für zurückliegende Jahrgänge auf Anfrage  
im Direktbezug vom Prewest Verlag

Download Hefte Nrn. 1–56 und Register

kostenlos bei Besuch unserer Homepage möglich.

[www.prewest.de](http://www.prewest.de)

[info@prewest.de](mailto:info@prewest.de)

# Wirtschaft und Verbände

Bundesminister für Wirtschaft und Technologie Dr. Philipp Rösler, Berlin

## Vertrauen stärken – Chancen eröffnen – mit Europa stetig wachsen

Regierungserklärung zum Jahreswirtschaftsbericht 2012 vor dem Deutschen Bundestag  
am 19. Januar 2012 in Berlin

Sehr geehrter Herr Präsident!  
Meine sehr verehrten Damen und Herren Abgeordnete!

Im Jahre 2010 hatten wir ein Wachstum von 3,7 Prozent, im Jahre 2011 ein Wachstum von 3,0 Prozent. Und das Beste an beiden Zahlen ist, dass das Wachstum auch bei den Menschen ankommt: Rekordbeschäftigungszahlen, die niedrigste Arbeitslosigkeit seit mehr als 20 Jahren, also seit der Wiedervereinigung, steigende Renten, sinkende Beiträge, mehr verfügbares Einkommen für die Menschen. Das erklärt, dass 76 Prozent der Deutschen optimistisch in das Jahr 2012 hineingehen. Das können sie auch tun; denn sie haben sich dieses Wachstum selber erarbeitet. Die Menschen haben sich den Wohlstand in Deutschland selber geschaffen. Und sicher ist: Für diese Regierungskoalition aus CDU, CSU und FDP war, ist und bleibt Wachstum das erklärte Ziel ihres Handelns.

Auch 2012 wird die deutsche Wirtschaft auf Wachstumskurs bleiben; allerdings wird sich das Tempo vorübergehend verlangsamen. Wir rechnen für dieses Jahr mit einem Wirtschaftswachstum von 0,7 Prozent. Die Gründe liegen vor allem im außenwirtschaftlichen Umfeld. Die Weltwirtschaft expandiert langsamer durch eine schwache Erholung in den USA und nachlassende Dynamik in den Schwellenländern.

Auch die Staatsschuldenkrise in einigen Ländern des Euro-Raums belastet die deutsche Konjunktur. Wir erwarten aber nur eine vorübergehende Wachstumsdelle, ausdrücklich keine Rezession. Wir erwarten mehr als 220.000 zusätzliche Beschäftigte auch im Jahre 2012. Dieser Erfolg widerlegt all die selbsternannten Wirtschaftspropheten und Zukunftsforscher, die noch vor kurzem das Ende der Arbeit ausgerufen haben. Die deutsche Wirtschaft hat diese selbsternannten Propheten mit ihrem Beschäftigungsboom Lügen gestraft.

Ich sage Ihnen: Wer das Ende der Arbeit beschwört und herbeiredet, der kann doch niemals für mehr Arbeitsplätze sorgen. Das ist definitiv nicht unser Weg. Die Grünen sehen das offensichtlich anders. All das, was wir erleben, ist das Ergebnis guter Wirtschaftspolitik in den letzten beiden Jahren. Wörtlich heißt es in einem Papier von Herrn Trittin und Frau Künast – sie ist nicht anwesend –: „Wir halten den Abbau des Wachstumszwangs auch aus ökologischen Gründen für erforderlich.“

Mit Verlaub, das ist Unsinn. Wir jedenfalls gehen einen anderen Weg. Wir setzen auf Wirtschaft, Wachstum und Arbeit. Damit setzen wir uns als Regierungskoalition sehr wohltuend von den Pessimisten, Fortschrittsverweigerern und Neinsagern in Deutschland ab. Wir sind das gelebte Gegenmodell zu roten, grünen und linken Pessimisten in Deutschland.

Trotzdem verlieren wir nicht den Blick für die Risiken. Die weitere wirtschaftliche Entwicklung bei uns hängt wesentlich von der Entwicklung in Europa ab. Es ist jetzt 60 Jahre her, dass der Bundestag den Vertrag zur Gründung der Montanunion ratifiziert hat, übrigens gegen die Stimmen der SPD. Seitdem hat uns die europäische Integration Frieden und Wohlstand gebracht. Die Bundesregierung will und wird diese Erfolge bewahren und weiterführen. Wir gestalten die notwendigen Schritte zu mehr Stabilität und Wachstum in Europa aktiv und mit wirtschaftspolitischer Vernunft.

Die SPD hingegen will anscheinend ihre europakritische Haltung in der Vergangenheit kompensieren. Herr Gabriel – auch

nicht da – möchte Europa jetzt zu einer Föderation umbauen. Bei Licht betrachtet sind die Vorschläge der Sozialdemokraten aber keine Vorschläge für eine Föderation, sondern für eine Förderunion. Anstatt die Ursache der Krise, die Staatsschulden, zu bekämpfen, wollen Sie mit Konjunkturpaketen und teuren staatlichen Wachstumsprogrammen die Probleme noch verschärfen. Mit Ihren Programmen wächst weder die Wirtschaft in Griechenland oder in Italien noch die Wirtschaft in Deutschland, sondern es wächst so immer nur der Staat. Wir lassen nicht zu, dass eine laxe Haushaltspolitik in Europa auch noch mit Euro-Bonds belohnt wird. Eine solche Politik schadet dem deutschen Steuerzahler, schadet Deutschland und damit Europa insgesamt.

Sie wollen, dass sich die Stärkeren an den Schwächeren orientieren; aber damit schaden Sie vorsätzlich den Starken und verhindern, dass es künftig überhaupt noch Starke gibt, die Schwachen helfen können. Man kann die Uhr danach stellen: Sobald im Ausschuss über Wirtschaft gesprochen wird, melden sich die Linken und wollen die gute Wettbewerbsfähigkeit in Deutschland verhindern. Sie reden unsere Außenhandelsbilanzüberschüsse schlecht. Die Grünen haben sich dem angeschlossen und kürzlich beschlossen, Außenhandelsbilanzüberschüsse zu verbieten, ja sogar zu bestrafen. Ich bleibe dabei: Außenhandelsbilanzüberschüsse sind kein Nachteil, sondern, ganz im Gegenteil, ein Zeichen unserer Wettbewerbsfähigkeit. Sie sind die Stärke unserer Volkswirtschaft. Strafen sind hier fehl am Platz.

Angesichts der Schuldenkrise in Europa haben wir die Wachstumserwartungen zurückgeschraubt; das stimmt. Umso mehr müssen wir jetzt über Wachstum reden, gerade wenn das Umfeld schwieriger wird. Jetzt gilt es, die Wachstumskräfte zu stärken. Bemerkenswert ist, dass in diesem Jahr ausschließlich die Binnenwirtschaft unser Wachstum trägt. Dahinter steht die Nachfrage vieler Menschen, die gerade in diesem Jahr bei Steuern und Abgaben entlastet werden. Das bedeutet für jeden im Durchschnitt 413 Euro mehr im Jahr.

Die SPD behauptet, so Frau Nahles, dass die von der Koalition auf den Weg gebrachte Entlastung nichts bringt. – Meine Damen und Herren von der SPD, das Problem ist nicht meine Aussprache. Das Problem liegt an Ihren Ohren, vielleicht auch dazwischen. – Vielleicht ist das für Sie kein großer Beitrag. Aber für die Menschen aus der Mitte unserer Gesellschaft sind 413 Euro viel Geld. Wenn Sie jetzt sagen, dass diese Entlastung nichts bringt, dann beweist das in Wahrheit, wie weit sich die Sozialdemokraten in der heutigen Zeit von der Mitte unserer Gesellschaft entfernt haben.

Wir werden die deutsche Wirtschaft stärken. Es geht dabei um Fachkräftesicherung und Rohstoffversorgung. Es geht natürlich auch um Energie. Es geht um neue Märkte und neue Chancen. All das können wir durch Innovationen erringen.

Was die Fachkräfte betrifft, sind wir sehr erfolgreich. Wenn Sie sich die Arbeitslosenzahlen ansehen, werden Sie feststellen, dass nicht nur der bloße Rückgang der Arbeitslosigkeit ein Erfolg ist, sondern auch die strukturellen Veränderungen. Heute gibt es deutlich weniger Langzeitarbeitslose, die niedrigste Jugendarbeitslosigkeit, die wir je hatten, und immer mehr ältere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt. All das sind Erfolgsmeldungen. Wer angesichts solcher Zahlen



jetzt versucht, eigene Reformen zurückzudrehen – ich nenne nur die Rente mit 67 –, der hat das Problem auf dem Arbeitsmarkt in Wahrheit definitiv nicht verstanden.

Wir werden nicht nur daran arbeiten, das inländische Fachkräftpotenzial zu nutzen, sondern es geht auch um Zuwanderung. Wir waren gerade im letzten Jahr sehr erfolgreich. Erstmals gibt es ein gesteuertes System der qualifizierten Zuwanderung in den deutschen Arbeitsmarkt: gestaffelt nach Berufen, Qualifikationen und abgesenkten Gehaltsschwellen. Ausländische Fachkräfte sind ein wesentliches Thema, wenn es darum geht, auch in Deutschland das Wachstum zu verstetigen. CDU, CSU und FDP haben den Einstieg in die gesteuerte Zuwanderung geschafft. Wir werden die Wachstumsbremse Fachkräftemangel gemeinsam lösen. Wir stehen gemeinsam für Fachkräftesicherung in Deutschland.

Die Unternehmen klagen nicht nur über fehlende Fachkräfte, sondern auch über steigende Rohstoff- und Energiepreise. Beides ist heute von zentraler Bedeutung, wenn wir das Wachstum in Deutschland verstetigen wollen. Oft sind die Kosten für Rohstoffe und Energie höher als die Personalkosten.

Das zeigt doch: Ein erfolgreicher Wirtschaftsstandort ist nicht nur auf eine umweltfreundliche, sondern auch auf eine zuverlässige Rohstoff- und Energieversorgung angewiesen. Deswegen ist es richtig, dass diese Bundesregierung eine Rohstoffstrategie hat und wir gemeinsam und partnerschaftlich mit anderen Staaten über den Abbau von Rohstoffen diskutieren. Die Bundeskanzlerin hat gerade eine Rohstoffpartnerschaft mit der Mongolei unterzeichnet. Im Februar dieses Jahres steht eine Rohstoffpartnerschaft mit Kasachstan an.

Wer eine Energiewende will, der braucht erneuerbare Energien, zum Beispiel Windräder. Wer Windräder will, der braucht aber auch Seltene Erden, und zwar 1,9 Tonnen pro Windrad einer Offshorewindkraftanlage. All das zeigt: Wirtschaftspolitik heißt immer auch Außenwirtschaftspolitik, Rohstoffpolitik und Rohstoffsicherung. Auch das ist ein Zeichen guter Wirtschafts- und Regierungspolitik. Wir brauchen uns nicht zu verstecken oder uns dafür zu entschuldigen, wenn wir dafür sorgen, dass die deutsche Wirtschaft jetzt, aber auch in Zukunft mit Rohstoffen versorgt wird; denn andere Staaten machen dies längst. Wir müssen auch hier versuchen, den Wettbewerbsvorteil der deutschen Wirtschaft zu erhalten. Das aktuell wichtigste Thema ist unbestritten die Energiepolitik. Der Umbau der Energieversorgung ist eine große Chance, aber auch eine große Herausforderung. Wir werden sie meistern. Wir brauchen Umweltverträglichkeit, Versorgungssicherheit und natürlich Bezahlbarkeit von Energie. Wir werden diesen Dreiklang nur mit den Instrumenten der sozialen Marktwirtschaft in der richtigen Balance halten können.

Wir werden gemeinsam mit der Wirtschaft die Netze ausbauen und neue Kraftwerke bauen. Wir werden das Erneuerbare-Energien-Gesetz effizienter gestalten und die Energieeffizienz sowie die Forschung und Innovation gerade im Bereich der Energietechnologien fördern.

Ich erinnere daran: Als Sie damals den Atomausstieg beschlossen haben, haben Sie nichts gemacht. Sie saßen ungefähr so da wie jetzt: Sie haben die Hände in den Schoß gelegt. Wir hingegen haben gehandelt: Wir haben das NABEG, die Novelle zum Energiewirtschaftsgesetz, die Anreizregulierungsverordnung und die KWK-Novelle auf den Weg gebracht, und wir werden einen Bundesnetzbedarfsplan dem Deutschen Bundestag vorlegen. Wir werden die Offshoreanbindung verbessern. Und wir werden auch dafür sorgen, dass dieser Energieumbauprozess durch eine Monitoringkommission vernünftig begleitet wird. Von Ihnen lassen wir uns nicht vorwerfen, es sei nichts passiert. All diese Leistungen zeigen: Ihre Vorwürfe sind absurd.

An die Bremser hier im Hause: Sie blockieren im Bundesrat doch gerade das CCS-Gesetz, das der Deutsche Bundestag be-

schlossen hat. Sie schaden damit den Kommunen und den kleinen und mittelständischen Energieversorgern und bremsen den Umbau der Energieversorgung.

Als Sie damals den Ausstieg beschlossen haben, haben Sie gefordert, man müsse die kleinen kommunalen Versorger unterstützen. Wenn es dann aber darum geht, sind Sie die Blockierer vor dem Herrn. Gleiches gilt für die energetische Gebäudesanierung. Sie schaden damit der Energieeffizienz, aber auch dem mittelständischen Handwerk in Deutschland.

Ich frage Sie: Wo ist denn Ihr Engagement für mehr Forschung, zum Beispiel in der Energiepolitik? Sobald Sie das Wort „Forschung“ hören, bekommen Sie doch Hautjucken. Es gibt doch kaum technologiefeindlichere Politiker als hier bei den Grünen. Es muss Ihnen doch eine Warnung sein, dass große deutsche Unternehmen ganze Technologiesparten wie die Biotechnologie ins Ausland verlagern, weil sie Angst vor Ihrer Technologiefeindlichkeit haben. So werden Sie die Probleme in Deutschland nicht lösen können.

Wir werden diese Aufgaben meistern: Ausbau der Netze – über 4.000 Kilometer neue Leitungen –, Investitionen in neue Kraftwerke mit einer Leistung von 17 Gigawatt allein bis zum Jahre 2020.

Wir werden auch gemeinsam über Preise reden müssen. Es geht um die Bezahlbarkeit von Energie. Herr Oppermann, wenn Sie öfter mal in die Zeitung schauen würden, dann würden Sie feststellen, dass das ein aktuelles Thema ist.

Ich halte es ausdrücklich für richtig, dass wir erneuerbare Energien fördern. Es war schließlich eine schwarz-gelbe Regierungskoalition, die die Förderung der erneuerbaren Energien mit dem Stromeinspeisungsgesetz damals auf den Weg gebracht hat. Das war richtig, und darauf können wir auch gemeinsam stolz sein, liebe Freundinnen und Freunde.

Es wird aber Zeit, gemeinsam auch über eine effiziente Förderung nachzudenken. Vielleicht werden Sie es nicht verstehen: Es gibt einen Unterschied zwischen effektiv und effizient. Wir wollen gemeinsam den Ausbau der erneuerbaren Energien, aber nicht zu den Kosten beziehungsweise Preisen, die Sie sich an dieser Stelle vorstellen; denn es geht auch wesentlich effizienter.

Es kann doch nicht sein, dass die Hälfte der EEG-Umlage, mehr als sechs Milliarden Euro, für die Photovoltaik ausgegeben wird, mit der nur drei Prozent der gesamten Energie produziert werden. Mit Wirtschaftlichkeit hat das nichts zu tun. Hier müssen wir ran. Es geht um die Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen und auch um die Preise für die Menschen in unserem Lande.

Wir brauchen auch den Zugang zu neuen Märkten. In der Außenwirtschaftspolitik werden wir nicht nur auf die klassischen Partnerländer USA und Japan und auf die neuen Partnerstaaten Brasilien, Russland, Indien oder China setzen, sondern auch auf weitere Staaten, die gerade wesentlich stärker werden als viele andere, weil sie ein enormes Wachstum vorzuweisen haben: Malaysia, Mexiko, Vietnam. Die Märkte all dieser Staaten werden von uns neu erschlossen werden. Das sind neue Märkte für die deutsche Wirtschaft. Wenn es darum geht, das Wachstum im Inland zu stärken, werden wir uns um neue Märkte bemühen müssen. Wir kämpfen dabei auch gegen den zunehmenden Protektionismus in der Welt. In vielen Schwellenländern steigt das Selbstbewusstsein, aber leider nehmen auch die nichttarifären Handelshemmnisse zu. Gerade wir, Deutschland, als Exportnation müssen ein Interesse daran haben, dass das Grundprinzip von Außenwirtschaft erhalten bleibt. Offene Märkte, freier Handel und fairer Wettbewerb, das sind die Grundlagen einer guten Außen- und Wirtschaftspolitik. Das sind die Grundlagen unserer Politik in dieser Regierungskoalition.

Wir setzen weiter auf Innovationen. Allein im Energiebereich stellen wir in den nächsten vier Jahren 3,5 Milliarden Euro zu-

sätzlich für Forschung und Innovation zur Verfügung, zum Beispiel im Bereich der Speichertechnologie. In dieser Legislaturperiode investieren wir zwölf Milliarden Euro in Bildung, Forschung und Innovationen und auch in viele andere Bereiche.

Wir sind davon überzeugt, dass man in Deutschland nur mit Fortschrittsoptimismus weiterkommen kann und dass Wachstum nur mit Fortschrittsoptimismus überhaupt erst möglich wird. Sie werden nicht weiterkommen, wenn Sie glauben, dass man Probleme, die durch die Anwendung und Nutzung von Technologien entstehen, allein durch Verbote wird beseitigen können. Vielmehr wird es nur durch bessere technologische Lösungen und eben durch Innovationen gelingen, solche Probleme von vornherein zu vermeiden. Deutschland wird nicht umweltfreundlicher, indem man Plastiktüten und Autos verbietet, sondern indem man Katalysatoren erfindet oder Innovationen im Bereich der Elektromobilität entwickelt. Deswegen setzen wir auf Forschung, Technologie und Innovationen, und wir grenzen uns damit von Ihnen ab.

Sie sind technikfeindlich und innovationsfeindlich. Sie wollen in Wahrheit nicht den Ausbau der Energieversorgung; schließlich versuchen Sie in vielen Bereichen, ihn zu behindern und auszubremsen. Sie wollen nicht die Stabilisierung der Europäischen Union, weil Sie selber an Ihrer Vergangenheit noch zu knabbern haben. Ich sage Ihnen: Wir stehen gerade im Jahre 2012 vor nicht ganz einfachen Herausforderungen. Genau deswegen haben wir uns vorgenommen, gemeinsam daran zu arbeiten, Europa zu stabilisieren, die Wachstumskräfte im Inland durch Fachkräftesicherung, Sicherung der Rohstoffversorgung, gute Energiepolitik, neue Märkte, neue Chancen, Innovationen, Forschung und Technologie freizusetzen.

Die Menschen werden sich darauf verlassen können, dass wir alles dafür tun, dass Deutschland auch in Zukunft auf Wachstumskurs bleiben kann. Das, was Sie hier eben vorgeführt haben, zeigt doch in Wahrheit nur eines: Sie dürfen dieses Land gar nicht regieren. Sonst wird es niemals gelingen, Deutschland auf Wachstumskurs zu halten.

## Gewerbemiete

### Art. 1, 3, 20 GG; § 114 ZPO; § 839 BGB Menschenunwürdige Unterbringung in Untersuchungshaft und Straffhaft; Prozesskostenhilfe PKH für die Amtshaftungsklage

**Zur Bewilligung von Prozesskostenhilfe für eine Amtshaftungsklage gegen das Bundesland Nordrhein-Westfalen wegen menschenunwürdiger Unterbringung in Untersuchungshaft.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 7. 11. 2011 – 1 BvR 1403/09)

In dem Verfahren über die Verfassungsbeschwerde gegen a) den Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. April 2009 – I-18 W 23/09 –, b) den Beschluss des Landgerichts Duisburg vom 30. Januar 2009 – 8 O 382/08 – hat die 1. Kammer des Ersten Senats des BVerfG am 7. 11. 2011 einstimmig beschlossen:

Der Beschluss des Landgerichts Duisburg vom 30. Januar 2009 – 8 O 382/08 – und der Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. April 2009 – I-18 W 23/09 – verletzen den Beschwerdeführer in seinem Anspruch auf Rechtsschutzgleichheit aus Artikel 3 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 20 Absatz 3 des Grundgesetzes und werden aufgehoben.

Die Sache wird zur Entscheidung an das Landgericht Duisburg zurückverwiesen.

Im Übrigen wird die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen.

Das Land Nordrhein-Westfalen hat dem Beschwerdeführer die notwendigen Auslagen zu erstatten.

Der Wert des Gegenstandes der anwaltlichen Tätigkeit für das Verfassungsbeschwerdeverfahren wird auf 8000 € (in Worten: achttausend Euro) festgesetzt.

**Gründe:** I. Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Zurückweisung eines Antrags auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für eine Amtshaftungsklage gegen das Bundesland Nordrhein-Westfalen wegen menschenunwürdiger Unterbringung in Untersuchungshaft und damit eine vergleichbare Konstellation, wie sie einer Entscheidung der Kammer vom 22. Februar 2011 zugrunde lag (BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 22. Februar 2011 – 1 BvR 409/09 –, NJW-RR 2011, S. 1043 ff. [= GuT 2011, 196 PM]).

1. Mit Schriftsatz vom 20. Oktober 2008 stellte der Beschwerdeführer Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe beim Landgericht Duisburg und überreichte unter Beweisangebot seines Vorbringens den Entwurf einer Amtshaftungsklage gegen das Land Nordrhein-Westfalen wegen menschenunwürdiger Unterbringung als Untersuchungshäftling in der Justizvollzugsanstalt D. über einen Zeitraum von 234 Tagen hinweg.

Er sei im Zeitraum vom 11. Januar 2006 bis 20. März 2006 im Haftraum 343 der Justizvollzugsanstalt untergebracht gewesen. Dieser habe, belegt mit vier Gefangenen, lediglich eine Grundfläche von 16 m<sup>2</sup>, eine Höhe von 3 m und zwei Fenster zu je ca. 80 cm × 80 cm aufgewiesen. In den Hafträumen habe sich – neben der Grundausstattung – eine Toilette befunden, die nur durch eine verstellbare Holzwand (Schamwand) mit einer oben und unten zur Zelle hin geöffneten Sichtschutzfläche vom übrigen Raum abgetrennt gewesen sei. Über eine gesonderte Belüftungsanlage habe der Haftraum nicht verfügt. Die Belüftung der Toilette sei über die Zellenluft erfolgt.

Im Zeitraum vom 20. März 2006 bis 1. September 2006 sei er in den Hafträumen 330 und 336 der Justizvollzugsanstalt mit jeweils einem Mitgefangenen untergebracht gewesen. Beide Hafträume hätten jeweils über eine Grundfläche von 8 m<sup>2</sup> bei einer Raumhöhe von 3 m verfügt. In diesen Hafträumen habe sich jeweils – neben der Grundausstattung – eine Toilette befunden, die nur durch eine verstellbare Holzwand (Schamwand) mit einer kleinen Sichtschutzfläche von 1,50 m × 0,80 m vom

übrigen Raum abgetrennt gewesen sei. Über eine gesonderte Belüftungsanlage haben die Hafträume nicht verfügt. Die Belüftung der Toiletten sei jeweils über die Zellenluft erfolgt.

Zum damit bedingten Verlust jeglicher Privatsphäre hinzu gekommen sei, dass sowohl der Beschwerdeführer als auch sämtliche Mitgefangene starke Raucher gewesen seien, was in den kleinen Hafträumen zu einem unerträglichen Gemisch aus Rauch, Körperausdünstungen und Toilettengerüchen geführt habe. Der Beschwerdeführer habe wie auch die Mitgefangenen keine Arbeit gehabt und sei unter diesen Bedingungen drei- und zwanzig Stunden täglich zusammen mit den Mitgefangenen im jeweiligen Haftraum untergebracht gewesen. Duschmöglichkeiten seien für nicht arbeitende Gefangene nur zweimal wöchentlich vorhanden gewesen. Eine Lüftung des Raumes habe nur bei Einverständnis sämtlicher dort Gefangener erfolgen können.

Er, der Beschwerdeführer, habe bereits unmittelbar nach Verlegung in den Haftraum beantragt, ihn in einen Einzelhaftraum zu verlegen. Seitens der angesprochenen Beamten sei ihm jedoch mitgeteilt worden, dass keine Einzelhafträume frei seien, er deshalb auch nicht verlegt werden könne und auf eine Warteliste gesetzt würde.

Zu berücksichtigen sei, dass die Einzelunterbringung während der Untersuchungshaft gemäß § 119 Abs. 1 StPO (in der für das Verfahren maßgeblichen Fassung vom 7. April 1987, BGBl I S. 1074 <1095>, gültig bis zum 31. Dezember 2009, geändert durch Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29. Juli 2009, BGBl I S. 2274 <2275>; im Folgenden: a.F.) in Verbindung mit Nr. 23 UVollzO gesetzlich angeordnet sei, es sei denn, der Gefangene stimme einer Gemeinschaftsunterbringung zu. Hierauf sei der Beschwerdeführer aber nicht hingewiesen worden. Einfachgesetzliche Regelungen wie § 18 Abs. 2 Satz 2 StVollzG oder § 201 StVollzG könnten an dieser rechtlichen Einordnung sowie am Anspruch eines Strafgefangenen auf Achtung seiner Menschenwürde nichts ändern. Die sogenannte Junktim-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 4. November 2004 – III ZR 361/03 –, NJW 2005, S. 58) nach der eine menschenunwürdige Unterbringung nicht in jedem Fall auch eine Geldentschädigung zur Folge haben müsse, habe eine Haftdauer von lediglich zwei Tagen betroffen. Dagegen sei der Beschwerdeführer viel länger menschenunwürdig untergebracht worden.

2. Mit Schreiben vom 13. November 2008 beantragte das Land, den Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe zurückzuweisen.

Dabei widersprach es der seitens des Beschwerdeführers behaupteten räumlichen Ausgestaltung der Hafträume nicht. Es machte jedoch – im Hinblick auf die Unterbringungsdauer in widersprüchlicher Weise – geltend, dass die Dauer der Unterbringung nur „vom 12. 08. bis zum 31. 08. 2006“ bestanden habe und dass der Beschwerdeführer mit der genannten Unterbringung einverstanden gewesen sei, da er keinen Antrag auf anderweitige Unterbringung gestellt habe. Diesem hätte aber jederzeit entsprochen werden können, da während des gesamten Zeitraums Einzelhafträume frei gewesen wären. Insbesondere im Haftraum 343 sei eine Gemeinschaftsunterbringung in der Regel wegen des dort befindlichen anstaltseigenen Fernsehgeräts auch gewünscht. So habe sich auch im Zeitraum vom „12. 01. bis zum 15. 03. 2006“ dort ein Fernsehgerät befunden. Der Anspruch des Beschwerdeführers scheitere daher bereits an § 839 Abs. 3 BGB.

Wie die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zeige, bestehe zwischen einer Menschenwürdeverletzung und einem Anspruch auf Geldentschädigung auch kein zwingendes Junktim. Der Beschwerdeführer sei selbst Raucher, konkrete haftbedingte, gesundheitliche Beeinträchtigungen seien nicht erkennbar. Schließlich sei – eine rechtswidrige, menschenunwürdige Unterbringung unterstellt – ein Verschulden des Landes nicht gegeben, da sich dieses seit Jahren um Schaffung neuer Haftplätze bemühe.

3. Mit Schriftsatz vom 18. Dezember 2008 erwiderte der Beschwerdeführer hierzu unter nochmaliger Benennung von Zeugen, dass er insgesamt sogar vom 11. Januar 2006 bis 10. Oktober 2006 ununterbrochen in der Justizvollzugsanstalt D. inhaftiert gewesen sei. Er habe zu keinem Zeitpunkt schriftlich eine Gemeinschaftsunterbringung beantragt. Nur bei entsprechendem schriftlichen Antrag könne aber nach § 119 Abs. 1 StPO a.F. in Verbindung mit Nr. 23 UVollzO von der Einzelunterbringung abgesehen werden. Die Gemeinschaftsunterbringung habe auch nicht seinem Willen entsprochen. Im Gegenteil habe er mehrfach bei einer Mitarbeiterin der Justizvollzugsanstalt um einen Einzelhaftraum nachgefragt. Diesen habe er – wie dort üblich – mit Beginn seiner Tätigkeit als Koch (entsprechend seinen Anträgen) zum 1. September 2006 erhalten.

Dass im fraglichen Zeitraum in der Justizvollzugsanstalt D. Einzelhaftplätze zur Verfügung gestanden haben, werde mit Nichtwissen bestritten.

Im Übrigen würden die Häftlinge über ihren Anspruch auf Einzelhaft und den ihnen insoweit zustehenden Rechtsbehelfen entgegen Part. II. 30. 1 EPR (European Prison Rules) auch nicht informiert.

Ob auf eine gerichtliche Entscheidung hin der Beschwerdeführer sofort in eine Einzelzelle verlegt worden wäre, stehe ferner nicht fest. Das Land ignoriere mangels räumlicher Kapazitäten kontinuierlich gerichtliche Entscheidungen. In der Vergangenheit hätten die Anstaltsleitungen gerichtliche Entscheidungen auch nach Monaten nicht umgesetzt. Dem Beschwerdeführer seien insofern mehrere Fälle aus der Justizvollzugsanstalt Gelsenkirchen namentlich bekannt.

Dass die Hafträume im konkreten Fall menschenunwürdig seien, sei dem Land auch bekannt gewesen und von ihm billigend in Kauf genommen worden. Dazu zitierte der Beschwerdeführer aus der Strafvollzugsstatistik für Mehrfachbelegung in den Justizvollzugsanstalten des Landes.

4. Mit angegriffenem Beschluss vom 30. Januar 2009 verweigerte das Landgericht dem Beschwerdeführer die nachgesuchte Prozesskostenhilfe mangels Erfolgsaussicht der Klage.

Zum einen sei auf § 201 Nr. 3 Satz 1 StVollzG zu verweisen, der bei Altbauten, um die es sich hier handele, eine gemeinschaftliche Unterbringung in Vier- beziehungsweise Zweipersonenzellen gestatte.

Zum anderen sei für eine Geldentschädigung das Mindestmaß an Schwere nicht erreicht. Der geltend gemachte körperliche Kontakt ergebe sich von selbst aus der gemeinschaftlichen Unterbringung. Die Toilette habe über eine Schamwand verfügt, der Beschwerdeführer sei selbst Raucher gewesen.

Hinzu komme, dass der Beschwerdeführer keinen formellen Antrag auf Verlegung gestellt habe. Hieraus dürfe gefolgert werden, dass er seine Situation nicht als so belastend empfunden habe.

Schließlich treffe das Land aufgrund deren Bemühungen um eine Verbesserung der Haftunterbringung kein vorwerfbares Verschulden.

5. Mit Schriftsatz vom 4. März 2009 legte der Beschwerdeführer hiergegen sofortige Beschwerde ein und trug zu den bisherigen Schriftsätzen noch ergänzend vor, dass ein wesentlicher Unterschied darin bestehe, ob eine Person als Raucher entscheide, wann sie rauche und lüfte, oder ob mehrere Personen rauchen, der Haftraum dadurch permanent mit Rauch belastet sei und auch eine Lüftung des Raumes nur bei entsprechender Gemeinschaftsentscheidung erfolge. Der Beschwerdeführer habe einen Antrag bei Gericht auf Verlegung in einen Einzelhaftraum schlicht in Unkenntnis der Rechtsschutzmöglichkeiten nicht gestellt. Die behaupteten Bemühungen des Landes Nordrhein-Westfalen bezögen sich auf einen der Unterbringung des Beschwerdeführers zeitlich nachfolgenden Zeitraum. Für das Land habe zum Zeitpunkt der Unterbringung des Beschwerdeführers auch keine Notsituation vorgelegen. Das Land bestimme sowohl Anzahl der Hafträume als auch Anzahl der Häftlin-



ge, die zum Haftantritt geladen werden. Gemäß Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG sei daher Prozesskostenhilfe zwingend zu bewilligen gewesen, da ansonsten vor Durchführung der Beweisaufnahme das summarische Verfahren an Stelle des Hauptsacheverfahrens trete. Insbesondere schwierige und ungelöste Rechts- und Tatfragen dürften nicht im Prozesskostenhilfverfahren entschieden werden. Dass von einer ungeklärten Rechtsfrage auszugehen sei, ergebe sich allein schon aufgrund der divergierenden Rechtsprechung im Land Nordrhein-Westfalen. So habe das Oberlandesgericht Hamm unter anderem mit Beschluss vom 13. Juni 2008 – 11 W 78/08 – in einem gleichgelagerten Fall Prozesskostenhilfe bewilligt.

6. Mit angegriffenem Beschluss vom 17. April 2009 wies das Oberlandesgericht die hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde des Beschwerdeführers zurück.

Bei § 119 Abs. 1 Nr. 1 StPO a.F. handele es sich um eine Bestimmung des einfachen Rechts. Dass für Untersuchungshäftlinge andere Maßstäbe als für Strafgefangene bei Bewertung der Fragen der Verletzung des Persönlichkeitsrechts, der Menschenwürde und der Erheblichkeitsschwelle, ab der eine Entschädigung in Betracht komme, gelten, folge daraus nicht.

Die Erheblichkeitsschwelle sei hier jedoch nicht überschritten. Der Antragsteller habe lediglich bei Vollzugsbeamten um einen Einzelhaftstraum gebeten. Wer sich aber in seinen Anträgen auf diese einfachste Hierarchieebene beschränke, mit deren Antworten zufrieden gebe, nicht einmal einen förmlichen Antrag bei der Anstaltsleitung stelle, und über weitere Rechtsschutzmöglichkeiten nicht erkundige, habe die Situation aber offenbar selbst nicht als unerträglich empfunden. Dies mache bereits den angestrebten Anspruch unschlüssig und sei keine Frage des Ausschlusses der Ersatzpflicht nach § 839 Abs. 3 BGB.

Die Voraussetzungen, unter denen Verletzungen des Art. 1 Abs. 1 GG zu einem Entschädigungsanspruch führen, seien durch das sogenannte Junktim-Urteil auch höchstrichterlich geklärt. Dass diese Grundsätze im Einzelfall zu unterschiedlichen Ergebnissen führten, liege in der Natur der Sache. Der vom Beschwerdeführer genannten Entscheidung des Oberlandesgericht Hamm vom 13. Juni 2008 – 11 W 78/08 – liege insofern ein anderer Sachverhalt zugrunde, als dort zumindest ein Antrag bei der Anstaltsleitung gestellt worden sei und der Toilettenvorhang keinen hinreichenden Sichtschutz geboten habe, während hier undurchscheinende Materialien benutzt worden seien.

7. Mit seiner am 13. Mai 2009 eingegangenen Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer – unter anderem – eine Verletzung seines Anspruchs auf Rechtsschutzgleichheit aus Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG.

8. Nach Ergehen eingangs zitierter Entscheidung der Kammer vom 22. Februar 2011 zu einem vergleichbaren Sachverhalt (BVerfG, a. a. O.) beantragte der Beschwerdeführer auf schriftlichen Hinweis des Bundesverfassungsgerichts in vorliegender Angelegenheit erneut die Bewilligung von Prozesskostenhilfe, nachdem mangels materieller Rechtskraft einer – wenngleich im Übrigen unanfechtbaren – Versagung der Bewilligung von Prozesskostenhilfe einer bedürftigen Partei eine nochmalige Antragstellung nicht verwehrt ist und das Gericht bei Prüfung der Erfolgsaussicht und Bedürftigkeit auch nicht an seine frühere Beurteilung gebunden ist (vgl. BGH, Beschluss vom 3. März 2004 – IV ZB 43/03 –, NJW 2004, S. 1805 <1806>). Das Landgericht Duisburg wies mit Beschluss vom 27. April 2011 diesen Antrag als rechtsmissbräuchlich und damit unzulässig zurück. Betreffend die Erfolgsaussichten hielt es daran fest, dass sich an den Entscheidungsgrundlagen der angegriffenen Beschlüsse nichts geändert habe.

9. Dem Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen wurde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. In seiner Stellungnahme erklärte es unter anderem, dass nach Abschluss der laufenden Neu- und Erweiterungsbaumaßnahmen im Justizvollzug Ende 2011 / Anfang 2012 das Land Nordrhein-Westfalen über rund 1.000 zusätzliche Haftplätze verfügen werde, die

zu einer deutlichen Entspannung der Belegungssituation führen würden. Die Akte des Ausgangsverfahrens hat dem Bundesverfassungsgericht vorgelegen.

II. Die Verfassungsbeschwerde ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang gemäß § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG zur Entscheidung anzunehmen, da dies insoweit zur Durchsetzung der Grundrechte des Beschwerdeführers angezeigt ist.

1. Das Bundesverfassungsgericht hat die maßgeblichen Fragen zu Inhalt und Reichweite des aus Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Anspruchs auf Rechtsschutzgleichheit bereits geklärt (vgl. BVerfGE 81, 347 <356 ff.>; BVerfG, Beschlüsse der 3. Kammer des Ersten Senats vom 7. Mai 1997 – 1 BvR 296/94 –, NJW 1997, S. 2745 <2746>; vom 14. April 2003 – 1 BvR 1998/02 –, NJW 2003, S. 2976 <2977>; vom 1. Juli 2009 – 1 BvR 560/08 –, juris, Rn. 13; vom 5. Februar 2003 – 1 BvR 1526/02 –, NJW 2003, S. 1857 <1858>; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 8. November 2004 – 1 BvR 2095/04 –, NJW-RR 2005, S. 500 <501>; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 29. Mai 2006 – 1 BvR 430/03 –, juris, Rn. 17). Insbesondere hat es diese Fragen auch bereits weitgehend für die vorliegende Konstellation geklärt (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 22. Februar 2011 – 1 BvR 409/09 –, NJW-RR 2011, S. 1043 <1044> [= GuT 2011, 196 PM]).

2. Soweit der Beschwerdeführer durch die Beschlüsse des Landgerichts und des Oberlandesgerichts eine Verletzung seines Anspruchs auf Rechtsschutzgleichheit gemäß Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG rügt, ist die Verfassungsbeschwerde zulässig.

3. In dem vorgenannten Umfang ist sie auch im Sinne des § 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG offensichtlich begründet. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen den Beschwerdeführer in seinem Anspruch auf Rechtsschutzgleichheit aus Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG.

a) Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG gebietet eine weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes. Es ist verfassungsrechtlich unbedenklich, die Gewährung von Prozesskostenhilfe davon abhängig zu machen, dass die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg hat und nicht mutwillig erscheint. Die Prüfung der Erfolgsaussichten soll allerdings nicht dazu dienen, die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung selbst in das summarische Verfahren der Prozesskostenhilfe zu verlagern und dieses an die Stelle des Hauptsacheverfahrens treten zu lassen (vgl. BVerfGE 81, 347 <356 f.>).

Es läuft dem Gebot der Rechtsschutzgleichheit zuwider, wenn ein Fachgericht § 114 Satz 1 ZPO dahin auslegt, dass auch schwierige, noch nicht geklärte Rechtsfragen im Prozesskostenhilfverfahren „durchentschieden“ werden können (vgl. BVerfGE 81, 347 <359>). Dem Gebot der Rechtsschutzgleichheit widerstrebt es daher, wenn ein Fachgericht § 114 Satz 1 ZPO dahin auslegt, dass es eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage – obwohl dies erheblichen Zweifeln begegnet – als einfach oder geklärt ansieht und sie deswegen bereits im Verfahren der Prozesskostenhilfe zum Nachteil des Unbemittelten beantwortet (vgl. BVerfGE 81, 347 <359 f.>). Ein solcher Verstoß ist erst recht anzunehmen, wenn das Fachgericht bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten der beabsichtigten Rechtsverfolgung in einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage von der Auffassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der herrschenden Meinung in der Literatur abweicht (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 5. Februar 2003 – 1 BvR 1526/02 –, NJW 2003, S. 1857 <1858>; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 8. November 2004 – 1 BvR 2095/04 –, NJW-RR 2005, S. 500 <501>; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 29. Mai 2006 – 1 BvR 430/03 –, juris, Rn. 17).

b) Gemessen an diesen Grundsätzen halten die angegriffenen, Prozesskostenhilfe vollumfänglich versagenden Entschei-

dungen des Landgerichts und des Oberlandesgerichts einer Überprüfung anhand von Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG nicht stand.

aa) Sowohl Landgericht als auch Oberlandesgericht haben die Beurteilung der Erfolgsaussichten der beabsichtigten Amtshaftungsklage ausschließlich in Bezug auf die anspruchsbegründenden Voraussetzungen der Menschenwürdeverletzung und der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorgenommen und diese abweichend von der verfassungs- und obergerichtlichen Rechtsprechung verneint.

(1) Bei Belegung und Ausgestaltung der Hafträume sind dem insoweit grundsätzlich bestehenden Ermessen der Justizvollzugsanstalt durch das Recht des Gefangenen auf Achtung seiner Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG Grenzen gesetzt (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 27. Februar 2002 – 2 BvR 553/01 –, NJW 2002, S. 2699 <2700>). Die grundlegenden Voraussetzungen individueller und sozialer Existenz des Menschen müssen auch dann erhalten bleiben, wenn der Grundrechtsberechtigte seiner freiheitlichen Verantwortung nicht gerecht wird und die Gemeinschaft ihm wegen begangener Straftaten die Freiheit entzieht. Aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip folgt die Verpflichtung des Staates, den Strafvollzug menschenwürdig auszugestalten, mithin das Existenzminimum zu gewähren, das ein menschenwürdiges Dasein überhaupt erst ausmacht (vgl. BVerfGE 45, 187 <228>; 109, 133 <150>; BVerfGK 7, 120 <122 f.>). Die Menschenwürde ist unantastbar und kann deshalb auch nicht auf Grund einer gesetzlichen Bestimmung eingeschränkt werden (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 27. Februar 2002 – 2 BvR 553/01 –, NJW 2002, S. 2699 <2700>; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 22. Februar 2011 – 1 BvR 409/09 –, NJW-RR 2011, S. 1043 <1044> [= GuT 2011, 196 PM]).

Als Faktoren, die eine aus den räumlichen Haftbedingungen resultierende Verletzung der Menschenwürde indizieren, kommen in erster Linie die Bodenfläche pro Gefangenen und die Situation der sanitären Anlagen, namentlich die Abtrennung und Belüftung der Toilette, in Betracht, wobei als ein die Haftsituation abmildernder Faktor die Verkürzung der täglichen Einschlusszeiten berücksichtigt werden kann.

So wird nach der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte die Unterbringung in einem mehrfach belegten Haftraum ohne das Hinzutreten weiterer Umstände als Verstoß gegen die Menschenwürde angesehen, wenn eine Mindestfläche von 6 m<sup>2</sup> und 7 m<sup>2</sup> pro Gefangenen nicht eingehalten wird und die Toilette nicht abgetrennt beziehungsweise nicht gesondert entlüftet ist (vgl. OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 18. Juli 2003 – 3 Ws 578/03 –, NJW 2003, S. 2843 <2845>; OLG Naumburg, Beschluss vom 3. August 2004 – 4 W 20/04 –, NJW 2005, S. 514; OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. Juli 2005 – 12 U 300/04 –, NJW-RR 2005, S. 1267; OLG Hamburg, Urteil vom 14. Januar 2005 – 1 U 43/04 –, juris, Rn. 49; OLG Koblenz, Urteil vom 15. März 2006 – 1 U 1286/05 –, juris, Rn. 11 ff.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 9. Januar 2006 – 1 Ws 147/05 –, juris, Rn. 2; OLG Hamm, Beschluss vom 13. Juni 2008 – 11 W 78/07 –, juris, Rn. 20 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 18. Februar 2009 – 11 U 88/08 –, juris, Rn. 48). Der Bundesgerichtshof ließ die rechtliche Würdigung der Instanzgerichte unbeanstandet, nach der die Unterbringung von fünf Gefangenen in einem 16 m<sup>2</sup> großen Haftraum mit integrierter Toilette ohne räumliche Abtrennung menschenunwürdig sei (vgl. BGH, Urteil vom 4. November 2004 – III ZR 361/03 –, NJW 2005, S. 58 <59>). In einer weiteren Entscheidung erkannte der Bundesgerichtshof als einen die Haftsituation abmildernden Faktor die Verkürzung der täglichen Einschlusszeit an (vgl. BGH, Beschluss vom 28. September 2006 – III ZB 89/05 –, NJW 2006, S. 3572). Ähnlich erachtete der Berliner Verfassungsgerichtshof in einer Entscheidung die Unterbringung eines Gefangenen in einer Einzelzelle mit einer Grundfläche von 5,25 m<sup>2</sup> ohne räumliche Abtrennung der in die Zelle integrierten, nicht gesondert gelüfteten Toilette über drei Monate hinweg als Verstoß gegen die Men-

schenswürde (vgl. VerfGH Berlin, Beschluss vom 3. November 2009 – 184/07 –, juris, Rn. 2, Rn. 22 ff.). Schließlich hat auch das Bundesverfassungsgericht in mehreren Entscheidungen die Unterbringung von Gefangenen bei Nichteinhaltung der genannten Mindestflächen ohne räumliche Abtrennung der in die Zelle integrierten Toilette als Verstoß gegen die Menschenwürde qualifiziert (vgl. BVerfG, Beschlüsse der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 27. Februar 2002 – 2 BvR 553/01 –, NJW 2002, S. 2699 <2700>; vom 13. März 2002 – 2 BvR 261/01 –, NJW 2002, S. 2700 <2701>; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 13. November 2007 – 2 BvR 2201/05 –, juris, Rn. 16 f.).

(2) Landgericht und Oberlandesgericht sind bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten der beabsichtigten Amtshaftungsklage in Bezug auf die anspruchsbegründende Voraussetzung der Menschenwürdeverletzung von der geschilderten fach- und verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung abgewichen.

Denn die vom Landgericht und Oberlandesgericht als gegeben unterstellten räumlichen Haftbedingungen erfüllen die oben genannten Kriterien für eine Menschenwürdeverletzung, da in den vom Beschwerdeführer bewohnten Hafträumen die üblicherweise veranschlagten Mindestflächen pro Gefangenen unterschritten wurden und die jeweils in die Zelle integrierte Toilette nicht räumlich abgetrennt und belüftet war. Allein der Umstand, dass durch eine verstellbare, nicht durchscheinende Holzwand wenigstens eine Sichtschutzmöglichkeit bei Verrichtung der Notdurft zur Verfügung gestellt worden war, lässt nach obigen Maßstäben eine Menschenwürdeverletzung nicht entfallen. Das Grundrecht der Menschenwürde gebietet insofern auch keine Unterscheidung zwischen Strafhaft und Untersuchungshaft. Ebenso wenig von Belang ist, dass der Beschwerdeführer – wie seine Mitgefangenen auch – Raucher war. Dies mag zwar möglicherweise für die Frage eines Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit Bedeutung erlangen, nicht jedoch für die Frage eines Eingriffs in die Menschenwürde nach den aufgezeigten Maßstäben.

Landgericht und Oberlandesgericht durften die Erfolgsaussichten des Rechtsschutzbegehrens auch nicht mit der Begründung scheitern lassen, der Beschwerdeführer könne subjektiv nicht erheblich betroffen gewesen sein, weil er keinen förmlichen Verlegungsantrag bei der Anstaltsleitung auf Verlegung gestellt habe, sondern lediglich bei den Vollzugsbeamten um einen Einzelhaftraum gebeten habe. Zunächst einmal lässt allein der Umstand, keinen förmlichen Antrag auf Änderung eines Zustandes gestellt zu haben, keinen zwingenden Rückschluss auf den Zustand selbst zu, der die Durchführung einer Beweisaufnahme in einem Hauptverfahren entbehrlich machte. Vor dem Hintergrund der geschilderten, die Menschenwürde berührenden, unstreitigen Haftbedingungen widerspricht diese Argumentation ferner dem hohen Schutzgehalt der Menschenwürde. In letzter Konsequenz hieße dies nämlich, einen Eingriff in die Menschenwürde durch einen staatlichen Hoheitsakt von vornherein auszuschließen, wenn gegen diesen kein förmlicher Rechtsbehelf eingelegt wird. Deutet man die Ausführungen des Landgerichts und des Oberlandesgerichts aber dahin, dass der Beschwerdeführer konkludent in die räumlichen Haftbedingungen eingewilligt habe und mithin auf sein Grundrecht auf Menschenwürde verzichtet habe, ist dies ebenfalls nicht tragfähig. Zum einen haben Landgericht und Oberlandesgericht nicht geprüft, ob die Annahme einer konkludenten Einwilligung des Beschwerdeführers in seiner Eigenschaft als Untersuchungsgefangener schon einfachrechtlich durch § 119 Abs. 2 Satz 1 StPO a.F. verstellt war beziehungsweise ob die von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an eine konkludente Einwilligung des Beschwerdeführers in seiner Eigenschaft als Strafgefangener erfüllt waren (vgl. OLG Celle, Urteil vom 2. Dezember 2003 – 16 U 116/03 –, NJW-RR 2004, S. 380 <381>; OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. Juli 2005 – 12 U 300/04 –, NJW-RR 2005, S. 1267 <1268>). Zum anderen haben Landgericht und Oberlandesgericht nicht geprüft, ob die Menschenwürde überhaupt ein disponibles Grundrecht ist, das einen Grund-



rechtsverzicht zulässt (vgl. ablehnend: BVerwG, Urteil vom 17. Oktober 2000 – BVerwG 2 WD 12/00, 13/00 –, NJW 2001, S. 2343 <2344>; BSG, Urteil vom 6. Mai 2009 – B 11 AL 11/08 –, juris, Rn. 25). Auch diese Rechtsfragen können nicht als hinreichend – zu Lasten des Beschwerdeführers – geklärt im Sinne des oben erörterten Maßstabes der Rechtsschutzgleichheit für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe angesehen werden.

Das Landgericht verkennt darüber hinaus noch, dass die Menschenwürde nicht aufgrund gesetzlicher Bestimmungen eingeschränkt werden kann und folglich § 201 Nr. 3 Satz 1 StVollzG nicht als gesetzliche Rechtfertigungsgrundlage herangezogen werden kann. Ferner wird es den aufgezeigten verfassungsrechtlichen Maßstäben nicht gerecht, indem es – entgegen grundsätzlich anderslautender obergerichtlicher Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteil vom 4. November 2004 – III ZR 361/03 –, NJW 2005, S. 58 <59>; OLG Celle, Urteil vom 2. Dezember 2003 – 16 U 116/03 –, NJW-RR 2004, S. 380 <381>; OLG Hamm, Beschluss vom 13. Juni 2008 – 11 W 54/08 –, juris, Rn. 42 u. 65) – ein Verschulden des Antragsgegners, bezogen auf die konkrete, möglicherweise menschenunwürdige Unterbringung des Beschwerdeführers, allein durch pauschale Verweisung auf dessen Vortrag über seine Bemühungen zur Verbesserung der allgemeinen Haftsituation im Land ohne nähere Prüfung im Hauptverfahren bereits im Prozesskostenhilfverfahren verneint.

bb) Indem Landgericht und Oberlandesgericht von vornherein der beabsichtigten Amtshaftungsklage jegliche Erfolgsaussicht abgesprochen haben, haben sie mithin den Anspruch auf Rechtsschutzgleichheit verletzt.

c) Die angegriffenen Beschlüsse beruhen auch auf den aufgezeigten verfassungsrechtlichen Fehlern. Es ist nicht auszuschließen, dass Landgericht und Oberlandesgericht bei der erforderlichen Beachtung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe in der Sache zumindest teilweise zu einer anderen Entscheidung gelangt wären.

4. Weiterhin steht auch nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit fest, dass der Beschwerdeführer im Fall einer Zurückverweisung an das Ausgangsgericht im Ergebnis keinen Erfolg haben würde (vgl. BVerfGE 90, 22 <25 f.>), weil er es möglicherweise gemäß § 839 Abs. 3 BGB vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.

a) Denn zum einen kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Schadensersatzpflicht gemäß § 839 Abs. 3 BGB nur dann vollumfänglich verneint werden, wenn die Einlegung eines gebotenen Rechtsbehelfs den Eintritt des Schadens gänzlich verhindert hätte. Wenn die Einlegung eines Rechtsbehelfs erst von einem bestimmten Zeitpunkt an weitere Schäden verhindert hätte, entfällt der Schadensersatzanspruch nur für diesen späteren Schaden, bleibt jedoch für die bereits vorher entstandenen Schäden bestehen (vgl. BGH, Urteil vom 16. Januar 1986 – III ZR 77/84 –, NJW 1986, S. 1924; speziell für eine Amtshaftungsklage wegen menschenunwürdiger Haftbedingungen: OLG München, Beschluss vom 10. August 2006 – 1 W 1314/06 –, NJW 2007, S. 1986).

b) Zum anderen ist für die Kausalität zwischen der Nichteinlegung des Rechtsbehelfs und dem Schadenseintritt der Schädiger beweispflichtig (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 2003 – III ZR 342/02 –, NJW 2004, S. 1241 <1242>; Urteil vom 11. März 2010 – III ZR 124/09 –, NJW-RR 2010, S. 1465) und bei der Frage, welchen Verlauf die Sache genommen hätte, wenn der Rechtsbehelf eingelegt worden wäre, ist grundsätzlich auch zu berücksichtigen, wie nach der wirklichen Rechtspraxis entschieden worden wäre (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 2003 – III ZR 342/02 –, NJW 2004, S. 1241 <1242>). Vorliegend hat der Beschwerdeführer aber ausdrücklich bestritten, dass die Einlegung eines Rechtsbehelfs den Schaden sofort und damit gänzlich verhindert hätte, und, obwohl ihm diesbezüglich nicht die Darlegungslast zufiel, auch konkrete tatsächliche Anhaltspunkte hierfür aufgezeigt, namentlich aus der Strafvollzugsstatistik zur

Mehrfachbelegung in den Justizvollzugsanstalten des Landes zitiert, Beispielsfälle von Strafgefangenen aus einem benachbarten Oberlandesgerichtsbezirk des Landes benannt sowie auf eine Reihe von Beschlüssen des benachbarten Oberlandesgerichts verwiesen, die ein entsprechendes Vollzugsdefizit der Justizvollzugsanstalten mangels räumlicher Kapazitäten konstatierten (vgl. OLG Hamm, Beschlüsse vom 13. Juni 2008 – 11 W 54/08, 11 W 86/07, 11 W 77/07, 11 W 78/07, 11 W 85/07 –, juris). Danach wäre es an dem Land gewesen substantiiert darzulegen, aus welchen Gründen und – hierbei allerdings unter Berücksichtigung des einstweiligen Rechtsschutzes – ab welchem Zeitpunkt diese im Hinblick auf die Haftbedingungen des Beschwerdeführers praktische Wirkung entfaltet hätten.

c) Schließlich gelangt man auch nicht zu einer anderen Prognose, wenn man die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur hypothetischen Kausalität im Rahmen des § 839 Abs. 3 BGB bei Amtshaftungsklagen wegen menschenunwürdiger Haftunterbringung berücksichtigt, in der der Bundesgerichtshof an die aus dem Gebot der Achtung der Menschenwürde folgende rechtliche Erwägung anknüpft, dass die Strafvollstreckung notfalls zu unterbrechen sei, wenn und solange eine weitere Unterbringung nur unter menschenunwürdigen Bedingungen in Betracht komme, und er hieraus folgert, dass vor diesem Hintergrund die Feststellung, dass ein Rechtsmittel an der Haftsituation nichts ändern könne, rechtsfehlerhaft sei (vgl. BGH, Urteil vom 11. März 2010 – III ZR 124/09 –, NJW-RR 2010, S. 1465 <1466>). Denn wie das Bundesverfassungsgericht insofern bereits festgestellt hat, geht mit dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht zwingend einher, dass ein Rechtsbehelf zum maßgeblichen Zeitpunkt in der Rechtspraxis auch effektiv umgesetzt worden wäre und damit das Ergreifen der Rechtsschutzmöglichkeiten möglich, zumutbar und erfolversprechend gewesen wäre (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 22. Februar 2011 – 1 BvR 409/09 –, NJW-RR 2011, S. 1043 <1046 f.> [= GuT 2011, 196 PM]).

d) Ob ein Rechtsbehelf in der vorliegenden Konstellation möglich, zumutbar und erfolversprechend gewesen wäre und ob und inwieweit die Nichteinlegung eines Rechtsbehelfs bereits in der Vergangenheit entstandene Ansprüche aus § 839 BGB tangiert, wird sich mithin nur mithilfe der Durchführung eines Hauptsacheverfahrens klären lassen.

e) Hieran ändert auch die vom Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen im Verfassungsbeschwerdeverfahren nach Ende der Stellungnahmefrist erstmals vorgelegte Kopie der „Anlage zur Aufnahmeverhandlung“ nichts, ausweislich welcher der Beschwerdeführer am 12. Januar 2006 unter anderem eine Einverständniserklärung mit der gemeinsamen Unterbringung mit anderen Gefangenen unterzeichnet haben soll. Denn diese war zum Zeitpunkt der angegriffenen gerichtlichen Entscheidungen nicht Verfahrensgegenstand. Ob und inwieweit der Sachvortrag insofern im Ausgangsverfahren noch ergänzt wird, ist Sache der Antragsgegner. Den Fachgerichten oblag es dann zu prüfen, inwieweit diese Einverständniserklärung zur gemeinsamen Unterbringung oder die Nichtrücknahme der Einverständniserklärung nach Kenntnisnahme der konkreten Haftbedingungen gemäß § 119 Abs. 2 Satz 2 StPO a.F. – etwa im Rahmen des § 839 Abs. 3 BGB oder des § 254 BGB – Auswirkungen auf die Erfolgsaussichten des geltend gemachten Amtshaftungsanspruches haben können.

5. Im Hinblick auf die Rügen der Verletzung weiterer Grundrechte wird die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen.

6. Die Entscheidung über die Erstattung der notwendigen Auslagen des Beschwerdeführers folgt aus § 34a Abs. 3 BVerfGG.

7. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 37 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit § 14 Abs. 1 RVG (vgl. BVerfGE 79, 365 <366 ff.>).



**Art. 2, 6, 12 GG; § 4 NiSG  
Nutzungsverbot von Solarien und UV-Licht  
in Sonnenstudios für Minderjährige**

**Das gesetzliche Nutzungsverbot für Minderjährige von Solarien und künstlicher ultravioletter Strahlung in Sonnenstudios, ähnlichen Einrichtungen oder sonst öffentlich zugänglichen Räumen ist verfassungsgemäß. Es verletzt weder die allgemeine Handlungsfreiheit des Jugendlichen noch das Elterngrundrecht noch die freie Berufsausübung des Betreibers eines öffentlich zugänglichen Sonnenstudios.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 21. 12. 2011 – 1 BvR 2007/10)

In dem Verfahren über die Verfassungsbeschwerde gegen § 4 des Gesetzes zum Schutz vor nichtionisierender Strahlung bei der Anwendung am Menschen (NiSG) vom 29. Juli 2009 (BGBl I S. 2433) hat die 1. Kammer des Ersten Senats des BVerfG gemäß § 93b i. V. m. § 93a BVerfGG i. d. F. d. B. v. 11. 8. 1993 (BGBl I S. 1473) am 21. 12. 2011 einstimmig beschlossen:

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen.

**Gründe:** I. Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen den mit dem Gesetz zur Regelung des Schutzes vor nichtionisierender Strahlung vom 29. Juli 2009 (BGBl I S. 2433) eingeführten § 4 des Gesetzes zum Schutz vor nichtionisierender Strahlung bei der Anwendung am Menschen (NiSG). Die Vorschrift bestimmt, dass Minderjährigen die Nutzung von Sonnenbänken in Sonnenstudios, ähnlichen Einrichtungen oder sonst öffentlich zugänglichen Einrichtungen nicht gestattet werden darf. Zuwiderhandlungen gegen die Vorschrift sind mit einem Bußgeld bedroht (§ 8 Abs. 1 Nr. 4 NiSG). Sie lautet:

„§ 4

Nutzungsverbot für Minderjährige

Die Benutzung von Anlagen nach § 3 zur Bestrahlung der Haut mit künstlicher ultravioletter Strahlung in Sonnenstudios, ähnlichen Einrichtungen oder sonst öffentlich zugänglichen Räumen darf Minderjährigen nicht gestattet werden.“

Zur Begründung führt der Gesetzgeber an, dass das Risiko, im Erwachsenenalter an Hautkrebs zu erkranken, steige, wenn Menschen bereits in Kindheit und Jugend verstärkt der ultravioletten Strahlung (UV-Strahlung) ausgesetzt gewesen seien. Bei Kindern und Jugendlichen, die schon früh eine erhöhte Anzahl an UV-bedingten Pigmentmalen erworben hätten, steige das Risiko einer Melanomentstehung, wenn sie sich neben natürlicher UV-Strahlung (Sonne) zusätzlich künstlicher UV-Strahlung aussetzten. Schäden an Hautzellen, die zu Hautkrebs führen könnten, würden vor allem im Jugendalter angelegt, wenn sich die Haut noch entwickle (BT-Drs. 16/12276, S. 17).

II. 1. Die am 2. Juni 1994 geborene Beschwerdeführerin zu 1) nutzt gelegentlich – im Einverständnis mit ihren Erziehungsberechtigten – Solarien und möchte dies auch weiterhin tun. Sie rügt eine Verletzung ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG.

Es gebe keine allgemeine Pflicht der Verfassung, gesund oder vernünftig zu leben. Weiter fehle es auch an einer Beeinträchtigung von Grundrechten Dritter. Die möglicherweise auf die Allgemeinheit zukommenden Gesundheitskosten, unterstellt die Nutzung künstlicher UV-Bestrahlung hätte tatsächlich langfristig gesundheitsgefährdende Wirkung, rechtfertigten das Verbot nicht. Auch die Verpflichtung des Staates zum Schutz von Jugendlichen rechtfertige den Eingriff nicht, soweit es sich um ein grundsätzliches Verbot der Solariennutzung für alle Minderjährigen handele.

Das Verbot sei ungeeignet zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels, da damit zu rechnen sei, dass sich die Betroffenen verstärkt der natürlichen UV-Strahlung durch die Sonne aus-

setzten, die in ihrer Wirkungsweise der künstlichen UV-Strahlung gleich stehe. Zudem sei das gesetzgeberische Schutzkonzept deshalb nicht schlüssig, weil die Nutzung von Solarien im privaten oder häuslichen Umfeld nicht unterbunden werde.

Der Gesetzgeber habe nicht hinreichend zwischen der Schwere des Eingriffs, dem Gewicht der rechtfertigenden Gründe und den Grenzen der Zumutbarkeit für die Betroffenen abgewogen. Es gebe auch positive Wirkungen der UV-Strahlung im Zusammenhang mit der Bildung von Vitamin D.

2. Die Beschwerdeführer zu 2) und 3) sind die Eltern der Beschwerdeführerin zu 1). Sie sehen sich durch das Verbot daran gehindert, ihrer Tochter den Besuch öffentlicher Solarien zu erlauben und rügen die Verletzung ihres Elterngrundrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, weil der Eingriff nicht verhältnismäßig sei.

Ein milderes Mittel stelle die Möglichkeit dar, die Nutzung öffentlich zugänglicher Solarien durch Minderjährige von einer ausdrücklichen Erlaubnis der Eltern oder davon abhängig zu machen, dass Eltern ihre Kinder begleiten. Dadurch werde im Ergebnis das gleiche Schutzniveau erreicht.

3. Der Beschwerdeführer zu 4) ist Betreiber eines Sonnenstudios, dessen Kunden in der Vergangenheit teilweise Jugendliche im Alter ab etwa 16 gewesen seien. Durch den Wegfall dieses Kundenanteils aufgrund des Verbots sei der Umsatz des Betriebs nicht unerheblich zurückgegangen.

Der Beschwerdeführer zu 4) rügt zunächst die Verletzung seiner Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. Er hält das Verbot im Wesentlichen aus den gleichen Erwägungen wie die anderen Beschwerdeführer für unverhältnismäßig. Zudem macht er eine Verletzung seines Grundrechts auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG geltend.

III. Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen. Sie hat keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 93a Abs. 2 Buchstabe a BVerfGG, da die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen geklärt sind, wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen ergibt.

Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist auch nicht zur Durchsetzung der in § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG genannten Rechte der Beschwerdeführer angezeigt, denn sie hat keine Aussicht auf Erfolg.

1. Die Beschwerdeführerin zu 1) wird durch das Nutzungsverbot in § 4 NiSG nicht in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt. Der Eingriff ist gerechtfertigt.

a) Der Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG ist gegenständlich nicht beschränkt, er umfasst jedes menschliche Verhalten ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht ihm für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt (vgl. BVerfGE 80, 137 <152>; 90, 145 <171>; 91, 335 <338>). So umschließt die allgemeine Handlungsfreiheit die prinzipielle Befugnis, sein Äußeres nach eigenem Gutdünken zu gestalten (vgl. BVerfGE 47, 239 <248 f.>). Auch ein Verhalten, das Risiken für die eigene Gesundheit oder gar deren Beschädigung in Kauf nimmt, ist vom Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit geschützt (vgl. BVerfGE 59, 275 <278> – Schutzhelmpflicht –; 90, 145 <171> – Cannabiskonsum –; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 24. Juli 1986 – 1 BvR 331/85 u. a. –, NJW 1987, S. 180 <180> – Gurtanlegepflicht –; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 11. August 1999 – 1 BvR 2181/98 u. a. –, NJW 1999, S. 3399 <3402> – Organentnahme –).

§ 4 NiSG richtet sein Verbot zwar nicht unmittelbar gegen Minderjährige, sondern wendet sich in erster Linie an Betreiber von Sonnenstudios und ähnlichen Einrichtungen. Die Vorschrift wirkt sich im Ergebnis aber auch für die Beschwerdeführerin zu 1) wie ein Verbot der Nutzung von Solarien aus und ist damit funktionales Äquivalent (vgl. BVerfGE 105, 279 <300>; 110, 177 <191>; 113, 63 <76>) eines Eingriffs in die allgemeine Handlungsfreiheit.

b) Der Eingriff durch § 4 NiSG in die allgemeine Handlungsfreiheit ist gerechtfertigt. Die Regelung verfolgt ein legitimes Ziel (aa) und erweist sich als verhältnismäßig (bb).

aa) Der Gesetzgeber verfolgt mit dem Gesetz zum Schutz vor nichtionisierender Strahlung bei der Anwendung am Menschen das Ziel, die Bevölkerung – insbesondere Minderjährige – vor UV-Strahlung zu schützen, da eine Vielzahl von wissenschaftlichen Untersuchungen nach seiner Auffassung belegt, dass diese sowohl die Hautkrebsentstehung als auch den Verlauf einer bestehenden Hautkrebskrankung entscheidend beeinflusst. UV-Strahlung werde von internationalen Organisationen als karzinogen eingestuft (vgl. BT-Drs. 16/12276, S. 8). Besonders empfindlich reagiert dabei nach Einschätzung des Gesetzgebers die Haut bei Jugendlichen. Schäden an den Hautzellen, die zu Hautkrebs führen könnten, würden vor allem im Jugendalter angelegt, wenn sich die Haut noch entwickle (vgl. BT-Drs. 16/12276, S. 17). § 4 NiSG soll offensichtlich gerade dem Gesundheitsschutz der Minderjährigen dienen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es grundsätzlich ein legitimes Gemeinwohlanliegen, Menschen davor zu bewahren, sich selbst leichtfertig einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen (vgl. BVerfGE 60, 123 <132>; BVerfGE, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 11. August 1999 – 1 BvR 2181/98 u. a. –, NJW 1999, S. 3399 <3401>). Insbesondere der Schutz der Jugend ist nach einer vom Grundgesetz selbst getroffenen Wertung ein Ziel von bedeutendem Rang und ein wichtiges Gemeinschaftsanliegen (vgl. BVerfGE 83, 130 <139>).

bb) Das Nutzungsverbot ist zur Verfolgung dieses Ziels auch geeignet (1), erforderlich (2) und verhältnismäßig im engeren Sinne (3).

(1) Für die Eignung reicht es aus, wenn durch die Maßnahme der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Es genügt mithin bereits die Möglichkeit einer Zweckerreichung (vgl. BVerfGE 96, 10 <23>; 100, 313 <373>; 103, 293 <307>; 117, 163 <188 f.>). Dass das Verbot des § 4 NiSG die UV-Strahlenexposition von Kindern und Jugendlichen generell verringern kann, ist nicht ernstlich zweifelhaft.

Die Beschwerdeführer weisen darauf hin, dass sich Jugendliche aufgrund des Verbots verstärkt der natürlichen UV-Strahlung durch die Sonne aussetzen könnten, die das gleiche Gefährdungspotential wie künstliche UV-Strahlung habe. Dieser Einwand stellt die Geeignetheit des § 4 NiSG zur Erreichung des mit seiner Einführung verfolgten Zwecks schon deshalb nicht infrage, weil Sonnenstudios und ähnliche Einrichtungen jederzeit, insbesondere zu jeder Jahreszeit, und unabhängig von Witterung und Tageszeit die Möglichkeit bieten, sich der UV-Strahlung auszusetzen. Dass der Ausschluss dieser, die natürlichen Optionen ergänzenden zusätzlichen Bestrahlungsmöglichkeit zumindest unter mitteleuropäischen Witterungsbedingungen geeignet ist, eine deutliche Reduzierung der auf Kinder und Jugendliche einwirkenden UV-Strahlung zu erreichen, dürfte der Gesetzgeber annehmen.

Das gilt umso mehr, als in der Gesetzesbegründung zu § 4 NiSG darauf hingewiesen wird, dass bei Kindern und Jugendlichen, die schon früh eine erhöhte Anzahl an UV-bedingten Pigmentmalen erworben hätten, das Risiko einer Melanomentstehung steige, wenn sie sich neben natürlicher UV-Strahlung durch die Sonne zusätzlich künstlicher UV-Strahlung aussetzen (vgl. BT-Drs. 16/12276, S. 17). Der Gesetzgeber geht demnach davon aus, dass die Nutzung von Sonnenstudios und ähnlichen Einrichtungen in der Regel zusätzlich zur – und nicht an Stelle der – natürlichen Besonnung erfolgt. Diese Einschätzung ist nicht nur vertretbar sondern naheliegend.

Auch die von den Beschwerdeführern vorgebrachte Möglichkeit, dass interessierte Kreise „Bräunungsclubs“ bilden, sich Kinder und Jugendliche selbst eine Sonnenbank anschaffen oder sonst im privaten Bereich künstlicher UV-Strahlung aussetzen, ändert nichts an der Geeignetheit des Verbots. Insbesondere die Anschaffungspreise von Solarien sprechen dafür, dass diese

Formen der Nutzung eher eine Ausnahme bleiben dürften. Außerdem vermag der Verzicht des Gesetzgebers auf ein faktisch kaum oder nur durch zusätzliche Grundrechtseingriffe zu kontrollierendes Besonnungsverbot im Privatbereich dem Verbot im Übrigen nicht die Eignung zu nehmen, sofern auch dies spürbare Wirkung erwarten lässt. Dies aber ist, wie dargelegt, der Fall.

(2) Da ein anderes, gleich wirksames, aber die allgemeine Handlungsfreiheit weniger einschränkendes Mittel nicht zur Verfügung steht, ist das gesetzliche Verbot auch erforderlich.

An der Erforderlichkeit des Verbots fehlt es insbesondere auch nicht deshalb, weil, wie die Beschwerdeführer meinen, die vom Gesetzgeber zur Begründung der Regelung herangezogenen Erkenntnisse zur Schädlichkeit der UV-Strahlung bei Kindern und Jugendlichen nicht gesichert seien und die im Sinne des gesetzgeberischen Anliegens einschlägigen Studien in der Wissenschaft kritisiert würden.

Wird der Gesetzgeber zur Verhütung von Gefahren für die Allgemeinheit tätig, so belässt ihm die Verfassung bei der Prognose und Einschätzung der in den Blick genommenen Gefährdung einen Beurteilungsspielraum, der vom Bundesverfassungsgericht bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung je nach der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann. Der Beurteilungsspielraum ist erst dann überschritten, wenn die Erwägungen des Gesetzgebers so offensichtlich fehlerhaft sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für die angegriffenen gesetzgeberischen Maßnahmen abgeben können (vgl. BVerfGE 121, 317 <350> [= GuT 2008, 253] m.w.N.).

Bei Anlegung dieses Maßstabs ist die Einschätzung des Gesetzgebers nicht zu beanstanden, dass UV-Strahlung im Allgemeinen und bei Kindern und Jugendlichen im Besonderen eine für die Haut negative Wirkung vor allem im Hinblick auf die Entstehung und den Verlauf von Hautkrebs hat. Allein der Umstand, dass – wie die Beschwerdeführer behaupten – die Zusammenhänge im Einzelnen nicht hinreichend geklärt sein mögen und vom Gesetzgeber herangezogene Studien wissenschaftlicher Kritik ausgesetzt sind, führt nicht zu einer Überschreitung des gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums bei der Einschätzung der Gefahr. Hieraus ergibt sich nämlich nicht, dass die vom Gesetzgeber gesehenen Gefahren, deren Eindämmung er mit Einführung des § 4 NiSG verfolgt, nicht bestünden. Es kann daher keine Rede davon sein, dass die Erwägungen des Gesetzgebers offensichtlich fehlerhaft sind. Bestätigt wird dies durch den Umstand, dass selbst die Beschwerdeführer von einer gesundheitsschädlichen Wirkung der (übermäßigen) UV-Exposition ausgehen und die Annahmen des Gesetzgebers damit nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen sind.

(3) Das Verbot ist auch verhältnismäßig im engeren Sinne.

Bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs in ein Grundrecht und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe muss die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt sein (vgl. BVerfGE 30, 292 <316>; 67, 157 <178>; 81, 70 <92>; 83, 1 <19>; 90, 145 <173>). Die Maßnahme darf die Adressaten mithin nicht übermäßig belasten (vgl. BVerfGE 90, 145 <173>).

Der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit durch das Verbot des § 4 NiSG ist für den betroffenen Minderjährigen nicht besonders schwer, aber auch keineswegs belanglos. Das Verbot der Benutzung von Sonnenstudios und ähnlichen Einrichtungen wirkt nur eingeschränkt, weil den Minderjährigen die Möglichkeit des „Sonnenbadens“ im Freien und der Nutzung von UV-Licht im privaten Bereich bleibt. Andererseits wird dem Minderjährigen mit dem Verbot des § 4 NiSG im Bereich privater Lebensgestaltung und damit in einem Kernbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit die Dispositionsbefugnis über die Gestaltung seines Aussehens und seiner Freizeitgestaltung teilweise genommen, ohne dass es sich dabei um ein gemeinwohl-



schädliches Verhalten handeln würde. Außerdem verfolgt die angegriffene Regelung mit dem Schutz vor selbstschädigendem Verhalten ein Ziel, das nur in besonders gravierenden Fällen in der Abwägung mit einem Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit zu bestehen vermag (vgl. BVerfGE 60, 123 <132>; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 11. August 1999 – 1 BvR 2181/98 u. a. –, NJW 1999, S. 3399 <3401>). Denn sie umfasst gerade auch im Freizeitbereich die Freiheit, Handlungen vorzunehmen oder Verhaltensweisen an den Tag zu legen, die gesundheitliche Risiken in sich bergen.

Anderes gilt allerdings im Bereich des Jugendschutzes, der als Rechtfertigungsgrund für Grundrechtseingriffe im Grundgesetz ausdrücklich anerkannt ist (vgl. Art. 5 Abs. 2 GG). Mit Rücksicht auf den gebotenen Schutz der Minderjährigen, ihre mangelnde Einsichtsfähigkeit und Reife sind deshalb seit langem verschiedene Regelungen auch zum Schutz der Minderjährigen vor Selbstgefährdung und Selbstschädigung in der Rechtsordnung etabliert. Das verfassungsrechtlich bedeutsame Interesse an einer ungestörten Entwicklung der Jugend berechtigt den Gesetzgeber zu Regelungen, durch welche der Jugend drohende Gefahren abgewehrt werden (vgl. BVerfGE 30, 336 <347>). Es ist in erster Linie Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, in welchem Zusammenhang und in welcher altersmäßigen Abstufung und auf welche Weise Situationen entgegengewirkt werden soll, die nach seiner Einschätzung zu Schäden führen können (vgl. BVerfGE 110, 141 <159>; 121, 317 <356> [= GuT 2008, 253]). Dabei steht ihm unter Berücksichtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Jugendlichen und dem Erziehungsrecht der Eltern ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu (vgl. BVerfGE 96, 56 <64>; 121, 317 <356> [= GuT aaO]).

Gemessen hieran hat der Gesetzgeber mit dem Verbot des § 4 NiSG den Minderjährigen keine unzumutbare Einschränkung ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit zugemutet. Insbesondere ist nicht erkennbar, dass er mit der Annahme der mangelnden Einsichtsfähigkeit oder jedenfalls mangelnden grundsätzlichen Einsichtsbereitschaft eines nicht unerheblichen Teils der Minderjährigen bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres in das Gefährdungspotential künstlicher UV-Bestrahlung seinen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum überschritten hat. Mit dem Ende der Minderjährigkeit hat der Gesetzgeber vielmehr eine vom Grundgesetz – wenn auch in anderem Zusammenhang – anerkannte Altersgrenze gewählt (vgl. Art. 38 Abs. 2 GG), die zudem im Bürgerlichen Recht (vgl. § 2 BGB) eine maßgebliche Rolle spielt und auch bei der Frage des Jugendschutzes in Bezug auf den Tabakkonsum relevant ist (vgl. § 10 JuSchG). Dass der Gesetzgeber in anderen Bereichen des Jugendschutzes niedrigere Altersgrenzen, wie zum Beispiel beim Konsum von Alkohol, festgelegt hat, zwingt ihn nicht dazu, diese Grenze auch hier heranzuziehen.

Das Verbot des § 4 NiSG erweist sich auch nicht deshalb als unverhältnismäßig, weil der Gesetzgeber Minderjährigen die Benutzung von Solarien verboten hat, obwohl die UV-Strahlung im Hinblick auf die Vitamin-D-Bildung auch positive Auswirkungen haben kann. Nach der nicht zu beanstandenden Einschätzung des Gesetzgebers kann der Vitamin-D-Haushalt auch durch Nahrungsmittel, Nahrungsergänzungsmittel und den Aufenthalt im Freien ausreichend reguliert werden (BT-Drs. 16/12276, S. 9). Es ist daher nicht davon auszugehen, dass das Verbot bei Minderjährigen zu gesundheitlichen Problemen aufgrund eines Vitamin-D-Mangels führen wird.

2. Es kann dahinstehen, ob das Verbot des § 4 NiSG in das grundrechtlich geschützte Erziehungsrecht der Beschwerdeführer zu 2) und 3) eingreift, weil es ihnen die Möglichkeit nimmt, nach ihren eigenen Erziehungsvorstellungen darüber zu entscheiden, ob ihr Kind ein Sonnenstudio oder eine ähnliche Einrichtung besuchen können soll. Der Eingriff wäre jedenfalls gerechtfertigt.

Der Eingriff in das Elterngrundrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG wäre nur geringfügig, da es den Eltern unbenommen bleibt, ihrem

Kind im privaten Lebensbereich den Zugang zu einer UV-Bestrahlung zu eröffnen, wenn sie dies für verantwortbar und richtig halten. Der Gesetzgeber war von Verfassungs wegen auch nicht gehalten, aus Verhältnismäßigkeitserwägungen ein bloßes Verbot mit elterlichem Einverständnisvorbehalt vorzusehen. Angesichts der allenfalls geringen Eingriffsintensität durfte er sich auf ein umfassendes, nicht nach Altersgruppen und daran anknüpfende Einverständnispflichten differenzierendes und damit für alle Beteiligten leicht praktikables Verbot entscheiden.

3. Der Beschwerdeführer zu 4) ist durch das in § 4 NiSG geregelte Nutzungsverbot von Sonnenstudios für Minderjährige nicht in seinem Grundrecht auf freie Berufsausübung aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt.

Die darin liegende Regelung der Berufsausübung belastet die Betreiber von öffentlich zugänglichen Sonnenstudios nicht in unzumutbarer Weise. Der Eingriff selbst ist in seiner Reichweite beschränkt. Von den potentiellen Kunden werden den Betreibern von Sonnenstudios und ähnlicher Einrichtungen nur die Minderjährigen und nur für die Dauer ihrer Minderjährigkeit entzogen. Angesichts der hohen Bedeutung des Jugendschutzes und der vom Gesetzgeber vertretbar eingeschätzten Gefahr, die Kindern und Jugendlichen durch die Nutzung von Sonnenbänken droht, erweist sich diese Einschränkung nicht als unverhältnismäßig.

Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen.

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

**Art. 2 GG; §§ 253, 276, 823, 826, 831, 1004 BGB;  
§§ 164, 186, 193, 242, 248 a StGB; § 127 StPO  
Kundenansprüche bei möglicherweise unbegründetem  
Vorwurf des Ladendiebstahls**

**1. Deutet das äußere Geschehen auf einen Ladendiebstahl, sind der Geschäftsinhaber und seine Angestellten befugt, gegenüber dem Verdächtigen einen entsprechenden Vorwurf zu erheben und bis zur endgültigen Klärung zu wiederholen.**

**2. Ist ein vorsätzliches Zueignungsdelikt letztlich nicht nachzuweisen, steht dem Kunden kein Schadensersatzanspruch wegen falscher Verdächtigung oder übler Nachrede zu.**

**3. Zu den Voraussetzungen eines Widerrufs- und Unterlassungsanspruchs in einem derartigen Fall.**

(OLG Koblenz, Beschluss vom 22. 12. 2011 – 5 U 1348/11)

**Aus den Gründen:** Der Senat beabsichtigt, die Berufung des Klägers gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig davon überzeugt ist, dass sie offensichtlich keine Erfolgsaussicht hat, die Rechtssache ohne grundsätzliche Bedeutung ist, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ein Urteil erfordern und eine mündlichen Verhandlung nicht geboten ist. Im Einzelnen ist zur Prozesssituation zu bemerken.

1. Der Kläger hatte am 17. 10. 2009 die Kasse eines Warenhauses der Beklagten zu 1. passiert, ohne eine Schachtel mit Aktenklammern zu bezahlen, die er in seiner rechten Jackentasche aufbewahrte. Er wurde daraufhin unter dem Vorwurf des Ladendiebstahls gestellt. Die als Detektive tätigen Beklagten zu 3. und zu 4. bereiteten eine Strafanzeige vor, die allerdings letztlich nicht erstattet wurde, und verhängten ein Hausverbot. Dieses Hausverbot hat die Beklagte zu 1. im Zuge des hiesigen Rechtsstreits aufgehoben.

Am 19. 10. 2009 suchte der Kläger das Warenhaus erneut auf. Er traf auf den in der Geschäftsleitung tätigen Beklagten zu 2. und auf den Beklagten zu 4. Nach seinem Vorbringen soll der Beklagte zu 4. anschließend – für Außenstehende hörbar – den Diebstahlsvorwurf wiederholt haben, und der Beklagte zu 2. ha-



be angekündigt, er werde die vorbereitete Strafanzeige unterschreiben. In einem Telefongespräch vom 31. 10. 2009 habe ihn dieser dann seinerseits des Diebstahls bezichtigt. Das alles sei zu Unrecht geschehen. Er habe die Aktenklammern in seine Jackentasche gesteckt, weil er die Hände für andere Artikel habe frei haben müssen, und den Vorgang dann vergessen.

Vor diesem Hintergrund hat der Kläger die gesamtschuldnerische Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines mit mindestens 6000 € zu beziffernden Schmerzensgelds, zum Widerruf und zur Unterlassung des Diebstahlsvorwurfs, zur Aufhebung des Hausverbots und zum Ausgleich vorgerichtlicher Anwaltskosten beantragt. Dieses Verlangen hat das Landgericht [Bad Kreuznach] abgewiesen. Es hat die Passivlegitimation der Beklagten zu 1. von vornherein mit dem Hinweis darauf verneint, dass keines deren Organe an den Geschehnissen beteiligt gewesen sei. Den Beklagten zu 2., zu 3. und zu 4. hat es die Wahrnehmung berechtigter Interessen attestiert und außerdem bemerkt, dass eine fortdauernde Beeinträchtigung des Klägers fehle.

Dagegen wendet sich der Kläger in Erneuerung seines Begehrens mit der Berufung. Seiner Ansicht nach wird die Auffassung des Landgerichts der Sach- und Rechtslage nicht gerecht.

2. Die Rechtsmittelangriffe vermögen nicht durchzudringen. Die angefochtene Entscheidung hat im Ergebnis Bestand.

Allerdings lässt sich eine Verantwortlichkeit der Beklagten zu 1. nicht mit der Begründung verneinen, dass ihr das Verhalten der übrigen Beklagten nicht zugerechnet werden könne, weil diese keine Organstellung gehabt hätten. Denn die Beklagten zu 2., zu 3. und zu 4. waren sowohl Verrichtungsgehilfen als auch – im Rahmen der zum Kläger bestehenden Vertragsbeziehungen – Erfüllungsgehilfen der Beklagten zu 1. Das hat die Berufung richtig gesehen. Indessen kommt es darauf letztlich nicht an:

a) Der Schmerzensgeldanspruch scheidet daran, dass man, wie das Landgericht erkannt hat, auf Seiten der Beklagten sowohl bei der Erhebung des Diebstahlsvorwurfs als auch bei der in Aussichtstellung einer Strafanzeige in Wahrnehmung berechtigter Interessen handelte und deshalb keine Persönlichkeitsrechtsverletzung vorliegt, die durch eine Ausgleichszahlung zu entschädigen wäre. Aus den Umständen ergab sich ein gewichtiger Diebstahlsverdacht. Dieser Verdacht durfte im Sinne eines klaren Tatvorwurfs ausgesprochen und so zur Grundlage dafür gemacht werden, ein Strafverfahren anzukündigen. Das beinhaltet – im Interesse der freien Zugänglichkeit der staatlichen Rechtspflegeverfahren – auch das „Recht auf Irrtum“ (BVerfG NJW 1987, 1929–1930, BGH NJW 1985, 3081; Sprau in Palandt, BGB, 71. Aufl., § 823 Rn. 37).

Freilich gab es keine Rechtfertigung dafür, die Anschuldigung unbeteiligten Dritten gegenüber zum Ausdruck zu bringen. Indessen kann der Senat nicht feststellen, dass dies geschehen wäre. Die Behauptung des Klägers, am 19. 10. 2009 sei eine entsprechende Aussage des Beklagten zu 4. von Außenstehenden gehört worden, ist weder konkretisiert noch tauglich unter Beweis gestellt worden.

b) Das Widerrufsbegehren des Klägers ist von vornherein insoweit unbegründet, als der Widerruf ihm selbst gegenüber erfolgen soll (BGHZ 10, 104, 106; Sprau in Palandt, BGB, 71. Aufl., vor § 823 Rn. 32). Aber auch darüber hinaus ist eine Verurteilung der Beklagten zum Widerruf nicht möglich. Ihr steht ohne Weiteres entgegen, dass die Personen, denen gegenüber zu widerrufen wäre, nicht namhaft gemacht worden sind. Damit ermangelt es dem Antrag des Klägers an der notwendigen Bestimmtheit.

c) Auch für die Inanspruchnahme der Beklagten auf Unterlassung ist kein Raum. Die Feststellung des Landgerichts, es fehle, nachdem man die vorbereitete Strafanzeige habe fallen lassen und das Hausverbot aufgehoben worden sei, an einer Begehungsgefahr (§ 1004 Abs. 1 S. 2 BGB), begegnet keinen rechtserheblichen Zweifeln (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Es ist nicht

zu ersehen, dass die Beklagten den Willen oder das Interesse haben könnten, die streitigen Vorwürfe jetzt noch kund zu tun. Freilich gilt das nicht mit Blick auf ihre Rechtsverteidigung im hiesigen Prozess. Diese Rechtsverteidigung kann ihnen jedoch nicht verwehrt werden und Auslöser eines Unterlassungsanspruchs sein (Sprau in Palandt, BGB, 71. Aufl., § 823 Rn. 37).

d) Das – ausschließlich im Namen der Beklagten zu 1. – verhängte Hausverbot ist von dieser aufgehoben worden. Der vom Kläger angemahnten Aufhebung durch weitere Beklagte bedarf es nicht. Damit ist das Klageverlangen in diesem Punkt gegenstandslos geworden. Im Hinblick darauf braucht nicht erörtert zu werden, ob sich der Kläger angesichts der Eigentümerbefugnisse der Beklagten zu 1. und des gegen ihn fortbestehenden Verdachts überhaupt erfolgreich gegen die Aufrechterhaltung des Hausverbots hätte zur Wehr setzen können. Der Anwendungsbereich des AGG ist nicht berührt, und ein überragendes Interesse des Klägers an weiteren Besuchen des Warenhauses, dem sich die Beklagte zu 1. vor dem Hintergrund des § 826 BGB (vgl. dazu Sprau in Palandt, BGB, 71. Aufl., § 826 Rn. 48) unter Hintanstellung ihres Hausrechts unterordnen müsste, ist nicht zu erkennen.

e) Mangels im Grunde berechtigter Ansprüche gegen die Beklagten gibt es keinen Anknüpfungspunkt für die verzugsbedingt geltend gemachte Schadensersatzforderung wegen vorgerichtlicher Anwaltskosten.

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

**Hinw. d. Gerichts:** rechtskräftig, durch Zurückweisungsbeschluss vom 26. 1. 2012.

**§§ 7, 23, 58, 68, 72, 74 FamFG; §§ 21, 28 POG RP;  
§ 40 VwGO; § 119 GVG; Art. 103 GG**  
**Videoüberwachung eines Gebäudes;  
richterliche Anordnung; polizeiliche Maßnahme;  
Einsatz besonderer Mittel  
der verdeckten Datenerhebung;  
Rechtsweg und Instanzenzug zum Beschwerdegericht;  
Rechtsgewährleistung der unmittelbar Betroffenen**

**Die Videoüberwachung eines Gebäudes als polizeiliche Maßnahme des Einsatzes besonderer Mittel der verdeckten Datenerhebung bedarf der richterlichen Anordnung und der von Amts wegen zu beachtenden funktionellen Zuständigkeit des Beschwerdegerichts.**

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 20. 12. 2011 – StB 16/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Antragsteller beabsichtigt, zu Zwecken der Gefahrenabwehr den Eingangsbereich des Mehrfamilienhauses, in dem der Betroffene wohnt, für einen Zeitraum von 30 Tagen mit einer Videoanlage heimlich zu überwachen, um auf der Grundlage eines Bewegungsbildes weitere Observationsmaßnahmen gegen den Betroffenen zu ermöglichen. Das Amtsgericht Mainz hat den Antrag auf richterliche Entscheidung über den Einsatz besonderer Mittel der verdeckten Datenerhebung nach § 28 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 Satz 4 des Polizei- und Ordnungsbehördengesetzes Rheinland-Pfalz (POG RP) mit Beschluss vom 29. Juli 2011 abgelehnt. Die dagegen gerichtete Beschwerde des Antragstellers hat das Landgericht Mainz durch Beschluss vom 5. September 2011 zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit seiner – vom Landgericht zugelassenen – Rechtsbeschwerde. Das Rechtsmittel hat insofern Erfolg, als die Beschwerdeentscheidung mangels Zuständigkeit des Landgerichts aufzuheben und die Sache an das zuständige Beschwerdegericht zu verweisen ist. Eine eigene Sachentscheidung des Senats kommt derzeit nicht in Betracht.

2 **Aus den Gründen:** 1. Der Bundesgerichtshof ist zur Entscheidung über die Rechtsbeschwerde entsprechend § 133 GVG berufen.

3 Der Landesgesetzgeber hat durch die Regelungen des § 21 Abs. 1 Satz 2, Satz 3, § 28 Abs. 4 Satz 6 POG RP die ihm nach § 40 Abs. 1 Satz 2 VwGO eröffnete Möglichkeit genutzt, bestimmte grundsätzlich dem Verwaltungsrechtsweg zugehörige Streitigkeiten der länderpolizeilichen Gefahrenabwehr einem anderen Rechtsweg mitsamt dem dafür geltenden Verfahrensrecht und Instanzenzug zuzuweisen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 7. Dezember 2010 – StB 21/10, NJW 2011, 690; vom 1. März 2011 – StB 28/10). Zwar verweist § 21 Abs. 1 Satz 3 POG RP ausdrücklich lediglich auf das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), nicht aber auf das Gerichtsverfassungsgesetz, das u. a. die Gerichtszuständigkeit im Rechtsmittelverfahren regelt. Aufgrund der Anordnung der Geltung des FamFG ergibt sich indes auch eine entsprechende Anwendung derjenigen Regelungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, die den Instanzenzug für Verfahren nach dem FamFG betreffen. Ohne den Rückgriff auf die Normen des Gerichtsverfassungsgesetzes liefern die durch die Gesamtverweisung auf das FamFG mit in Bezug genommenen Vorschriften über das Rechtsmittelverfahren leer, weil weder das FamFG selbst die gerichtliche Zuständigkeit normiert noch der Landesgesetzgeber hierzu – ihm grundsätzlich mögliche – eigene Regelungen getroffen hat (im Ergebnis ebenso OLG Zweibrücken, Beschluss vom 3. Mai 2011 – 3 W 45/11, NJW 2011, 3527; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. August 2011 – 3 Wx 188/11, juris Rn. 13). Angesichts dessen kommt es nicht entscheidend darauf an, dass sich aus der Begründung zur Neufassung des § 21 Abs. 1 Satz 3 POG RP (LT-Drucks. 15/4879 S. 29) nicht ohne Weiteres entnehmen lässt, ob der Landesgesetzgeber bewusst den zuvor eröffneten Instanzenzug abändern wollte, der nach der früheren Verweisung auf das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) bestand.

4 2. Es fehlt eine Entscheidung des zuständigen Beschwerdegerichts, die als Grundlage einer Sachentscheidung des Senats dienen könnte. Dies ist im hier vorliegenden Verfahren von Amts wegen zu berücksichtigen. Die Sache ist daher an das zuständige Beschwerdegericht zu verweisen. Im Einzelnen:

5 a) Nach § 21 Abs. 1 Satz 3, § 28 Abs. 4 Satz 6 POG RP, § 58 FamFG, § 119 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b GVG war zur Entscheidung über die Beschwerde des Antragstellers nicht das Landgericht, sondern das Oberlandesgericht zuständig (ebenso OLG Zweibrücken, Beschluss vom 3. Mai 2011 – 3 W 45/11, NJW 2011, 3527; vgl. auch BT-Drucks. 16/6308 S. 167; aA, allerdings ohne nähere Begründung, Roos/Lenz, POG RP, 4. Aufl., § 21 Rn. 6). Ein Ausnahmefall, bei dem nach § 72 Abs. 1 Satz 2, § 119 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b GVG die Zuständigkeit des Landgerichts gegeben ist, liegt nicht vor.

6 b) Der Senat hat im Rechtsbeschwerdeverfahren die fehlende Zuständigkeit des Beschwerdegerichts von Amts wegen zu berücksichtigen. Hierzu gilt:

7 aa) Nach dem Wortlaut des § 72 Abs. 2 FamFG kann die Rechtsbeschwerde nicht darauf gestützt werden, dass das Ge-

richt des ersten Rechtszugs seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat. Danach liegt es nahe, dass lediglich die Zuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichts, nicht aber diejenige des Beschwerdegerichts im Rechtsbeschwerdeverfahren von der Überprüfung ausgeschlossen und damit die Zuständigkeit des Beschwerdegerichts als wesentliche Sachentscheidungsvoraussetzung von Amts wegen zu beachten ist. Dies stünde auch mit der Gesetzesbegründung in Einklang, nach der zur Entlastung der Rechtsmittelgerichte von rein prozessualen Streitigkeiten Rechtsmittel und damit auch Rechtsbeschwerden vermieden werden sollen, „die ausschließlich die fehlende Zuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichts rügen“ (BT-Drucks. 16/6308 S. 206, 210).

8 bb) Allerdings hat der Bundesgerichtshof für das Rechtsbeschwerdeverfahren nach der Zivilprozessordnung angenommen, dass auch die Zuständigkeit des Beschwerdegerichts nicht zu prüfen sei (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Juli 2007 – VII ZB 6/05, NJW-RR 2007, 1498), und zur Begründung auf den Regelungsgehalt der § 576 Abs. 2, § 571 Abs. 2 Satz 2 ZPO sowie entsprechende Rechtsprechung zum zivilrechtlichen Revisionsverfahren (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2005 – KZR 28/03, NJW 2005, 1660, 1661 f.; vgl. auch BGH, Beschluss vom 5. November 2008 – XII ZR 103/07, NJW-RR 2009, 434, 435) verwiesen. Dort wird im Wesentlichen darauf abgestellt, der Gesetzgeber habe bei der Umgestaltung der Zivilprozessordnung durch das Zivilprozessreformgesetz vom 27. Juli 2001 (BGBl. I S. 1887) im Interesse der Verfahrensbeschleunigung und der Entlastung der Rechtsmittelgerichte die Nachprüfung der Zuständigkeit des vorinstanzlichen Gerichts durch das Rechtsmittelgericht deutlich einschränken und damit zugleich vermeiden wollen, dass die von dem vorinstanzlichen Gericht geleistete Sacharbeit hinfällig werde.

9 cc) Ob diese über den Gesetzeswortlaut hinausgehende Einschränkung der Prüfungskompetenz grundsätzlich auch für das an das Verfahren nach der Zivilprozessordnung angelehnte Rechtsbeschwerdeverfahren nach dem FamFG (vgl. etwa § 72 Abs. 3 FamFG; BT-Drucks. 16/6308 S. 166) gilt (dafür Joachim, in: Bahrenfuss (Hrsg.), FamFG, § 72 Rn. 9), bedarf hier letztlich keiner Entscheidung; denn jedenfalls aufgrund der gegebenen besonderen Verfahrenskonstellation ist vorliegend die Zuständigkeit des Beschwerdegerichts von Amts wegen zu beachten. Dies beruht auf folgenden Erwägungen:

10 (1) Anders als bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, deren Verfahren in der Zivilprozessordnung geregelt ist, geht es hier um die Anordnung einer verdeckten polizeilichen Maßnahme. Diese hoheitliche, der Gefahrenabwehr dienende Datenerhebung, die dem Bereich des öffentlichen Rechts zugehört, ist notwendigerweise mit Eingriffen in die Grundrechte des Betroffenen sowie unbeteiligter Dritter verbunden. Diese Grundrechtsbeeinträchtigungen sind von derartigem Gewicht, dass ihre Anordnung einer richterlichen Entscheidung bedarf. Unter diesen Umständen kommt dem Umstand, dass das instanzial bzw. funktionell zuständige Gericht über die Maßnahme entscheidet, besondere Bedeutung zu.

11 (2) Trotz des drohenden Grundrechtseingriffs werden der Betroffene sowie Dritte, deren Rechte berührt werden können, vor der gerichtlichen Entscheidung entgegen der grundsätzlichen Regelung in § 23 Abs. 2, § 68 Abs. 3 Satz 1 FamFG nicht angehört. Zwar ist der durch die polizeiliche Maßnahme unmittelbar Betroffene nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG i. V. m. § 21 Abs. 1 Satz 3 POG RP Verfahrensbeteiligter. Jedoch widerspricht seine nach dem Gesetzeswortlaut vorgesehene Beteiligung an dem Verfahren dem eindeutigen polizeirechtlichen Gesetzeszweck, da § 28 POG RP ausdrücklich die *verdeckte* Datenerhebung regelt. Auch wenn § 28 Abs. 4 Satz 6, § 21 Abs. 1 Satz 3 POG RP allgemein auf das FamFG und damit auch auf die Vorschriften über die Beteiligung des Betroffenen verweisen, die keine etwa den § 33 Abs. 4 Satz 1, § 308 Abs. 1 Satz 2 StPO entsprechenden Regelungen zur Einschränkung des rechtlichen Gehörs enthalten, ist nach der Gesetzessystematik der Betroffene vor der Beendigung einer derartigen Maßnahme

Dokumentation,  
Analyse, Entwicklung

**GuT**

**Gewerbemiete und Teileigentum**



nicht am Verfahren zu beteiligen. Ansonsten wäre eine sinnvolle Gesetzesanwendung nicht möglich (vgl. BVerfG, Beschluss vom 8. Januar 1959 – 1 BvR 396/55, BVerfGE 9, 89, 94 ff., 104 f.; s. auch BVerfG, Beschluss vom 16. Juni 1981 – 1 BvR 1094/80, BVerfGE 57, 346, 358 ff. mwN).

12 Im Hinblick auf diese Besonderheiten des Verfahrens hatte der Betroffene hier keine Gelegenheit, die Unzuständigkeit des Landgerichts geltend zu machen und es so zu einer Verweisung (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 1 FamFG) an das zuständige Beschwerdegericht zu veranlassen. Die Möglichkeit, im Verfahren gehört zu werden, schafft indes einen wesentlichen Teil der Rechtfertigung dafür, dass der Gesetzgeber es den Beteiligten zumutet, eine Entscheidung gegebenenfalls ohne weitere Korrekturmöglichkeit hinzunehmen (BVerfG, Beschluss vom 30. April 2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395, 409). In Fällen, in denen der Betroffene auf eine bevorstehende gerichtliche Entscheidung keinen Einfluss nehmen kann, soll die Einschaltung des Richters gewährleisten, dass die Interessen der nicht gehörten Beteiligten gebührend berücksichtigt und insbesondere die gesetzlichen Voraussetzungen derartiger Eingriffe genau beachtet werden (BVerfG, Beschluss vom 8. Januar 1959 – 1 BvR 396/55, BVerfGE 9, 89, 97). Mit dieser gerichtlichen Kontrollfunktion wäre es in der konkreten Sachlage nicht vereinbar, eine grundsätzlich von Amts wegen vorzunehmende Zuständigkeitsprüfung mit der Begründung zu versagen, die Prüfung entspreche nicht dem Willen des Gesetzgebers zur Verfahrensbeschleunigung und zur Entlastung der Rechtsmittelgerichte. Da durch die unterbliebene Anhörung des Betroffenen sein Anspruch auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG berührt wird, ist vielmehr in der konkreten Situation zumindest eine Einschränkung der Prüfungsmöglichkeit des Rechtsbeschwerdegerichts über den Wortlaut des § 72 Abs. 2 FamFG hinaus abzulehnen.

13 (3) Der Prüfungsumfang des Rechtsbeschwerdegerichts bei der hier vorzunehmenden Beurteilung der Rechtmäßigkeit polizeilicher Gefahrenabwehrmaßnahmen lässt sich auch nicht mit der Erwägung einschränken, der Betroffene könne die fehlende Zuständigkeit des Beschwerdegerichts in einem Nachtragsverfahren geltend machen; denn eine solche nachträgliche Prüfung führt nur zu einem wenig effektiven Rechtsschutz (vgl. zur Bedeutung eines effektiven Rechtsschutzes BVerfG, Beschluss vom 30. April 2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395, 408), da in dem Fall, dass eine Maßnahme angeordnet wird, diese zum Zeitpunkt des Nachverfahrens regelmäßig bereits durchgeführt sein wird und somit der Grundrechtseingriff nicht mehr verhindert werden kann.

14 (4) Etwas anderes ergibt sich schließlich nicht vor dem Hintergrund, dass das Landgericht die Beschwerde des Antragstellers verworfen hat und der Betroffene daher durch die zweitinstanzliche Entscheidung nicht beschwert ist; denn die vom (unzuständigen) Beschwerdegericht getroffenen Feststellungen wären gemäß § 74 Abs. 3 Satz 4 FamFG, § 559 ZPO Grundlage für die Entscheidung über die Rechtsbeschwerde (vgl. Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 17. Aufl., § 74 Rn. 26 ff.) und könnten im Falle deren rechtlich abweichender Bewertung durch den Senat daher auch zu einem den Betroffenen beschwerenden Ausgang des Rechtsbeschwerdeverfahrens führen.

15 c) Auf die Rechtsbeschwerde ist die angefochtene Beschwerdeentscheidung gemäß § 74 Abs. 5 FamFG aufzuheben. Die Sache ist zur Entscheidung über die Beschwerde an das nach § 4 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a GerOrgG RP zuständige Oberlandesgericht Zweibrücken zu verweisen (vgl. § 74 Abs. 6 FamFG). Aufgrund der allgemeinen Verweisung des Landesrechts auf das Verfahren des FamFG sind, wie bereits dargelegt, davon auch diejenigen Vorschriften umfasst, welche die Gerichtsverfassung für das Verfahren nach dem FamFG betreffen. Danach findet auch § 4 Abs. 3 Nr. 2 GerOrgG RP entsprechende Anwendung (ebenso OLG Zweibrücken, Beschluss vom 3. Mai 2011 – 3 W 45/11, NJW 2011, 3527).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 1, 32 AVBFernwärmeV  
Lieferung von Fernwärme;  
Pacht einer funktionstüchtigen Heizungsanlage  
der Kunden für ein symbolisches Entgelt**

**Um die Lieferung von Fernwärme handelt es sich nur dann, wenn der Energieversorger/Energiedienstleister hohe Investitionen vorzunehmen hat, um seine Vertragspflicht zur Wärmelieferung erfüllen zu können. Hieran fehlt es regelmäßig, wenn der Energieversorger/Energiedienstleister sich im Wesentlichen lediglich dazu verpflichtet, eine bereits vorhandene, im Eigentum des Kunden stehende funktionstüchtige Heizungsanlage für ein symbolisches Entgelt anzupachten, zu warten und zu betreiben (im Anschluss an BGH, Urteile vom 25. Oktober 1989 – VIII ZR 229/88, BGHZ 109, 118 [= WuM 1990, 33]; vom 15. Februar 2006 – VIII ZR 138/05, NJW 2006, 1667 [= WuM 2006, 207]).**

(BGH, Urteil vom 21. 12. 2011 – VIII ZR 262/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagte, die Energiedienstleistungen anbietet, schloss am 17. September 2002 mit der W. und B. GbR (im Folgenden: GbR) einen vorformulierten Wärmelieferungsvertrag für das Grundstück A. Sch. S. in B. Der Vertrag trat gemäß seinem § 2 Abs. 1 mit Beginn der Wärmelieferungen am 1. Oktober 2002 in Kraft. Die Laufzeit des Vertrags beträgt gemäß seinem § 12 Abs. 1 zehn Jahre ab dem Ersten des auf die Vertragsunterzeichnung folgenden Monats. Nach § 15 des Vertrags ist die dem Vertrag als Anlage 1 beigefügte AVBFernwärmeV wesentlicher Vertragsbestandteil. Gemäß § 4 des Vertrags wurden der im zu versorgenden Gebäude gelegene „Heizraum“ und die „Heizstation“ vom Kunden (GbR) gestellt und von der Beklagten für 1 €/Jahr gepachtet. Die Beklagte verpflichtete sich im Wesentlichen neben der Brennstoffbeschaffung zur ordnungsgemäßen Wartung, Pflege und Reparatur der Heizstation. Die Kosten der baulichen Instandhaltung des Heizraums oblagen nach den Vertragsbestimmungen der GbR ebenso wie künftig notwendig werdende Ersatzinvestitionen, die Kosten für Betriebsstrom sowie die Wasser- und Abwasserkosten.

2 Die GbR begründete in der Folgezeit Wohnungseigentum auf dem Grundstück und veräußerte einige der Wohnungen. Der Wärmelieferungsvertrag wurde von der Klägerin, der Wohnungseigentümergeinschaft, übernommen und am 8./15. Mai 2007 zum 31. August 2007 gekündigt. Die Beklagte ist der Kündigung entgegengetreten; sie ist der Auffassung, der Vertrag ende erst mit Ablauf der Zehn-Jahres-Frist am 30. September 2012.

3 Das Landgericht Berlin hat der auf Feststellung des Vertragsendes zum 31. August 2007 gerichteten Klage mit der Maßgabe stattgegeben, dass der Vertrag am 31. Dezember 2007 beendet habe. Auf die Berufung der Beklagten hat das Kammergericht das Ersturteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

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

5 I. Das Berufungsgericht (KG, WuM 2010, 42 f.) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

6 Die Vereinbarung einer zehnjährigen Laufzeit des Wärmelieferungsvertrags sei gemäß § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV wirksam. Der Vertrag betreffe die Lieferung von Fernwärme im Sinne der AVBFernwärmeV. Der Begriff sei in sachlicher Übereinstimmung mit der Terminologie der Heizkostenverordnung zu bestimmen. Nach der amtlichen Begründung zu § 1 Abs. 1 HeizkostenV handele es sich um Fernwärme, wenn die Wärmelieferung nicht vom Gebäudeeigentümer, sondern von einem Dritten erfolge und dieser die Lieferung nach den Vorschriften der AVBFernwärmeV vornehme. Deshalb lieferten auch die Unternehmen Fernwärme, die die Heizungsanlage des Gebäudeeigentümers für diesen im eigenen Namen und für eigene Rechnung betrieben. So lägen die Dinge im Streitfall.



7 Soweit der Bundesgerichtshof entschieden habe, dass es sich um Fernwärme handele, wenn in einer nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehenden Heizungsanlage von einem Dritten Wärme produziert und an andere geliefert werde, sei nicht zu erkennen, dass der Bundesgerichtshof den Begriff der Fernwärme auf diese Fälle beschränken wolle.

8 Da die Versorgungsbedingungen im Streitfall nicht zum Nachteil des Kunden von den Regelungen der AVBFernwärmeV abwichen, stelle sich die Frage der Vereinbarkeit der zehnjährigen Bindung mit § 309 Nr. 9 BGB nicht, weil diese Vorschrift auf einen der AVBFernwärmeV unterliegenden Vertrag nicht angewendet werden könne.

9 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft eine Bindung der Klägerin an den Wärmelieferungsvertrag für die Dauer von zehn Jahren angenommen und aus diesem Grund die Wirksamkeit der von der Klägerin ausgesprochenen Kündigung verneint.

10 I. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lässt sich die Wirksamkeit einer zehnjährigen Vertragsbindung der Klägerin nicht aus § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV herleiten, da der Wärmelieferungsvertrag vom 17. September 2002 nicht die Lieferung von Fernwärme zum Gegenstand hat.

11 Der Begriff der Fernwärme ist gesetzlich nicht definiert. Nach der Rechtsprechung des Senats (Senatsurteile vom 25. Oktober 1989 – VIII ZR 229/88, BGHZ 109, 118, 126 [= WuM 1990, 33]; vom 15. Februar 2006 – VIII ZR 138/05, NJW 2006, 1667 [= WuM 2006, 207] Rn. 22) handelt es sich um Fernwärme, wenn aus einer nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehenden Heizungsanlage von einem Dritten nach unternehmenswirtschaftlichen Gesichtspunkten eigenständig Wärme produziert und an andere geliefert wird, wobei es auf die Nähe der Heizungsanlage zu dem versorgten Gebäude ebenso wenig ankommt wie auf das Vorhandensein eines größeren Leitungsnetzes.

12 a) In der Literatur wird demgegenüber teilweise die Auffassung vertreten, um Fernwärme handele es sich immer dann, wenn Dritte von einem gewerblichen Energiedienstleister mit Wärme gegen Zahlung eines regelmäßigen Entgelts nach vorher festgelegten Preisen beliefert würden; auf die Eigentumsverhältnisse komme es dabei ebenso wenig an wie auf die Nähe des Heizwerks zu den zu versorgenden Wohneinheiten (Witzel in Witzel/Topp, Allgemeine Bedingungen für die Fernwärmeversorgung <AVBFernwärmeV>, 2. Aufl., S. 45 ff.; Hack, Energie-Contracting, 2003, S. 15; Lippert, Energiewirtschaftsrecht, 2002, S. 654 f.; Topp, RdE 2009, 133, 134 ff.). Auch wenn die Wärmeproduktionsanlage integrativer Teil des Gebäudes sei, das mit Wärme versorgt werde, werde Fernwärme geliefert (Topp, aaO; aA Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 10. Aufl., § 1 HeizkostenV Rn. 23; ähnlich LG Hamburg, NJW 1984, 1562 f. [= WuM 1984, 136]).

13 b) Dem kann nicht gefolgt werden.

14 Der Ordnungsgeber hat in der Begründung zur AVBFernwärmeV unter anderem ausgeführt (BR-Drucks. 90/80, S. 32, abgedruckt bei Witzel/Topp, aaO S. 237):

„Die Fernwärmeversorgung hat ähnliche wirtschaftlich-technische Voraussetzungen wie die Strom- und Gasversorgung. Ein wichtiges gemeinsames Merkmal ist <...> der <...> Zwang zu hohen Investitionen.“

15 Dieser Verordnungsbegründung ist zu entnehmen, dass der Ordnungsgeber der AVBFernwärmeV den Zwang des Versorgers, hohe Investitionen vornehmen zu müssen, um seiner Lieferpflicht nachkommen zu können, als Wesensmerkmal des Fernwärmebegriffs ansieht.

16 Gerade diese mit der Einrichtung einer Fernwärmeversorgung verbundenen hohen Kosten haben den Ordnungsgeber der AVBFernwärmeV bewogen, in Fernwärmeversorgungsverträgen auch die formularmäßige Vereinbarung einer

zehnjährigen Vertragslaufzeit als zulässig anzusehen. So heißt es hierzu in der Verordnungsbegründung zu § 32 AVBFernwärmeV (abgedruckt bei Witzel/Topp, aaO S. 258 f.):

„Im Hinblick auf die Kapitalintensität der Fernwärmeversorgung sowie im Interesse einer möglichst verlässlichen Basis der Preiskalkulation muß das Versorgungsverhältnis langfristig angelegt sein. Eine Laufzeit von höchstens 10 Jahren erscheint angemessen.“

17 Der Inhalt des Fernwärmebegriffs kann nicht losgelöst von diesen Erwägungen des Ordnungsgebers bestimmt werden. Dies hat zur Folge, dass es sich nur dann um die Lieferung von Fernwärme handelt, wenn der Versorger/Energiedienstleister hohe Investitionen vorzunehmen hat, um seine Vertragspflicht zur Wärmelieferung erfüllen zu können.

18 Dies wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn der Versorger/Energiedienstleister vor Beginn der Versorgung die Wärmeproduktionsanlage auf eigene Kosten erstellt und/oder ein für die Wärmeversorgung erforderliches Leitungsnetz aufzubauen hat. Anders verhält es sich hingegen in Betriebsführungsmodellen, in denen sich der Versorger/Energiedienstleister im Wesentlichen lediglich dazu verpflichtet, eine bereits vorhandene, im Eigentum des Kunden stehende funktionstüchtige Heizungsanlage für ein symbolisches Entgelt anzupachten und zu betreiben. Denn in diesen Fällen fehlt es regelmäßig an der hohen Kostenintensität der Wärmeversorgung und damit an einem Wesensmerkmal des Fernwärmebegriffs. Das eine lange Vertragsbindung rechtfertigende berechtigte Interesse des Versorgers/Energiedienstleisters, die von ihm zur Versorgung aufgebrauchten hohen Investitionskosten über die Vertragslaufzeit hinweg amortisieren zu können, besteht in diesen Fällen nicht.

19 c) So verhält es sich im Streitfall. Die für diese Wertung erforderlichen tatsächlichen Feststellungen lassen sich dem Berufungsurteil entnehmen.

20 Nach § 4 Abs. 1 des Wärmelieferungsvertrages vom 17. September 2002 wurde „die zur Wärmeversorgung erforderliche, mängelfreie, den gesetzlichen Vorschriften und anerkannten Regeln der Technik entsprechende Heizstation vom Kunden gestellt“. Weiter heißt es dort, dass „der Kunde <...> die für den Betrieb der Heizstation erforderlichen Versorgungsleitungen auf dem Grundstück bzw. die für die eingesetzten Energieträger erforderlichen Lagereinrichtungen“ auf dem Grundstück vorhält. Die Beklagte fand somit bei Vertragsschluss eine im Eigentum der Klägerin stehende funktionsfähige Heizungsanlage sowie ein für die Versorgung ausreichendes Leitungsnetz vor. Für die Überlassung des Heizraums und der Heizstation wurde in § 4 Abs. 2 des Vertrags ein lediglich symbolischer Pachtzins von 1 €/Jahr vereinbart. Die Kosten der baulichen Instandhaltung des Heizraums oblagen der Klägerin ebenso wie künftig notwendig werdende Ersatzinvestitionen, die Kosten für Betriebsstrom sowie die Wasser- und Abwasserkosten. Die Beklagte verpflichtete sich neben der Brennstoffbeschaffung im Wesentlichen (lediglich) zur ordnungsgemäßen Wartung, Pflege und Reparatur der Heizstation.

21 d) Diesem Ergebnis können aus der Verordnung über die verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten (Verordnung über Heizkostenabrechnung – HeizkostenV) herleitbare Erwägungen nicht entgegengehalten werden. Zwar mag man der amtlichen Begründung (BR-Drucks. 632/80, S. 17) zu § 1 Abs. 1 HeizkostenV (vom 23. Februar 1981 in der bis zum 28. Februar 1989 geltenden Fassung der Bekanntmachung vom 5. April 1984 (BGBl. I S. 592)) entnehmen können, dass der Ordnungsgeber der Heizkostenverordnung auch diejenigen Kosten erfasst sehen wollte, die dadurch entstehen, dass ein Unternehmen es übernimmt, die Heizungsanlage des Gebäudeeigentümers für diesen im eigenen Namen und für eigene Rechnung zu betreiben. Daraus lässt sich indes für den Inhalt des Fernwärmebegriffs nichts gewinnen. Denn dass der Ordnungsgeber der Heizkostenverordnung die mit hohen Investitionskosten verbundene „klassische“ Fernwärme von den sich

seit dem Inkrafttreten der Heizkostenverordnung entwickeln den Nahwärmekonzepten – insbesondere dem Wärmecontracting – unterschieden hat, mit denen regelmäßig keine hohen Investitionen des Versorgers/Energiedienstleisters einhergehen, wird aus der Begründung der Verordnung zur Änderung energieeinsparender Vorschriften vom 19. Januar 1989 (BGBl. I S. 109) deutlich. Durch diese Verordnung ist die Heizkostenverordnung unter anderem dahingehend geändert worden, dass in § 1 Abs. 1 Nr. 2 der Begriff der „Lieferung von Fernwärme“ durch „eigenständige gewerbliche Lieferung von Wärme“ ersetzt worden ist. Der amtlichen Begründung (BR-Drucks. 494/88, S. 19, 21) hierzu ist zu entnehmen, dass durch diese Begriffsersetzung jede Art der eigenständigen gewerblichen Wärmelieferung abgedeckt sei, ohne Rücksicht darauf, ob sie in Lieferverträgen als Direkt-, Nah- oder Fernwärmelieferung deklariert würden, und dass damit neu entwickelte sogenannte Nah- und Direktwärmeverorgungskonzepte der Fernwärmelieferung rechtlich gleichgestellt seien. Der Ordnungsgeber unterscheidet damit begrifflich zwischen diesen verschiedenen Arten der Wärmeversorgung und will lediglich die Kosten aller genannten Versorgungskonzepte von der Heizkostenverordnung erfasst sehen.

22 2. Soweit § 12 des vorformulierten Wärmelieferungsvertrags ausdrücklich eine zehnjährige Vertragslaufzeit bestimmt, handelt es sich um eine von der Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB, die – da der Vertrag nicht die Lieferung von Fernwärme zum Gegenstand hat – der uneingeschränkten Inhaltskontrolle unterliegt (vgl. Senatsurteil vom 6. Juli 2011 – VIII ZR 37/10, NJW 2011, 3219 Rn. 28 mwN). Dieser hält die Bestimmung nicht stand. Es kann dabei dahin stehen, ob – wie die Revision annimmt – die angesprochene Vertragsbestimmung bereits an § 309 Nr. 9 BGB scheitert oder ob – wie die Revisionserweiterung geltend macht – die genannte Regelung nach § 310 Abs. 1 BGB deshalb nicht an § 309 Nr. 9 BGB zu messen ist, weil die Rechtsvorgängerin der Klägerin Unternehmerin gewesen sei. Denn jedenfalls sind die genannten Regelungen daraufhin überprüfbar, ob sie der Inhaltskontrolle nach der Generalklausel des § 307 BGB standhalten. Das ist nicht der Fall.

23 Ob die Regelung einer langjährigen Vertragsbindung in einem Dauerschuldverhältnis den Vertragspartner des Klauselverwenders unangemessen in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beschränkt, ist anhand einer grundsätzlich dem Trichter vorbehaltenen umfassenden Abwägung der schutzwürdigen Interessen beider Parteien im Einzelfall festzustellen. Da das Berufungsgericht eine derartige Abwägung nicht vorgenommen hat, kann sie der Senat auf der Grundlage der von den Tatsacheninstanzen getroffenen Feststellungen selbst vornehmen. Dabei ist insbesondere von Bedeutung, welcher Kapitalaufwand dem die Laufzeit vorgehenden Vertragszeit für die Erfüllung des Vertrages entsteht. Muss er hohe Entwicklungs- und Vorhaltekosten aufwenden, die sich nur bei längerer Vertragsdauer amortisieren, so rechtfertigt dies regelmäßig eine längerfristige Bindung des anderen Teils an den Vertrag (Senatsurteil vom 3. November 1999 – VIII ZR 269/98, BGHZ 143, 103, 115 f. mwN). Da der Beklagten für die Vertragserfüllung derart hohe notwendige Kosten – wie bereits oben (unter II 1 c) dargestellt – nicht zur Last fallen, fehlt eine sachliche Rechtfertigung für die zehnjährige Vertragsbindung.

24 Die Unangemessenheit der in § 12 Abs. 1 des Wärmelieferungsvertrags enthaltenen Laufzeitklausel hat zur Folge, dass diese vollständig und ersatzlos entfällt. Dispositives Gesetzesrecht, das an die Stelle der unwirksamen Klausel treten könnte, gibt es nicht. Eine teilweise Aufrechterhaltung der Laufzeitklausel mit einem die Klägerin weniger belastenden Inhalt, etwa einer geringeren als der in der Klausel vorgesehenen zehnjährigen Bindungsdauer, widerspricht dem in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seit langem anerkannten Verbot der geltungserhaltenden Reduktion unangemessener Allgemeiner Geschäftsbedingungen und kommt deshalb nicht in Betracht (vgl. Senatsurteil vom 3. November 1999 – VIII ZR 269/98, aaO

S. 118 f.) Da der Vertrag somit auf unbestimmte Zeit geschlossen war, konnte er von der Klägerin – wie vom Landgericht angenommen – zum 31. Dezember 2007 wirksam gekündigt werden.

25 III. Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben, es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, hat der Senat in der Sache selbst zu entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Dies führt zur Zurückweisung der Berufung der Beklagten gegen das Feststellungsurteil des Landgerichts.

**§§ 542, 709, 714 BGB; § 266 ZGB;  
§§ 1, 6 SchulRAnpG  
Grundstücksmiete; Neue Bundesländer;  
Garagengemeinschaft; Kündigung des Mietvertrags  
gegenüber der Gesellschaft der Garagengemeinschaft;  
Schuldrechtsanpassung; Beitrittsgebiet**

**a) Zur Rechtsnatur einer Garagengemeinschaft nach § 266 ZGB-DDR.**

**b) Für die Kündigung eines mit einer Außen-GbR abgeschlossenen Mietvertrages genügt es, wenn sich aus der Kündigungserklärung entnehmen lässt, dass das Mietverhältnis mit der Gesellschaft gekündigt werden soll und die Kündigung einem vertretungsberechtigten Gesellschafter zugeht.**

**c) Das gilt auch dann, wenn den Gesellschaftern die Vertretungsbefugnis gemeinschaftlich zusteht.**

(BGH, Urteil vom 23. 11. 2011 – XII ZR 210/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt von der Beklagten zu 1 die Räumung und Herausgabe einer mit einer Garagenanlage bebauten Grundstücksfläche im Beitrittsgebiet.

2 Mit Vereinbarung vom 19. September 1979 überließ die Rechtsvorgängerin der Klägerin der Beklagten zu 1 eine Teilfläche eines Grundstücks zur unbefristeten und unentgeltlichen Nutzung, damit diese hierauf Garagen errichten kann.

3 Zu diesem Zweck schlossen die 16 Mitglieder der Beklagten einen „Vertrag über die Bildung der Garagengemeinschaft S.W.“. Nach Ziff. 1 dieses Vertrages bildeten die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches der DDR über Gemeinschaften von Bürgern (§§ 266-273 ZGB-DDR) die Grundlage dieses Vertrages. Ziff. 3 Satz 1 des Vertrages sah vor, dass die Vertretung der Gemeinschaft allen Vertragspartnern gemeinschaftlich zusteht. Für die Erfordernisse der Praxis der gesellschaftlichen, insbesondere der rechtlichen Beziehungen wurde gemäß Ziff. 3 Satz 3 des Vertrages vier in einer Anlage 2 zu dem Vertrag benannten Mitgliedern als Vorstand der Gemeinschaft Generalvollmacht zur Erledigung von Rechtsgeschäften erteilt, wobei je zwei der Bevollmächtigten gemeinschaftlich zur Zeichnung berechtigt sein sollten.

4 In der Folgezeit wurden von der Beklagten zu 1 auf dem Gelände 16 Garagen errichtet.

5 Im August 2007 kündigte die Klägerin den Nutzungsvertrag ordentlich zum 30. November 2007, hilfsweise zum nächst möglichen Zeitpunkt. Die Kündigungsschreiben ließ die Klägerin den ihr bekannten 16 Mitgliedern der Beklagten zu 1 jeweils durch den Gerichtsvollzieher zustellen. Gegenüber der Beklagten zu 1 als solcher erfolgte keine ausdrückliche Kündigung des Vertrages.

6 Die Klägerin hat erstinstanzlich die Beklagte sowie neun weitere Mitglieder der Garagengemeinschaft auf Herausgabe und Räumung der Grundstücksfläche in Anspruch genommen. Das Amtsgericht Frankfurt (Oder) hat der Klage stattgegeben. Die allein von der Beklagten zu 1 eingelegte Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht [LG Frankfurt (Oder)] zugelassenen Revision möchte die Beklagte weiter die Abweisung der Klage erreichen.



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

8 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung ausgeführt, die Beklagte sei befugt gewesen, die Berufung auch ohne ihre Gesellschafter einzulegen, weil sie als Außen-GbR parteifähig sei. Die Beklagte habe sich als eine Garagengemeinschaft nach § 266 ZGB-DDR gebildet. Mit der Wiedervereinigung nach dem 2. Oktober 1990 habe die Bürgergemeinschaft nach § 266 ZGB-DDR nicht nach Art. 232 § 1 EGBGB fortbestehen können, so dass sie der Gesetzgeber gemäß § 4 Abs. 2 SchuldRAnpG seit dem Wirksamwerden des Beitritts als eine Art der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts mit Gesamthandsvermögen angesehen und so ihren Fortbestand kraft Gesetzes angeordnet habe. Als AußenGbR erfülle die Beklagte auch das Erfordernis, im Rechtsverkehr unter ihrem Namen aufzutreten.

9 In der Sache habe das Amtsgericht die Beklagte zu Recht sowohl gem. § 546 BGB als auch gem. § 985 BGB zur Räumung und Herausgabe des Garagengrundstücks und der Garagen verurteilt. Die Klägerin sei nämlich gemäß § 6 Abs. 1 SchuldRAnpG i. V. m. § 580 a Abs. 1 Nr. 3 BGB zur Kündigung des Nutzungsvertrags berechtigt gewesen.

10 Der Nutzungsvertrag sei nach Art. 232 § 4 a EGBGB mit dem Inkrafttreten des Schuldrechtsanpassungsgesetzes am 1. Januar 1995 in einen Mietvertrag überführt worden. Dies folge aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 SchuldRAnpG, da der Nutzungsvertrag eine Grundstücksüberlassung nach den §§ 312 ff. ZGB-DDR zum Zwecke der Errichtung von Garagen zu Grunde gelegen habe.

11 § 2 Abs. 2 SchuldRAnpG stehe dem nicht entgegen. Vom Anwendungsbereich des Schuldrechtsanpassungsgesetzes würden nur Verträge ausgeschlossen, die § 71 Abs. 2 des Gesetzes über das Vertragssystem in der sozialistischen Wirtschaft vom 25. März 1982 (Vertragsgesetz; nachfolgend zitiert als: VG-DDR) unterfielen. Im vorliegenden Fall sei nicht erkennbar, woraus sich die für die Anwendbarkeit des Vertragsgesetzes maßgebliche Eigenschaft der Beklagten als Wirtschaftseinheit ergeben könne. Allein der Umstand, dass das Mitglied der Garagengemeinschaft K. als „Vorsitzender des Wohnbezirksausschusses“ bezeichnet worden sei, führe nicht dazu, dass die Beklagte zu einer Wirtschaftseinheit im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 7 VG-DDR geworden sei und damit Rechtsfähigkeit erlangt habe. Auch die Vertragsgestaltung in Form der Unentgeltlichkeit und der sog. „Unbegrenztheit der Nutzung“ führe nicht zwingend zur Anwendbarkeit des Vertragsgesetzes der DDR.

12 Die Klägerin sei auch berechtigt gewesen, das Nutzungsverhältnis gemäß § 580 a Abs. 1 Nr. 3 BGB i. V. m. § 6 Abs. 1 SchuldRAnpG zu kündigen. Gemäß § 23 Abs. 6 Nr. 1 SchuldRAnpG habe nämlich der Kündigungsschutz für Verträge über Garagengrundstücke mit Ablauf des 31. Dezember 1999 geendet.

13 Das Kündigungsrecht zwischen den Rechtsvorgängern der Parteien sei nicht durch den Abschluss einer Individualvereinbarung ausgeschlossen worden, die nach § 6 Abs. 2 Satz 2 SchuldRAnpG weiterhin Geltung beanspruchen würde. Der Wortlaut des zwischen den Rechtsvorgängern der Parteien geschlossenen Nachtrags habe mit der Formulierung „unbefristeten und unentgeltlichen Nutzung“ nicht zu einem individuell verabredeten Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts geführt. Die Parteien hätten sich insoweit an den Wortlaut der damals geltenden Musterverträge für die Überlassung von Erholungs- und Freizeitgrundstücken gehalten und den Gesetzeswortlaut zum Inhalt der Abrede gemacht. Dies reiche für die Annahme einer Individualvereinbarung nach § 6 Abs. 2 Satz 2 SchuldRAnpG nicht aus.

14 Die Kündigungserklärung der Klägerin sei der Beklagten auch wirksam zugegangen. Zwar gelte grundsätzlich, dass bei einer Mehrheit von Mietern die Kündigungserklärung gegenüber allen Personen auf Mieterseite erklärt werden müsse. Deshalb sei es bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Mieterin erforderlich, die Kündigung allen Gesellschaftern zu kommen zu lassen.

15 Etwas anderes gelte dann, wenn die Beklagte – wie hier – eine AußenGbR sei. Die Kündigungserklärung sei in diesem Fall an sich an die Beklagte zu adressieren gewesen und wäre mit Zugang an die vertretungsberechtigten Gesellschafter wirksam geworden. Es sei aber ausreichend, wenn die Kündigungserklärung an alle Gesellschafter der Außen-GbR adressiert werde und diesen die Kündigungserklärung zugehe. Voraussetzung sei nur, dass aus der Kündigungserklärung ersichtlich werde, dass das bestehende Mietverhältnis mit der Außen-GbR als Mieterin gekündigt werden solle.

16 So verhalte es sich im vorliegenden Fall. Die Klägerin habe nämlich in ihrem an die einzelnen Mitglieder der Beklagten gerichteten Kündigungsschreiben vom 22. August 2007 allein den Nutzungsvertrag mit der Beklagten vom 19. September 1979 nebst Nachträgen gekündigt und so zum Ausdruck gebracht, dass dieser Vertrag durch die Kündigung beendet werden solle.

17 Der Wirksamkeit der Kündigungserklärung könne die Beklagte nicht entgegenhalten, dass einige Adressaten der Kündigungserklärung nicht Gesellschafter der Beklagten gewesen seien bzw. dass ihnen die Kündigungserklärung nicht zugegangen sei. Den Sachvortrag der Beklagten hierzu habe das Berufungsgericht nicht berücksichtigen dürfen, da das Amtsgericht den entsprechenden Sachvortrag in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 18. April 2008 zu Recht gemäß § 296 a ZPO zurückgewiesen habe. Soweit die Beklagte vortrage, die Klägerin habe in ihrem Schriftsatz vom 6. März 2008 mit der Behauptung, die Kündigungserklärungen seien wirksam zugestellt worden, eine neue Tatsachenbehauptung aufgestellt, verkenne sie, dass es sich hierbei allenfalls um eine – untaugliche – Rechts-tatsachenbehauptung handeln könne. Die Frage des rechtswirksamen Zugangs der Kündigungserklärung habe sich für die Beklagte schon nach Zustellung der Klageschrift stellen müssen.

18 Schließlich habe das Amtsgericht zutreffend das von der Beklagten im Hinblick auf die von ihr und ihren Mitgliedern errichteten Garagen behauptete Recht zum Besitz nach Art. 232 § 1 a BGB (richtig: Art. 233 § 2 a EGBGB) verneint, da diese Norm mit dem Inkrafttreten des Schuldrechtsänderungsgesetzes zum 1. Januar 1995 aufgehoben worden sei und die Rechtslage nunmehr nach dem Schuldrechtsanpassungsgesetz beziehungsweise dem Sachenrechtsbereinigungsgesetz zu beurteilen sei.

19 II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision stand. Die Klägerin hat den Grundstücksüberlassungsvertrag wirksam gekündigt (§ 580 a Abs. 1 Nr. 3 BGB i. V. m. § 6 Abs. 1 SchuldRAnpG). Die Beklagte zu 1 ist daher gemäß § 546 Abs. 1 i. V. m. § 6 Abs. 1 SchuldRAnpG, § 985 Abs. 1 BGB zur Herausgabe und Räumung des Garagengrundstücks verpflichtet.

20 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass auf den von den Rechtsvorgängern der Parteien abgeschlossenen Grundstücksüberlassungsvertrag die Bestimmungen des am 1. Januar 1995 in Kraft getretenen Schuldrechtsanpassungsgesetzes (SchuldRAnpG) vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2538) anwendbar sind. Bei dieser Vereinbarung handelt es sich um einen Vertrag zur Überlassung eines Grundstücks zur Errichtung von Garagen nach §§ 312 Abs. 1, 313 Abs. 2 ZGB-DDR (Ministerium der Justiz-DDR Komm. zum ZGB § 312 ZGB Anm. 1.2.; vgl. auch Horst GE 1996, 1262), der gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 SchuldRAnpG dem Anwendungsbereich dieses Gesetzes unterfällt.

21 Soweit die Revision hiergegen einwendet, bei der Vereinbarung handele es sich um einen Nutzungsvertrag nach § 71 VG-DDR, der nach § 2 Abs. 2 SchuldRAnpG vom Anwendungsbereich des Schuldrechtsanpassungsgesetzes ausgenommen ist, kann dem nicht gefolgt werden. Die Beklagte zu 1 ist keine Wirtschaftseinheit im Sinne von § 2 Abs. 1 VG-DDR, so dass das Vertragsgesetz auf den zwischen den Rechtsvorgängern der Parteien abgeschlossenen Nutzungsvertrag keine Anwendung findet.



22 a) Das Vertragsgesetz der DDR bildete die Rechtsgrundlage für Kooperationsvereinbarungen zwischen staatlichen Organen der DDR und den in § 2 Abs. 1 VG-DDR genannten Wirtschaftseinheiten, die der Koordinierung der Wirtschaftstätigkeit sowie der gemeinschaftlichen Lösung von Aufgaben dienen sollten (vgl. § 1 Abs. 1 VG-DDR). Deshalb war in personeller Hinsicht der Anwendungsbereich des Vertragsgesetzes auf staatliche Organe und die in § 2 Abs. 1 VG-DDR als Wirtschaftseinheiten bezeichneten Vereinigungen und Organisationseinheiten beschränkt (vgl. Staatliches Vertragsgericht beim Ministerrat der DDR Kommentar zum Gesetz über das Vertragssystem in der sozialistischen Wirtschaft 2. Aufl. Vorbem. zu §§ 1-5 Anm. 2.).

23 Soweit die Revision meint, die Garagengemeinschaft „S.W.“ sei ursprünglich als ein gemeinschaftliches Wirtschaftssubjekt zwischen dem zuständigen Wohnbezirksausschuss der Nationalen Front (WBA) und der Rechtsvorgängerin der Klägerin als damaliger sozialistischer Genossenschaft gebildet worden, verkennt sie die Rechtsnatur des Vertrages über die Bildung der Garagengemeinschaft „S.W.“.

24 b) Nach § 266 ZGB-DDR konnten sich Bürger zur Verbesserung ihrer Arbeits- und Lebensbedingungen durch Vertrag zu einer Gemeinschaft zusammenschließen, um durch Arbeitsleistungen und materielle Mittel Einrichtungen und Anlagen für die kollektive und individuelle Nutzung zu schaffen und zu unterhalten. Gemeinschaften im Sinne dieser Bestimmung waren insbesondere die sog. Garagengemeinschaften (Ministerium der Justiz-DDR Komm. zum ZGB § 266 ZGB Anm. 1.; vgl. ausführlich dazu Horst GE 1996, 1262, 1276). In dieser Rechtsform wollten sich auch die Mitglieder der Rechtsvorgängerin der Beklagten zu 1 organisieren. Bereits in § 1 des Vertrages wird ausdrücklich Bezug genommen auf die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches der DDR über die Gemeinschaften von Bürgern (§§ 266-273 ZGB-DDR). Mitglieder der Garagengemeinschaft sollten allein die in der Anlage 1 zu dem Vertrag aufgeführten Personen werden. Auch in seinem weiteren Inhalt entspricht die Vereinbarung den Vorgaben, die § 267 Abs. 1 ZGB-DDR für einen Vertrag zur Bildung einer Gemeinschaft von Bürgern i. S. v. § 266 ZGB-DDR beinhaltet.

25 c) Die von der Rechtsvorgängerin der Beklagten zu 1 gebildete Gemeinschaft von Bürgern gemäß § 266 ZGB-DDR ist indes nicht als Wirtschaftseinheit i. S. v. § 2 Abs. 1 VG-DDR zu qualifizieren. Zwar konnten nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 VG-DDR auch sozialistische Gemeinschaften und gemeinschaftliche Einrichtungen eine Wirtschaftseinheit sein, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass sie Rechtsfähigkeit besaßen (vgl. Staatliches Vertragsgericht beim Ministerrat der DDR Kommentar zum Gesetz über das Vertragssystem in der sozialistischen Wirtschaft 2. Aufl. Vorbem. zu §§ 1-5 Anm. 2.). Der Gemeinschaft nach § 266 ZGB-DDR wurde jedoch gerade keine Rechtsfähigkeit zuerkannt (vgl. Ministerium der Justiz-DDR Komm. zum ZGB § 266 ZGB Anm. 3.).

26 d) Die von der Beklagten zu 1 vorgelegten Unterlagen führen zu keiner anderen Beurteilung. Bei der Prüfung, ob die Vorschriften des Schuldrechtsanpassungsgesetzes im vorliegenden Fall Anwendung finden, ist zwischen dem Vertrag zur Errichtung der Garagengemeinschaft und dem anschließend von der Gemeinschaft abgeschlossenen Nutzungsvertrag zu unterscheiden. § 71 VG-DDR erfasste Nutzungsbeziehungen zwischen Wirtschaftseinheiten der sozialistischen Planwirtschaft (Göhring in Kiethe <Hrsg.> SchuldRAnpG § 2 Rn. 21). Einen Nutzungsvertrag im Sinne dieser Vorschrift konnte die Rechtsvorgängerin der Beklagten zu 1 somit bereits deshalb nicht abschließen, weil sie keine Wirtschaftseinheit gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 7 VG-DDR bildete und daher schon nicht von dem personellen Anwendungsbereich des Vertragsgesetzes der DDR erfasst wurde. Der von der Beklagten zu 1 vorgelegte Prüfbericht und die weiteren Schreiben beziehen sich nur auf den Nutzungsvertrag und führen deshalb zu keiner anderen Beurteilung der Rechtsnatur der Rechtsvorgängerin der Beklagten zu 1.

27 e) Das Berufungsgericht hat daher zu Recht angenommen, dass der Nutzungsvertrag mit dem Inkrafttreten des Schuldrechtsanpassungsgesetzes zum 1. Januar 1995 nach § 6 Abs. 1 SchuldRAnpG in einen Mietvertrag überführt worden ist. Dabei ist unerheblich, dass der zwischen den Rechtsvorgängern der Parteien abgeschlossene Nutzungsvertrag eine unentgeltliche Überlassung der Grundstücksfläche vorgesehen hatte. Denn § 6 Abs. 1 SchuldRAnpG findet auf sämtliche von § 1 Abs. 1 Nr. 1 SchuldRAnpG erfasste Grundstücksüberlassungsverträge Anwendung, unabhängig davon, ob für die Nutzung die Erbringung einer Gegenleistung vereinbart war (vgl. dazu auch MünchKommBGB/Kühnholz 4. Aufl. § 20 SchuldRAnpG Rn. 1). Wurde ein Grundstück zur Errichtung von Garagen überlassen, ist auf das Vertragsverhältnis regelmäßig Mietrecht anzuwenden (vgl. Horst GE 1996, 1262, 1273; Matthiessen in Kiethe <Hrsg.> SchuldRAnpG § 6 Rn. 15).

28 2. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass das Recht der Klägerin zur Kündigung des Vertrages nicht durch den Abschluss einer Individualvereinbarung ausgeschlossen wurde.

29 a) Zwar bleiben nach § 6 Abs. 2 Satz 1 und 2 SchuldRAnpG Vereinbarungen, die die Beteiligten bis zum Ablauf des 2. Oktober 1990 getroffen haben, von den jeweiligen Bestimmungen des Schuldrechtsanpassungsgesetzes unberührt, wenn sie vom Inhalt eines Vertrages vergleichbarer Art abweichen, nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung eines Beteiligten führen und wenn von ihnen anzunehmen ist, dass die Beteiligten sie auch getroffen hätten, wenn sie die durch den Beitritt bedingte Änderung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse vorausgesehen hätten. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass es sich um nichttypisierte Vereinbarungen handelt, die einen individuellen, von den gesetzlichen Vorgaben abweichenden Inhalt haben (Horst GE 1996, 1262, 1270). Abreden, die sich nur auf die Wiedergabe des Gesetzeswortlauts beschränken oder in den seinerzeit häufig verwendeten Musterverträgen vorgedruckt wiederzufinden waren, reichen nicht aus (Matthiessen in Kiethe <Hrsg.> SchuldRAnpG § 6 Rn. 43; vgl. auch MünchKommBGB/Kühnholz 4. Aufl. § 6 SchuldRAnpG Rn. 5). Denn mit § 6 Abs. 2 Satz 1 und 2 SchuldRAnpG beabsichtigte der Gesetzgeber, solche individuell vertraglichen Abreden zwischen Grundstückseigentümern und Nutzern aus der typisierten Übergangsregelung des Schuldrechtsanpassungsgesetzes auszunehmen, bei denen die Interessen der Beteiligten im Einzelfall angemessene Berücksichtigung gefunden haben und die Vereinbarung auch unter marktwirtschaftlichen Verhältnissen getroffen worden wäre (BGH Urteil vom 25. November 1999 – VIII ZR 380/96 – NZM 1999, 312, 316f. [= WuM 1999, 234 KL]; vgl. auch Begründung zum Regierungsentwurf des Schuldrechtsänderungsgesetzes – SchuldRÄndG, BT-Drucks. 12/7135 S. 40).

30 b) Eine solche Individualvereinbarung ergibt sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichts indes nicht.

31 Im 2. Nachtrag zu der Vereinbarung vom 19. September 1979 haben die Rechtsvorgänger der Parteien unter der Ziff. 2 vereinbart, dass der Garagengemeinschaft die Grundstücksfläche zur unbefristeten und unentgeltlichen Nutzung überlassen wird. Entgegen der Auffassung der Revision kann hierin kein individualvertraglich vereinbarter Ausschluss des Rechts der Klägerin zur ordentlichen Kündigung des Nutzungsvertrages gesehen werden. Diese Vereinbarung entspricht inhaltlich bereits der in § 312 Abs. 2 Satz 2 ZGB-DDR vorgesehenen Regelung, wonach ein Vertrag zur Überlassung von land- und forstwirtschaftlich nicht genutzten Bodenflächen zu Zwecken der kleingärtnerischen Nutzung, Erholung und Freizeitgestaltung nur dann befristet abgeschlossen werden darf, wenn dafür gesellschaftlich gerechtfertigte Gründe vorliegen, die nach § 312 Abs. 2 Satz 3 ZGB-DDR im Vertrag anzugeben waren. Die unbefristete Überlassung von Grundstücksflächen war daher die Regel (vgl. Ministerium der Justiz-DDR Komm. zum ZGB § 312 ZGB Anm. 2). Hinzu kommt, dass eine ordentliche Kündigung des Grundstücksüberlassungsvertrages durch die

Rechtsvorgängerin der Klägerin bereits aufgrund der Regelung des § 314 Abs. 4 Satz 3 ZGB-DDR nicht möglich war. Nach dieser Vorschrift konnte das Nutzungsverhältnis, wenn der Nutzungsberechtigte in Ausübung des Nutzungsrechts auf der Bodenfläche ein Wochenendhaus oder eine Garage errichtet hatte, gegen seinen Willen nur durch gerichtliche Entscheidung aufgehoben werden. Selbst wenn also, wie die Revision meint, die Rechtsvorgängerin der Klägerin mit der in dem 2. Nachtrag gewählten Formulierung einen Verzicht auf das Recht zur ordentlichen Kündigung hätte zum Ausdruck bringen wollen, wäre dies keine von der vertragstypischen Regelung abweichende Individualvereinbarung gewesen, weil der Rechtsvorgängerin der Klägerin schon nach der gesetzlichen Regelung kein ordentliches Kündigungsrecht zugestanden hat. Damit läge, das Vorbringen der Revision hierzu unterstellt, keine individuell ausgehandelte Vertragsbestimmung mit einem von den gesetzlichen Vorgaben abweichenden Inhalt vor, die nach § 6 Abs. 2 Satz 1 und 2 SchuldRAnpG fortbestehen würde. Deshalb war das Berufungsgericht auch nicht gehalten, den Zeugen N. zum Inhalt der Vereinbarung zu vernehmen.

32 3. Der Nutzungsvertrag wurde von der Klägerin wirksam gemäß § 580 a Abs. 1 Nr. 3 BGB i. V. m. § 6 Abs. 1 SchuldRAnpG gekündigt. Das Berufungsgericht hat jedenfalls im Ergebnis zu Recht angenommen, dass die Kündigungserklärung der Beklagten wirksam zugegangen ist.

33 a) Auf die vormalig als Gemeinschaft von Bürgern i. S. v. § 266 ZGB-DDR gegründete Garagengemeinschaft sind gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 SchuldRAnpG die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts anzuwenden. Da die Rechtsvorgängerin der Beklagten zu 1 durch den Bau und die Unterhaltung der auf der Grundstücksfläche errichteten Garagenanlage am allgemeinen Rechtsverkehr teilgenommen hat, ist sie seit dem Inkrafttreten des Schuldrechtsanpassungsgesetzes als eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu qualifizieren, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Rechtsfähigkeit besitzt, soweit sie – wie hier – durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet (BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 ff. [= WuM 2001, 134]). Partei des ursprünglich mit der Rechtsvorgängerin der Klägerin geschlossenen Nutzungsvertrags ist daher nach der Schuldrechtsanpassung allein die Beklagte zu 1, so dass ihr gegenüber die Kündigung des Nutzungsvertrages zu erklären war.

34 b) Entgegen der Auffassung der Revision muss jedoch die Kündigungserklärung eines mit einer Außen-GbR abgeschlossenen Mietvertrags nicht allen Gesellschaftern zugehen. Lässt sich aus der Kündigungserklärung entnehmen, dass das Mietverhältnis mit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gekündigt werden soll, genügt es, wenn die Kündigung einem vertretungsberechtigten Gesellschafter zugeht (§ 164 Abs. 3 BGB; vgl. Schmidt-Futterer/Blank Mietrecht 10. Aufl. § 542 BGB Rn. 27; Rolfs in Emmerich/Sonnenschein Miete 10. Aufl. § 542 BGB Rn. 11; Blank in Blank/Börstinghaus Miete 3. Aufl. § 542 Rn. 26; Opreé in Lindner-Figura/Opreé/Stellmann Geschäftsraummiete 2. Aufl. Kap. 15 Rn. 70; Kandelhard in Herrlein/Kandelhard (Hrsg.) Mietrecht 4. Aufl. § 542 BGB Rn. 24; Palandt/Weidenkaff BGB 70. Aufl. § 542 Rn. 18). Das gilt auch dann, wenn den Gesellschaftern gemäß §§ 709 Abs. 1, 714 BGB die Vertretungsbefugnis gemeinschaftlich zusteht (Staudinger/Habermeier <2003> § 714 BGB Rn. 11; Prütting/Wegen/Weinreich/von Ditfurth BGB 6. Aufl. § 714 Rn. 4; Palandt/Sprau BGB 70. Aufl. § 714 Rn. 4; Staudinger/Rolfs <2010> § 542 BGB Rn. 38; Erman/Lützenkirchen BGB 13. Aufl. § 542 Rn. 15). Aus den § 125 Abs. 2 Satz 3 HGB, § 78 Abs. 2 Satz 2 AktG, § 35 Abs. 2 Satz 3 GmbHG, § 25 Abs. 1 Satz 3 GenG und §§ 26 Abs. 2, 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB wird zu Recht der allgemeine Rechtsgrundsatz abgeleitet, dass einer Personenmehrheit eine Willenserklärung durch Abgabe gegenüber einem der Gesamtvertreter zugeht (BGH Urteil vom 17. September 2001 – II ZR 378/99 – ZIP 2001, 2227 mwN; MünchKommBGB/Schramm 5. Aufl. § 164 BGB Rn. 87; Palandt/Ellenberger BGB 70. Aufl. § 167 Rn. 14).

35 c) Auf dieser rechtlichen Grundlage ist von einem wirksamen Zugang der Kündigungserklärung auszugehen.

36 (1) Aus dem an die ihr bekannten Gesellschafter der Beklagten zu 1 gerichteten Kündigungsschreiben ergibt sich, dass die Klägerin den mit der Garagengemeinschaft abgeschlossenen Nutzungsvertrag vom 19. September 1979 kündigen wollte und sich die Kündigung nicht nur auf die Vertragsbeziehung mit einzelnen Gesellschaftern beziehen sollte. Insbesondere weist die Klägerin in den gleichlautenden Kündigungsschreiben die Gesellschafter der Beklagten zu 1 auf deren gesamtschuldnerische Haftung für die Räumungs- und Herausgabeverpflichtung als Mitglieder der Garagengemeinschaft hin. Aus der maßgeblichen Sicht der Erklärungsempfänger (§ 133 BGB) war daher diesen Schreibern klar zu entnehmen, dass die Klägerin den Nutzungsvertrag mit der Gesellschaft kündigen wollte.

37 (2) Da die Kündigungserklärung nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, die von der Revision nicht angegriffen werden, jedenfalls auch den Gesellschaftern P. und K. (den ehemaligen Beklagten zu 5. und 6.) zugestellt worden ist und diese zu ständigen Vertretern der Garagengemeinschaft bestellt worden waren (vgl. Anlage 2 zum Vertrag über die Bildung der Garagengemeinschaft S.W.), ist jedenfalls ein wirksamer Zugang bei einem vertretungsberechtigten Gesellschafter der Beklagten zu 1 erfolgt. Ob darüber hinaus an andere Gesellschafter der Beklagten zu 1 eine wirksame Zustellung erfolgte, kann daher ebenso dahingestellt bleiben wie die Frage, ob das Amtsgericht das Vorbringen der Beklagten zu 1, die Kündigungserklärung sei nicht allen Gesellschaftern wirksam zugegangen, zu Recht gemäß § 296 a ZPO als verspätet zurückgewiesen hat.

38 4. Schließlich hat das Berufungsgericht auch zu Recht ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten zu 1 verneint.

39 Unabhängig von der von der Revision angesprochenen Frage, wann der Entschädigungsanspruch nach § 12 SchuldRAnpG entsteht (vgl. dazu AG Strausberg VIZ 2001, 448), scheidet ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten zu 1 wegen eines möglichen Entschädigungsanspruchs für die von ihren Gesellschaftern errichteten Garagen jedenfalls an den §§ 578 Abs. 1, 570 BGB i. V. m. § 6 Abs. 1 SchuldRAnpG. Nach diesen Vorschriften kann der Mieter gegenüber dem Rückgabeanspruch des Vermieters ein Zurückbehaltungsrecht nicht geltend machen. Dieser Ausschluss erstreckt sich auch auf gesetzliche Ansprüche, die neben dem Anspruch auf Rückgabe gemäß § 546 BGB bestehen (Schmidt-Futterer/Streyll Mietrecht 10. Aufl. § 570 BGB Rn. 5 mwN).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 17a GVG; § 266 FamFG;  
§§ 348, 511, 526, 543, 567, 568, 572, 574 ZPO  
Gewerberaummiete; Eheleute als Vertragsparteien;  
Rechtsstreit; Rechtsweg zu allgemeinen Zivilgerichten  
nach Trennung der Eheleute; sonstige Familiensache;  
doppelrelevante Tatsachen**

**Behauptet der gewerbliche Mieter (Ehemann) gegenüber der Mietzahlungsklage der Vermieterin (Ehefrau), das gewerbliche Mietverhältnis sei „anlässlich der Trennung der Parteien entweder aufgehoben oder gekündigt oder jedenfalls beeinträchtigt“ worden, oder rechnet er hilfsweise mit Gegenforderungen auf, die in „trennungsbedingten finanziellen Folgen wurzeln“, handelt es sich nicht um eine sonstige Familiensache i.S. des § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG.**

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. 12. 2011 – I-10 U 149/11)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin nimmt den Beklagten aus einem Gewerberaummietvertrag vom 2. 1. 1998 auf Zahlung rückständiger Mieten für die Zeit von September 2009 bis einschließlich Juli 2011 in Anspruch; das Mietverhältnis ist infolge stillschweigend ausgeübter Verlängerungsoption bis 1. 1. 2013 befristet. Die Ehe der Parteien ist seit dem 5. 4. 2011 rechts-



kräftig geschieden; das Zugewinnausgleichsverfahren ist noch nicht abgeschlossen. Wegen der sonstigen Einzelheiten wird auf die Darstellung unter Ziffer II. der angefochtenen Entscheidung (veröffentlicht in juris) Bezug genommen. Das Landgericht Krefeld – 2 O 226/11 – (Einzelrichter) hat „den Rechtsweg zum Landgericht“ für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Amtsgericht – Familiengericht – Krefeld verwiesen. Zur Begründung hat es aufgeführt, nach dem Vortrag des Beklagten handele es sich um eine sonstige Familiensache im Sinne des § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG, da sich dieser auf Veränderungen des Mietverhältnisses im Zuge der Trennung berufe; dasselbe ergebe sich daraus, dass der Beklagte hilfsweise mit Gegenforderungen aufgerechnet habe, deren Klärung nach § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG den Familiengerichten vorbehalten sei. Schon wegen dieser Hilfsaufrechnung sei ohne Bedeutung, dass die Klägerin das tatsächliche Vorbringen des Beklagten bestreite; außerdem seien auch sogenannte doppelrelevante Tatsachen im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung gem. § 266 FamFG von Bedeutung, da andernfalls die vom Gesetz erstrebte Konzentration beim Familiengericht durch entsprechenden Vortrag des Klägers gesteuert werden könne. Gegen diese Entscheidung richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte sofortige Beschwerde der Beklagten, der der Einzelrichter des Landgerichts nicht abgeholfen hat.

**Aus den Gründen:** Das zulässige Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg.

I. Die sofortige Beschwerde ist statthaft. Gemäß Abs. 6 des § 17a GVG gelten dessen Absätze 1 bis 5 im Verhältnis zwischen den in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Familiensachen zuständigen Spruchkörpern entsprechend. Nach Absatz 4 Satz 3 i. V. mit Abs. 2 Satz 1 jener Vorschrift ist die sofortige Beschwerde eröffnet, wenn das erstinstanzliche Gericht den beschrittenen Rechtsweg für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an ein Gericht des von ihm für zulässig erachteten Rechtsweg verwiesen hat. Um eine solche Entscheidung handelt es sich vorliegend. Zwar ist im angefochtenen Beschluss ein nicht existenter „Rechtsweg zum Landgericht“ für unzulässig erklärt worden, weil es sich hierbei lediglich um eine Instanz der ordentlichen (Zivil- und Straf-)Gerichtsbarkeit handelt; auch kennt das Gesetz keine „Zuständigkeitsprüfung gemäß § 266 FamFG“, da sich die Aufgabenverteilung zwischen den Gerichten der allgemeinen Zivilgerichtsbarkeit und den Familiengerichten nach den Bestimmungen des GVG richtet. Bei sachgemäßer Auslegung ist die angefochtene Entscheidung aber dahin zu verstehen, dass das Landgericht den Rechtsweg zu den allgemeinen Zivilgerichten für unzulässig erklärt hat; infolgedessen ist die vom Beklagten form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde nach §§ 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, 17a Abs. 6 i. V. mit Absatz 4 Satz 3 GVG statthaft.

II. Das Rechtsmittel ist auch begründet. Der Beschluss des Landgerichts ist verfahrensfehlerhaft, weil nicht vom Einzelrichter hätte erlassen werden dürfen; im Übrigen fällt der Rechtsstreit nicht in die Zuständigkeit des Familiengerichts.

1. Die angefochtene Entscheidung kann schon deshalb keinen Bestand haben, weil sie vom Kammervorsitzenden als Einzelrichter und deshalb in unzulässiger Besetzung erlassen worden ist.

Zwar unterliegen Streitigkeiten in gewerblichen Miet- oder Pachtsachen nicht der zwingenden Kammerzuständigkeit nach § 348 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Gemäß § 348 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO ist der Einzelrichter jedoch zur Vorlage an die vollbesetzte Kammer verpflichtet, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat. Der Begriff der grundsätzlichen Bedeutung ist im weitesten Sinne zu verstehen; er erstreckt sich wie bei § 526 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 1 oder § 568 Satz 2 Nr. 2 ZPO auf sämtliche Zulassungsgründe im Sinne der §§ 511 Abs. 4 Satz 1, 543 Abs. 2 Satz 1, 574 Abs. 2 ZPO. Dies hat zur Folge, dass nicht der Einzelrichter, sondern das Kollegium entscheiden muss, wenn es zur Fortbildung des Rechts oder zur Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung einer Entscheidung des Rechtsmittelge-

richts bedarf. Setzt sich der Einzelrichter über seine zwingende Vorlagepflicht hinweg, so liegt darin zugleich ein Verstoß gegen das Verfassungsgebot des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG), der einen wesentlichen, vom Rechtsmittelgericht von Amts wegen zu berücksichtigenden Verfahrensmangel darstellt (BGH, Beschlüsse vom 13. 3. 2003 – V ZB 134/02 – BGHZ 154, 200, 202 = NJW 2003, 1254, 1255, vom 11. 8. 2003 – XII ZB 188/02 – NJW 2003, 3712 [= WuM 2003, 709], und vom 15. 6. 2011 – II ZB 20/11 – NJW 2011, 2974, 2976, Rn. 18 mwN.).

So liegt der Fall hier. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen den allgemeinen Zivil- und Familiengerichten bei gewerblichen Miet- oder Pachtverhältnissen zwischen Ehegatten und die hierfür maßgeblichen Abgrenzungsgesichtspunkte sind für die Rechtspraxis von erheblicher Bedeutung (vergl. Heinemann, MDR 2009, 1026) und bislang weder höchstrichterlich geklärt noch – soweit ersichtlich – Gegenstand obergerichtlicher Entscheidungen geworden; auch das Landgericht hat für seine Rechtsauffassung keine Belegstelle aufzuzeigen vermocht. Dass der Einzelrichter dem vorliegenden Fall gerade deshalb eine grundsätzliche Bedeutung beigemessen hat, ergibt sich sowohl aus der Begründung seiner Entscheidung (vergl. BGH, Beschluss vom 11. 9. 2003 aaO.) wie auch dem Umstand, dass diese unmittelbar nach ihrem Erlass bei juris veröffentlicht worden ist; er hat somit seine Erwägungen als Beitrag zur Rechtsfortbildung verstanden. Unter diesem Umständen war der Einzelrichter zur Vorlage der Sache an die Kammer verpflichtet.

2. Dieser Verfahrensmangel hindert den Senat jedoch nicht an einer Sachprüfung (§ 572 Abs. 3 ZPO); danach erweist sich das Rechtsmittel als begründet. Rechtsstreitigkeiten zwischen Ehegatten aus gewerblichen Miet- oder Pachtverhältnissen fallen nicht in die Zuständigkeit der Familiengerichte; auf das Verteidigungsvorbringen des Beklagten oder den Rechtscharakter der von ihm geltend gemachten Gegenrechte kommt es nicht an.

a) Entgegen der die angefochtene Entscheidung tragenden Auffassung des Landgerichts lässt sich seine Unzuständigkeit nicht schon daraus herleiten, dass das gewerbliche Mietverhältnis der Parteien nach dem (streitigen) Vortrag des Beklagten „anlässlich der Trennung der Parteien entweder aufgehoben oder gekündigt oder jedenfalls beeinträchtigt wurde“; erst recht kommt es nicht darauf an, dass der Beklagte „hilfsweise mit Gegenforderungen aufrechnet, die in trennungsbedingten finanziellen Folgen wurzeln“. Beide Gesichtspunkte sind für die Beurteilung der Zuständigkeit bedeutungslos.

Für die Zulässigkeit des Rechtswegs ist der jeweilige Streitgegenstand maßgebend; dieser wird allein vom Kläger bestimmt. Abgesehen von dem Sonderfall der negativen Feststellungsklage bestimmt sich die Rechtswegzuständigkeit daher ausschließlich nach dem tatsächlichen Vortrag des Klägers. Der Zuständigkeitsprüfung ist deshalb der Sachverhalt zugrunde zu legen, den der Kläger dem Gericht zur Begründung seines Klageanspruchs unterbreitet hat; stellt sich dieser als Folge eines Sachverhalts dar, dessen Beurteilung in die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts fällt, ist der beschrittene Rechtsweg eröffnet. Inhalt und Rechtsnatur der vom Beklagten erhobenen Einwendungen sind dagegen für die Frage der Zuständigkeit belanglos; bei ihrer Prüfung ist vielmehr die tatsächliche Richtigkeit des Klagevorbringens zu unterstellen (GmS-OBG, Beschlüsse vom 29. 10. 1987 – GmS-OBG 1/86 – BGHZ 102, 280, 283 = NJW 1988, 2295, 2296, und vom 20. 7. 1989 – GmS-OBG 1/88 – NJW 1990, 1527; BGH, Urteil vom 16. 2. 1984 – IX ZR 45/83 – BGHZ 90, 187, 190 = NJW 1984, 1622, 1623; BGH, Beschlüsse vom 11. 7. 1996 – V ZB 6/96 – BGHZ 133, 240, 243 = NJW 1996, 3012, und vom 27. 10. 2009 – VIII ZB 42/08 – BGHZ 183, 49 = NJW 2010, 873, 874, Rn. 13 ff.; BAG, Urteil vom 14. 12. 1988 – 7 AZR 773/87 – NJW 1989, 2909; Beschluss vom 24. 4. 1996 – 5 AZB 25/95 – NJW 1996, 2948 und 2849 mwN.; BVerwG, Beschluss vom 30. 5. 2006 – 3 B 78/05 – NJW 2006, 2586). Dies gilt selbst dann, wenn zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen zusammenfallen; auch



im Fall solcher „doppelrelevanten Tatsachen“ ist für die Zuständigkeitsfrage die Richtigkeit des Klagevortrags zu unterstellen (BGH, Beschlüsse vom 11. 7. 1996 und 27. 10. 2009; BAG, Beschluss vom 24. 4. 1996; jeweils mwN.). Diese Grundsätze gelten auch für die Zuständigkeitsabgrenzung innerhalb derselben Gerichtsbarkeit (vgl. BAG, Beschluss vom 24. 4. 1996 mwN.) und damit auch für das von Verhältnis zwischen allgemeinen Zivilgerichten und Familiengerichten, für das § 17a Abs. 6 GVG die entsprechende Anwendung der voranstehenden Regelungen anordnet. Sie dienen dem Bedürfnis des Klägers an einer Vereinfachung und Beschleunigung des Rechtsstreits; abweichende Interessen des Beklagten – und erst recht ein etwaiges Desinteresse des angerufenen Gerichts an einer Auseinandersetzung mit „doppelrelevanter Tatsachen“ – bleiben im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung außer Betracht (BGH, Beschluss vom 27. 10. 2009, Rn. 14).

Danach ist das Verteidigungsvorbringen des Beklagten entgegen der Auffassung des Landgerichts für die Feststellung seiner Zuständigkeit bedeutungslos; es kann daher dahinstehen, dass seine Berufung auf eine nachträgliche Änderung der mietvertraglichen Abreden oder eine Kündigung des Mietverhältnisses überhaupt keine „doppelrelevante“ Tatsache darstellt. Erst recht kommt es nicht darauf an, ob die von der Beklagten hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Klageforderungen im Aktivprozess vor den Familiengerichten zu verfolgen wären; eine Haupt- oder Hilfsaufrechnung des Schuldners hat auf die Rechtsnatur der vom Gläubiger geltend gemachten Ansprüche keinerlei Einfluss. Bedeutung hat die rechtliche Charakterisierung der hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Forderungen erst im Falle der Entscheidungserheblichkeit und dies auch nur für die Frage, ob § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG auch die (materiell-rechtlich zulässige) Aufrechnung mit sogenannten rechtswegfremden Forderungen erlaubt (dazu Musielak-Wittschier, 8. Aufl., § 17 GVG, Rn. 10 mwN.). Verneinendenfalls ist das angerufene Gericht lediglich befugt, über die Klageforderung durch Vorbehaltsurteil nach § 302 ZPO zu entscheiden und den Rechtsstreit – gegebenenfalls unter Fristsetzung – bis zur Entscheidung des zuständigen Gerichts über die Gegenforderung auszusetzen (BAG, Beschlüsse vom 23. 8. 2001 – 5 AZB 3/01 – NJW 2002, 317, und vom 28. 11. 2007 – 5 AZB 44/07 – NJW 2008, 1020, 1021; BFH, Beschluss vom 9. 4. 2002 – VII B 73/01 – NJW 2002, 3126, 3128); seine Zuständigkeit für die sachliche Prüfung des Klageanspruchs bleibt hiervon unberührt.

b) Die demnach allein maßgeblichen Forderungen der Klägerin aus dem Gewerberaummietvertrag vom 2. 1. 1998 fallen nicht in die Prüfungskompetenz der Familiengerichte. Deren Zuständigkeit in Familiensachen ergibt sich aus § 23a Abs. 1 Nr. 1 GVG; der Begriff der Familiensachen ist in § 111 FamFG definiert. Aus dem Katalog dieser Vorschrift kommen nach der zutreffenden Auffassung des Beklagten nur die in § 266 FamFG umschriebenen „Sonstigen Familiensachen“ (Ziffer 10.) in Betracht. Dass es sich bei den mit der Klage geltend gemachten Mietzinsforderungen nicht um aus der Ehe herrührende Ansprüche im Sinne von Abs. 1 Ziffer 2 dieser Bestimmung handele, zieht auch der Beklagte nicht in Zweifel; entgegen seiner Auffassung handelt es sich auch nicht um „Ansprüche im Zusammenhang mit Trennung oder Scheidung“ im Sinne von § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG.

aa) Den vom Beklagten insoweit für bedeutsam gehaltenen Umständen vermag der Senat keinerlei Gewicht beizumessen.

Der Mietvertrag vom 2. 1. 1998 ist weit vor Trennung und Scheidung abgeschlossen worden und steht mit dem Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft in keinerlei Zusammenhang. Er erstreckt auf abgegrenzte Räumlichkeiten im „Erdgeschoss links“ und wird von der früheren oder gegenwärtigen Nutzung der übrigen Teile des Gebäudes in keiner Weise berührt. Die streitbefangenen Mietzinsforderungen beruhen nach dem Klagevorbringen darauf, dass das Mietverhältnis der Parteien auch über die Rechtskraft der Scheidung hinaus unverändert fortbesteht. Etwaige (insoweit nicht einmal von der Beklagten als relevant angesehene) Änderungen während der

Trennungsphase sind schon deshalb belanglos, weil sie von der Klägerin in Abrede gestellt werden (oben a); im Übrigen lassen sie den Rechtscharakter des Vertragsverhältnisses unberührt. Dasselbe gilt für die vom Beklagten hervorgehobenen „umfangreichen Verhandlungen u. a. über die Vermögensauseinandersetzung der Parteien“, weil sich die gerichtliche Zuständigkeitsverteilung nicht mit den Aufgaben der mit der Herbeiführung einer umfassenden Scheidungsfolgenregelung beauftragten Rechtsanwälte deckt; nur letztere muss sich unabhängig von ihrer schuld- oder familienrechtlichen Einordnung zwangsläufig auf sämtliche Rechtsbeziehungen zwischen den Ehegatten erstrecken.

Schließlich kommt es auch nicht darauf an, dass die mit der Klage geltend gemachten Forderungen ganz oder teilweise auch für etwaige Zugewinnausgleichsansprüche Bedeutung haben können und das Verfahren hierüber noch nicht abgeschlossen ist. Zum Stichtag bestehende wechselseitige Ansprüche zwischen Ehegatten sind zwar nach § 1375 Abs. 1 Satz 1 BGB im Endvermögen des Anspruchsinhabers als Aktivposten und in demjenigen des Schuldners als Verbindlichkeit zu berücksichtigen (BGH, Urteile vom 11. 9. 2002 – XII ZR 9/01 – FamRZ 2002, 1696, 1698 = NJW 2002, 2702, 3703, und vom 12. 11. 2008 – XII ZR 134/04 – FamRZ 2009, 193, 194 = NJW 2009, 1343, 1344, Rn. 10 mwN.). Insoweit handelt es sich aber um lediglich um bloße Rechnungsposten im Rahmen der Zugewinnausgleichsbilanz, die auf Bestand und Rechtsnatur der eingestellten Forderungen keinerlei Einfluss hat. Die Feststellung jener Forderung ist gegenüber den Saldierungsvorgängen des Zugewinnausgleichs nicht nachrangig; das Ergebnis des rechtskräftig abgeschlossenen Rechtsstreits über die schuldrechtlichen Ansprüche ist vielmehr umgekehrt in den Zugewinnausgleichssaldo einzustellen, soweit es am Stichtag bereits fällige Forderungen betrifft (vgl. BGH, Urteil vom 12. 11. 2008).

bb) Der danach allein verbleibende Gesichtspunkt, dass das Mietverhältnis der Parteien bereits während ihrer Ehe bestand und über den Zeitpunkt der Scheidung hinaus fortgeführt wurde, rechtfertigt jedenfalls bei Verträgen über Gewerberäume nicht ihre Zuordnung zu den sonstigen Familiensachen im Sinne des § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG (a.A. Heinemann MDR 2009, 1026, 1027).

Dies ergibt sich bereits aus Wortlaut und Zweck der Vorschrift. Jene Bestimmung erfasst nicht sämtliche Ansprüche zwischen Ehegatten, sondern nur solche, die in einem Zusammenhang mit Trennung, Scheidung oder Eheaufhebung stehen. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollte zwar durch § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG insbesondere die vermögensrechtliche Auseinandersetzung zwischen den Ehegatten außerhalb des Güterrechts (sog. Nebengüterrecht) den Familiengerichten zugewiesen werden; auch in diesem Fall muss aber ein Zusammenhang mit Trennung, Scheidung oder Aufhebung der Ehe bestehen (Regierungsentwurf BR-Dr. 309/07, S. 588). Der Begriff des Zusammenhangs hat dabei sowohl eine inhaltliche wie eine zeitliche Komponente (aaO.); ein inhaltlicher Zusammenhang ist etwa dann gegeben, wenn das Verfahren die wirtschaftliche Entflechtung der (vormaligen) Partner, Dispositionen im Hinblick auf die Verbindung oder Vorgänge anlässlich ihrer Beendigung betrifft (Meyer-Seitz/Kröger/Heiter, FamRZ 2005, 1430, 1436).

All dies trifft für gewerbliche Mietverhältnisse zwischen Ehegatten nicht zu, weil diese durch Trennung oder Scheidung nicht berührt werden. Anders als in dem im Gesetzgebungsverfahren ins Auge gefassten Beispielfällen wie etwa Gesamtschuldnerausgleich, Auseinandersetzung einer Ehegattinnen-gesellschaft oder Rückgewähr ehebedingter Zuwendungen (aaO. S. 367 und 588) geht es gerade nicht um eine durch das Scheitern der Ehe veranlasste (Rück-)Abwicklung von Rechtsbeziehungen, sondern um Forderungen aus einem fortbestehenden Dauerschuldverhältnis, das von den Vertragsparteien auf eine von ihren familienrechtlichen Beziehungen unabhängige schuldrechtliche Ebene gestellt wurde und nach Bestand und Inhalt vom Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft los-

gelöst ist. Infolgedessen handelt es sich auch nicht um ein „Nebengüterrecht“, da das dem Mieter eingeräumte Nutzungsrecht fortbesteht und deshalb weder einer „vermögensrechtlichen Auseinandersetzung“ noch einer „wirtschaftlichen Entflechtung“ bedarf. Damit fehlt bereits jeder inhaltliche Zusammenhang mit Trennung oder Scheidung der Vertragspartner; eine andere Betrachtung würde zudem spätestens unter dem Gesichtspunkt des zeitlichen Zusammenhangs zu unhaltbaren Ergebnissen führen. Wird dieses negiert (so OLG Frankfurt, Beschluss vom 3. 5. 2010 – 4 W 6/10 – FamRZ 2010, 1581, 1582 f. = NJW 2010, 3173, 3174; Heinemann aaO.; jeweils mwN.), müssten sich die Familiengerichte allein deshalb auf unabsehbare Dauer mit sämtlichen wechselseitigen Ansprüchen aus langfristigen Miet- oder Pachtverhältnissen zwischen Ehegatten befassen, weil deren Trennung oder Scheidung in die Vertragslaufzeit fällt; hält man daran fest (so Regierungsentwurf und Meyer-Seitz/Kröger/Heiter aaO.; Burger, FamRZ 2009, 1017, 1019 mwN.), wäre die gerichtliche Zuständigkeit etwa für Mietzinsforderungen aus Zeitspannen vor und nach Trennung oder Scheidung in einer mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht zu vereinbarenden Weise der Beliebigkeit preisgegeben (vergl. OLG Frankfurt aaO.).

Nichts anderes ergibt sich aus übergeordneten Gesichtspunkten. Zwar ist die durch §§ 111 Nr. 10, 266 FamFG herbeigeführte Zuständigkeitserweiterung Bestandteil einer Konzentration aller familienrechtlichen Verfahren beim sogenannten „Großen Familiengericht“, die der Gesetzgeber als einen der wichtigsten Reformziele des FamFG angesehen hat; zu seiner Umsetzung hat er die Zuständigkeit der Familiengerichte auch auf bestimmte Verfahren erstreckt, die zuvor vor den Zivilgerichten geführt wurden (BR-Dr. 309/07, S. 366 f. und 586; Meyer-Seitz/Kröger/Heiter aaO.; 1432 f.; Kretzschmar/Meyesen, FPR 2009, 1; Hütter/Kodal, FamRZ 2009, 917). Eine grenzenlose Entlastung der streitigen Zivilgerichtsbarkeit für Rechtsstreitigkeiten zwischen Ehegatten und deren Angehörigen war hierdurch jedoch nicht beabsichtigt. Von der Überführung der sonstigen Familiensachen in die Zuständigkeit der Familiengerichte sollten vielmehr nur solche allgemeine Zivilrechtsstreitigkeiten erfasst werden, die eine besondere Nähe zu familienrechtlich geregelten Rechtsverhältnissen (Verlöbnis, Ehe) aufweisen oder die in engem Zusammenhang mit der Auflösung eines solchen Rechtsverhältnisses stehen (Verteilung gemeinschaftlicher Verbindlichkeiten oder gemeinsamen Eigentums, Ausgleich von Zuwendungen usw.; BR-Dr. 309/07, S. 367, 370 und 586 f.; Meyer-Seitz/Kröger/Heiter aaO., 1436; Leutheusser-Schnarrenberger, FPR 2009, 43, 44; Borth, FamRZ 2009, 157, 166; Rakete-Dombek, NJW 2009, 2769, 2770; Burger, FamRZ 2009, 1017, 1017 f.). Als entscheidendes Ordnungskriterium galt dabei allein die Sachnähe des Familiengerichts zum Verfahrensgegenstand; im Interesse aller Beteiligten sollte es ihm möglich sein, alle durch den sozialen Verband von Ehe und Familie sachlich verbundenen Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden. Auf diese Weise sollten ineffektive und zudem alle Beteiligten belastende Verfahrensverzögerungen, Aussetzungen und Mehrfachbefassung von Gerichten vermieden werden (BR-Dr. 309/07, S. 367).

Auf gewerbliche Miet- oder Pachtverhältnisse zwischen Ehegatten treffen jene Erwägungen nicht zu. Dauerschuldverhältnisse dieser Art stehen gerade nicht in einer Nähe zu familienrechtlich geregelten Rechtsverhältnissen oder ihrer Auflösung, sondern sind von den Vertragsparteien bewusst hiervon abgekoppelt und aus jedem „sozialen Verband von Ehe und Familie“ herausgelöst worden. Von einer besonderen Sachnähe des Familiengerichts zum Verfahrensgegenstand kann ebenfalls keine Rede sein; Streitigkeiten über gewerbliche Miet- oder Pachtsachen gehören vielmehr unverändert in die originäre Zuständigkeit der streitigen Zivilgerichtsbarkeit, ohne dass jene Spezialmaterie – wie der vorliegende Fall zeigt – durch eine besondere Sachkunde des Familiengerichts für die entscheidungserheblichen Rechtsfragen geprägt wäre. Erst recht würde die Einbeziehung dieser Rechtsstreitigkeiten in den Zuständig-

keitsbereich der Familiengerichtsbarkeit nicht zu einer Verhinderung von Verfahrensverzögerungen, Aussetzungen und Mehrfachbefassungen führen, sondern gerade umgekehrt das auf beschleunigte Abwicklung angelegte familiengerichtliche Verfahren zusätzlich belasten.

III. Aufgrund der Rüge des Beklagten hat der Senat die Zuständigkeit der allgemeinen Zivilgerichtsbarkeit vorab festzustellen (§ 17a Abs. 6 i. V. mit Abs. 3 GVG). Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens beruht auf § 91 ZPO; § 17b Abs. 2 GVG findet keine Anwendung (BGH, Beschlüsse vom 17. 6. 1993 – V ZB 31/02 – NJW 1993, 2541, 2542, vom 18. 5. 1995 – I ZB 22/04 – NJW 1995, 2295, 2297, und vom 30. 9. 1999 – V ZB 24/90 – NJW 1999, 3785, 3786; Musielak-Wittschier, § 17b GVG, Rn. 5 mwN.). Für den Streitwert des Beschwerdeverfahrens ist ein Bruchteil des Hauptsachestreitwerts maßgebend (BGH, Beschlüsse vom 30. 1. 1997 – III ZB 110/06 – NJW 1997, 1636, 1637, vom 19. 12. 1996 – III ZB 105/96 – NJW 1998, 909, 910, vom 30. 9. 1999 aaO., vom 14. 3. 2000 – KZB 34/99 – NJW 2000, 2749, und vom 18. 9. 2008 – V ZB 40/08 – NJW 2008, 3572, 3574; BAG, Beschluss vom 15. 3. 2000 – 5 AZB 70/99 – NJW 2000, 2690, 2692; Musielak-Wittschier aaO. mwN.); diesen bemisst der Senat mit 25%. Gemäß § 17a Abs. 4 Satz 4 GVG hat er darüber hinaus die „Beschwerde“ zuzulassen, weil er der Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung beimisst (oben II. 1.); hierbei handelt es sich um die Rechtsbeschwerde im Sinne der §§ 574 ff. ZPO (BGH, Beschlüsse vom 12. 11. 2002 – XI ZB 5/02 – NJW 2003, 433, 434, vom 16. 10. 2002 – VIII ZB 27/02 – BGHZ 152, 213, 214 f. = NJW-RR 2003, 277, 279, und vom 26. 11. 2002 – VI ZB 41/02 – NJW 2003, 1192 f.; BAG, Beschlüsse vom 26. 9. 2002 – 5 AZB 15/02 – NJW 2002, 3725, und vom 19. 12. 2002 – NJW 2003, 1069).

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

**§§ 535, 546a, 566 BGB; §§ 56, 57, 90, 146 ZVG  
Gewerberaummieta; Lagerhalle; Büro; Ansprüche des  
Erstehers auf Mietzins und Nutzungsentschädigung;  
Räumung; Rückgabe der Mietsache; Gebrauchs-  
überlassung; Schlüssel zum Objekt; BGB-Gesellschaft  
als Vermieterin, Schuldner als Eigentümer**

**1. Der Erster tritt als Erwerber an Stelle des Schuldners nur in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Insoweit macht es keinen Unterschied, ob der Mietvertrag noch mit dem Schuldner oder erst während eines laufenden Zwangsverwaltungsverfahrens mit dem Zwangsverwalter abgeschlossen worden ist.**

**2. Ist die Miete für eine Lagerhallenfläche monatlich im Voraus, spätestens bis zum dritten Werktag auf das Konto des Zwangsverwalters zu zahlen, und erfolgt der Zuschlag erst nach Fälligkeit der Miete, geht der Mietzahlungsanspruch nicht auf den Erster über.**

**3. § 56 Satz 2 ZVG betrifft nur den Binnenausgleich zwischen dem Schuldner und dem Erster, verschafft diesem aber keinen eigenen Anspruch gegen den Mieter auf Zahlung einer bereits vor dem Zuschlag fällig gewordenen Mietsforderung.**

**4. Den Mieter trifft die Darlegungs- und Beweislast für die fristgerechte Räumung und Rückgabe der Mietsache.**

**5. Der Anspruch auf Mietzinszahlung gemäß § 535 Abs. 2 BGB entsteht nur, wenn der insoweit vorleistungspflichtige Vermieter dem Mieter den unmittelbaren Besitz an der Mietsache verschafft hat.**

**6. Ebenso wie es an einer vollständigen Rückgabe der Mietsache fehlt, wenn der Mieter zwar seine Sachen aus den Räumen entfernt, die Schlüssel aber zurückbehält, fehlt es an einer Gebrauchsüberlassung, wenn der Vermieter dem Mieter die zugehörigen Schlüssel nicht aushändigt.**



**7. Sind Schuldner und jeweils zu je 1/2 Anteil eingetragene Eigentümer zwei natürliche Personen und ist das Grundstück durch eine von den Schuldner gebildete BGB-Gesellschaft vermietet worden, tritt der Ersteher mangels Identität nicht gemäß §§ 57 ZVG, 566 BGB mit dem Zuschlag in den bestehenden Mietvertrag ein.**

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 23. 12. 2010 – I-10 U 60/10)

**Aus den Gründen:** Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache lediglich in Höhe eines Betrages von 535,50 € (= Nutzungsentschädigung Lagerfläche Juli 2008) Erfolg. Demgegenüber führt die Berufung des Beklagten – abgesehen von dem auf die Berufung der Klägerin dieser zuerkannten Betrag von 535,50 € – zur Aufhebung der erstinstanzlichen Verurteilung über einen Betrag von insgesamt 4876,65 € und in diesem Umfang zur Abweisung der Klage. Das beruht im Einzelnen auf folgenden Erwägungen:

**A. Berufung der Klägerin**

1. Mietzins- bzw. Nutzungsentschädigungsansprüche Halle 3677,48 €

Entsprechend der mit Schriftsatz vom 1. 12. 2008 korrigierten Berechnung setzt sich der geltend gemachte Anspruch wie folgt zusammen:

genutzte Fläche 479 qm × 4,00 € × 50 Tage (12. 6.–31. 7. 2008)	= 3090,32 €
Mehrwertsteuer	<u>587,16 €</u>
Sa.	3677,48 €

Das Landgericht [Düsseldorf] hat einen Anspruch der Klägerin auf Zahlung restlicher Miete bzw. Nutzungsentschädigung u. a. mit der Begründung abgelehnt, der Beklagte habe die Miete noch schuldbefreiend an den Zwangsverwalter zahlen können. Die Klägerin habe auch nicht bzw. jedenfalls nicht substantiiert bestritten, dass der Beklagte die Miete für Juni nicht an den Zwangsverwalter gezahlt habe. Nach der Beweisaufnahme stehe auch nicht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass der Beklagte mehr als die ihm vermietete Teilfläche von 150 qm der Halle genutzt habe. Hiergegen wendet sich die Klägerin nur teilweise mit Erfolg.

a. Die Klägerin hat – ausgehend von einer vermieteten Fläche von 150 qm – einen Anspruch auf Mietzahlung in geltend gemachter anteiliger Höhe von 452,20 € (= 150 qm × 4 € : 30 Tage × 19 Tage = 380 € + MWSt) gegen den Beklagten nicht gemäß §§ 146, 90, 57 ZVG, 566 BGB durch den Zuschlag am 12. 8. 2008 erworben. Ist das Grundstück – wie hier durch den Mietvertrag vom 9./13. 5. 2008 mit dem Zwangsverwalter – einem Mieter überlassen, findet u. a. die Vorschrift des § 566 BGB entsprechende Anwendung. Danach tritt der Ersteher bei Versteigerung des Grundstücks als Erwerber an Stelle des Schuldners in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Insoweit macht es keinen Unterschied, ob der Mietvertrag noch mit dem Schuldner oder erst während eines laufenden Zwangsverwaltungsverfahrens mit dem Zwangsverwalter abgeschlossen worden ist (vgl. BGH, Urt. v. 20. 5. 1992, MDR 1992, 871 = NJW 1992, 3041 = Rpfleger 1992, 403 = WPM 1992, 1543 = ZIP 1992, 862 – XII ZR 77/91; Senat, Urt. v. 8. 10. 2009, I-10 U 62/09 [= GuT 2011, 170 KL]).

Durch den Eigentumsübergang tritt hinsichtlich der vertraglichen Ansprüche eine Zäsur ein: alle schon vorher entstandenen und fällig gewordenen Ansprüche bleiben bei dem bisherigen Vermieter und nur die nach dem Zeitpunkt des Eigentumswechsels fällig werdenden Forderungen stehen dem Grundstückserwerber zu (BGH, Urt. v. 9. 2. 2005, DWW 2005, 103 = GE 2005, 362 = NJW 2005, 1187 = NZM 2005, 253 = WuM 2005, 201 [= GuT 2005, 119 KL] = ZMR 2005, 354 – VIII ZR 22/04; Urt. v. 19. 6. 2006, GE 2006, 1034 = NZM 2006, 696 = WuM 2006, 435 = ZMR 2006, 761 – VIII ZR 284/05; Palandt/Weidenkaff, BGB, 69. Aufl. 2010, § 566, RdNr. 17). Der Ersteher erwirbt danach nur solche Mietforderungen, die nach

dem Zuschlag fällig werden. Ob die Forderung vor dem Zuschlag erfüllt worden ist, wie der Beklagte behauptet, ist unerheblich.

Da die Miete für die Hallenfläche gemäß § 4 des Mietvertrages monatlich im Voraus, spätestens bis zum dritten Werktag auf das Konto des Zwangsverwalters zu zahlen war, ist der Anspruch insoweit spätestens am 4. 6. 2008 (= Mittwoch) und damit zeitlich vor dem Zuschlag (12. 8. 2008) fällig geworden und nicht auf die Klägerin als Erwerberin übergegangen. Für die Anwendung der §§ 412, 407 BGB ist daneben kein Raum. Auf die Ausführungen der Klägerin zur Verletzung einer Hinweispflicht durch das Landgericht kommt es mithin nicht an.

b. Entgegen der Auffassung des Landgerichts steht der Klägerin jedoch wegen verspäteter Rückgabe der Hallenfläche erst zum 31. 07. 2008 ein Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung für den Monat Juli 2008 in vereinbarter Höhe von 535,50 € (= 450,00 € + 19% MWSt) zu. Der Beklagte, den insoweit die Darlegungs- und Beweislast trifft (Nies in Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 3. Aufl., § 546 a BGB, RdNr. 2 m.w.N.), hat nicht bewiesen, die gemietete Hallenfläche vor dem 31. 7. 2008 geräumt und zurückgegeben zu haben. Welche Gegenstände an welcher Stelle der Halle bis zum 31. 7. 2008 vorhanden waren und wem diese zugeordnet waren, ist nach der zutreffenden Würdigung des Landgerichts, die der Senat sich zu eigen macht, anhand der Aussagen der Zeugen V., H., L. und M. nicht festzustellen. Damit ist der Beklagte für eine fristgerechte Räumung und Herausgabe zum 30. 6. 2008 beweisfällig geblieben und schuldet die vereinbarte Miete nach Ablauf des Mietvertrages zum 30. 6. 2008 insoweit als Nutzungsentschädigung.

Soweit die Klägerin weitergehend für die Mietfläche über den vereinbarten qm-Preis von 3 € netto (= 450 € : 150 qm) hinaus eine Nutzungsentschädigung von insgesamt 4 € verlangt, hat sie eine ortsübliche Nutzungsentschädigung in dieser Höhe weder schlüssig dargelegt noch bewiesen.

c. Über die laut Vertrag mit dem Zwangsverwalter gemietete Fläche von 150 qm hinaus, hat die Klägerin einen weiteren Mietvertrag mit dem Beklagten über eine zusätzliche Hallenfläche von 329 qm nicht dargetan, so dass Ansprüche aus § 546 a BGB insoweit nicht in Betracht kommen.

Ansprüche auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung aus den §§ 812, 987, 990 BGB scheitern bereits daran, dass die Klägerin eine Nutzung der Hallenfläche über die gemietete Fläche hinaus weder schlüssig dargetan noch bewiesen hat.

Soweit die Klägerin insoweit die Beweiswürdigung des Landgerichts angreift, rechtfertigt dies eine Abänderung des angefochtenen Urteils nicht. Sie setzt damit lediglich ihre Bewertung der Beweise an Stelle der des Gerichts, was für den Berufsgrund des §§ 513, 529 I Nr. 1 ZPO nicht ausreicht. § 529 I ZPO normiert eine grundsätzliche Bindung des Berufungsgerichts an die tatsächlichen Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts. Eine Wiederholung der Beweisaufnahme kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Hieran fehlt es. Das Landgericht ist unter Beachtung der gesetzlichen Voraussetzungen von Beweisaufnahme und Beweiswürdigung zu einem auch vom Senat für richtig gehaltenen Ergebnis gelangt.

Das Landgericht hat den Prozessstoff in ausreichender Weise gewürdigt und die an das Beweismaß zu stellenden Anforderungen zutreffend eingeschätzt. Es hat sich mit den Aussagen insbesondere der Zeugen V., H., L. und M. in hinlänglicher Weise auseinander gesetzt und hieraus mit nachvollziehbarer Begründung abgeleitet, dass aufgrund der Zeugenaussagen eine über eine Fläche von 150 qm hinausgehende Nutzung der Halle nicht festgestellt werden kann. Die Beweiswürdigung des Erstgerichts ist in sich geschlossen, widerspruchsfrei, durchaus plausibel und nicht mit Verstößen gegen Denkgesetze oder Er-



fahrungssätze behaftet. Ausreichende Anhaltspunkte, die objektive Zweifel an der Richtigkeit der insoweit getroffenen Feststellungen begründen, werden von der Berufung weder schlüssig aufgezeigt noch sind sie dem erstinstanzlichen Vorbringen der Parteien zu entnehmen. Der Aussage des Zeugen V. sind konkrete Anhaltspunkte für eine Nutzung der Hallenfläche über eine Fläche von 150 qm hinaus insoweit nicht zu entnehmen. Seine Zuordnung der in der Halle am 2. 7. 2008 noch lagernden Materialien (Druckmaschine + Elektronikzubehör) zur Firma des Beklagten ist rein spekulativ. Dass die Materialien auf Paletten aufgebaut gewesen sein sollen, rechtfertigt für sich allein nicht die Schlussfolgerung die Materialien seien von dem Beklagten dort gelagert gewesen. Das gilt umso mehr, als nach der Aussage des Zeugen L., der seinen Mietvertrag über einen Teil der Hallenfläche von einem der Rechtsvorgänger der Klägerin ableitet, bereits in 2007 größere Geräte in der Halle gestanden haben, z. B. Drucker einer japanischen Firma. Für 2007 ist eine Teilnutzung der Halle durch den Beklagten aber nicht festgestellt. Der Mietvertrag mit dem Zwangsverwalter über einen Teil der Hallenfläche von 150 qm datiert erst aus 2008. Der Zeuge musste zudem einräumen, dass er nicht sagen könne, ob die Geräte dem nicht mit dem Beklagten identischen Unternehmen S., dass dann in Insolvenz gefallen sei, oder dem Beklagten zuzuordnen waren. Gegenteiliges folgt auch nicht aus der Aussage des Zeugen H. Weder lässt sich dieser eine räumliche Einordnung der in der Halle verbliebenen Sachen zum Mietbereich des Beklagten entnehmen noch wird deutlich, woraus der Zeuge seine Schlussforderung zieht, dass es sich bei den zwischen August und Oktober möglicherweise von dem Beklagten gelagerten Kartons mit Elektroartikeln tatsächlich um Sachen des Beklagten handelte. Das gilt auch hier umso mehr als auch der Zeuge H. bekundet, dass der ebenfalls den Namen S. tragende Vater des Beklagten, d. h. einer der Schuldner, in dem Objekt noch Räumlichkeiten genutzt hat. Unter diesen Umständen ist nicht auszuschließen, dass die von den Zeugen beschriebenen Gegenstände nicht doch den Schuldnern bzw. der von dieser betriebenen GbR zuzurechnen sind. Die Aussage des Zeugen M ist unergiebig.

## 2. Anteilige Miete Büro Erdgeschoss für Juni 2008 (263,78 €)

Die Klägerin wendet sich ohne Erfolg gegen die Zurückweisung des geltend gemachten Anspruchs auf Zahlung einer restlichen Miete für Juni 2008 in Höhe von 263,78 €. Der Senat lässt an dieser Stelle offen, ob die Klägerin wegen der fehlenden Identität zwischen den Schuldnern und der Vermieter-GbR durch den Zuschlag überhaupt in den bestehenden Mietvertrag vom 1. 5. 2007 über eine Bürofläche im Erdgeschoss des Gebäudes eingetreten ist. Selbst wenn hiervon auszugehen wäre, hat die Klägerin einen Anspruch auf Mietzahlung gegen den Beklagten nicht gemäß §§ 146, 90, 57 ZVG, 566 BGB durch den Zuschlag am 12. 8. 2008 erworben. Insoweit gilt das vorstehend unter 1. a) zum Anwendungsbereich der §§ 57 ZVG, 566 BGB Gesagte entsprechend.

Da die Miete für die Bürofläche gemäß § 5 Abs. 1 des Mietvertrages monatlich im Voraus, spätestens bis zum dritten Werktag zu zahlen war, ist der Anspruch insoweit spätestens am 4. 6. 2008 (= Mittwoch) und damit zeitlich vor dem Zuschlag (12. 8. 2008) fällig geworden und nicht auf die Klägerin als Erwerberin übergegangen.

Soweit die Nutzungen gemäß § 56 Satz 2 ZVG von dem Zuschlag an dem Ersteher gebühren, betrifft die Vorschrift nur den Binnenausgleich zwischen dem Schuldner und dem Ersteigerer, verschafft dem Ersteher aber wegen §§ 57 ZVG, 566 BGB keinen eigenen Anspruch auf Zahlung einer bereits vor dem Zuschlag fällig gewordenen Mietforderung gegen den Mieter (Stöber, ZVG, 19. Aufl., § 56, Anm. 3. 2). Entsprechend § 667 BGB hat der Zwangsverwalter das von diesem Zeitpunkt an bis zur Aufhebung der Zwangsverwaltung Erlangte an den Ersteher herauszugeben (BGH, Urt. v. 24. 9. 2009, WuM 2009, 680 = ZMR 2010, 106 – IX ZR 149/08).

3. Rechtsanwaltskosten in Höhe von 661,16 € stehen der Klägerin nicht zu. Das Landgericht hat eine Schadensersatzpflicht mit der Begründung abgelehnt, es sei nach ihrem Vorbringen nicht erkennbar, dass und in Bezug auf welche Beträge der Beklagte vor Aufnahme der Tätigkeit durch ihren Prozessbevollmächtigten in Verzug gesetzt worden sei. Die Klägerin beruft sich zwar auf eine Verletzung der gerichtlichen Hinweispflicht, versäumt aber den vom Landgericht vermissten schlüssigen Vortrag nachzuholen. Ihre Behauptung, der Beklagte sei vor dem 15. 9. 2008 mehrfach durch den Zeugen M. zur Zahlung aufgefordert worden, ist substanzlos.

## B. Berufung des Beklagten

1. Mit seiner Berufung wendet sich der Beklagte mit Erfolg gegen seine Verurteilung zur Zahlung der Miete für die Büroräume im Obergeschoss des streitgegenständlichen Objekts. Es mag dahin stehen, ob das Landgericht die erhobenen Beweise zutreffend gewürdigt und zu Recht angenommen hat, dass zwischen den Parteien in der Besprechung im Juli 2008 ein mündlicher Mietvertrag über die Büroräume im Obergeschoss des Objekts zustande gekommen ist. Selbst wenn ein Mietvertragsschluss als bewiesen anzusehen wäre, folgt hieraus nicht automatisch eine Zahlungspflicht des Beklagten.

Der vertragliche Anspruch auf Mietzinszahlung gemäß § 535 Abs. 2 BGB entsteht nur, wenn der insoweit vorleistungspflichtige Vermieter dem Mieter den unmittelbaren Besitz an der Mietsache verschafft hat. Wie Besitz zu verschaffen ist – nach Sachlage kommt hier nur unmittelbarer Besitz in Betracht –, bestimmt das Gesetz in § 854 BGB. Danach kann der Besitz durch Übertragung der tatsächlichen Gewalt vom alten auf den neuen Besitzer erworben werden (§ 854 I BGB) oder durch schlichte Einigung, falls der Erwerber in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben (§ 854 II BGB). Mehr ist nicht erforderlich (BGH, Urt. v. 22. 10. 1975, BGHZ 65, 137 = JZ 1976, 65 = LM § 571 BGB Nr. 23 = MDR 1976, 218 = NJW 1976, 105 = WPM 1975, 1231 – VIII ZR 122/74). Ebenso wie es an einer vollständigen Rückgabe der Mietsache fehlt, wenn der Mieter zwar seine Sachen aus den Räumen entfernt, die Schlüssel aber zurückbehält (BGH, Urt. v. 22. 9. 2010, VIII ZR 285/09 [= WuM 2010, 688]; Urt. v. 10. 1. 1983, BGHZ 86, 204 – VIII ZR 304/81), fehlt es an einer Gebrauchsüberlassung, wenn der Vermieter dem Mieter die zugehörigen Schlüssel nicht aushändigt (OLG Düsseldorf, Urt. v. 1. 4. 2004, NZM 2004, 946 = OLGR 2004, 376 = ZMR 2004, 673 [= WuM 2004, 416 = GuT 2004, 130 KL] – 24 U 227/03; Staudinger/Emmerich, 2006, § 535 BGB, RdNr. 15). Nach nahezu einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum hat der Vermieter dem Mieter – sofern keine abweichende Vereinbarung besteht – sämtliche Schlüssel für die gemieteten Räume zu übergeben. Nur so kann ihm das alleinige Besitzrecht verschafft werden (Nachweise bei OLG Düsseldorf, a. a. O.). Im Streitfall hat der Beklagte bereits erstinstanzlich eingewendet, ihm sei die Mietsache nicht überlassen worden. Zweitinstanzlich hat er geltend gemacht, ihm seien auch keine Schlüssel überlassen worden.

Die für die Gebrauchsüberlassung darlegungs- und beweispflichtige Klägerin hat eine Gebrauchsüberlassung an den Beklagten weder schlüssig dargelegt noch bewiesen (§ 139 ZPO). Hierauf hat der Senat im Termin ausdrücklich hingewiesen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme kann auch nicht festgestellt werden, dass der Beklagte die oberen Büroräume bereits in Benutzung genommen und dort seine Sachen eingebracht hat. Ein Mietzinsanspruch steht der Klägerin danach weder nach dem Haupt- noch nach ihrem Hilfsantrag zu.

2. Der Beklagte greift auch seine Verurteilung zum Ersatz des den anerkannten Betrag von 416,50 € übersteigenden Mietausfalls von weiteren 291,50 € wegen verspäteter Räumung mit Erfolg an.

Wie aus dem überreichten Zuschlagsbeschluss hervorgeht, sind Schuldner und jeweils zu je 1/2 Anteil eingetragene Eigentümer zwei natürliche Personen, nämlich die Herren X+X.

Diese haben die Räume im Erdgeschoss aber nicht an den Beklagten vermietet, sondern Vermieterin ist die X & X GbR, der nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29. Januar 2001 (II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 [= WuM 2001, 134]) die Rechts- und Parteifähigkeit einer (Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts zukommt. Fehlt danach die Identität zwischen den Schuldner und der Vermieterin des Beklagten, ist die Klägerin nicht gemäß §§ 57 ZVG, 566 BGB mit dem Zuschlag in den bestehenden Mietvertrag eingetreten. Auch hierauf hat der Senat im Termin ausdrücklich hingewiesen. Der Beklagte schuldet ihr daher weder Miete noch Nutzungsentschädigung.

Selbst wenn man es als zulässig ansähe, dass sich der Hauptvermieter mit dem Untermieter auf eine Räumung des Objekts verständigt, so war die Klägerin jedenfalls aufgrund des fortbestehenden Mietvertrags mit der Vermieter-GbR ohne deren Zustimmung bzw. Kündigung des Vertragsverhältnisses zwischen den Schuldner und der GbR gehindert, sich eigenmächtig den Besitz der Büroräume zu verschaffen und diese anderweitig zu vermieten. Der BGH stuft die nicht durch einen gerichtlichen Titel gedeckte eigenmächtige Inbesitznahme einer Wohnung und deren eigenmächtiges Ausräumen durch einen Vermieter als unerlaubte Selbsthilfe ein, für deren Folgen der Vermieter verschuldensunabhängig nach § 231 BGB haftet (BGH, Urt. v. 14. 7. 2010, VIII ZR 45/09 [= WuM 2010, 578]). Hieran gemessen widerspricht es dem Normzweck des Schadensbegriffs, der Klägerin im Streitfall über den anerkannten Betrag von 416,50 € hinaus den Ersatz eines Verzögerungsschadens zuzusprechen, unabhängig davon, ob der Beklagte eine Räumung zum 31. 7. 2008 zugesagt hatte oder nicht.

Hieraus folgt zugleich, dass auch der weitere Berufungsantrag der Klägerin auf Ersatz eines Mietausfallschadens für das Büro im Erdgeschoss in geltend gemachter Höhe von 704,00 € ins Leere geht.

Nur ergänzend verweist der Senat darauf, dass – unabhängig vom Erfolg der Berufung des Beklagten – die Klägerin sich auch im Rahmen ihrer Berufung ohne Erfolg gegen die Zuerkennung eines Mietausfallschadens wegen verspäteter Räumung der Erdgeschossräume lediglich in Höhe von 291,50 € wendet. Nach § 546 a Abs. 1 BGB kann der Vermieter bei verspäteter Rückgabe des Mietobjekts von dem Mieter die Zahlung einer Nutzungsentschädigung in bisheriger Miethöhe verlangen. Darüber hinaus kann er gemäß § 546 a Abs. 2 BGB einen ihm entstandenen weiteren Schaden geltend machen, z. B. einen Verzugsschaden wegen eines Mietausfallschadens infolge der verspäteten Räumung gemäß §§ 280 Abs. 1, 286 BGB. Der Umfang des zu ersetzenden Schadens richtet sich hierbei nach den §§ 249 ff. BGB. Ob ein Vermögensschaden vorliegt, beurteilt sich grundsätzlich nach der sogenannten Differenzhypothese, also nach einem Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die sich ohne jenes Ereignis ergeben hätte. Auf den konkreten Fall bezogen bedeutet dies, dass die Gesamtvermögenslage der Klägerin sich durch die verspätete Räumung gegenüber der Vermögenslage, wie sie bei Rückgabe der Mietsache zum 31. 7. 2008 bestanden hat, verschlechtert haben müsste. Zu einem Schaden käme man infolgedessen nur, wenn bei diesem Vergleich ein rechnerisches Minus verbliebe. Hieran gemessen wäre der Klägerin – wenn denn der Anspruch bestünde – lediglich ein (weiterer) Schaden in Höhe von 291,50 € entstanden. Bei fristgerechter Räumung hätte sie von der Nachfolgemietlerin die Miete für August 2008 in Höhe von 708 € erhalten. Infolge der Fortnutzung der Mietsache bis Ende August 2008 hat sie statt dessen von dem Beklagten die bisherige Miete von 416,50 € als Nutzungsentschädigung erhalten. Ein Vergleich beider Vermögenslagen ergäbe rechnerisch zugunsten der Klägerin lediglich ein Minus von 291,50 €. Nur in dieser Höhe hätte sie – wie das Landgericht im Ergebnis zutreffend ausgeführt hat –, den Anspruch als bestehend unterstellt, ihren Schaden zusätzlich zu der erhaltenen Nutzungsentschädigung bei dem Beklagten liquidieren können.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

**§§ 535, 551, 205 BGB; § 522a ZPO**  
**Pacht; Wohnraummiete; Mietkaution;**  
**Sicherungsinteresse nach Beendigung des Mietvertrags;**  
**Umfang erfüllungshalber angenommener**  
**Bank-Mietbürgschaft;**  
**Verjährung des Kautionsanspruchs**

**a) Der Verpächter kann bei fortbestehendem Sicherungsinteresse auch noch nach Beendigung der Pacht die vereinbarte Barkaution verlangen. Eine erfüllungshalber zunächst erfolgte Annahme einer Bank-Mietbürgschaft hemmt die Verjährung des Kautionsanspruchs.**

**b) Dasselbe gilt für den Kautionsanspruch des Wohnungsvermieters.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BGH, Beschluss vom 22. 11. 2011 – VIII ZR 65/11)

**1 Aus den Gründen:** 1. Ein Grund für die Zulassung der Revision liegt nicht vor. Das Berufungsgericht [LG München I] hält eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts für erforderlich; es bedürfe einer höchstrichterlichen Entscheidung darüber, ob der Vermieter von Wohnraum die Kaution bei fortbestehendem Sicherungsinteresse auch noch nach Beendigung des Mietvertrages verlangen könne und ob eine erfüllungshalber geleistete Mietbürgschaft die Verjährung des Anspruchs auf Leistung einer Barkaution hemme. Diese Erwägungen tragen indessen weder den vom Berufungsgericht genannten Zulassungsgrund noch liegt einer der weiteren im Gesetz genannten Zulassungsgründe vor. Die Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 1 ZPO) oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) erforderlich.

2 a) In Rechtsprechung und Literatur ist allgemein anerkannt, dass der Anspruch des Vermieters auf Leistung einer Mietsicherheit nicht mit der Beendigung des Mietverhältnisses erlischt, sondern bei fortbestehendem Sicherheitsbedürfnis auch danach noch geltend gemacht werden kann (Senatsurteil vom 12. Januar 1981 – VIII ZR 332/79, NJW 1981, 976 [= WuM 1981, 106] unter I 1 b bb «für einen Pachtvertrag»; OLG Düsseldorf, NZM 2001, 380 [= WuM 2000, 151 KL]; KG, GE 2008, 670; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2011, § 551 Rn. 13; MünchKommBGB/Bieber, 5. Aufl., § 551 Rn. 17; Sternel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., Rn. III 163a; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 10. Aufl., § 551 BGB Rn. 63). Wie der Senat bereits im Jahr 1981 für einen Pachtvertrag entschieden hat, besteht kein Rechtsgrund dafür, den Verpächter hinsichtlich der Kaution nur deswegen, weil der Vertrag beendet ist, auf den in seinen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen häufig umstrittenen Anspruch selbst zu verweisen (Senatsurteil vom 12. Januar 1981 – VIII ZR 332/79, aaO). Dasselbe gilt angesichts der insoweit identischen Interessenlage für den Kautionsanspruch des Vermieters einer Wohnung; einer erneuten höchstrichterlichen Entscheidung bedarf es insoweit nicht.

3 b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt in der Annahme einer Leistung erfüllungshalber regelmäßig eine Stundung (vgl. nur Senatsurteil vom 11. Dezember 1991 – VIII ZR 31/91, BGHZ 116, 278, 282 mwN), die gemäß § 205 BGB die Verjährung hemmt. Dies gilt ohne weiteres auch dann, wenn es sich bei der erfüllungshalber angenommenen Leistung um eine Mietbürgschaft handelt; auch insoweit bedarf es keiner Senatsentscheidung speziell zu dieser Konstellation.

4 2. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch auf Leistung einer Barkaution in Höhe von 23.700 € rechtsfehlerfrei bejaht.

5 a) Das Berufungsgericht hat die Regelung in § 5 des Mietvertrags dahin ausgelegt, dass die Parteien eine Barkaution vereinbart haben und dass in der Stellung der bis Ende Februar 2009 befristeten Bankbürgschaft durch den Beklagten und de-



ren vorbehaltlosen Annahme durch die Klägerin eine Leistung erfüllungshalber erbracht wurde, mit der eine (gemäß § 205 BGB die Verjährung hemmende) Stundung verbunden ist. Einen Rechtsfehler dieser tatrichterlichen Würdigung zeigt die Revision nicht auf.

6 b) Dem Berufungsgericht ist auch darin beizupflichten, dass mit Rücksicht auf die – streitigen – von der Klägerin erhobenen Ansprüche auf Zahlung rückständiger Miete für den Zeitraum März bis Oktober 2009 und auf Schadensersatz wegen Beschädigung der Mietsache und wegen erforderlicher Rückbaumaßnahmen ein Sicherungsbedürfnis fortbesteht, das nicht von der (inzwischen erloschenen) Bürgschaft umfasst war und die Geltendmachung der Kautions ungeachtet der Beendigung des Mietverhältnisses rechtfertigt.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

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

#### §§ 542, 550, 581, 307, 308 BGB

**Nutzungsvertrag über ein landwirtschaftliches Grundstück; Pacht;**

**Errichtung und Betrieb von Windkraftanlagen; Windeignungsgebiet; Vertragsgestaltung zu den besonderen Verhältnissen der Windenergiebranche**

**Ein vertraglich vereinbarter Kündigungsausschluss ist unwirksam, wenn damit die Gefahr bestünde, dass der Vertrag weder zeitlich begrenzt ist noch jemals von der Partei beendet werden kann, so dass seine Laufzeit „in der Luft hängt“. Diese Gefahr besteht nicht, wenn aus Sicht der Parteien sichergestellt ist, dass der Vertrag entweder zeitlich begrenzt ist oder von Seiten einer Partei beendet werden kann.**

**Eine vertragliche Regelung in einem Nutzungsvertrag über ein Grundstück, die den Pächter berechtigt, nach Einholung der erforderlichen Genehmigungen Windkraftanlagen zu errichten und über einen Zeitraum von 29 Jahren nach Inbetriebnahme zu betreiben, während dem Verpächter ein Rücktrittsrecht nur zusteht, wenn nicht innerhalb von fünf Jahren mit dem Bauvorhaben begonnen wird, im Übrigen ein Recht zur ordentlichen Kündigung ausgeschlossen ist, ist wirksam.**

(OLG Brandenburg, Urteil vom 30. 3. 2011 – 3 U 113/10)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin plant, errichtet und betreibt Anlagen zur Windkrafterzeugung. Die Beklagte ist Eigentümerin eines Grundstücks in G.

Am 15. 8. 2007 schlossen die Parteien einen Nutzungsvertrag über dieses Grundstück. Die Klägerin wollte dort in noch ungeklärtem Umfang nach Einholung der erforderlichen Genehmigungen Windkraftanlagen errichten und über einen Zeitraum von 29 Jahren betreiben. Zur Sicherung der Vertragsdurchführung sollte sie eine Dienstbarkeit erhalten.

Mit Anwaltsschreiben vom 22. 12. 2008 ließ die Beklagte gegenüber der Klägerin erklären, sie halte den Nutzungsvertrag für unwirksam, hilfsweise kündige sie ihn.

Die Klägerin hält den Vertrag für wirksam und ein Kündigungsrecht nicht für gegeben. Sie hat die Ansicht vertreten, der Vertrag sei wirksam befristet. Die Vertragsklausel sei auch nicht unwirksam nach den Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Schriftform sei nicht eingehalten worden. Im Übrigen sei die Klausel über die Vertragsbeendigung nicht hinreichend bestimmt. Ebenso wie die Vereinbarung über Leistung und Gegenleistung benachteilige die Klausel sie, die Beklagte, in unangemessener Weise. Im Übrigen sei sie auch nach den Vorschriften über den Widerruf von Haustürgeschäften zum Widerruf dieses Vertrages berechtigt gewesen.

Mit der angegriffenen Entscheidung, auf die wegen des Wortlauts der vertraglichen Regelungen und der weiteren Einzelheiten der tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen wird, hat das Landgericht Frankfurt (Oder) antragsgemäß festgestellt, dass der Vertrag wirksam, insbesondere nicht durch Kündigung oder Widerruf beendet worden sei, und die Beklagte außerdem zur Abgabe der grundbuchlichen Erklärungen in Bezug auf die Bestellung einer Dienstbarkeit verurteilt. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Vertrag vom 15. 8. 2007 sei wirksam. Ein Formmangel liege nicht vor. Die Wirksamkeit des Vertrages scheitere auch nicht an einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff BGB. Insbesondere sei die Regelung über die Laufzeit des Vertrages weder unklar noch unbillig. Ungesichert sei allein der Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Windkraftanlagen. Dies habe jedoch seinen Grund darin, dass für die Klägerin nicht ersichtlich sei, wann diese genehmigt würden. Die daraus für die Beklagten entstehenden Nachteile seien insbesondere angesichts des ihr eingeräumten Rücktrittsrechts hinnehmbar.

Der Vertrag sei auch nicht durch Kündigung beendet worden, denn das Vertragsverhältnis sei wirksam befristet. Die Regelung zu Vertragsbeginn und Vertragslaufzeit in § 1 Nr. 5 des Vertrages sei nicht widersprüchlich. Mit ihrer Regelung hätten die Parteien die Vertragslaufzeit auch nicht von einer auflösenden Bedingung abhängig gemacht, deren Eintritt nach ihrer Vorstellung unsicher gewesen sei. Unsicher sei zwar gewesen, ob für die Windkraftanlagen eine Genehmigung erteilt würde. Diese Frage sei aber gerade nicht zum Anknüpfungspunkt für die Vertragslaufzeit gemacht worden. Ein etwaiges Widerrufsrecht sei jedenfalls verspätet ausgeübt worden, weil die Beklagte bereits bei Vertragsschluss ordnungsgemäß über ihr Widerrufsrecht belehrt worden sei. Entsprechend dem Vertrag bestehe auch eine Verpflichtung zur Abgabe der nach der Grundbuchordnung erforderlichen Erklärungen.

Mit der Berufung verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihr erstinstanzliches Vorbringen. Außerdem rügt sie eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör.

Die Beklagte behauptet, das in Rede stehende Gebiet sei nicht mehr als Windeignungsgebiet ausgewiesen, so dass die Klägerin kein Interesse an der Vertragsdurchführung und dementsprechend auch kein Feststellungsinteresse mehr habe. Sie meint weiter: Zu Unrecht sei das Landgericht von einem formwirksam zustande gekommenen Vertrag ausgegangen. Insbesondere reiche der Zusatz „i.A.“ zur Dokumentation der Vertretungsverhältnisse nicht aus. Die Umstände, aus denen sich die Vertretungsmacht des Handelnden Dr. S. ergebe, seien aus der Vertragsurkunde nicht ersichtlich. Im Übrigen sei auch nicht erkennbar, inwieweit Vertretungsmacht bestanden habe.

Die Vereinbarung über die Befristung des Nutzungsvertrages sei unwirksam, der Vertrag mithin jederzeit kündbar. Es liege ein Verstoß gegen § 308 Nr. 1 BGB vor. Das Risiko, dass die in Rede stehende Fläche nicht als Windeignungsgebiet ausgewiesen werde, müsse allein die Klägerin tragen. Jedoch werde es mit der in Rede stehenden Vertragsklausel auf sie, die Beklagte, abgewälzt. Darin sei eine unangemessene Benachteiligung zu erblicken. Mit dem vorgesehenen Rücktrittsrecht, dessen Voraussetzungen bereits nicht hinreichend bestimmt geregelt seien, sei sie nicht hinreichend abgesichert. Die besonderen Verhältnisse der Windenergiebranche rechtfertigten die hier gegebene Vertragsgestaltung nicht. Sie, die Beklagte, laufe Gefahr, über einen längeren Zeitraum hin Vertragspflichten erfüllen zu müssen, ohne eine Gegenleistung von der Klägerin zu erhalten. Die Laufzeitregelung sei insgesamt nicht ausreichend transparent, da an zwei unterschiedliche Zeitpunkte, einerseits die Vertragsunterzeichnung, andererseits die Inbetriebnahme der Anlage angeknüpft werde. Dies sei unverständlich und verstoße gegen § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Welche Rechtsfolgen sich für die Zeit zwischen der Vertragsunterzeichnung und der Inbetriebnahme ergeben sollten, sei unklar. Ferner liege auch ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB darin, dass Leistung und Gegenleistung des Vertrages nicht in angemessenem Verhältnis



stunden. Hierauf sei das Landgericht nicht eingegangen. Sie, die Beklagte, schulde einen Großteil ihrer Leistung bereits vor Beginn der tatsächlichen Inanspruchnahme des Grundstücks durch die Klägerin und damit auch vor Eintritt der klägerischen Zahlungsverpflichtungen. Letztlich sei ungewiss, ob die Klägerin ihr Vorhaben überhaupt jemals realisieren könne. Die Regelung über die Vertragslaufzeit stelle sich daher als eine auflösende Bedingung dar, deren Eintritt ungesichert sei. Entsprechend höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH, Urt. v. 1. 4. 2009 – XII ZR 95/07, NJW-RR 2009, S. 927 [= GuT 2009, 108]) sei die Klausel damit unwirksam. Schließlich sei auch die Würdigung der Widerrufsbelehrung durch das Landgericht rechtsfehlerhaft.

Die Klägerin verteidigt das Urteil des Landgerichts. Insbesondere habe sie nach wie vor ein Feststellungsinteresse. Eine endgültige Entscheidung darüber, ob das in Rede stehende Grundstück bebaut werden könne, stehe noch aus.

In der Sache sei daran festzuhalten, dass der Vertrag wirksam zustande gekommen sei. Die von der Beklagten beanstandeten Regelungen seien den Besonderheiten bei der Genehmigung für den Betrieb von Windkraftanlagen geschuldet. Die vertraglichen Regelungen seien nicht intransparent oder unangemessen. Insbesondere sei der Vertrag nicht unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossen worden, deren Eintritt ungesichert sei.

Die Klägerin behauptet, angesichts der Verhältnisse in der Windenergiebranche sei der Fall, dass mit der Errichtung von Windenergieanlagen begonnen, die Maßnahme aber nicht beendet würde, praktisch nicht denkbar, weil allgemein und auch in ihrem Fall die Finanzierung des Vorhabens bereits vor Beginn der Bauarbeiten gesichert sei. Anders als etwa bei der Errichtung von Gebäuden bestehe in der Windenergiebranche ein erhebliches Interesse an der Durchführung der Vorhaben. Mangel herrsche lediglich an Grundstücken und Genehmigungen. Selbst in dem unwahrscheinlichen Fall der Insolvenz eines Trägerunternehmens werde ein entsprechendes Vorhaben stets durch andere Unternehmen fortgeführt. Denkbar sei damit allenfalls eine Versagung der Genehmigung oder deren Erteilung, die gleichsam zwangsläufig die spätere Inbetriebnahme der Anlage im genehmigten Umfang zur Folge habe.

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

1. Die Klage ist insgesamt zulässig. Insbesondere ist auch der Feststellungsantrag zulässig. Die Klägerin hat ein Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO), da sie angesichts des beklagenseits vertretenen Standpunkts, es bestünden keine vertraglichen Pflichten, ein rechtlich schützenswertes Interesse an der Feststellung des Fortbestehens solcher Pflichten hat. Dieses ist auch nicht etwa dadurch fortgefallen, dass sie kein Interesse an der Durchführung des Vertrages insgesamt mehr hätte. Es ist die eigene wirtschaftliche Entscheidung der Klägerin, ob sie den Vertrag weiter durchführen will oder nicht.

2. Der Feststellungsantrag ist auch begründet. Der Vertrag ist wirksam geschlossen und insbesondere nicht durch Kündigung oder Widerruf beendet worden.

a) Der Vertrag ist durch Antrag und Annahme wirksam zustande gekommen. Der für die Klägerin handelnde Vertreter Dr. S. hat mit dem Zusatz „i.A.“ bei seiner Unterschrift kenntlich gemacht, dass er eine Willenserklärung in fremdem Namen, also als Vertreter abgeben wollte, wobei aufgrund der Nennung der Klägerin im Vertragsrubrum nur diese, für die Beklagte ersichtlich, als Vertretene in Betracht kam. Selbst wenn Dr. S. nicht über die erforderliche Vertretungsmacht verfügt haben sollte, so hat die Klägerin dessen Verhalten spätestens mit ihrem Schreiben vom 23. 6. 2009, mit dem sie zum Ausdruck bringt, dass sie den Vertrag für wirksam hält, genehmigt.

Der Vertrag ist nicht nichtig wegen eines Formmangels nach § 125 BGB. Es kann dahinstehen, ob die Parteien nach § 13 des Vertrages die Einhaltung der Schriftform schon für das Zu-

standekommen des Vertragsverhältnisses als konstitutiv angesehen haben. Denn die Schriftform ist gewahrt. Die Umstände, die die Vertretungsmacht des für einen Vertragspartner Handelnden begründen, sind nicht beurkundungsbedürftig (§ 167 Abs. 2 BGB; s. nur Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rn. 114 mit Nachw.).

b) Die Wirksamkeit des Vertrages scheidet nicht an der Ausübung eines Widerrufsrechts. Ein solches ist nicht ersichtlich. Nach Lage des Falles kommt lediglich ein Widerrufsrecht nach § 312 BGB in Betracht. Ungeachtet des vom Senat erteilten Hinweises hat die insoweit darlegungsbelastete Beklagte tatsächliche Umstände, denen sich die Voraussetzungen des § 312 BGB entnehmen ließen, nicht vorgetragen. Der Vortrag der Beklagten in der Klageerwiderung allein, aus der im Vertrag enthaltenen Widerrufsbelehrung ergebe sich bereits, dass eine Haustürsituation im Sinne des § 312 BGB vorgelegen habe, kann den fehlenden Sachvortrag zu diesem Punkt nicht ersetzen. Selbst wenn man annähme, die Parteien hätten in Ausübung ihrer Privatautonomie ein Widerrufsrecht vertraglich vereinbaren wollen, wäre ein wirksamer Widerruf hier nicht gegeben. Denn ein solches Widerrufsrecht hätte die Beklagte innerhalb der vereinbarten Frist ausüben müssen. Auf die „Ordnungsgemäßheit“ der Widerrufsbelehrung käme es bei einem vertraglich frei vereinbarten Widerrufsrecht nicht an, denn die gesetzlichen Vorgaben für Widerrufsbelehrungen gelten nur für gesetzliche, nicht aber für vertraglich vereinbarte Widerrufsrechte.

c) Der Vertrag ist auch nicht durch Rücktritt wirksam beendet worden. Ein Rücktrittsrecht nach § 8 Nr. 2 des Vertrages steht dem Verpächter nur zu, wenn nicht innerhalb von fünf Jahren mit dem Bauvorhaben begonnen wird. Diese Voraussetzung war am 22. 12. 2008 mangels Zeitablaufs nicht eingetreten.

d) Der Vertrag ist mit der Erklärung vom 22. 12. 2008 auch nicht wirksam gekündigt worden. Ein Recht zur ordentlichen Kündigung bestand nicht. Für eine außerordentliche Kündigung fehlt es an dem erforderlichen Kündigungsgrund.

aa) Die Beklagte war zur ordentlichen Kündigung des Vertrages nicht berechtigt, weil das Recht zur ordentlichen Kündigung vertraglich ausgeschlossen worden ist.

(1) Die Parteien haben in § 8 Nr. 2 des Vertrages zu Lasten der Beklagten einen Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung vereinbart: Die Kündigung ist „nur“ bei wichtigem Grund möglich.

Grundsätzliche Bedenken gegen die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung bestehen nicht. Das Vertragsverhältnis betrifft die Gebrauchsüberlassung an einem Grundstück zu gewerblichen Zwecken und unterliegt daher entweder unmittelbar oder über die Verweisung aus § 581 Abs. 2 BGB den Vorschriften des gewerblichen Mietrechts. Mietverträge können grundsätzlich ordentlich innerhalb gesetzlich geregelter Fristen gekündigt werden (§§ 542 Abs. 1, 580a BGB). Die Parteien können das Kündigungsrecht aber auch durch vertragliche Vereinbarung begrenzen oder ausschließen.

(2) Die Wirksamkeit der Vereinbarung über den Ausschluss des Kündigungsrechts scheidet nicht daran, dass der Vertrag in zeitlicher Hinsicht nicht begrenzt wäre. Dabei kann dahinstehen, ob ein Ausschluss des Kündigungsrechts nur dann wirksam vereinbart werden kann, wenn er nicht zeitlich unbegrenzt wirkt (so Rolfs in Staudinger, BGB 2006, § 542, Rn. 53 m.N.), oder ob ein Kündigungsausschluss auch bei einem unbefristeten Vertrag auf unbestimmte Zeit vereinbart werden kann (so Bieber im Münchener Kommentar, 5. Aufl., BGB § 542, Rn. 24). Denn unwirksam wäre ein Kündigungsausschluss jedenfalls nur dann, wenn damit die Gefahr bestünde, dass der Vertrag weder zeitlich begrenzt ist noch jemals von der Partei beendet werden kann, so dass seine Laufzeit „in der Luft hängt“. Diese Gefahr besteht jedoch im vorliegenden Fall nicht. Nach der hier getroffenen Regelung ist zwar die Laufzeit des Vertrages nicht insgesamt befristet im Sinne der §§ 542 Abs. 2, 550

BGB, allerdings ist aus Sicht der Parteien sichergestellt, dass der Vertrag entweder zeitlich begrenzt ist oder von Seiten der Beklagten beendet werden kann. Offen ist lediglich, welche der beiden Alternativen eintreten wird. Dies hängt von einem zukünftigen, aus Sicht der Parteien bislang ungewissen Ereignis, nämlich der Frage ab, ob die von der Klägerin geplante Anlage binnen fünf Jahren errichtet wird. Diese Ungewissheit steht aber der Wirksamkeit des vereinbarten Kündigungsausschlusses nicht entgegen. Im Einzelnen gilt Folgendes:

Eine bestimmte Mietzeit im Sinne des § 542 Abs. 2 BGB ist nicht nur im Fall einer Kalenderbestimmung, sondern auch dann vereinbart, wenn der Vertrag bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses dauern soll. Die Parteien können die Dauer des Mietverhältnisses an ein beliebiges zukünftiges Ereignis binden (Rolfs in Staudinger, BGB 2006, § 542, Rn. 135; Bieber im Münchener Kommentar 5. Aufl., BGB § 542, Rn. 21). Das Ereignis kann in einem rein tatsächlichen Geschehen liegen, es kann auch in der Person einer der Vertragsparteien oder eines Dritten begründet sein (Rolfs, aaO). Dem steht es gleich, wenn die Parteien vereinbaren, dass das Mietverhältnis ab einem solchen Ereignis noch über eine bestimmte Frist laufen soll; dann handelt es sich um eine Kombination aus Bedingung und Befristung.

Entscheidend für die Frage, ob mit der Abhängigkeit von einem bestimmten Ereignis eine Mietzeitbestimmung i.S.d. § 542 BGB vereinbart worden ist, ist allerdings, ob der Eintritt des Ereignisses gewiss oder ungewiss ist. Ein Miet- oder Pachtvertrag, bei dem die Gefahr besteht, dass er ohne Zutun der Parteien niemals enden wird, ist kein befristeter Vertrag: Hängt der Fortbestand des Vertrages von einem Ereignis ab, von dem nicht bekannt ist, ob es jemals eintritt, ist er als Vertragsverhältnis auf unbestimmte Zeit anzusehen (s. BGH, NJW-RR 2009, S. 927 [= GuT 2009, 108]). Ist der Eintritt des Ereignisses als solcher – nicht aber sein Zeitpunkt – gewiss, steht er also aus Sicht der Parteien bei Abschluss des Vertrages fest, so steht damit auch fest, dass der Vertrag irgendwann ohne weiteres Zutun enden wird. Ist der Eintritt des Ereignisses ungewiss, ist dies dagegen nicht der Fall; der Eintritt des Ereignisses ist dann eine auflösende Bedingung für den an sich auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Vertrag.

Allerdings steht nicht jede Ungewissheit über den Eintritt von Ereignissen der Einordnung des Vertrages unter § 542 Abs. 2 BGB entgegen. Vielmehr kommt es nicht allein darauf an, ob das Ereignis, an das eine Regelung über das Vertragsende geknüpft wird, gewiss oder ungewiss ist, sondern auch darauf, was die Parteien für den Fall des Nichteintritts des Ereignisses vereinbart haben: Die Ungewissheit über den Ereigniseintritt führt dann nicht zu einer Ungewissheit über die Frage, ob der Vertrag jemals enden wird, wenn der Vertrag eine Regelung dahin enthält, dass er, falls das Ereignis bis zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht eintritt, durch einseitige Erklärung einer Partei beendet werden kann, also der Kündigungsausschluss in diesem Fall nicht gilt. Es handelt sich dann um eine Kombination aus § 542 Abs. 1 und Abs. 2 BGB: Der Vertrag ist entweder befristet oder ordentlich kündbar, ungewiss ist bei Vertragsschluss nur, welche Alternative eintreten wird. Steht bei Vertragsschluss fest, dass sich diese Ungewissheit bis zu einem bestimmten Zeitpunkt aufklären wird, reicht dies für die Wirksamkeit des Kündigungsausschlusses aus.

Hiervon ausgehend, ergibt sich für die hier verfahrensgegenständliche Regelung Folgendes:

§ 1 Nr. 5 des Vertrages enthält in S. 1 eine Regelung zum Vertragsbeginn und in S. 2 eine Regelung zum Vertragsende: Dort ist ein Ereignis („Zeitpunkt der Inbetriebnahme“) und eine daran knüpfende Frist von 29 Jahren vorgesehen; die Regelung kommt damit grundsätzlich als Mietzeitbestimmung nach § 542 BGB in Betracht. Allerdings hält bereits die Präambel des Vertrages fest, dass bei Vertragsschluss noch nicht sicher war, ob die Anlage jemals in Betrieb gehen wird, weil noch ungeklärt

war, ob die erforderliche Genehmigung erteilt wird. Insoweit handelt es sich also um ein ungewisses Ereignis.

Bei Eintritt des ungewissen Ereignisses gilt nach der Vereinbarung eine feste Vertragslaufzeit. Für den Fall des Nichteintritts des Ereignisses haben die Parteien eine Beendigungsmöglichkeit für den Vertrag vorgesehen: Bei Scheitern des Vorhabens der Klägerin sollte die Beklagte das in § 8 Nr. 2 vereinbarte Rücktrittsrecht haben.

Allerdings verweist die Beklagte insoweit zu Recht darauf, dass die Vorschrift des § 8 Nr. 2 nicht auf § 1 Nr. 5 des Vertrages abgestimmt ist: Während § 1 Nr. 5 auf das ungewisse Ereignis der „Inbetriebnahme“ abstellt, knüpft das Rücktrittsrecht an das ebenso ungewisse Ereignis des „Baubeginns“ ab. Damit sind nach dem Wortlaut des Vertrages Fälle denkbar, in denen das Vertragsverhältnis in zeitlicher Hinsicht nicht begrenzt ist: Wird mit dem Bau der Anlage zwar begonnen, diese aber nicht in Betrieb genommen, weil die Bauarbeiten zum Erliegen kommen, greift weder die Befristung des § 1 Nr. 5 noch das Rücktrittsrecht nach § 8 Nr. 2. Gleichwohl hängt es damit nicht von einem ungewissen Ereignis ab, ob der Vertrag jemals enden wird. Denn die Frage, ob der Eintritt eines Ereignisses gewiss oder ungewiss ist, ist nicht nach naturwissenschaftlichen Kriterien zu beurteilen. Vielmehr handelt es sich um eine Frage der Deutung des Parteiwillens (§§ 133, 157 BGB). Zu fragen ist danach, ob die Parteien bei Vertragsschluss davon ausgegangen sind, das Ereignis werde in jedem Fall eintreten, lediglich der Zeitpunkt sei noch unbekannt, oder ob sie angenommen haben, auch der Eintritt des Ereignisses selbst sei unsicher (s. BGH, NJW-RR 2009, S. 927 [= GuT 2009, 108]), ob sie also bei Vertragsschluss die Möglichkeit in Betracht gezogen haben, dass das Ereignis niemals eintreten wird (vgl. Rolfs, aaO, Rn. 135, 138).

Im vorliegenden Fall kommt es also darauf an, ob die Parteien bei Vertragsschluss den Fall im Blick hatten, dass das Vorhaben genehmigt und mit dem Bau begonnen, dieser aber später nicht in Betrieb genommen wird. Das ist aus Sicht des Senats nicht der Fall, selbst wenn man die von der Klägerin dargelegte Geschäftspraxis bei der Errichtung von Windenergieanlagen, die – soweit ersichtlich – der Beklagten nicht bekannt war, außer Betracht lässt. Schon aus dem Vertragswortlaut ergeben sich zureichende Anhaltspunkte für die Annahme, dass die Parteien bei Vertragsschluss davon ausgegangen sind, dass, wenn die Genehmigung erteilt wird, in jedem Fall auch die Inbetriebnahme erfolgen wird. An einen Abbruch begonnener Bauarbeiten haben sie dagegen nicht gedacht. Dieser Fall ist im Vertrag mit keinem Wort angesprochen. Das Rubrum des Vertrages ergibt, dass die Parteien lediglich die Alternativen der Versagung der Genehmigung und der Erteilung der Genehmigung mit anschließender Inbetriebnahme im Blick hatten: Es hält die bei Vertragsschluss bestehende Ausgangssituation, nämlich das Erfordernis der Genehmigung und die Ungewissheit über deren Erteilung, ausdrücklich fest und führt weiter aus: „Erst zu diesem Zeitpunkt <Abschluss des Genehmigungsverfahrens> steht die tatsächliche Nutzung ... fest.“ Das Rubrum führt ausdrücklich an, dass Ungewissheiten rechtlicher und politischer Art bestehen oder auch wegen der Belange Dritter die Anlagen nicht errichtet werden können. Diese Gesichtspunkte betreffen aber sämtlich das Genehmigungsverfahren, nicht die Verwirklichung des Vorhabens nach Erteilung der Genehmigung. Daraus ergibt sich, dass die Parteien bei Vertragsschluss annahmen, in dem Fall der Genehmigung stehe die Inbetriebnahme der Anlage fest, und nicht eine „dritte“ Alternative in Form des Abbruchs begonnener Baumaßnahmen in Betracht gezogen haben. Daraus folgt zugleich, dass sie davon ausgingen, falls es nicht innerhalb von fünf Jahren zur Genehmigung komme – die den Baubeginn und die Inbetriebnahme zur Folge haben würde –, könne die Beklagte den Vertrag nach § 8 Nr. 2 beenden.

Dass die Parteien damit bei Vertragsschluss übersehen haben, dass die „dritte Alternative“ nicht objektiv ausgeschlossen ist, ist für die Frage der Befristung und der Wirksamkeit des Aus-



schluss der ordentlichen Kündigung ohne Bedeutung. Es ergibt sich dadurch auch kein rechtlicher Nachteil zu Lasten der Beklagten: Sollte tatsächlich der von den Parteien nicht in Betracht gezogene Fall eintreten, dass die Maßnahme genehmigt und mit dem Bau begonnen, dieser aber nicht fertiggestellt und in Betrieb genommen wird, kann sich die Beklagte von dem Vertrag lösen, obwohl die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts nach § 8 Nr. 2 S. 1 des Vertrages dann nicht gegeben sind. Denn in einem solchen Fall liegt ein wichtiger Grund vor, der nach § 8 Nr. 2 S. 2 des Vertrages zur Kündigung berechtigt.

(3) Die getroffene Regelung ist nicht gem. § 308 Nr. 1 BGB unwirksam.

Dabei mag unterstellt werden, dass es sich bei den verfahrensgegenständlichen Klauseln in § 1 und § 8 des Vertrages um Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 BGB handelt und die Beklagte sich auf die besonderen Klauselverbote der §§ 308 f BGB berufen kann. Jedenfalls ist das Verbot des § 308 Nr. 1 BGB hier nicht einschlägig. Eine unangemessene Frist für die Leistung der Klägerin, also die Zahlung des Nutzungsentgelts, möglicherweise auch die Entgegennahme des Pachtgrundstücks bzw. die Erwirkung der planungsrechtlichen Voraussetzungen für die Errichtung der Windenergieanlagen, wird dort nicht geregelt. Auch an anderer Stelle sieht der Vertrag für diese Leistungen keine besonderen Fristen vor, sind diese daher nach den allgemeinen Vorschriften „sofort“ bei ihrer Entstehung fällig, wobei hinsichtlich des Entgelts freilich zu berücksichtigen ist, dass dieses nicht für die gesamte, mit Unterzeichnung beginnende Vertragslaufzeit vereinbart ist, sondern die Entstehung – nicht: die Fälligkeit – des Anspruchs an die Inbetriebnahme der Anlage anknüpft.

(4) Die Regelung zum Vertragsende scheidet auch nicht an § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.

Sie ist weder unklar noch unverständlich. Vielmehr ist unmissverständlich geregelt, dass der Vertrag ab Unterzeichnung wirksam ist (Vertragsbeginn) und 29 Jahre nach Inbetriebnahme endet (Vertragsende), wenn nicht eine Partei von einem Recht zur vorzeitigen Beendigung Gebrauch macht. Ein Widerspruch zwischen diesen Regelungen besteht nicht: Vertragsbeginn und Vertragsende können unabhängig voneinander geregelt werden. Damit ist zwar unbestimmt, wie lange der Zeitraum zwischen Vertragsbeginn und Vertragsende im Ergebnis sein wird. Gleichwohl sind beide maßgeblichen Zeitpunkte klar und verständlich geregelt. Dass bei Abschluss eines Mietvertrages nicht klar ist, wie lange er letztlich laufen wird, ist keine Besonderheit, sondern eine Unsicherheit, die etwa bei jedem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Vertrag gegeben ist. Unmissverständlich ist auch geregelt, dass erst ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme das Nutzungsentgelt zu zahlen ist (§ 2 Nr. 1 des Vertrages), die Beklagte also nicht bereits ab Vertragsbeginn eine Vergütung erhält; ohnehin wäre eine Unklarheit hinsichtlich der Vergütungsregelung – sofern es sich dabei überhaupt um eine der Überprüfung zugängliche Preisnebenabrede handelt – für die Frage der Wirksamkeit der Regelungen über die Vertragslaufzeit ohne Bedeutung.

Unklar wird die Regelung zur Vertragslaufzeit auch nicht dadurch, dass offen ist, ob und wann die fristauslösende Inbetriebnahme stattfinden wird. Insoweit geht es nicht um die Frage der Klarheit und Verständlichkeit der vertraglichen Regelung, sondern um die tatsächlichen Verhältnisse, hinsichtlich derer tatsächlich eine Ungewissheit bestand. Was unter einer „Inbetriebnahme“, also dem fristauslösenden Ereignis, verstanden werden soll, bedurfte keiner näheren Regelung. Dass Unsicherheit als solche bestand, ist in der Präambel des Vertrages ausdrücklich klargestellt.

(5) Schließlich enthält die Regelung zur Vertragslaufzeit auch keine unangemessene Benachteiligung der Beklagten im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.

Allerdings verweist die Beklagte insoweit zu Recht auf einen Gesichtspunkt, in dem der hier gegebene Vertrag von typischen Nutzungsverträgen abweicht: Die Beklagte soll ein zeit-

abhängiges Entgelt für ihre Vertragsleistung nicht ab Vertragsbeginn bzw. ab Fälligkeit ihrer Leistung, sondern erst ab Inbetriebnahme der Anlagen der Klägerin erhalten. Diese Inbetriebnahme kann sich aufgrund der ausstehenden Genehmigungen über längere Zeit verzögern; erst nach fünf Jahren darf sich die Beklagte von dem Vertrag lösen, falls bis dahin der Bau der Anlagen nicht begonnen hat. Insgesamt muss die Beklagte damit eine entgeltlose Zeit im Umfang von mehr als fünf Jahren befürchten.

Durch diese Regelung, die die Frage der Vertragslaufzeit ohnehin nur mittelbar betrifft, entsteht aber nur scheinbar ein zu Lasten der Beklagten gehendes Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung. Dies ergibt die näherer Betrachtung der von der Beklagten übernommenen Pflichten: Nach § 1 Nr. 1 des Vertrages gestattet sie der Klägerin ab Vertragsbeginn die Errichtung und Nutzung der Windkraftanlagen in noch ungeklärtem Umfang; sie muss den Zutritt auch für das Planungs- und Genehmigungsverfahren sicherstellen (§ 4 Nr. 2). Ebenfalls ab Vertragsbeginn schuldet sie auch die Gewährung einer entsprechenden Dienstbarkeit (§ 3). Allerdings kann die Beklagte das Grundstück, soweit die in § 1 Nr. 1 vorgesehene Gestattung nicht beeinträchtigt wird, über die gesamte Vertragslaufzeit, insbesondere also auch in der Zeit vor Inbetriebnahme, landwirtschaftlich nutzen (§ 1 Nr. 2). Nach § 4 ist die Klägerin sogar verpflichtet, die Möglichkeit der landwirtschaftlichen Nutzung so weit wie möglich aufrechtzuerhalten bzw. wiederherzustellen. Die Beklagte schuldet also nicht die uneingeschränkte Gebrauchsüberlassung hinsichtlich ihres Grundstücks. Gerade in dem hier in Rede stehenden Zeitraum „vor Inbetriebnahme“, für den die Beklagte von der Klägerin kein Entgelt erhält, stellt die in § 1 Nr. 1 vorgesehene Gestattung keine wesentliche Beeinträchtigung für die landwirtschaftliche Nutzung der Fläche dar. Die Beklagte kann ihr Grundstück über die Zeit, während derer sie von der Klägerin kein Entgelt bekommt, zumindest bis zum Baubeginn, weitgehend ungehindert nutzen wie bislang.

Selbst wenn die in § 1 Nr. 1 des Vertrages vorgesehene Gestattung auch für die „Übergangszeit“ eine gewisse Beschränkung für die Beklagte bedeutet, indem sie der Klägerin den Zutritt zu den Flächen zu den Zwecken des Planungsverfahrens gewähren muss und ihre Flächen nicht anderen nicht landwirtschaftlichen Verwendungen zuführen kann, handelt es sich nicht um eine unangemessene Benachteiligung. Denn die Beklagte hat es in der Hand, auch für die Zeit vor der Inbetriebnahme ein Entgelt für die von ihr zu erbringenden Vorleistungen zu erhalten, nämlich einen Vorschuss auf die Pachtzinszahlungen, den sie selbst bei Scheitern des Projekts nicht zurückzahlen muss. Sobald sie die in § 3 vorgesehene Dienstbarkeit bestellt, hat sie nach § 2 Nr. 3 des Vertrages einen entsprechenden Zahlungsanspruch. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte nach § 2 des Vertrages ab Inbetriebnahme der Anlagen ein erhebliches Entgelt erhalten soll, obwohl sie ihr Grundstück – mit den durch die Windkraftanlagen ausgelösten Einschränkungen – weiterhin landwirtschaftlich nutzen kann.

Hinsichtlich der hier allein in Rede stehenden Frage der Vertragslaufzeit ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass die getroffene Regelung auch unter Berücksichtigung der die Durchführung des Vertrages betreffenden Rahmenbedingungen eine angemessene Regelung darstellt: Die Klägerin muss, bevor sie ihre Windkraftanlagen in Betrieb nehmen kann, erhebliche Vorleistungen im Rahmen der Planung und für die Errichtung der Anlagen erbringen. Angesichts der Unwägbarkeiten des Planungsverfahrens ist für sie nicht ersichtlich, ob und wann sie mit der Maßnahme beginnen kann. Sie hat daher ein erhebliches Interesse daran, sich die in Rede stehenden Flächen für ihr Projekt zu sichern, ist aber tatsächlich außerstande, im Vorhinein anzugeben, welcher Zeitraum bis zur Inbetriebnahme verstreichen wird. Eine vertragliche Regelung, die diesen auch für die Beklagte erkennbaren Umstand berücksichtigt, ist daher nicht von vornherein unangemessen. Die Beklagte wird zwar an dem vertraglichen Risiko in gewissem Maße beteiligt, ihre Interessen bleiben aber auch insoweit nicht vollständig außer



Betracht, denn sie hat nach einer gewissen Zeit die Möglichkeit, sich gem. § 8 Nr. 2 vom Vertrag zu lösen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die „Wartefrist“, die verstreichen muss, bis die Beklagte das Vertragsverhältnis mangels Baubeginns beenden kann, mit fünf Jahren unangemessen lang bemessen ist. Eine Abwägung der Interessen der Parteien – Sicherung des Grundstücks für die Zeit des Genehmigungsverfahrens einerseits, möglichst kurze Bemessung des von der Beklagten hinzunehmenden „entgeltlosen“ Zeitraums bzw. ihr Interesse an der Wiedererlangung der Dispositionsmöglichkeit über ihr Grundstück andererseits – fällt hier zu Gunsten der Klägerin aus. Gerade im Pachtrecht geht es oft um erhebliche Zeiträume; auch der hier gegebene Vertrag ist auf sehr lange Frist angelegt. Fünf Jahre sind vor diesem Hintergrund ein überschaubarer Zeitraum, gerade auch wenn man die erhebliche Gewinnerwartung der Beklagten im Erfolgsfalle berücksichtigt. Dass der vorgesehene Zeitraum erheblich über den voraussichtlich für das Genehmigungsverfahren benötigten Zeitraum hinausginge und die Frist daher im Verhältnis zu dem Grund, aus dem sie im Vertrag vorgesehen ist, zu lang wäre, ist nicht ersichtlich. Die Klägerin kann nicht wissen, wie zügig das Verfahren ablaufen wird und ob es politische Unwägbarkeiten oder etwa Widersprüche Dritter geben wird, deren Klärung eine gewisse Zeit dauert, sich insbesondere auch über mehrere Jahre hinziehen kann.

bb) Kommt mithin nur eine Kündigung aus wichtigem Grund in Betracht, so fehlt es an einem solchen. Weder ist die Klägerin in Verzug geraten noch ist das Vorhaben zum Erliegen gekommen. Aus dem Umstand, dass nach wie vor offen zu sein scheint, ob die Genehmigung erteilt wird, kann ein wichtiger Grund nicht hergeleitet werden, da gerade für diesen Fall die Fünfjahresfrist in § 8 Nr. 2 S. 1 des Vertrages vereinbart ist, die noch nicht abgelaufen ist.

3. Die Verpflichtung zur Bewilligung einer Dienstbarkeit folgt aus § 3 des Vertrages.

4. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 709 S. 2 und 711 ZPO. Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Zulassungsvoraussetzungen des § 543 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung machen eine Entscheidung des Revisionsgerichts erforderlich. Die Entscheidung des Senats beruht auf der Würdigung der Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Auslegung der von den Parteien getroffenen Vereinbarungen. Rechtsfragen, die über den Fall hinausweisen, weist die Sache nicht auf.

Der Wert der Berufung wird auf 25.000 € festgesetzt  
Mitgeteilt von RiOLG Funder, Brandenburg

**§§ 585, 586, 589, 594e, 596, 597, 305c, 307, 985, 986 BGB; §§ 260, 263, 533 ZPO**  
**Landpacht; ordnungsgemäße Bewirtschaftung; Pflanzpause; Fruchtfolge; Nematodenbefall; formularvertragliches Unterverpachtungsrecht; außerordentliches Kündigungsrecht des Verpächters bei Vermögensverfall des Pächters; objektive Klagehäufung in der Räumungsklage**

**1. Eine objektive Klagehäufung liegt vor, wenn ein Antrag auf Räumung und Herausgabe einer Pachtsache auf mehrere Kündigungserklärungen des Verpächters gestützt wird, die sich jeweils auf verschiedene Kündigungsgründe beziehen und im Falle ihrer Wirksamkeit zu unterschiedlichen Zeitpunkten der Beendigung des Pachtverhältnisses führen würden.**

**2. Eine abschließende Entscheidung der Rechtsfrage, ob die Nichteinhaltung einer im Rahmen ordnungsgemäßer Bewirtschaftung von Landpachtflächen gebotenen Pflanzpause beim Anbau von Kartoffeln wegen der damit verbundenen erhöhten Gefahr eines Nematodenbefalls der**

**Flächen eine außerordentliche Kündigung durch den Verpächter rechtfertigt, ergeht im vorliegenden Rechtsstreit nicht.**

**3. Eine Vertragsklausel in einem Landpachtvertrag, welche unter der gesonderten, deutlich hervorgehobenen Überschrift „Unterverpachtung“ die Regelung enthält, dass der Pächter die Nutzung der Pachtsache einem anderen überlassen, insbesondere die Grundstücke unterverpachten bzw. sie im Rahmen eines Pflugaustausches einsetzen darf, verstößt weder gegen § 305 c BGB noch gegen § 307 BGB.**

**4. Ein formularvertraglich vereinbartes außerordentliches Kündigungsrecht des Verpächters im Falle eines Antrags auf Eröffnung eines Einzelzwangsvollstreckungsverfahrens gegen den landwirtschaftlichen Pächter ist wirksam auch im Falle einer zulässig erfolgten Unterverpachtung.**

(OLG Naumburg, Urteil vom 13. 9. 2011 – 2 U 61/11 (Lw))

**Zum Sachverhalt:** Der Kläger begehrt vom Beklagten die Herausgabe von siebzehn landwirtschaftlich genutzten Grundstücken in der Gemarkung Hm., die Gegenstand eines Landpachtvertrages sind, sowie die Zahlung einer Nutzungsschädigung wegen verspäteter Rückgabe dieser Flächen in Höhe der Pachtzinsen bzw. den Pachtzins selbst.

Die Grundstücke standen ursprünglich im Eigentum der Erbengemeinschaft S., bestehend aus H. S., I. L. geb. S. und I. M. geb. S. Die Erbengemeinschaft schloss mit dem Beklagten am 13. Dezember 2007 einen Landpachtvertrag über diese Grundstücke mit einer Vertragslaufzeit von 15 Jahren, beginnend am 1. Oktober 2006. Als Jahrespachtzins wurde ein Betrag in Höhe von 10.000,00 €, zahlbar nachträglich nach Schluss des Pachtjahres jeweils bis zum 15. Dezember des laufenden Jahres, vereinbart. In seinem § 11 enthält der Pachtvertrag folgende Bestimmung:

#### „§ 11 – Unterverpachtung

(1) Der Pächter darf die Nutzung der Pachtgrundstücke einem anderen überlassen, insbesondere die Grundstücke unterverpachten. Ebenso aus Anlass eines zeitweiligen Flächenaustausches (Pflugaustausch) oder aus ähnlichem Grunde im üblichen Rahmen einem anderen überlassen.

(2) Bei einer formwechselnder Umwandlung bzw. Änderung der Rechtsform oder Übernahme des Betriebes übernehmen die Nachfolger das Pachtverhältnis und treten anstelle des bisherigen Pächters in den Pachtvertrag ein. Sie sind verpflichtet, die Betriebsübernahme unverzüglich anzuzeigen. Die Beendigung des Pachtverhältnisses aus diesem Grund ist ausgeschlossen.“

In § 12 sieht der Pachtvertrag Regelungen für eine vorzeitige Kündigung vor. Danach kann der Verpächter außer in den gesetzlich festgelegten Gründen das Pachtverhältnis u. a. auch dann fristlos kündigen, wenn der Pächter so schlecht wirtschaftet, dass dem Verpächter die Fortsetzung des Pachtverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann (Abs. 1), oder wenn gegen den Pächter Antrag auf Eröffnung eines Einzelzwangsvollstreckungsverfahrens gestellt ist (Abs. 2 lit. c Alt. 4). Nach Abs. 3 dieser Vertragsklausel ist in allen Fällen, in denen das Pachtverhältnis „außerordentlich mit der gesetzlichen Frist vorzeitig gekündigt werden kann“, eine Kündigung nur für den Schluss des Pachtjahres zulässig.

Ende des Jahres 2009 geriet der Beklagte in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Er entschied sich jedenfalls, seinen bislang als Milchviehbetrieb geführten Landwirtschaftsbetrieb aufzugeben. Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte einen eigenständigen Landwirtschaftsbetrieb endgültig aufgegeben hat, wie der Kläger behauptet, oder ob er sich lediglich in einer Phase der Neukonzipierung und Neustrukturierung seines Landwirtschaftsbetriebes befindet. Im Zusammenhang mit der Aufgabe des Milchviehbetriebes führte der Beklagte am 23. Januar 2010 ein Gespräch mit H. S. Die Parteien dieses Rechtsstreits haben in erster Instanz darüber gestritten, ob Gegenstand des Ge-

sprächs letztlich das Angebot des Beklagten zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages gewesen sei, wie der Kläger behauptet hat, oder lediglich eine Information über die beabsichtigte – und kurz nach diesem Gespräch auch tatsächlich vorgenommene – Unterverpachtung der Flächen an den Landwirt H. Im Ergebnis der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme hat der Kläger seine Behauptung nicht beweisen können. Nachdem der Beklagte Erklärungen der Erbengemeinschaft zurückgewiesen hatte, mit denen diese die einvernehmliche Aufhebung des Pachtvertrages „bestätigten“, erklärten die Mitglieder der Erbengemeinschaft mit Schreiben vom 22. Februar 2010 gegenüber dem Beklagten vorsorglich die fristlose, hilfsweise die ordentliche Kündigung des Pachtverhältnisses. Mit Schriftsatz vom 26. März 2010 erklärten sie nochmals die fristlose Kündigung und stützten diese auf eine vermeintlich unzulässige Unterverpachtung der Flächen. Die Mitglieder der Erbengemeinschaft beriefen sich insoweit auf die Unwirksamkeit der Regelung des § 11 des Pachtvertrages im Hinblick auf AGB-rechtliche Grundsätze.

Mit notariellem Kaufvertrag vom 24. Februar 2010 verkaufte die Erbengemeinschaft u. a. die streitgegenständlichen Pachtflächen an den Kläger. Der Kläger wurde im Sommer 2010 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Mit seiner im August 2010 erhobenen Klage hat der Kläger vom Beklagten die Herausgabe der Pachtflächen nach Beendigung des Pachtverhältnisses verlangt. Er hat sich insoweit auf eine einvernehmliche Aufhebung und hilfsweise auf die Wirksamkeit der außerordentlichen fristlosen Kündigung wegen unzulässiger Unterverpachtung – Kündigungserklärungen der Erbengemeinschaft vom 22. Februar und vom 26. März 2010 sowie vorsorgliche eigene Kündigungserklärung in der Klageschrift vom 10. August 2010 – gestützt.

Das Landwirtschaftsgericht [AG Stendal] hat Beweis erhoben über den Inhalt des Gesprächs vom 23. Januar 2010 durch Anhörung des Beklagten und Vernehmung der Zeugen H. S. und G. Sch. jeweils im Termin der mündlichen Verhandlung vom 2. Februar 2011 sowie durch Verwertung der schriftlichen Aussage der Zeugin I. S. vom 2. Januar 2011.

Das Landwirtschaftsgericht hat mit seinem am 11. März 2011 verkündeten Urteil die Klage abgewiesen. Es ist davon ausgegangen, dass der Kläger durch den Eigentumserwerb in den Pachtvertrag als neuer Verpächter eingetreten sei. Im Ergebnis der Beweisaufnahme hat das Landwirtschaftsgericht festgestellt, dass das Zustandekommen eines Aufhebungsvertrages nicht bewiesen sei. Der Pachtvertrag sei auch nicht durch die Kündigungserklärungen vom 22. Februar und vom 23. März 2010 beendet worden. Eine ordentliche Kündigung des befristeten Pachtverhältnisses sei nicht zulässig (§§ 594 S. 1, 594a Abs. 1 S. 1 BGB). Für eine außerordentliche Kündigung fehle es an einem Kündigungsgrund. Eine Unterverpachtung sei zulässig, insbesondere enthalte die Vertragsbestimmung des § 11 Abs. 1 eine wirksame Erlaubnis i. S. von § 589 Abs. 1 BGB. Die Zahlungsklage sei unbegründet. Ein Anspruch auf Nutzungsschädigung nach § 597 BGB, wie ausschließlich geltend gemacht, sei mangels Beendigung des Pachtverhältnisses nicht gegeben. Eine Pachtzinszahlung sei nicht verlangt worden, so dass offen bleiben könne, wann die Pachtzahlung für das Jahr 2010 fällig geworden und ob sie erbracht worden sei.

Der Kläger hat gegen das ihm am 16. März 2011 zugestellte Urteil mit einem beim Oberlandesgericht Naumburg vorab per Fax am 15. April 2011 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese Berufung innerhalb der ihm bis zum 16. Juni 2011 verlängerten Berufungsbegründungsfrist auch begründet.

Der Kläger verfolgt mit der Berufung seine ursprünglichen Klageziele weiter. Er greift allerdings die Feststellungen des Landwirtschaftsgerichts zum Inhalt des Gesprächs vom 23. Januar 2010 nicht an, insbesondere beruft er sich nicht mehr auf eine einvernehmliche Beendigung des Pachtverhältnisses im Jahre 2010. Er vertritt weiter die Auffassung, dass die fristlose

Kündigung vom 26. März 2010 zur Beendigung des Pachtverhältnisses geführt habe. Eine Unterverpachtung durch den Beklagten an den Landwirt H. sei unzulässig gewesen, weil die Erbengemeinschaft die Erlaubnis hierzu nicht erteilt habe und die Vertragsregelung des § 11 insgesamt wegen Verstoßes gegen AGB-Recht unwirksam sei. Eine Abmahnung sei angesichts der Kenntnis des Beklagten von der Verweigerung einer ausdrücklichen Zustimmung durch die Erbengemeinschaft entbehrlich gewesen.

Der Kläger beruft sich daneben auf zwei neue Kündigungserklärungen. Der Unterverpächter des Beklagten habe im April 2011 einen schweren Verstoß gegen die Regeln der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung begangen, indem er auf der Pachtfläche Kartoffeln angepflanzt habe, obwohl auf derselben Fläche bereits im Jahre 2009 Kartoffeln angebaut worden seien. Hierin liege eine unzulässige Fruchtfolge, weil hierdurch eine Vermehrung und Verkapselung bodenbürtiger Kartoffelschädlinge – der Nematoden – zu besorgen seien, die auf viele Jahre oder gar Jahrzehnte einen erneuten Anbau von Kartoffeln unmöglich machten. Hierauf wies der Kläger den Unterverpächter des Beklagten bei Beginn der Pflanzarbeiten – nach Bepflanzung von ca. 1,5 ha – unstrittig hin. Der Kläger wiederholte diesen Hinweis gegenüber dem Beklagten mit Schreiben vom 13. April 2011, jedoch ohne Erfolg. Daraufhin erklärte der Kläger mit Schreiben an den Beklagten vom 29. April 2011, welches er am selben Tage in den Briefkasten des Beklagten einwarf, die fristlose Kündigung unter Bezugnahme auf §§ 12 Abs. 1, 6 Abs. 1 des Pachtvertrages. Der Kläger behauptet weiter, dass der Beklagte inzwischen in Vermögensverfall geraten sei. Er erklärte dem Beklagten unstrittig mit Schreiben vom 14. Juni 2011 die fristlose Kündigung unter Bezugnahme auf § 12 Abs. 2 lit. c) des Pachtvertrages.

Der Kläger hat mit seiner Berufung auch die Abweisung des Zahlungsantrages angegriffen; er hat den Zahlungsanspruch hilfsweise darauf gestützt, dass ihm wegen der verspäteten Rückgabe der Pachtflächen trotz der vorzeitigen Beendigung des Pachtverhältnisses im Jahre 2010 die Agrarförderung für das Jahr 2011 entgangen sei. Im Termin der mündlichen Verhandlung vom 31. August 2011 hat er den Anspruch auf Zahlung des Pachtzinses bzw. der Nutzungsschädigung für den Zeitraum vom 1. Oktober 2009 bis zum 30. September 2010 im Hinblick darauf für erledigt erklärt, dass der Beklagte im Februar 2011 die Zahlung als Pachtzinszahlung vorgenommen habe; dieser Erledigungserklärung hat sich der Beklagte angeschlossen. Danach hat der Kläger einen Zahlungsanspruch in gleicher Höhe als Pachtzins bzw. Nutzungsschädigung für den Zeitraum ab dem 1. Oktober 2010 geltend gemacht.

Er beantragt – unter weiterer Berücksichtigung der übereinstimmenden Erledigungserklärung – zuletzt, unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils 1. den Beklagten zu verurteilen, die im Urteilsausspruch genannten Grundstücke zu räumen und geräumt an ihn herauszugeben, 2. den Beklagten weiter zu verurteilen, an ihn 10.000,00 € zu zahlen.

Der Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil und vertritt die Auffassung, dass das neue Sachvorbringen nicht zuzulassen sei. Zu etwaigen Klageänderungen hat er seine Zustimmung verweigert. Der Beklagte bestreitet, dass auf den Pachtflächen derzeit ein Nematodenbefall vorliege. Auch weitere pflanzenspezifische Krankheiten seien durch den Kartoffelanbau nicht hervorgerufen worden. Er bestreitet auch, in Vermögensverfall geraten zu sein.

Der Senat hat im Hinblick auf entsprechenden Sachvortrag des Klägers eine amtliche Auskunft des Amtsgerichts Salzwedel eingeholt; danach ist am 19. Mai 2011 unter dem Aktenzeichen 34 K [...]/11 eine Anordnung der Zwangsversteigerung von Grundbesitz des hiesigen Beklagten ergangen; inzwischen ist ein Sachverständiger mit der Erstattung eines Wertermittlungsgutachtens beauftragt worden.



**Aus den Gründen:** B. Die Berufung des Klägers ist zulässig; insbesondere ist sie form- und fristgemäß eingelegt und begründet worden. Sie hat in der Sache teilweise Erfolg, jedoch allein mit den erstmals in der Berufungsinstanz gestellten Anträgen und vorgebrachten Angriffsmitteln.

Das Landwirtschaftsgericht hat zu Recht darauf erkannt, dass der Kläger gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Räumung und Herausgabe der Pachtflächen im Hinblick auf eine vorzeitige Beendigung des Pachtverhältnisses durch die Kündigungserklärungen des Klägers im Jahre 2010 hat. Der Senat folgt im Rahmen der teilweise nach § 91a Abs. 1 ZPO zu treffenden Kostenentscheidung auch der Ansicht des Landwirtschaftsgerichts, dass die ursprüngliche Zahlungsklage unbegründet war. Ein Anspruch des Klägers gegen den Beklagten auf Räumung und Herausgabe der Pachtflächen besteht jedoch nunmehr, nachdem das Pachtverhältnis spätestens zum 14. Juni 2011 wirksam fristlos beendet worden ist. Aufgrund der vorzeitigen Beendigung des Pachtverhältnisses hat der Kläger gegen den Beklagten auch einen fälligen Anspruch auf Zahlung des anteiligen Jahrespachtzinses für die Zeit vom 1. Oktober 2010 bis zum 14. Juni 2011 sowie einer Nutzungschädigung in gleicher Höhe nach § 597 BGB für die Zeit vom 15. Juni bis 31. August 2011, dem Schluss der mündlichen Verhandlung.

I. Die vom Kläger in der Berufungsinstanz gestellten Sachanträge sind zulässig.

1. Im Berufungsverfahren liegt eine objektive Klagehäufung i.S. von § 260 ZPO vor. Die Zulässigkeit der Klageforderungen ist hinsichtlich jedes einzelnen geltend gemachten Anspruches gesondert zu prüfen.

a) Mit dem Antrag zu Ziffer 1) der Berufungsbegründung begehrt der Kläger die (sofortige) Räumung und Herausgabe der Pachtflächen. Der (einheitliche) Antrag führt verdeckt bereits eine Mehrheit von Streitgegenständen in den Rechtsstreit ein. Denn der geltend gemachte Anspruch wird in der Berufungsinstanz aus mehreren unterschiedlichen Lebenssachverhalten abgeleitet. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang zwar, dass das Klagebegehren auf zwei unterschiedliche rechtliche Begründungen – Herausgabeanspruch aus dem Eigentum (§ 985 BGB) und aus dem vorzeitig beendeten Pachtverhältnis (§ 596 Abs. 1 BGB) – gestützt wird. Indem die vorzeitige Beendigung des Pachtverhältnisses jedoch vom Kläger mit zeitlich aufeinander folgenden Kündigungserklärungen mit jeweils voneinander unabhängigen und zu verschiedenen Zeitpunkten entstandenen Kündigungsgründen begründet wird, liegen auch prozessual voneinander zu unterscheidende Teile des Streitstoffes vor (vgl. nur BGH, Urteil v. 26. 11. 2010, LwZR 22/09 [= GuT 2011, 89], m.w.N.; OLG Hamm, Urteil v. 20. 5. 1998, 30 U 193/97, beide zitiert nach juris).

aa) Als einheitlicher Lebenssachverhalt und mithin als ein Streitgegenstand der mit der Berufung weiter verfolgten Klage auf Räumung und Herausgabe der Pachtflächen sind die Kündigungserklärungen der Erbengemeinschaft vom 22. Februar und vom 26. März 2010 sowie die Kündigungserklärung des Klägers vom 10. August 2010 zu bewerten (*künftig: Herausgabeanspruch wegen der Kündigungen von 2010*). Der mehrfache Ausspruch der fristlosen Kündigung wird insoweit jeweils auf die vermeintlich unzulässige Unterverpachtung der Flächen vom Beklagten an den Landwirt H. ab Februar 2010 gestützt.

Für die hier zu treffende Entscheidung kann offen bleiben, inwieweit ein „Nachschieben“ von Kündigungsgründen uneingeschränkt zulässig wäre. Ein bloßes „Nachschieben“ von Kündigungsgründen ohne Einfluss auf den Streitgegenstand liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn – wie hier – z. Zt. des Ausspruches der Kündigungserklärung die später geltend gemachten Kündigungsgründe noch nicht entstanden waren.

bb) Ein davon zu unterscheidender Klagegrund ist die fristlose Kündigung des Pachtvertrages mit Schreiben vom 29. April 2011 wegen der angeblichen Verletzung der Grundsätze einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung ab 12./13. April 2011 (*künftig: Herausgabeanspruch wegen der Kündigung von April*

2011). Dieser Kündigungsgrund war z. Zt. der vorangegangenen Kündigungserklärungen noch nicht entstanden. Er knüpft an einen anderen tatsächlichen Vorgang, nämlich an das Verhalten des Unterpächters im Frühjahr 2011 an. Die Kündigungserklärung kann Wirkungen frühestens im Jahre 2011 entfalten.

cc) Schließlich wird mit dem gleichen Antrag auf Räumung und Herausgabe der Pachtflächen ein weiterer Streitgegenstand eingeführt, indem der Kläger sich für die vorzeitige Beendigung des Pachtverhältnisses auf eine Kündigungserklärung vom 14. Juni 2011 beruft und diese Kündigung auf die Einleitung eines Verfahrens auf Zwangsversteigerung in das Grundeigentum des Beklagten stützt (*künftig: Herausgabeanspruch wegen der Kündigung von Juni 2011*).

dd) Der Senat legt die Berufungsbegründung des Klägers dahin aus, dass der Herausgabeanspruch wegen der Kündigungen von 2010 als Hauptanspruch geltend gemacht wird. Die weiteren Herausgabeansprüche stehen hierzu im Verhältnis von gleichwertigen, alternativ geltend gemachten Hilfsansprüchen. Der Kläger hat dieser Auslegung seiner Anträge im Termin der mündlichen Verhandlung vor dem Senat, in dem diese Frage erörtert worden ist, nicht widersprochen.

b) Einen weiteren Streitgegenstand hat der Antrag zu Ziffer 2) der Berufungsbegründung begründet, und zwar als Anspruch auf Zahlung von 10.000,00 € im Hinblick auf die Nutzung der Pachtflächen im Zeitraum vom 1. Oktober 2009 bis zum 30. September 2010 (*künftig: Zahlungsanspruch 2009/2010*). Dieser Zahlungsanspruch ist bis zu der übereinstimmenden Erledigungserklärung der Parteien kumulativ zu den vorgenannten Herausgabeansprüchen geltend gemacht worden. Dann ist seine Rechtshängigkeit entfallen, so dass die hier zu treffende Entscheidung nicht mehr über diesen Streitgegenstand ergeht. Nur ergänzend ist darauf zu verweisen, dass der in der Berufungsbegründung für den Zahlungsanspruch hilfsweise angeführte Klagegrund, ein Anspruch auf Schadenersatz wegen der verspäteten Rückgabe der Pachtflächen nach Beendigung des Pachtverhältnisses, und zwar in Gestalt entgangener Agrarförderungen, ebenfalls einen eigenständigen Streitgegenstand betraf, über den jedoch angesichts der übereinstimmenden Erledigungserklärungen hinsichtlich des Hauptanspruchs nicht mehr zu befinden war, also auch nicht über dessen Zulässigkeit.

c) Schließlich hat der Kläger im Termin der mündlichen Verhandlung einen weiteren neuen Streitgegenstand eingeführt, indem er – nach übereinstimmenden Erledigungserklärungen bezüglich des Zahlungsanspruchs 2009/2010 – einen (weiteren) Anspruch auf Zahlung geltend gemacht hat. Dieser Zahlungsanspruch ist zwar nahezu wortgleich zum Antrag zu Ziffer 2) der Berufungsbegründung formuliert, insbesondere stimmt die Bezifferung überein. Es fehlt lediglich die Geltendmachung von Prozesszinsen. Dieser Zahlungsanspruch wird jedoch auf einen neuen Streitgegenstand gestützt, indem er als eine Gegenleistung für die Nutzung der Pachtflächen durch den Beklagten in der Zeit ab dem 1. Oktober 2010 begründet wird (*künftig: Zahlungsanspruch 2010/2011*). Er ist nachträglich an Stelle des zuvor rechtshängig gewesenen Zahlungsanspruchs 2009/2010 erhoben worden.

2. Gegen die Zulässigkeit des Herausgabeanspruchs wegen der Kündigungen von 2010 und des Zahlungsanspruchs 2009/2010, die bereits erstinstanzlich rechtshängig geworden waren, sind Bedenken weder vorgetragen worden noch ersichtlich.

3. Die erstmals mit der Berufungsbegründung geltend gemachten Herausgabeansprüche wegen der Kündigung von April 2011 und wegen der Kündigung von Juni 2011 sowie der erst im Termin der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 31. August 2011 geltend gemachte Zahlungsanspruch 2010/2011 stellen aus prozessrechtlicher Sicht jeweils Klageänderungen i.S. von §§ 533, 263 ZPO dar (vgl. auch OLG Köln, Urteil v. 14. 7. 2004, 13 U 204/03; OLG Zweibrücken, Rechtsentscheid



in Mietsachen v. 17. 2. 1981, 3 W 191/80 [= WuM 1981, 177], beide zitiert nach juris). Die Voraussetzungen für ihre Zulässigkeit sind nicht in jedem Falle gegeben.

a) Der Zulässigkeit aller drei neuen Klageanträge steht die Beschränkung des Prüfungsumfangs des Berufungsgerichts nicht entgegen. Die Voraussetzung des § 533 Nr. 2 ZPO ist jeweils erfüllt. Zwar werden alle drei Streitgegenstände jeweils auf neue tatsächliche Grundlagen gestützt. Der Senat hat das neue Sachvorbringen jedoch jeweils nach § 529, 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO zuzulassen, weil es sich jeweils auf Geschehnisse bezieht, die sich erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz ereignet haben und daher vom Kläger im ersten Rechtszug objektiv noch nicht geltend gemacht werden konnten.

b) Hinsichtlich aller drei Streitgegenstände hat der Beklagte eine nach § 533 Nr. 1 Alt. 1 ZPO erforderliche Einwilligung verweigert. Die Zulässigkeit der Einbeziehung der neuen Streitgegenstände in den Prüfungsumfang der Berufungsinstanz ist daher nach § 533 Nr. 1 Alt. 2 ZPO von der Sachdienlichkeit dieser Vorgehensweise abhängig.

aa) Der Senat erachtet eine Entscheidung über den Herausgabeanspruch wegen der Kündigung von April 2011 letztlich nicht als sachdienlich. Der Anspruch beruht auf einem völlig neuen Sachverhalt, den das erstinstanzliche Gericht keiner Prüfung unterziehen konnte, der zudem teilweise streitig bzw. weiter aufklärungsbedürftig ist und der vor allem schwierige Bewertungsfragen aufwirft, für deren Beantwortung die Erhaltung des Instanzenzuges angemessen ist.

Allerdings ist die vom Kläger als Pflichtverletzung gerügte Verhaltensweise des Unterpächters des Beklagten unstrittig: Der Unterpächter des Beklagten pflanzte im April 2011 auf den im Eigentum des Klägers stehenden Pachtflächen Kartoffeln an, obwohl auf denselben Flächen auch im Jahre 2009 bereits Kartoffeln angepflanzt waren. Der Kläger behauptet nicht, dass die Anpflanzungen bereits im April 2011 zu einem Nematodenbefall geführt hätten, sondern bewertet die gewählte Fruchtfolge mit nur einem Jahr Pflanzpause als zu eng und behauptet, dass hierdurch das Auftreten und die Verbreitung von Nematoden erheblich gefördert wird. Diese Besorgnis ist nach den Erfahrungen der hier mitwirkenden ehrenamtlichen Richter, die beide beruflich mit dem Kartoffelanbau befasst waren bzw. noch sind, begründet. Mit geringerem zeitlichen Abstand in der Fruchtfolge nimmt die Vermehrungsrate der verschiedenen Nematodenrassen erheblich zu. Wird eine Anbaufläche von Nematoden besetzt, d.h. realisiert sich die vom Kläger besorgte Gefahr, so bewirkte dies nicht nur die Unverwertbarkeit der aktuellen Anpflanzungen auf dem besetzten Feld, sondern der Nematodenbefall ließe sich dann auch bei längerer Anbauunterbrechung kaum noch vollständig tilgen, weil die weiblichen Nematoden Zysten im Boden ablegen, aus denen noch nach vielen Jahren infektiöse Nematodenlarven schlüpfen können. Der Senat neigt dazu, dass die Verletzung der Empfehlungen zum Pflanzenschutz und zur Biosicherheit durch eine zu enge Fruchtfolge bei Hackfrüchten auch ohne den Nachweis eines bereits eingetretenen Nematodenbefalls eine nicht hinzunehmende Pflichtverletzung darstellt, die zur sofortigen fristlosen Kündigung nach Abmahnung berechtigt, und zwar wegen der u.U. erheblichen Beschränkungen der künftigen Nutzbarkeit und Verwertbarkeit der landwirtschaftlichen Flächen im Falle der Realisierung des dadurch eingegangenen Risikos. Eine abschließende Entscheidung dieser Frage ist im vorliegenden Rechtsstreit jedoch nicht erforderlich und nicht sachgerecht.

bb) Die Entscheidung über das Herausgabebegehren des Klägers gegen den Beklagten auf der Grundlage der Kündigung vom Juni 2011 ist sachdienlich. Der hierfür maßgebliche Prozessstoff ist überschaubar und wirft weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht besondere Schwierigkeiten auf. Die Verhandlung und Entscheidung ist unter prozessökonomischen Aspekten geboten, weil sie geeignet ist, einen weiteren – sonst

nahezu sicher zu erwartenden – Rechtsstreit der Parteien zu vermeiden.

cc) Schließlich ergibt sich die Sachdienlichkeit des zuletzt geltend gemachten Zahlungsanspruchs des Klägers für 2010/2011 aus gleichen Erwägungen.

II. Der Kläger hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Räumung und Herausgabe der Pachtflächen sowohl nach § 596 Abs. 1 BGB als auch nach § 985 BGB. Das Pachtverhältnis aufgrund des Pachtvertrages zwischen der Erbengemeinschaft S. und dem Beklagten, in welches der Kläger auf Verpächterseite nach §§ 593b, 566 Abs. 1 BGB mit seiner Eintragung als Eigentümer im Grundbuch eingetreten war, wurde zwar nicht im Jahre 2010, jedoch spätestens zum 14. Juni 2011 wirksam beendet. Damit endete auch das Recht des Beklagten zum Besitz der Pachtflächen.

1. Das Landwirtschaftsgericht hat zutreffend festgestellt, dass nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme eine einvernehmliche Aufhebung des Pachtverhältnisses im Januar 2010 nicht bewiesen worden ist. Gegen die Richtigkeit dieser Feststellung erhebt der Kläger in der Berufungsinstanz keine Einwendungen.

2. Zu Recht hat das Landwirtschaftsgericht auch erkannt, dass eine ordentliche Kündigung des befristeten Pachtverhältnisses aus rechtlichen Gründen nicht in Betracht kam (arg. ex § 594a Abs. 1 BGB).

3. Die im Jahre 2010 wiederholt ausgesprochene Kündigung des Pachtverhältnisses wegen vermeintlich unzulässiger Unterverpachtung durch den Beklagten an den Landwirt H. ist unwirksam. Es fehlt an einem Kündigungsgrund.

a) Die vorgenannte Unterverpachtung war nach § 11 Abs. 1 S. 1 des Pachtvertrages zulässig. In der Vertragsbestimmung ist eine Erlaubnis i.S. von § 589 Abs. 1 BGB ausdrücklich enthalten, welche diese Unterverpachtung eindeutig erfasst.

b) Ein dieser Vertragsbestimmung entgegen stehender Widerspruch des H. S. vom 23. Januar 2010 gegen die damals nur beabsichtigte Unterverpachtung ist unbeachtlich, weil H. S. – selbst wenn er insoweit die Erbengemeinschaft insgesamt wirksam vertreten hätte – durch eine einseitige Erklärung die vorherige vertragliche Vereinbarung nicht hätte abändern können.

c) Die Vertragsbestimmung ist entgegen der Auffassung des Klägers auch wirksam, so dass sich der Beklagte hierauf mit Erfolg berufen konnte.

aa) Gegenstand einer AGB-rechtlichen Kontrolle ist allein § 11 Abs. 1 des Pachtvertrages. Auf die weiteren Bestimmungen des § 11 hat sich der Beklagte nicht berufen. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass die ursprünglichen Vertragsparteien des Pachtverhältnisses den Pachtvertrag auch ohne die Bestimmung des § 11 Abs. 2 geschlossen hätten, wenn z. Zt. des Vertragsabschlusses die Wirksamkeit dieser letzt genannten Klausel in Zweifel gestanden hätte.

bb) Dabei kann der Senat offen lassen, ob die Vertragsbestimmung des § 11 Abs. 1 überhaupt den Charakter einer Allgemeinen Geschäftsbedingung hat. Hieran bestehen nach dem erstinstanzlichen Vorbringen der Parteien des Rechtsstreits erhebliche Zweifel. Ebenso kann offen bleiben, ob im Falle der Annahme einer Allgemeinen Geschäftsbedingung nicht etwa die Erbengemeinschaft als Verwenderin anzusehen wäre, weil sie den Vertrag nach dem Vorbild des vorangegangenen Pachtvertrages der Erblasserin mit dem Beklagten aus dem Jahre 1991 gestaltete.

cc) Selbst wenn der Senat zugunsten des Klägers unterstellte, dass die Bestimmung des § 11 Abs. 1 des Pachtvertrages eine vom Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung sei, lägen Gründe für eine Unwirksamkeit dieser Klausel nicht vor.

(1) Die Bestimmung des § 11 Abs. 1 ist nicht überraschend oder mehrdeutig i.S. von § 305c Abs. 1 BGB. Im Rahmen eines Landpachtvertrages über Flächen der vorliegenden Größe ist eine Bestimmung darüber, ob dem Pächter die Unterverpachtung

und insbesondere auch ein Pflugtausch allgemein erlaubt ist, ob insoweit eine Einzelerlaubnis einzuholen ist oder ein generelles Verbot besteht, zu erwarten. Sie gehört zu den typischen Vertragsbestandteilen. Die Regelung ist hier auch nicht etwa im Vertragstext versteckt. Vielmehr ist sie an systematisch nachvollziehbarer Stelle im Vertrag mit einer eigenständigen Regelung unter der – im Fettdruck hervorgehobenen – Überschrift „§11 Unterverpachtung“ aufgeführt. Ihr Wortlaut ist eindeutig und klar und unmissverständlich.

(2) Die Klausel hält entgegen der Auffassung des Klägers auch einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand. Ihr Regelungsgehalt – die Erteilung einer generellen und bedingungslosen Erlaubnis zur Unterverpachtung und insbesondere zum Pflugtausch – steht nicht im Widerspruch zu einem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung. Maßstab ist die Vorschrift des § 589 Abs. 1 BGB, welche ebenfalls die Zulässigkeit der Unterverpachtung zum Gegenstand hat. Die Unterverpachtung ist danach nicht generell ausgeschlossen, sondern sie wird unter den Erlaubnisvorbehalt des Verpächters gestellt. Die Bestimmung des § 11 Abs. 1 des Pachtvertrages geht von demselben Grundgedanken, demjenigen eines Erlaubnisvorbehalts, aus und enthält eine abstrakte Erlaubniserteilung. Damit werden zwar die Nutzungs- und ggf. auch die Verwertungsmöglichkeiten des Pächters erweitert; Anhaltspunkte für eine unangemessene, nicht selbst bestimmte Benachteiligung der Erbengemeinschaft bestehen jedoch nicht.

4. Die mit Schreiben vom 14. Juni 2011 vom Kläger erklärte fristlose Kündigung des Pachtvertrages ist wirksam; sie führte zur sofortigen Beendigung des Pachtverhältnisses und damit zum Wegfall des Besitzrechts des Beklagten. Diese Kündigung ist durch einen wichtigen Grund i.S. von § 594e Abs. 1 i.V.m. § 543 Abs. 1 BGB gerechtfertigt.

a) In § 12 Abs. 2 des Pachtvertrages haben die Vertragsparteien weitere wichtige Gründe für eine außerordentliche fristlose Kündigung neben den im Gesetz ausdrücklich genannten Gründen vereinbart, darunter unter lit. c) u. a. auch die Einleitung eines Einzelzwangsvollstreckungsverfahrens gegen den Pächter. Diese Vereinbarung begegnet hier keinen Bedenken. Es ist nachvollziehbar und entspricht dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen zur fristlosen Kündigung von Landpachtverhältnissen, dass dem Verpächter ein Recht zur fristlosen Kündigung auch für den Fall eingeräumt wird, in dem er besorgen muss, dass dem Pächter die Erfüllung seiner Hauptpflichten aus dem Pachtvertrag nicht mehr möglich ist, weil er es hinsichtlich anderer Verbindlichkeiten auf eine Zwangsvollstreckung hat ankommen lassen. Der Beklagte hat Bedenken gegen die Wirksamkeit der vertraglichen Regelung auch nicht geltend gemacht.

Soweit § 12 Abs. 3 des Pachtvertrages in allen Fällen, in denen das Pachtverhältnis außerordentlich mit der gesetzlichen Frist vorzeitig gekündigt werden kann, eine Beendigung erst zum Ende des regulären Pachtjahres, hier also jeweils zum 30. September, vorsieht, ist diese Regelung für eine fristlose Kündigung i.S. von § 12 Abs. 2 des Pachtvertrages nicht einschlägig. Die Klausel wiederholt im Wesentlichen den Regelungsgehalt des § 594a Abs. 2 BGB und bezieht sich auf Kündigungsgründe, wie in § 594c BGB angeführt.

b) Die Voraussetzungen des § 12 Abs. 2 lit. c) des Pachtvertrages sind erfüllt. Das Amtsgericht Salzwedel hat die Zwangsversteigerung von Grundbesitz des Beklagten angeordnet; im Grundbuch ist ein entsprechender Zwangsversteigerungsvermerk am 20. Mai 2011 eingetragen worden. Der Beklagte macht auch nicht etwa geltend, dass ihm eine Abwendung der Zwangsversteigerung innerhalb kürzerer Frist möglich wäre. Unter diesen Umständen ist dem Kläger eine Fortsetzung des Pachtverhältnisses, und sei es auch nur bis zum Ablauf des Pachtjahres, nicht mehr zumutbar.

c) Entgegen der Auffassung des Beklagten steht der Wirksamkeit der Kündigung und – in deren Folge – seiner Verurteilung zur Räumung und Herausgabe der Pachtflächen nicht ent-

gegen, dass die landwirtschaftlichen Flächen unterverpachtet sind. Vertragspartner des Klägers ist der Beklagte, er ist auch der Anspruchsverpflichtete nach § 596 Abs. 1 BGB. Soweit § 596 Abs. 3 BGB dem Kläger u.U. auch einen direkten Herausgabeanspruch gegen den Unterpächter einräumt, steht dies der Geltendmachung des vertraglichen Anspruchs nicht entgegen. Auch im Hinblick auf den – parallel bestehenden – Herausgabeanspruch nach § 985 BGB gilt nichts Anderes. Der Beklagte ist gegenüber dem Kläger weiter als mittelbarer Fremdbesitzer Schuldner des Herausgabeanspruchs (vgl. Bassenge in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 985 Rn. 5).

III. Der Kläger hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von Pachtzins bzw. Nutzungsentschädigung nach § 597 BGB wegen der Überlassung der Pachtflächen in der Zeit vom 1. Oktober 2010 bis zum 31. August 2011. Im Übrigen ist die Zahlungsklage unbegründet.

1. Nach den Voraussetzungen bestand in der Zeit vom 1. Oktober 2010 bis zum 14. Juni 2011 das vertragliche Pachtverhältnis fort. Insoweit schuldet der Beklagte dem Kläger die anteilige Entrichtung des vereinbarten Jahres-Pachtzinses. Der Anspruch auf Zahlung von Pachtzins war zum hier maßgeblichen Zeitpunkt, dem Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz am 31. August 2011, bereits fällig. Zwar sieht der Pachtvertrag eine Fälligkeit des Jahrespachtzinses erst zum 15. Dezember des Jahres vor. Im Falle einer vorzeitigen Beendigung wird der Anspruch nach § 587 Abs. 1 S. 1 BGB zum Ende der Pachtzeit fällig, hier also am 14. Juni 2011.

2. Für die Zeit ab dem 15. Juni 2010 bis zur Rückgabe der Pachtflächen hat der Kläger gegen den Beklagten nach § 597 Satz 1 BGB einen Anspruch auf Nutzungsentschädigung. Die Höhe der Nutzungsentschädigung entspricht nach § 597 Satz 1 BGB (mindestens) dem vertraglich vereinbarten Pachtzins. Auf den Nachweis der Ortsüblichkeit kommt es insoweit entgegen der Ansicht des Beklagten nicht an. Der Anspruch entsteht jeweils erst mit dem Vorenthalten der Pachtsache, so dass für die Berechnung der bereits angefallenen Nutzungsentschädigung nur die Zeit bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung am 31. August 2011 zu berücksichtigen ist.

3. Ausgehend von der – für Pachtzins und Nutzungsentschädigung identischen – Höhe des Anspruchs von 10.000,00 € im Jahr ist für den Zeitraum vom 1. Oktober 2010 bis zum 31. August 2011, also für elf von zwölf Monaten, lediglich ein Anspruch in Höhe von 9166,67 € begründet.

4. Nebenforderungen sind insoweit nicht geltend gemacht worden.

C. I. Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits beruht auf §§ 91a, 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO.

1. Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz hat der Kläger allein zu tragen.

a) Hinsichtlich des in erster Instanz anhängigen Anspruchs auf Räumung und Herausgabe der Pachtflächen wegen der Kündigungen von 2010 ist der Kläger vollständig unterlegen.

b) Der in erster Instanz anhängige Zahlungsanspruch 2009/2010 ist in zweiter Instanz übereinstimmend für erledigt erklärt worden, so dass insoweit eine Kostenentscheidung nach § 91a Abs. 1 ZPO zu treffen war. Danach hat der Senat über die hierauf entfallenden Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu entscheiden. Es ist angemessen, diese Kosten dem Kläger aufzuerlegen. Zur Zeit der Klageerhebung hatte der Beklagte noch keinen Anlass zur Klage gegeben, weil der Pachtzins für 2009/2010 im August 2010 noch nicht fällig und eine – u.U. früher fällig werdende – Nutzungsentschädigung nach § 597 BGB nicht geschuldet war. Die im Februar 2011 vorgenommene Pachtzinszahlung ist nicht als eine Handlung zu bewerten, mit der sich der Beklagte etwa freiwillig in die Position des Unterlegenen begeben hätte, sondern als Erfüllung der vertraglichen Zahlungspflicht hinsichtlich des Pachtzinses für das Pachtjahr bis zum 30. September 2010 nach Eintritt der Fälligkeit.



2. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind nach dem Verhältnis des wechselseitigen Obsiegens bzw. Unterliegens aufzuteilen. Danach entfallen auf den Kläger 40% und auf den Beklagten 60%.

a) Der Kläger unterliegt in der Berufungsinstanz mit seinem Hauptanspruch auf Räumung und Herausgabe der Pachtflächen wegen der Kündigungen von 2010 und anteilig wegen Abweisung seines Zahlungsantrages 2010/2011. Darüber hinaus hat er auch diejenigen Kosten zu tragen, die auf den übereinstimmend für erledigt erklärten Teil der Hauptsache entfallen, wie vorausgeführt.

b) Im Übrigen unterliegt der Beklagte, d.h. sowohl im Hinblick die Zuerkennung eines Anspruchs des Klägers auf Räumung und Herausgabe der Pachtflächen aufgrund der wirksamen vorzeitigen Beendigung des Pachtverhältnisses im Jahre 2011 als auch bezüglich des ganz überwiegenden Erfolgs des Zahlungsanspruchs 2010/2011. Der Kläger hat zwar insoweit aufgrund neuen Vorbringens obsiegt. Er war zu diesem Vorbringen jedoch – anders, als es Voraussetzung nach § 97 Abs. 2 ZPO wäre – in erster Instanz noch nicht imstande.

II. Die weiteren Nebenentscheidungen ergeben sich aus § 26 Nr. 8 EGZPO i.V. mit §§ 708 Nr. 10, 711 S. 1 sowie 543, 544 Abs. 1 S. 1 ZPO.

1. Die Beschwer des Klägers durch die Sachentscheidung des Senats übersteigt 20.000,00 € nicht. Sie umfasst im Wesentlichen die Abweisung des Herausgabeanspruchs wegen der Kündigungen von 2010, die teilweise Abweisung seines Zahlungsanspruchs 2010/2011 sowie die Kostenentscheidung nach § 91a Abs. 1 ZPO.

2. Die Beschwer des Beklagten übersteigt 20.000,00 € ebenfalls nicht. Denn der Beklagte ist durch den Umfang der Verurteilung beschwert, also im Hinblick auf den Herausgabeanspruch wegen der Kündigung vom Juni 2011 in Höhe von 10.000,00 € und im Hinblick auf die ihm auferlegte Zahlungsverpflichtung in Höhe von 9166,67 €.

III. Die Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO war nicht zuzulassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.

IV. Die Festsetzung des Streitwerts für die Gebührenberechnung im Berufungsverfahren beruht auf §§ 47 Abs. 1 i.V.m. 39 Abs. 1, 41 Abs. 2, 45 Abs. 1 S. 2 und 3, 48 Abs. 1 GKG sowie § 3 ZPO.

1. Der Senat geht davon aus, dass bei isolierter Betrachtung der Kostenwert eines Antrags auf Räumung und Herausgabe der siebzehn Grundstücke nach § 41 Abs. 2 GKG jeweils der Höhe des Jahrespachtzins, hier also 10.000,00 €, entspricht und der Kostenwert des Zahlungsantrages nach § 48 Abs. 1 GKG i.V.m. § 3 ZPO der Höhe seiner Bezifferung, hier also ebenfalls jeweils 10.000,00 €.

2. In der Berufungsinstanz war vom Senat letztlich über zwei gleich lautende Anträge auf Räumung und Herausgabe der Grundstücke zu entscheiden, und zwar über den Herausgabeanspruch wegen der Kündigungen von 2010 als Hauptanspruch und über den Herausgabeanspruch wegen der Kündigung von Juni 2011 als – zulässig geltend gemachter – Hilfsanspruch. Über den Herausgabeanspruch wegen der Kündigung von April 2011 ist keine Sachentscheidung ergangen (vgl. Hartmann, KostG, 40. Aufl. 2010, § 45 GKG Rn. 31 m.N.).

3. Hinzuzusetzen ist der Kostenwert des Zahlungsantrages 2010/2011, über den ebenfalls eine Entscheidung getroffen worden ist.

4. Im Hinblick auf die übereinstimmende Erledigungserklärung des Zahlungsanspruchs für den Zeitraum vom 1. Oktober 2009 bis zum 30. September 2010 hat die Rechtshängigkeit dieses Zahlungsanspruchs geendet; der Rechtsstreit ist nur

noch im Kostenpunkt anhängig. Dieses Kosteninteresse schätzt der Senat auf 2.000,00 €.

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

**§§ 280, 823, 366 BGB; § 256 ZPO**  
**Schadensersatzanspruch der Gebäudebewohner;**  
**Asbestfasern-Freisetzung durch Handwerkerarbeiten**  
**an einem Asbestzementabwasserrohr im Wohnhaus;**  
**Gesundheitsverletzung; Feststellungsklage**

**1. Beim Verlangen auf Ersatz eines erst zukünftig befürchteten Schadens auf Grund einer nach der Klagebehauptung bereits eingetretenen Verletzung eines absoluten Rechtsguts erfordert das Feststellungsinteresse i.S.d. § 256 Abs. 1 ZPO des Weiteren zumindest die Möglichkeit des Schadenseintritts. Der Feststellungsantrag ist begründet, wenn die sachlichen und rechtlichen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs vorliegen, also insbesondere ein haftungsrechtlich relevanter Eingriff in ein absolutes Rechtsgut gegeben ist, der zu den für die Zukunft befürchteten Schäden führen kann.**

**2. Das Einatmen eines potentiell krankmachenden Stoffes in erheblichem Umfang – hier: Freisetzen von Asbestfasern im Kellergeschoss eines Wohnhauses – stellt bereits dann eine Gesundheitsverletzung dar, wenn es noch nicht zum Krankheitsausbruch gekommen ist.**

**3. Die Vorschrift des § 366 Abs. 2 BGB findet auch auf rechtlich verbundene Forderungen verschiedener Gläubiger Anwendung, etwa im Falle des gemeinschaftlichen Forderungseinzugs.**

(OLG Koblenz, Urteil vom 2.11.2011 – 1 U 1380/10)

**Zum Sachverhalt:** Die Kläger verfolgen aus je eigenem sowie aus abgetretenem Recht der Ehefrau des Klägers zu 1. und Mutter des Klägers zu 2. Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit dem im Zuge der Beseitigung eines Wasserschadens im Keller des Hauses im April 2006 verursachten Freisetzung von Asbestfasern; der Beklagte verfolgt im Wege der Widerklage gegen den Kläger zu 1. die Zahlung der Vergütung aus dem entsprechenden Werkvertrag nebst Zinsen und vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten.

Das Landgericht Koblenz hat nach Beweisaufnahme mit Urteil vom 26. Oktober 2010 den Beklagten – unter Klageabweisung im Übrigen – verurteilt, an den Kläger zu 1. einen Betrag in Höhe von 1172,66 € nebst Zinsen sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 155,30 € nebst Zinsen und an den Kläger zu 2. einen Betrag in Höhe von 15,13 € nebst Zinsen zu zahlen; es hat den Beklagten des Weiteren verpflichtet, den Klägern und der Ehefrau/Mutter sämtlichen weiteren materiellen und immateriellen Schaden im Zusammenhang mit der Asbestfaserfreisetzung zu ersetzen; auf die Widerklage hat es den Kläger zu 1. – unter Abweisung im Übrigen – verurteilt, an den Beklagten einen Betrag in Höhe von 819,34 € nebst Zinsen zu zahlen. Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten, der sich die Streithelferin angeschlossen hat.

Der Beklagte wendet sich bereits aus prozessualen Gründen gegen den Feststellungsausspruch zu Gunsten der Ehefrau des Klägers zu 1.; die Voraussetzungen einer gewillkürten Prozessstandschaft seien bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht nicht dargelegt worden; höchst vorsorglich werde insofern zudem die Einrede der Verjährung erhoben. Auf Grund der erhobenen Beweise habe das Landgericht keinesfalls mit dem nötigen Grad an Gewissheit die Feststellung treffen können, dass über den Kellerraum hinaus das gesamte Gebäude durch freigesetzte Asbestfasern kontaminiert worden sei und die Kläger sowie die Ehefrau/Mutter sodann tatsächlich Asbestfasern eingeatmet hätten. Es verblieben insofern durchgreifende Zweifel an der Richtigkeit der sachverständigen Un-



tersuchungen und Ergebnisse (Luftaustausch; Eintrag über die Dacheindeckung; „Biofilm“; Oberflächenbeprobung am 31. August/1. September 2006); bei der jederzeitigen Einhaltung des von der zuständigen Behörde festgesetzten Grenzwerts könne eine Verletzung eines absoluten Rechtsguts nicht vorliegen.

Ebenso wenig sei auch der Schaden seiner Höhe nach ordnungsgemäß festgestellt worden. Das Landgericht habe ohne eigenständige Würdigung schlicht die pauschalen Beträge ausweislich des Sachverständigengutachtens übernommen; es habe zudem die Zahlung des Betriebshaftpflichtversicherers des Beklagten in Höhe von 350,00 € (Schreiben vom 26. Februar 2007) rechtsfehlerhaft – auch – auf Forderungen des Klägers zu 2. und der Ehefrau/Mutter verrechnet. Die dem Kläger zu 1. zugesprochenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten seien „unzulässig berechnet“ worden; zum Zeitpunkt des anwaltlichen Schreibens vom 16. April 2007 sei der Kläger zu 1. noch nicht Gläubiger der nachfolgend „mit 171,91 € zugesprochenen Ansprüche seiner Ehefrau“ gewesen. Hinsichtlich der außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten des Beklagten – Widerklage – sei die Vermögensminderung bereits mit der Entstehung der Verbindlichkeit gegenüber dem Rechtsanwalt eingetreten; jedenfalls aber sei im Zahlungsantrag als Minus zugleich auch der Antrag auf Freistellung von der entsprechenden Verbindlichkeit enthalten.

Die Kläger verteidigen das angefochtene Urteil, das verfahrens- und rechtsfehlerfrei zu zutreffenden tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen gelangt sei. Die vorgelegte Abtretungserklärung vom 21. Oktober 2008 umfasse bei sachgerechter Auslegung auch die Ermächtigung des Klägers zu 1., alle weitergehenden Ansprüche aus dem streitgegenständlichen Schadensereignis gegenüber dem Beklagten im eigenen Namen geltend zu machen. Die sorgfältig durchgeführten und gewissenhaft erstellte(n) sachverständige(n) Begutachtung(en) gäben zu Zweifeln keinerlei Anlass. Die im Kellerbereich ausgetretenen Asbestfasern hätten sich ungehindert im Hause gleichmäßig verteilen können; eine Gesundheitsbeeinträchtigung aller Hausbewohner könne demgemäß nicht (mehr) ausgeschlossen werden. Im Blick auf den Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses vermöge das (Privat-)Gutachten F. keinen durchschlagenden Erkenntniswert mehr zu gewinnen; es sei (denk-)logisch, dass die ursprüngliche Asbestkonzentration sich innerhalb von vier Monaten durch Zugluft und Lüftungsverhalten weitestgehend verflüchtigt habe.

**Aus den Gründen:** II. Die zulässige Berufung hat in der Sache nur in einem geringfügigen Punkt – Hilfsbegehren zur Widerklage – Erfolg.

Es wird auf die Hinweise und die ausführliche Erörterung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat Bezug genommen, die wie folgt zusammengefasst und ergänzt werden:

1. Die ursprünglich vom Kläger zu 1. allein erhobene Klage war zum maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht zulässig auch insofern erhoben, als das Schadensersatzbegehren – wie nachfolgend klargestellt (Schriftsatz vom 16. März 2009) – auch die Verletzung absoluter Rechtsgüter der Ehefrau inkorporierte (Allein- respektive Miteigentum an den „verseuchten“ Gegenständen; Körper- respektive Gesundheitsverletzung). Die Vereinbarung vom 21. Oktober 2010 beinhaltete – über die dort noch eingeschränkte Abtretungsabrede hinaus – nach dem Verständnis des Senats bei verfahrens- und interessengerechter Auslegung (vgl. allg. Vollkommer in: Zöller, ZPO, 28. Auflage 2010, Einl. Rn. 92 ff.) eine rechtswirksame Ermächtigung des Klägers zu 1., weitergehende schuldrechtliche Ansprüche der Ehefrau aus dem streitgegenständlichen Ereignis im eigenen Namen geltend zu machen (gewillkürte Prozessstandschaft; vgl. allg. Vollkommer a. a.O. vor § 50 Rn. 42 ff.; zur Verjährungsfrage sub II. 3.c.). Mit der Vereinbarung vom 25. Juni 2010 erfolgte sodann die – umfassende – (treuhänderische) Abtretung.

Der Feststellungsantrag zu 5. ist bei sachgerechtem Verständnis auf die Feststellung gerichtet, dass der Beklagte beiden Klägern gegenüber – aus deren eigenem wie aus dem abgetretenem Recht der Ehefrau – zum Ersatz der (über die bereits bezifferten Anträge hinausgehenden) materiellen wie immateriellen Schäden infolge des Ereignisses vom 29. April 2006 – Asbestfreisetzung – verpflichtet ist. Die Kläger haben auch ein schützenswertes Interesse an der alsbaldigen Feststellung der Schadensersatzverpflichtung des Beklagten (§ 256 Abs. 1 ZPO). Bereits die drohende Verjährung begründet das Feststellungsinteresse (vgl. Greger in: Zöller a. a.O. § 256 Rn. 9). Beim – wie vorliegend – Verlangen auf Ersatz eines erst zukünftig befürchteten Schadens auf Grund einer nach der Klagebehauptung bereits eingetretenen Verletzung eines absoluten Rechtsguts erfordert das Feststellungsinteresse des Weiteren zumindest die Möglichkeit des Schadenseintritts (vgl. BGH NJW 2001, 1431, 1432; MDR 2007, 792; Greger a. a.O.). Die Kläger haben vorgebracht, dass das Einatmen von Asbestfasern zu Gesundheitsschäden, namentlich einer späteren Krebserkrankung, führen könne und regelmäßige Blutkontrollen der Früherkennung etwaiger Gesundheitsschäden dienen. Dies genügt den verfahrensrechtlichen Vorgaben.

2. Das – sachverständig beratene – Landgericht ist in berufsrechtlich nicht zu beanstandender Weise zur Annahme eines Schadensersatzanspruchs der Kläger dem Grunde nach gelangt. Dessen Haftungsgrundlage kann aus § 280 Abs. 1 i.V.m. §§ 634 Nr. 4; 278 Satz 1, 398 BGB sowie aus § 823 Abs. 1 i.V.m. §§ 831 Abs. 1 Satz 1; 398 BGB entnommen werden.

Die Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen tragen entgegen der Auffassung der Berufung die Erkenntnis, dass durch die – unstreitig – von einem Mitarbeiter des Beklagten am 29. April 2006 durch unsachgemäßes Arbeiten in einem „Lagerraum auf einer Ebene zwischen Kellergeschoss und Erdgeschoss“ verursachte Asbestfreisetzung sowohl die in der Klage näher beschriebenen Gegenstände aus den Kellerräumen kontaminiert als auch greifbare Gesundheitsgefahren für die Bewohner des Hausanwesens hervorgerufen wurden (§ 286 ZPO).

Der Sachverständige ist – „ohne vernünftige Zweifel“ – davon ausgegangen, dass am 29. April 2006 „erhebliche, luftgängige Staubmengen freigesetzt worden sind, die erhebliche Anteile Asbest enthalten haben (mussten)“; bestehe – wie festgestellt – ein „erheblicher Luftaustausch zwischen allen Räumen der Wohnung und dem Dach zum Treppenhaus“, so müsse weiter angenommen werden, dass „eine Ausbreitung der Staubwolke, zumindest der atembaren Feinstäube bis in die obersten Geschosse möglich war.“ Keine einzige der untersuchten (Tür-) Öffnungen – so hat der Sachverständige weiter ausgeführt – weise einen luftdichten Abschluss auf; er hat einen vom Lagerraum (Ort der ursprünglichen Asbestfreisetzung) ausgehenden „Luftverbund mit starkem Luftaustausch“ im gegenständlichen Hausanwesen ermittelt. Die Kontamination mit Asbeststaub in der Wohnung (sc. Hausanwesen) hat der Sachverständige als erheblich und nachhaltig beschrieben; es müsse davon ausgegangen werden, dass „asbesthaltige Stäube sich in dem Gebäude abgesetzt (...) und sich so zu einer Quelle diskontinuierlicher Belastung der Raumluft entwickelt haben“. Im Rahmen seiner abschließenden Anhörung vor dem Landgericht hat der Sachverständige seine vorangegangenen Begutachtungen vollinhaltlich bekräftigt und inhaltlich ergänzt; einen (irgend bedeutsamen) Asbesteintrag über die „fest gebundene“ Dacheindeckung – auch – in das Gebäudeinnere hat er – mangels feststellbarer „mechanischer Einwirkungen auf die Asbestzementteile des Daches“ – mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen („... so wahrscheinlich wie ein großer Lottogewinn“).

Die Einwendungen der Berufung, die sich mit den sachverständigen Untersuchungen („Nebelversuche“; Messungen etc.) und Bewertungen ohnedies nur punktuell und oberflächlich auseinandersetzen, bleiben bei dieser tatsächlichen Lage nach der – im Termin offengelegten – Auffassung des Senats ersichtlich im Bereich des Spekulativen; sie vermögen das vom Landge-

richt festgestellte Beweisergebnis in seinen Grundannahmen nicht zu erschüttern. Die erste Statusmessung erfolgte – unstrittig – erst vier Monate nach der Asbeststaubfreisetzung. Dass hierbei in den übrigen Räumen des Hauses keine Asbestbelastung nachweisbar war, hat der Sachverständige nachvollziehbar und überzeugend mit einer in der Zwischenzeit „nicht ausreichenden Mobilisierung der sedimentierten Stäube“ erklärt.

3. Ohne Erfolg greift die Berufung auch die Feststellungen im angefochtenen Urteil zum haftungsausfüllenden Ursachenzusammenhang sowie zum Schadenseintritt an.

a) Die erstinstanzlichen Feststellungen zu den kontaminierten Gegenständen im Einzelnen hat die Berufung hingenommen. Sie wendet sich einzig gegen die vom Landgericht aus dem Sachverständigengutachten übernommenen und auf die jeweils Geschädigten verteilten (Ersatz-)Beträge. Einen berufsrechtlich erheblichen Rechtsfehler zeigt die – hier vollends pauschale – Berufungsbegründung indessen nicht auf; die – auf den bis ins Einzelne detaillierten Erkenntnissen des Sachverständigen fußende – Schadensermittlung ist nicht zu beanstanden (§§ 286, 287 ZPO). Inwieweit der Beklagte durch die vom Landgericht vorgenommene Verrechnung der (Teil-)Zahlung der Betriebshaftpflichtversicherung in Höhe von 350,00 € („Vergleichsbetrag für verschmutzten Hausrat“) auf die je eigenen Forderungen des Klägers zu 1. und des Klägers zu 2., die abgetretene Forderung der Ehefrau sowie die Forderungsgemeinschaft der Eheleute überhaupt beschwert sein soll, teilt die Berufung nicht mit. Die Vorschrift des § 366 Abs. 2 BGB findet im Übrigen Anwendung auch auf rechtlich verbundene Forderungen verschiedener Gläubiger, etwa im Falle des gemeinschaftlichen Forderungszuzugs (vgl. Dennhardt in: BeckOK-BGB <Edition 20> § 366 Rn. 3 m.w.N.; s. auch zum Kriterium des vernünftigen Parteiwillens BGH NJW 1978, 1524).

b) Der hier gegenständliche Feststellungsantrag (sub II. 1.) ist begründet, wenn die sachlichen und rechtlichen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs vorliegen, also insbesondere ein haftungsrechtlich relevanter Eingriff in ein absolutes Rechtsgut gegeben ist, der zu den für die Zukunft befürchteten Schäden führen kann (vgl. BGH NJW 2001, 1431 Tz. 8; MDR 2007, 792 Tz. 6).

Als Gesundheitsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB ist jedes Hervorrufen oder Steigern eines von den normalen körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden Zustandes zu verstehen, wobei unerheblich ist, ob Schmerzzustände auftreten oder bereits eine tiefgreifende Veränderung der Befindlichkeit eingetreten ist. Die Übertragung eines Krankheitserregers stellt selbst dann bereits eine Gesundheitsverletzung dar, wenn es noch nicht zum Krankheitsausbruch gekommen ist (vgl. BGHZ 114, 284 ff.; NJW 2005, 2614 Tz. 9). Nichts anderes kann gelten, wenn es – wie hier tatsächlich feststeht – zum Einatmen eines potentiell krankmachenden Stoffes in erheblichem Umfang gekommen ist (vgl. BGH NJW 1997, 2748 ff. <Schadstoffemissionen>; zum gesundheitsgefährdenden Potential von Asbeststaub vgl. BGHZ 180, 205 = NJW 2009, 2120 ff. [= GuT 2009, 129 KL]).

Der Senat bejaht in Übereinstimmung mit den Befunden des gerichtlichen Sachverständigen und den tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts auch eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den Eintritt der von den Klägern infolge der Asbestfreisetzung und der nachfolgenden Einatmung der Astbestäube befürchteten zukünftigen – schwerwiegenden – Gesundheitsbeeinträchtigungen sowie der damit einhergehenden Notwendigkeit von präventiven Untersuchungen. Es kann offenbleiben, ob es sich hierbei überhaupt um ein im Rahmen der Begründetheit zu verlangendes Merkmal handelt (zweifelnd BGH NJW 2001, 1431 Tz. 8). Auf die Überschreitung eines von einer Behörde festgesetzten Belastungsgrenzwerts kann es jedenfalls in diesem (Einzelfall-)Zusammenhang nicht entscheidend ankommen (vgl. BGHZ 70, 102, 107; NJW 1997, 2748 Tz. 19; ebendort Tz. 11 auch zur Frage einer Beweiserleichterung).

Soweit das angefochtene Urteil – ersichtlich irrtümlich – im Feststellungsausspruch die Ehefrau/Mutter als (Mit-)Gläubi-

gerin aufgenommen hat, war dies unter Beachtung der vorliegenden Prozessrechtsverhältnisse (sub II. 1.) klarstellend zu korrigieren.

[...] 4. Die hier gegenständlichen Schadensersatzansprüche sind allesamt nicht verjährt. Die einheitlich zum Ende des Jahres 2009 ablaufende Verjährungsfrist wurde durch die Klageerhebung sowie die Geltendmachung der Schäden des (minderjährigen) Klägers zu 2. im Wege der gesetzlichen Vertretung (§ 1629 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 51 Abs. 1, 52 ZPO) und derjenigen der Ehefrau/Mutter im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft (sub II. 1.) noch rechtzeitig gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. §§ 195, 199 Abs. 1 BGB; § 167 ZPO). Berechtigter ist neben dem ursprünglichen Rechtsinhaber und dessen Rechtsnachfolger auch der gesetzliche oder gewillkürte Prozessstandschafter (BGH NJW 2010, 2270 Tz. 38; Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Auflage 2011, § 204 Rn. 9); auch die unzulässige Klage hemmt die Verjährung (BGHZ 78, 1, 5; NJW 2008, 519 Tz. 24).

5. Der Ausspruch zur Widerklage war – auf den Hilfsantrag des Beklagten – um einen Freistellungsanspruch des Beklagten hinsichtlich seiner vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten zu ergänzen (vgl. Palandt/Grüneberg a. a.O. § 249 Rn. 4); die Voraussetzungen des Übergangs in einen Geldanspruch gemäß § 250 BGB sind nicht dargelegt.

Mitgeteilt von RiOLG Dennhardt, Koblenz

#### §§ 906, 1004 BGB

**Störungsabwehr; nachbarliche Emissionen durch Infrarot; Gesundheitsschäden; Gebäudeschäden; Kausalitätsbeweis der behaupteten Beeinträchtigungen; neue wissenschaftliche Theorien zur Auswirkung niederfrequenten Schalls im Rechtsstreit der Parteien**

**1. Geht von einem Grundstück niederfrequenter Schall (sog. Infrarot) aus, kann der Eigentümer eines anderen Grundstücks Unterlassung oder Beseitigung von Emissionen verlangen, wenn die durch diese hervorgerufenen Beeinträchtigungen nicht nur unwesentlich sind.**

**2. Bestehen keine gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse über die Auswirkungen von Emissionen, hat derjenige, der einen Unterlassungsanspruch aus §§ 906, 1004 BGB geltend macht, den Kausalitätsbeweis der Beeinträchtigung nicht geführt, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass die behaupteten Beeinträchtigungen auch andere Ursachen haben können.**

**3. Sind wissenschaftliche Zusammenhänge noch weitgehend unerforscht, ist es nicht Aufgabe der Tatsachengerichte, neuen wissenschaftlichen Theorien zum Durchbruch zu verhelfen.**

(OLG Rostock, Urteil vom 13. 5. 2009 – 3 U 3/08)

**Zum Sachverhalt:** Die Kläger verlangen mit ihrem Hauptantrag die Stilllegung eines von der Beklagten betriebenen Heizhauses, mit ihrem Hilfsantrag die Unterlassung der Beeinträchtigung ihres Eigentumsrechts durch die Vornahme konkret bezeichneter Maßnahmen.

Die Kläger sind Eigentümer des Wohnhauses G.str. 6, P., welches sie im Juni 1995 bezogen. Das Haus befindet sich in ca. 50 m Luftlinie entfernt vom Heizhaus der Beklagten in einem allgemeinen Wohngebiet. Dieses Wohngebiet wird, wie auch das Haus der Kläger, durch das streitgegenständliche Heizhaus B. II mit Fernwärme versorgt. Das Heizhaus ist seit September 1994 in Betrieb.

Bei den Klägern bestehen folgende Gesundheitsbeeinträchtigungen:

Bei der Klägerin zu 1. bildete sich durch chronische Insomnie ein anankastisch-phobisches Psychosyndrom, das in einem chronischen psychophysischen dekompensierenden Überfor-



derungssyndrom mündete. Der Kläger zu 2. litt und leidet ebenfalls an chronischer Insomnie und daneben an psychophysischer Zerrüttung und pathologischer Erlebnisverarbeitung eines chronisch dekompensierten Psychosyndroms mit Tinnitus, chronisch asthmatoider Pollinose und weitreichenden Partnerschaftstörungen. Beide Kläger leiden an Schlafstörungen, Kopfschmerzen, Ohrendruck, Kribbelparästhesien, Luftnot, allgemeinem Unwohlsein und Leistungsknick.

In der Zeit vom 6. 5.–28. 6. 1997 erfolgte eine stationäre Behandlung in der psychosomatischen Abteilung der BfA-Rehaklinik M.

Die Kläger halten sich in ihrem Haus nur noch stundenweise auf. Sie haben sich zwischenzeitlich ersatzweise, insbesondere für die Nachtstunden, in der G.str. 11, P., eine Ersatzwohnung gemietet.

Die Kläger haben behauptet, von dem Heizhaus gehe extrem niederfrequenter Schall von unter 10 Hz, sog. Infraschall, aus, der über eine Lehmader Schwingungen in ihrem Wohnhaus hervorrufe. Diese niederfrequenten Schwingungserscheinungen, für deren Entstehen allein der Betrieb des Heizhauses ursächlich sei, seien die Ursache ihrer massiven gesundheitlichen Beeinträchtigungen.

Es sei bekannt, dass Schwingungen im niederen Frequenzbereich durch Ankopplung an biologische Systeme zu schweren psychovegetativen und psychotischen Störungen führen könnten. Genau diese Symptome lägen bei den Klägern vor.

Es sei messtechnisch nachgewiesen, dass in ihrem Wohnhaus Schall- und Schwingungsimmissionen vorhanden seien, die allein von dem Heizhaus ausgingen. Die audiometrische Untersuchung der I. habe ergeben, dass eine besondere Empfindlichkeit der Kläger für Infraschall auszuschließen sei. Damit sei bewiesen, dass die vom Heizhaus ausgehenden Schall- und Schwingungsimmissionen objektiv gesundheitsgefährdend seien.

In einem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 7. 6. 2002 haben die Kläger behauptet, gleichartige gesundheitliche Beeinträchtigungen wie bei den Klägern, die auf das Heizhaus zurückzuführen seien, seien jetzt auch bei den Nachbarn H.S., D.S. und S. B. aufgetreten.

Die Beklagte hat einen Zusammenhang zwischen dem Betrieb des Heizhauses und dem Gesundheitszustand der Kläger sowie die Ursächlichkeit des Heizhausbetriebes für mögliche Schwingungen im klägerischen Haus bestritten.

Das Landgericht Schwerin hat mit Urteil vom 28. 6. 2002 die Klage abgewiesen. Es hat einen Kausalzusammenhang zwischen den vom Heizhaus der Beklagten ausgehenden Schwingungen und den gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Kläger für nicht hinreichend erwiesen erachtet.

Mit ihrer Berufung greifen die Kläger die Beweiswürdigung des Landgerichtes an und stützen sich insbesondere darauf, dass das Landgericht wegen der Unerforschtheit der Materie hätte weitere Gutachten einholen müssen. Der Sachverständige P. sei nicht ausreichend sachkundig gewesen. Auch die übrigen Feststellungen seien unzureichend. Das Landgericht habe sich darauf beschränkt, nur den Vertreter einer Meinung der entsprechenden Fachrichtung anzuhören. Gerade dann aber, wenn es sich um ein noch wenig erforschtes Gebiet handele, bestehe die Verpflichtung des Gerichtes, auch die Alternativforscher anzuhören, um sich so ein Bild zu verschaffen, ob deren Ansätze nicht die überzeugenderen sind. Das Landgericht hätte daher auch den außergerichtlich von den Klägern hinzugezogenen Dr. Dr. C. hören müssen.

Im Ergebnis der Beweisaufnahmen der ersten und zweiten Instanz stehe fest, dass es im Haus der Kläger zu Schallbelastungen im niederfrequenten Bereich komme, die vom Heizhaus der Beklagten ausging. Ebenfalls sei neben Frequenzen von 8 bis 100 Hz auch eine niederfrequente Schwingung von unter 8 Hz feststellbar. Im Rahmen der gutachterlichen Messungen habe sich gezeigt, dass der durch die DIN 45680/8/ vor-

gesehene Anhaltswert für Schallbelastungen in einer von neun Messungen überschritten werde. Die Schwingungsbelastungen seien zudem 1996 durch die Probanden der Gesundheitsbehörde des Landkreises P. festgestellt worden. Auch drei Mitglieder des Petitionsausschusses hätten bei einer Besichtigung im Haus der Kläger im Mai 2006 Schwingungen verspürt.

Das Robert-Koch-Institut habe eine Empfehlung mit dem Titel „Infraschall und tieffrequenter Schall – ein Thema für den umweltbezogenen Umweltschutz in Deutschland?“ im Dezember 2007 herausgegeben. Diese sei u. a. in Zusammenarbeit mit der TU Berlin, Bereich Akustik, erarbeitet worden. In dieser werde ausgeführt, dass die Studien darauf hinwiesen, dass Emissionen von Infraschall entweder bei kontinuierlichen Langzeitexpositionen oder bei sehr intensiven Kurzzeitexpositionen gesundheitliche Schädigungen verursachen könnten. Professor M. von der TU Berlin bestätige nach entsprechenden Analysen für tieffrequente Geräusche an oder über der Wahrnehmungsgrenze eine den Schlaf beeinträchtigende Wirkung und erhöhte Morgenmüdigkeit. Es könne des Weiteren von einer Störung der nächtlichen Cortisolrhythmik ausgegangen werden, die als Indikator für chronischen Stress angesehen werde. Zu beachten seien zudem mögliche Resonanzwirkungen auf den menschlichen Körper, wobei je nach Frequenz dieser als Ganzes oder einzelne Organe in Schwingungen gebracht werden könnten. Die Universität Alborg habe bestimmte Krankheitsbilder bestimmten Schwingungsfrequenzen zugeordnet.

Die tieffrequenten resonanten Schallwellen von 31,5 Hz, die durch den Gutachter Professor M. festgestellt worden seien, würden von den Klägern über den ganzen Körper aufgenommen. In Auswirkung der festgestellten Frequenzen komme es bei dem Gehirn der Betroffenen nicht mehr zu den notwendigen Erholungsphasen, die eine Niederfrequenz von 1,5 Hz voraussetzen würde. So komme es zu Ohrendruck, Unsicherheit, Angstgefühlen, Dröhnschwingungs- und Druckgefühlen.

Die in den wissenschaftlichen Untersuchungen zum niederfrequenten Schall festgestellten möglichen Auswirkungen auf den menschlichen Körper würden den Beeinträchtigungen und Empfindungen der Kläger entsprechen. Die Kläger klagen über ein im Kopf auftretendes Dröhn-, Schwingungs- oder Druckgefühl, das nur bedingt von der Lautstärke abhängig sei. Die Auswirkungen niederfrequenten Schalls belege auch das von den Klägern vorgelegte Gutachten des Dr. W. vom 28. 10. 2005.

Die Schwingungen würden von den Klägern als pulsierend, zeitweilig als hämmernd empfunden. Die Kläger würden diesen als ein Brummen oder Druckgefühl wahrnehmen. Insbesondere im Ortstermin am 13. 2. 2009 im Haus der Kläger hat die Klägerin zu 1. weiter beschrieben, dass sie bei längerem Aufenthalt im Haus ein Kribbeln, insbesondere an den Waden, überziehe. Sie könne das Brummen oder Dröhnen „geradezu mitsingen“.

Der Kläger zu 2. habe vorzeitig aus dem Berufsleben ausscheiden müssen. Er leide vor allem an Asthma, chronischer Bronchitis, Muskelschmerzen, Hüftschmerzen, hat ein Milzhämatom, Leberzysten und psychosomatische Störungen. Beide Kläger seien zwischenzeitlich zu 40 bzw. 60% anerkannt schwerbehindert.

Es könne daher jedenfalls nicht mit 100-prozentiger Sicherheit ausgeschlossen werden, dass die im Haus der Berufungsführer nachgewiesenen Schwingungen zu gesundheitlichen Schädigungen führten.

Durch die Schwingungen sei es auch zu Bauschäden am klägerischen Haus gekommen. Der Baugrund senke sich im Bereich der Lehmader ab, wodurch es zur Absenkung der Bodenplatte komme. Bedingt durch diese Absenkung komme es im Haus der Kläger zu großen Spalten zwischen Bodenplatte und den Wänden, im Badbereich seien mehrere Fliesen gerissen, und in der Wand der Küche elektrische Leitungen.

Weiterhin machen die Kläger, nachdem ihnen in der Berufungsinstanz die Bauplanungsunterlagen vorgelegt worden sind, geltend, der zum Bau des Heizhauses erstellten Statik fehle der



erforderliche Prüfvermerk. Für die Kesselanlagen seien keine Einzel- bzw. Blockfundamente errichtet worden. Hinreichende Dämpfungs- und Dämmmaßnahmen seien nicht ergriffen worden. Durch diese mangelhafte Bauausführung komme es zu den enormen Vibrationen und Schwingungen auf der Sohlplatte des Heizhauses, die diese in das Erdreich übertrage. Die Ausführung verstoße gegen die DIN 18380.

Die Fehler in Statik und Bauausführung hätten zur Folge, dass in dem Heizhaus erhebliche Baumängel zu verzeichnen seien, die zu den Beeinträchtigungen der Kläger führten.

Die Kläger beantragen, das Urteil des Landgerichts Schwein vom 28. 6. 2002 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, den Betrieb des von ihr betriebenen Heizhauses, B. II, auf dem Grundstück der Gemarkung P., Flur xx, Flurstück xx einzustellen. Hilfsweise: Die Beklagte wird verurteilt, die Beeinträchtigung aufgrund der von dem von ihrem Heizhaus, Gemarkung P., Flur xx, Flurstück xx, ausgehenden Emissionen in Form von Schwingungserscheinungen im extrem niederfrequenten Bereich auf das Grundstück der Kläger zu 1. und 2., Gemarkung P., Flur xx, Flurstück xx/x durch die Vornahme zumutbarer Schutzmaßnahmen, insbesondere durch Einbringung einer schwingungsisolierenden Schicht in den Erdboden zwischen dem Heizhaus und dem klägerischen Grundstück bis zu einer Tiefe von 14 m unter Durchtrennung der beide Grundstücke verbindenden Wasser- und Lehmader oder durch einen Wechsel des Vibrationshemmers (Ersatz der Gummi- durch Stahlisolatoren) und durch eine Veränderung der Gleichförmigkeit der auftretenden Schwingungen durch Verlagerung des Prallbleches im Brenner des Heizhauses sowie einer Erhöhung der Drehzahl der Pumpmotoren zu unterlassen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil unter Be- streiten eines Kausalzusammenhangs zwischen Schallemissionen des Heizhauses und den Gesundheitsschäden der Kläger. Dass die von den Klägern behaupteten Bauschäden durch Schallemissionen aus dem von ihr betriebenen Heizhaus hervorgerufen worden seien, stellt sie ebenfalls in Abrede.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens des Diplomphysikers F. vom 14. 11. 2003, eines Sachverständigengutachtens vom 9. 5. 2006 und einer ergänzenden schriftlichen gutachterlichen Stellungnahme vom 20. 7. 2006 des Professor M. sowie Sachverständigengutachten des Professor L. vom 11. 1. 2008. Professor M. ist in den mündlichen Verhandlungen vom 3. 11. 2005 und 5. 2. 2009 und Professor L. in der Sitzung vom 5. 2. 2009 ergänzend angehört worden. Weiterhin hat der Senat am 13. 2. 2009 einen Ortstermin im Haus der Kläger durchgeführt.

**Aus den Gründen:** II. Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung hat keinen Erfolg. Die Kläger können nicht mit Erfolg einen Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte aus §§ 1004, 906 BGB geltend machen. Auch deliktische Unterlassungsansprüche scheiden aus.

1. Mit ihrem Hauptantrag begehren die Kläger die Einstellung des Betriebes des Heizhauses der Beklagten. Diesen Anspruch können sie schon deshalb nicht mit Erfolg geltend machen, weil es im Falle einer Störung im Sinne der §§ 1004, 906 BGB grundsätzlich dem Störer überlassen bleiben muss, welche konkreten Maßnahmen er ergreift, um die betreffende Störung zu beseitigen (BGH, Urt. v. 22. 10. 1976, V ZR 36/75, BGHZ 67, 252; BGH, Urt. v. 17. 12. 1982, V ZR 55/82, NJW 1983, 751). Dies ist nur anders zu beurteilen, wenn nur eine bestimmte Maßnahme geeignet ist, die Störung zu beseitigen oder andere Maßnahmen nicht ernsthaft in Betracht zu ziehen sind (BGH, Urt. v. 22. 10. 1976, V ZR 36/75, BGHZ 67, 252; BGH, Urt. v. 17. 12. 1982, V ZR 55/82, NJW 1983, 751; BGH, Urt. v. 12. 12. 2003, V ZR 98/03, NJW 2004, 1035; Palandt/Bassenge, BGB, 68. Aufl., § 1004 Rn. 51; Horst, Rechtshandbuch Nachbarrecht, 2. Aufl., Rn. 303). Dafür, dass die von den Klägern

geltend gemachten Emissionen nur durch das Einstellen des Betriebs des Heizhauses beseitigt werden können, ist nichts ersichtlich.

Darüber hinaus wäre eine Einstellung des Betriebs des Heizhauses auch aus dem Gesichtspunkt des Gemeininteresses nicht geboten. Insoweit nimmt der Senat auf seinen ausführlichen Hinweis im Beschluss vom 8. 12. 2005 Bezug.

2. Ebenso wenig können die Kläger die Beseitigung bzw. Unterlassung von Störungen durch die im Hilfsantrag konkret bezeichneten Maßnahmen verlangen. Allerdings legt der Senat den Hilfsantrag der Kläger dahin aus, dass diese die Beseitigung bzw. Unterlassung der Beeinträchtigung ihres Eigentums allgemein geltend machen wollen und die konkret bezeichneten Maßnahmen nur Beispiele der Erfüllung dieses Anspruch sein sollen, eine anderweitige Vorgehensweise der Beklagten gleichwohl daher nicht ausschließen wollen. Dies ergibt sich für den Senat aus der Verwendung des Wortes „insbesondere“. Ein Beseitigungsanspruch der §§ 1004, 906 BGB wegen einer niederfrequenten Schall- bzw. Infraschallbelastung steht den Klägern indes nicht zur Seite.

a. Gem. § 1004 BGB kann der Eigentümer eines Grundstücks von jedem, der sein Eigentum anders als durch Besitzentziehung beeinträchtigt, Beseitigung oder – sind für die Zukunft weitere Beeinträchtigungen zu erwarten – Unterlassung verlangen. Der Anspruch ist gem. § 1004 Abs. 2 BGB ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist. Gem. § 906 Abs. 1 BGB ist der Eigentümer eines Grundstückes zur Duldung von Emissionen, die von einem anderen Grundstück ausgehen, verpflichtet, wenn die Einwirkung dieser die Benutzung seines Grundstückes nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt. Nach § 906 Abs. 1 Satz 2, 3 BGB liegt eine unwesentliche Beeinträchtigung in der Regel vor, wenn die in Gesetzen oder Rechtsverordnungen festgelegten Grenzen oder Richtwerte von den nach diesen Vorschriften ermittelten und bewerteten Einwirkungen nicht überschritten werden.

Beeinträchtigung in diesem Sinne ist dabei jede Einwirkung auf das Grundstück. Die Einwirkungen müssen von einem Grundstück grenzüberschreitend auf ein anderes erfolgen (Palandt/Bassenge, a. a. O., § 906 Rn. 4; MünchKomm-BGB/Säcker, 4. Aufl., § 906 Rn. 27). Unter § 906 BGB fallen ohne Beschränkung auf unwägbar Stoffe grenzüberschreitende Einwirkungen, die in ihrer Ausbreitung weitgehend unkontrollierbar und unbeherrschbar sind (BGH, Urt. v. 24. 1. 1992, V ZR 274/90, NJW 1992, 1389). Dabei muss es sich um Grenzüberschreitungen mit gesundheitlich oder sachschädigender Wirkung handeln (BGH, Urt. v. 7. 3. 1969, V ZR 169/65, BGHZ 51, 396). Die Einwirkung geht auch dann von einem Grundstück aus, wenn sie nur zurechenbare Folge eines auf ihm eingerichteten Betriebs ist (BGH, Urt. v. 15. 6. 1977, V ZR 44/75, NJW 1977, 1917).

Ob eine Beeinträchtigung wesentlich ist, hängt nach der ständigen Rechtsprechung des BGH von dem Empfinden eines verständigen Durchschnittsmenschen ab und davon, was diesem auch unter Würdigung anderer öffentlicher und privater Belange billigerweise nicht mehr zuzumuten ist (BGH, Urt. v. 8. 10. 2004, V ZR 85/04, BGHReport 2005, 144; BGH, Urt. v. 20. 11. 1992, V ZR 82/91, BGHZ 120, 239 = MDR 1993, 868 [= WuM 1993, 127]; BGH, Urt. v. 5. 2. 1993, V ZR 62/91, BGHZ 121, 248 = MDR 1993, 541 [= WuM 1993, 277]; [...]). Maßgebend ist, in welchem Ausmaß die Benutzung nach der tatsächlichen Zweckbestimmung des Grundstückes gestört wird (MünchKomm-BGB/Säcker, § 906 Rn. 34). Auf die subjektiven Empfindungen des Gestörten kommt es nicht an (BGH, Urt. v. 30. 10. 1998, V ZR 64/98, NJW 1999, 356). Besondere subjektive Be- und Empfindlichkeiten können bei der Beurteilung daher keine Berücksichtigung finden.

So kann es für ein Wohngrundstück maßgeblich sein, ob das Wohnen an Annehmlichkeit verliert und der Grundstückswert dadurch gemindert wird (BGH, Urt. v. 18. 10. 1979, III ZR 177/77, MDR 1980, 655). Nimmt der durchschnittliche Mensch

die Emissionen, etwa durch Geräusche, kaum mehr wahr, spricht dies für deren Unwesentlichkeit. Führen die Emissionen hingegen zu Gesundheits- oder Sachbeschädigungen, sind die Beeinträchtigungen hingegen als wesentlich anzusehen (Palandt/Bassenge, a. a. O., § 906 Rn. 17).

Der Begriff der Wesentlichkeit einer Beeinträchtigung dient der Abgrenzung zwischen den unabhängig von ihrer Ortsüblichkeit gem. § 906 Abs. 1 BGB hinzunehmenden sozialadäquaten Belästigungen im nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnis und den über eine bloße Belästigung hinausgehenden, körperliches Unbehagen hervorrufenden und deshalb wesentlichen Einwirkungen (MünchKomm-BGB/Säcker, § 906 Rn. 30).

Die Grenze der im Einzelfall zumutbaren Geräuschbelastung kann nicht mathematisch exakt, sondern nur aufgrund wertender Beurteilungen festgesetzt werden (BGH, Urt. v. 6. 7. 2001, V ZR 246/00, BGHZ 148, 261 = MDR 2001, 1233 [= WuM 2001, 491]; BGH, Urt. v. 26. 9. 2003, V ZR 41/03, MDR 2004, 145 / NJW 2003, 3699; BGH, Urt. v. 27. 10. 2006, V ZR 2/06, MDR 2007, 397 / NJW-RR 2007, 168 [= WuM 2007, 147 = GuT 2007, 44 KL]). Ob wesentliche Beeinträchtigungen des Nachbargrundstückes bestehen, ist nach den konkreten Gegebenheiten des Sachverhaltes zu beurteilen (BGH, Urt. v. 15. 2. 2008, V ZR 222/06, BGHReport 2008, 480). Deshalb hat sich das Berufungsgericht ggf. einen eigenen Eindruck von der Lästigkeit der Geräuscheinwirkungen zu verschaffen (BGH, Urt. v. 8. 10. 2004, V ZR 85/04, MDR 2005, 328).

b. Dass von dem Heizhaus der Beklagten niederfrequenter Schall auf das Grundstück der Kläger und in das darauf befindliche Haus übertragen wird, steht im Ergebnis der Beweisaufnahme zur Überzeugung des Senates fest. Dabei kann es der Senat offen lassen, ob die Schallwellen, die vom Heizhaus der Beklagten ausgehen, im Wege des Luftschalls oder des Körperschalls übertragen werden, da es hierauf für einen Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch der Kläger streitentscheidend nicht ankommt.

Die Messungen der gerichtlich bestellten Sachverständigen haben ergeben, dass am Heizhaus der Beklagten niederfrequenter Schall entsteht und im Haus der Kläger Schallwellen gleicher Frequenz gemessen werden konnten. Der Sachverständige Prof. M. hat in seiner mündlichen Anhörung im Termin vom 5. 2. 2009 den Schluss gezogen, dass die im Haus der Kläger festgestellten niederfrequenten Schallwellen vom Heizhaus der Beklagten herrühren und dies in seinen gutachterlichen Stellungnahmen nachvollziehbar belegt. Diese Feststellungen decken sich im Ergebnis mit denen des Dr. F., des Diplomphysikers F. und des Dr. K. Der Senat hat daher keinen Anlass, diese Feststellungen in Zweifel zu ziehen.

c. Der Senat hat im Rahmen seiner Ortsbesichtigung aber nicht feststellen können, dass eine wesentliche Belastung des Hausgrundstücks durch die festgestellten Schallwellen gegeben ist.

Die Wahrnehmungen des Senates im Ortstermin vom 13. 2. 2009 haben die von den Klägern geschilderten Beeinträchtigungen nicht zu bestätigen vermocht, obwohl das Heizhaus wegen der extremen und außergewöhnlichen Kälte nahezu volllastig lief. Einen Ohrendruck oder ein Dröhnen haben die Senatsmitglieder nicht empfunden. Ebenso konnten Vibrationen, von denen die Kläger im Laufe des Verfahrens berichtet haben, weder über die Luft noch über den unmittelbaren Kontakt zum Fußboden und zu Möbeln festgestellt werden. Selbst der Richter am Oberlandesgericht B., dessen Tastsinn aufgrund seiner Blindheit besonders ausgeprägt ist, konnte trotz Auflegens seiner insbesondere sensibilisierten Fingerspitzen auf den Fußboden derartige Vibrationen nicht wahrnehmen. Auch anderweitige körperliche Beeinträchtigungen, wie Kribbel- oder Druckgefühle oder ein pulsierendes Hämmern haben sich bei den Senatsmitgliedern während des knapp zweistündigen Aufenthaltes im Haus der Kläger nicht eingestellt.

Alle drei Mitglieder des Richterkollegiums haben in sämtlichen Räumen des Hauses dann, wenn ein Zustand der Ruhe eingetreten war, in unterschiedlicher Intensität ein sehr hohes Pfeifen festgestellt, dessen Herkunft sie nicht zuordnen konnten. Im Nachgang zum Ortstermin haben sich die Mitglieder des Richterkollegiums unabhängig voneinander zu unterschiedlichen Zeiten und an unterschiedlichen Orten in Räumen aufgehalten, in denen ebenfalls Ruhe herrschte. Bei angestrenzter Konzentration auf die Wahrnehmung von Geräuschen haben sie jeweils für sich das gleiche Geräusch wahrnehmen können, wobei dessen Intensität wiederum variierte, tendenziell aber bei längerer Anstrengung zugenommen hat. Somit kann ein Zusammenhang zwischen diesem Geräusch und den Emissionen aus dem Heizhaus der Beklagten vom Senat nicht sicher festgestellt werden. Ein solches Geräusch haben die Kläger als eine Beeinträchtigung auch nicht beschrieben.

Auch ein ständiges Brummen, von dem die Klägerin zu 1. anlässlich des Ortstermins angegeben hat, dies mitsummen zu können, haben die Senatsmitglieder nicht bestätigen können. Allein der Richter am Oberlandesgericht B. hat ein Brummen wahrnehmen können, als er sich mit dem Kopf an einen Schreibtisch angelehnt hat. An allen anderen Standorten im gleichen Raum und auch im sonstigen Haus hat er dieses Geräusch trotz Setzens und Legens auf den Fußboden und Anlehns an andere Möbel, z. B. Schränke, nicht mehr wahrnehmen können. Auch wenn der Senat unterstellt, dass dieses Geräusch auf die Schallemissionen zurückzuführen ist, vermag er aufgrund der vorbeschriebenen äußerst beschränkten Wahrnehmung hier keine wesentliche Beeinträchtigung zu erblicken.

d. Ebenso wenig ist bewiesen, dass Infraschall allgemein gesundheitsbeeinträchtigend ist. Es mag vieles dafür sprechen, aber nicht so viel, dass vernünftige Zweifel schweigen müssen.

Bei den Auswirkungen von niederfrequenten Schallwellen auf den menschlichen Körper handelt es sich um ein wenig erforschtes Gebiet. Zwar sind in längerer Zeit Forschungsergebnisse erzielt worden, die einen möglichen Zusammenhang zwischen der Einwirkung niederfrequenten Schalls auf den menschlichen Körper und Gesundheitsbeeinträchtigungen belegen. Dies gilt etwa für die von den Klägern in das Verfahren eingeführten Studien des Robert-Koch-Instituts oder der Universität Alborg. Hierher einzuordnen ist auch die Einzelfallstudie des Dr. W. Nach dem Verständnis des Senates handelt es sich hierbei aber um erste Forschungsergebnisse mit Vorreitercharakter, die noch keine breite wissenschaftliche Bestätigung gefunden haben und daher nicht als gesicherte Erkenntnisse gelten können, die den allgemeinen wissenschaftlichen Erkenntnisstand widerspiegeln. Seiner Beweiswürdigung kann der Senat jedoch nur gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse zugrunde legen. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass es nicht Aufgabe der Tatsachengerichte ist, neuartigen Forschungsergebnissen und Thesen zum Durchbruch zu verhelfen (BVerfG, Beschl. v. 17. 2. 1997, 1 BvR 1658/96, NJW 1997, 2509). Der Senat war deshalb auch nicht gehalten, auf Anregung der Kläger weitere Gutachten eines ausgewiesenen Experten und Vorkämpfers auf diesem Forschungsgebiet einzuholen.

Die von den Klägern vorgelegten Forschungsergebnisse mögen einen Zusammenhang zwischen den Schallemissionen und den bei ihnen festgestellten Gesundheitsbeeinträchtigungen plausibel erscheinen lassen. Indes vermag sich der Senat auf der Grundlage ausschließlich neuerer Forschungsergebnisse, die noch nicht dem anerkannten Stand der Wissenschaft entsprechen, keine gem. § 286 ZPO hinreichend sichere, verbleibenden und vernünftigen Zweifeln Schweigen gebietende Überzeugung zu bilden, zwischen auftretendem Infraschall und gesundheitlichen Beeinträchtigungen bestehe ein allgemeiner Zusammenhang. Es bleibt die nicht ausschließbare Möglichkeit eines anderen Ursachenzusammenhangs und einer anderen Ursachenquelle für die subjektiven Beeinträchtigungen der Kläger. Diese können insbesondere kein belastbarer Gradmesser



dafür sein, ob Infraschall für den menschlichen Körper überhaupt belastend ist bzw. ob eine wesentliche oder nur unwesentliche Beeinträchtigung gegeben ist.

Der Senat hält es zwar für durchaus denkbar, dass aufgrund der Fortentwicklung wissenschaftlicher Erkenntnisse späterhin ein hinreichender Nachweis für eine allgemeine Schädlichkeit niederfrequenten Schalls geführt werden kann. Dieser Möglichkeit darf im vorliegenden Rechtsstreit aber keine Bedeutung beigemessen werden.

e. Schließlich ist auch nicht bewiesen, dass der festgestellte Infraschall das Hausgrundstück der Kläger geschädigt hat.

Zwar hat der Senat im Ortstermin Risse in den Fliesen und in der Wand des Wohnzimmers feststellen können, Setzungen der Bodenplatte sowie eine von den Klägern geltend gemachte gerissene Elektroleitung in der Küchenwand hingegen nicht. Der Senat vermag nicht mit der erforderlichen Sicherheit auszuschließen, dass diese Beschädigungen, die üblichen Setzungserscheinungen am Bau entsprechen, nicht auch auf andere Ursachen zurückzuführen sein können. Dies deckt sich mit den Stellungnahmen der Sachverständigen Prof. M. und Prof. L. in ihrer Anhörung vom 5. 2. 2009. Beide haben für sich ausgeschlossen, dass die festgestellten Schallwellen in der gemessenen Intensität zu derartigen Bauschäden führen. Dies ist für den Senat insbesondere deshalb schon nachvollziehbar, weil sich die durch Messung festgestellten Schallwellen in Frequenzen über 10 Hz weitgehend innerhalb der Regelwerte der DIN 45680 bewegen und daher als regelgerecht zu bewerten sind.

f. Der Nachteil der Beweislosigkeit geht zu Lasten der Kläger. Weder kommt eine Beweislastumkehr noch kommen Beweiserleichterungen in Betracht.

1) Macht der Grundstückseigentümer einen Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch aus §§ 1004, 906 BGB geltend, trifft ihn die Beweislast für das Vorhandensein der Emissionen, die damit verbundene Beeinträchtigung und die zwischen diesen bestehende Kausalität. Hat er diesen Beweis geführt, muss der Störer hingegen grundsätzlich darlegen und beweisen, dass sich die gegebene Beeinträchtigung nur als unwesentlich darstellt. Dieser Grundsatz erfährt jedoch eine Einschränkung, wenn nach der Regel des § 906 Abs. 1 Satz 2 BGB von einer unwesentlichen Beeinträchtigung auszugehen ist, weil ein entsprechender Grenz- oder Richtwert nicht überschritten ist. Den in § 906 Abs. 1 Satz 2 und 3 genannten Grenz- oder Richtwerten kommt die Bedeutung zu, dass ein Überschreiten der Werte das Vorliegen einer wesentlichen Beeinträchtigung und ein Einhalten oder Unterschreiten der Grenz- oder Richtwerte die Unwesentlichkeit der Beeinträchtigung indiziert. Eine solche indizielle Bedeutung hat der Tatrichter zu beachten. Er kann im Rahmen seines Beurteilungsspielraums von dem Regelfall abweichen, wenn dies besondere Umstände des Einzelfalls gebieten. Darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen sind solche die Indizwirkung erschütternde Umstände von demjenigen, der trotz Einhaltung der Grenzwerte eine wesentliche Beeinträchtigung geltend macht. Er muss allerdings nur diese Umstände darlegen und beweisen, um dem Tatbestand des § 906 Abs. 1 Satz 2 BGB die Indizwirkung zu nehmen. Er muss nicht nachweisen, daß die Beeinträchtigung wesentlich ist (vgl. u. a. BGH, Urt. v. 13. 2. 2004, V ZR 217/03, NJW 2004, 1317 [= WuM 2004, 217] Tz 13 m.w.N.).

2) Hinsichtlich des festgestellten Infraschalls, der insbesondere in den Bereichen um 1, 2 und 10 Hz festgestellt wurde, gibt es keine Richtwerte. Sie werden von der DIN 45680 nicht erfasst. Eine Indizwirkung für eine beeinträchtigende Belastung und deren Wesentlichkeit bzw. Unwesentlichkeit fehlt mithin. Damit muss es bei dem Grundsatz verbleiben, nach dem der Grundstückseigentümer die Beeinträchtigung und der Emittent die Unwesentlichkeit der ggf. vorliegenden Beeinträchtigung dartun und beweisen muss. Vorliegend ist – wie oben ausgeführt – nicht feststellbar, dass Infraschall überhaupt beeinträchtigend ist. Die Frage einer Wesentlichkeit bzw. Unwesentlichkeit stellt

sich nicht mehr. Insbesondere reicht allein der Umstand, dass Infraschall feststellbar ist, nicht aus, eine Beeinträchtigung zu bejahen. Es gibt – wie der Sachverständige Prof. Dr. M. ausgeführt hat – schlechterdings keinen infraschallfreien Bereich.

3) Die im Haus der Kläger auftretenden Schallwellen, die mit denen im Heizhaus übereinstimmen, übersteigen nicht die hierfür aufgestellten Richtwerte (§ 906 Abs. 1 Satz 2, 3 BGB). Für die Frequenzen ab 10 Hz aufwärts finden sich solche Richtwerte in der DIN 45680. Diese werden – bis auf zwei Messausnahmen – nicht überschritten. Da § 906 BGB einen Beseitigungsanspruch nur einräumt, wenn es sich um nicht unwesentliche Beeinträchtigungen handelt, sind die durchschnittlichen Belastungen zugrunde zu legen, nicht gelegentliche Ausnahmewerte. Der Senat brauchte daher auch keine Feststellungen dazu treffen, ob sich bei seltenen Extremfällen, wie besonders tiefem Bodenfrost oder Vollastbetrieb des Heizhauses, möglicherweise solche Überschreitungen ergeben. Ein Betrieb des Heizhauses auch bei besonders niedrigen Temperaturen sieht der Senat mit Blick auf die im Rahmen des Ortstermins unstreitig gebliebenen Darlegungen der Beklagten (was nur versehentlich nicht protokolliert worden ist) zur mangelhaften Auslastung des Heizhauses nicht für sehr wahrscheinlich an. Im Übrigen hat der Senat anlässlich einer vorbeschriebenen Extremsituation keine allgemeine Schallbelastung ausmachen können.

4) Eine Beweislastumkehr zugunsten der Kläger ergibt sich auch nicht aus der Verletzung baurechtlicher Vorschriften oder der anerkannten Regeln der Technik.

Die Kläger machen insoweit geltend, dass die Bauausführung der Beklagten von der genehmigten Bauplanung und der dazugehörigen Statik abweiche. Der Sachverständige Prof. L. hat hierzu Feststellungen getroffen und ausgeführt, dass die vorgenommenen Änderungen nicht zu einer Verschlechterung von Schalldämmung und Schalldämpfung geführt haben, sondern diese teilweise eher noch verbessert haben. Die tatsächlichen Feststellungen des Sachverständigen werden nicht angegriffen. Die von diesem hieraus gezogenen Schlüsse hält der Senat für nachvollziehbar. Soweit die Kläger diese Feststellungen angreifen, setzen sie allein an die Stelle der Schlussfolgerungen des Sachverständigen die von ihnen gezogenen Schlüsse, zeigen aber nicht auf, woraus sich die Fehlerhaftigkeit der gutachterlichen Feststellungen ergibt.

Die gewählte Bauausführung verstößt auch nicht gegen die DIN 18380. Der Sachverständige Prof. L. hat, auch wenn er in der Anhörung vom 5. 2. 2009 weitergehende Angaben zu ihrem Inhalt nicht machen konnte, zumindest dieses Regelwerk auf Heizkraftwerke für nicht anwendbar erklärt. Ihrem Geltungsbereich nach gilt die DIN 18380 auch nur für die Installation von zentralen Heiz- und Warmwasserbereitungsanlagen in Gebäuden. Auch der Senat hegt in Ansehung der weiteren Ausgestaltung des Regelwerkes dahin, dass die Installation von Rohren, Heizkörpern etc. geregelt wird, Zweifel an ihrer Anwendbarkeit auf das streitgegenständliche Heizhaus. Schließlich vermag der Senat die von den Klägern aufgezeigten Installationsanforderungen diesem Regelwerk so nicht zu entnehmen.

Weitergehende Regelverstöße sind nicht ersichtlich. Auf den von den Klägern gerügten fehlenden Prüfvermerk der Statik kommt es aus Sicht des Senates nicht an, da eine rechtswirksam erteilte Baugenehmigung vorliegt. Zudem ist nicht ersichtlich, inwieweit dieser Umstand Auswirkungen auf die Schalldämmung und -dämpfung zeitigen soll.

5) Eine Beweiserleichterung zugunsten der Kläger können diese auch nicht mit der Begründung beanspruchen, dass die Beklagte eine Anlage betreibe, von der typischerweise Gefahren ausgingen, wie sie sich in dem konkreten zur rechtlichen Beurteilung anstehenden Fall verwirklicht hätten. Um eine typische Gefahrenquelle in diesem Sinne handelt es sich dann, wenn von ihr allgemein üblich unter gewöhnlichen Umständen die Verwirklichung solcher Gefahren zu erwarten ist. Das aber



ist schon wegen der Unerforschtheit der Wirkung und Entstehung niederfrequenten Schalls nicht der Fall. Von typisierten Abläufen kann daher nicht gesprochen werden.

3. Die Kläger können ihren hilfsweise geltend gemachten Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch auch nicht auf deliktische Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB, § 15 Abs. 3 Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern stützen.

Zwar ist zwischenzeitlich durch die Rechtsprechung der Grundsatz entwickelt worden, dass im Falle einer Verletzung eines Schutzgesetzes aus § 823 Abs. 2 BGB neben einem Schadensersatzanspruch auch ein Unterlassungsanspruch wegen drohender Rechtsverletzungen oder ein Beseitigungsanspruch geltend gemacht werden kann. Sowohl der Unterlassungs- als auch der Beseitigungsanspruch setzen die objektiv widerrechtliche Störung eines in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Gutes voraus (Palandt/Sprau, a. a. O., Vorbem. 19, 29 vor § 823 BGB). Hieran fehlt es aus den gleichen Gründen, aus denen auch der Anspruch aus §§ 1004, 906 BGB der Erfolg versagt bleiben muss.

III. [...] Gründe, die Revision zuzulassen, sieht der Senat nicht, da die Entscheidung im Wesentlichen durch die getroffenen Tatsachenfeststellungen und die Beweiswürdigung des Senates getragen wird. Grundsätzliche Rechtsfragen sind nicht aufgeworfen.

Mitgeteilt von RiOLG Both, Rostock

### §§ 823, 826 BGB

#### Unerlaubte Handlung;

**Abgrenzung bedingten Vorsatz von Fahrlässigkeit;  
Prospekthaftung; Kapitalanlagebetrug; Fondsbeteiligung**

**Zur Abgrenzung bedingten Vorsatzes von Fahrlässigkeit.**  
(BGH, Urteil vom 20. 12. 2011 – VI ZR 309/10)

7 **Aus den Gründen:** II. [...] Die Revision wendet sich ohne Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, es fehle an dem für eine Haftung der Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 264a StGB, § 826 BGB erforderlichen Vorsatz ihres Geschäftsführers.

8 1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass eine Schadensersatzpflicht der Beklagten gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 264a StGB voraussetzt, dass ihr gesetzlicher Vertreter den objektiven Tatbestand des § 264a StGB vorsätzlich – zumindest in der Form des bedingten Vorsatzes – verwirklicht hat. Entsprechendes gilt für eine Haftung der Beklagten aus § 826 BGB; sie erfordert, dass ihr gesetzlicher Vertreter den dem Kläger entstandenen Schaden vorsätzlich herbeigeführt hat. Das Berufungsgericht hat auch mit Recht angenommen, dass der Kläger die Beweislast für den danach erforderlichen Vorsatz des Geschäftsführers der Beklagten trägt. Denn als Anspruchsteller hat er alle Tatsachen zu beweisen, aus denen er seinen Anspruch herleitet (vgl. Senatsurteile vom 17. März 1987 – VI ZR 282/85, BGHZ 100, 190, 195; vom 11. Dezember 2001 – VI ZR 350/00, VersR 2002, 321; vom 19. Juli 2011 – VI ZR 367/09, VersR 2011, 1276 Rn. 13; BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 – II ZR 218/03, BGHZ 160, 134, 145; Katzenmeier in Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 3. Aufl., § 823 Abs. 2 Rn. 1, 5; Luckey in Baumgärtel/Laumen/Prütting, aaO, § 826 Rn. 1, 4). Gegen diese Auffassung wendet sich die Revision nicht.

9 2. Entgegen der Auffassung der Revision ist Vorsatz aber nicht immer bereits dann zu bejahen, wenn ein vernünftiger denkender Dritter in der Situation des in Anspruch Genommenen über Erkenntnisse in Bezug auf die relevanten Tatumstände verfügt hätte oder hätte verfügen müssen, aufgrund derer auf der Hand liegt, dass für ein Vertrauen in das Ausbleiben des tatbestandlichen Erfolgs kein Raum ist. Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden.

10 a) Vorsatz enthält ein „Wissens-“ und ein „Wollenselement“. Der Handelnde muss die Umstände, auf die sich der Vor-

satz beziehen muss, – im Fall des § 264a StGB die Verwirklichung des objektiven Tatbestands, im Fall des § 826 BGB die Schädigung des Anspruchstellers – gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben (vgl. Senatsurteil vom 5. März 2002 – VI ZR 398/00, VersR 2002, 613, 615 [= WuM 2002, 269 = GuT 2002, 120 KL]; BGH, Urteile vom 26. August 2003 – 5 StR 145/03, BGHSt 48, 331, 346; vom 7. Dezember 1999 – 1 StR 538/99; Beschluss vom 16. April 2008 – 5 StR 615/07, NStZ-RR 2008, 239, 240; Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 276 Rn. 10; Fischer, StGB, 58. Aufl., § 15 Rn. 3 ff.). Die Annahme der – vorliegend allein in Betracht kommenden – Form des bedingten Vorsatzes setzt voraus, dass der Handelnde die relevanten Umstände jedenfalls für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat (vgl. Senatsurteile vom 11. Februar 2003 – VI ZR 34/02, BGHZ 154, 11, 20; vom 21. April 2009 – VI ZR 304/07, VersR 2009, 942 Rn. 24; vom 23. November 2010 – VI ZR 244/09, VersR 2011, 216 Rn. 20; BGH, Urteil vom 26. August 2003 – 5 StR 145/03, BGHSt 48, 33, 346 f.; Beschluss vom 16. April 2008 – 5 StR 615/07, NStZ-RR 2008, 239, 240 jeweils mwN). Entgegen der Auffassung der Revision genügt es dagegen nicht, wenn die relevanten Tatumstände lediglich objektiv erkennbar waren und der Handelnde sie hätte kennen können oder kennen müssen (vgl. Senatsurteil vom 11. Dezember 2001 – VI ZR 350/00, aaO, S. 322; Fischer, StGB, 58. Aufl., § 15 Rn. 4, 9 b). In einer solchen Situation ist lediglich ein Fahrlässigkeitsvorwurf gerechtfertigt.

11 b) Von den materiellen Voraussetzungen des bedingten Vorsatzes sind die Anforderungen zu unterscheiden, die an seinen Beweis zu stellen sind (vgl. BGH, Urteil vom 6. April 2000 – 1 StR 280/99, BGHSt 46, 30, 35; Staudinger/Oechsler, BGB, Neubearbeitung 2009, § 826 Rn. 96). So kann sich im Rahmen des § 826 BGB aus der Art und Weise des sittenwidrigen Handelns, insbesondere dem Grad der Leichtfertigkeit des Schädigers, die Schlussfolgerung ergeben, dass er mit Schädigungsvorsatz gehandelt hat (vgl. BGH, Urteile vom 9. März 2010 – XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 39 mwN; vom 17. Mai 2011 – XI ZR 300/08, juris Rn. 18). Auch kann es im Einzelfall beweisrechtlich naheliegen, dass der Schädiger einen pflichtwidrigen Erfolg gebilligt hat, wenn er sein Vorhaben trotz starker Gefährdung des betroffenen Rechtsguts durchführt, ohne auf einen glücklichen Ausgang vertrauen zu können, und es dem Zufall überlässt, ob sich die von ihm erkannte Gefahr verwirklicht oder nicht (vgl. BGH, Urteile vom 13. Dezember 2001 – VII ZR 305/99, NJW-RR 2002, 740; vom 11. November 2003 – VI ZR 371/02, VersR 2004, 210, 212; vom 26. August 2003 – 5 StR 145/03, BGHSt 48, 331, 346). Allerdings kann der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts nicht allein das Kriterium für die Frage sein, ob der Handelnde mit dem Erfolg auch einverstanden war (vgl. Senatsurteil vom 11. Dezember 2001 – VI ZR 350/00, aaO, S. 322; BGH, Urteile vom 6. April 2000 – 1 StR 280/99, BGHSt 46, 30, 35; vom 26. August 2003 – 5 StR 145/03, BGHSt 48, 331, 346 f.; Beschlüsse vom 3. Oktober 1989 – 5 StR 208/89, Wistra 1990, 20; vom 16. April 2008 – 5 StR 615/07, NStZ-RR 2008, 239, 240). Vielmehr ist immer eine umfassende Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles erforderlich (vgl. Senatsurteile vom 27. März 1984 – VI ZR 246/81, WPM 1984, 744, 745; vom 11. Februar 2003 – VI ZR 34/02, aaO, S. 20 f.; BGH, Urteile vom 26. August 2003 – 5 StR 145/03, aaO, S. 348; vom 12. Mai 2005 – 5 StR 283/04, NJW 2005, 2242, 2244).

12 3. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die richterliche Würdigung des Berufungsgerichts, der Kläger habe den für eine Haftung der Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 264a StGB, § 826 BGB erforderlichen Vorsatz ihres Geschäftsführers nicht nachgewiesen; er habe insbesondere nicht bewiesen, dass dem Geschäftsführer klar gewesen sei, die Prospektaussage, Filmproduktionen würden durch Erlösausfallversicherungen abgesichert, sei unrichtig und dadurch würden potentielle Anleger sittenwidrig geschädigt.

13 a) Nach § 286 ZPO hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergeb-

nisses einer Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten ist. Diese Würdigung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. An dessen Feststellungen ist das Revisionsgericht nach § 559 ZPO gebunden. Revisionsrechtlich ist lediglich zu überprüfen, ob sich der Tatrichter mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (vgl. Senatsbeschluss vom 9. Juni 2009 – VI ZR 261/08, VersR 2009, 1406 Rn. 5 mwN; und Senatsurteile vom 6. Juli 2010 – VI ZR 198/09, VersR 2010, 1220 Rn. 14; vom 19. Oktober 2010 – VI ZR 241/09, VersR 2011, 223 Rn. 10).

14 b) Derartige Rechtsfehler sind vorliegend nicht gegeben. [wird ausgeführt]

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### § 36 ZPO

#### Gerichtsstandsbestimmung vor der Rechtshängigkeit; Prozesskostenhilfverfahren; PKH Prüfungsverfahren

**Grundsätzlich setzt die Anwendbarkeit von § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO den Eintritt der Rechtshängigkeit voraus. Zur Vermeidung vorheriger langwieriger Streitigkeiten zwischen Gerichten über ihre Zuständigkeit – hier im Prozesskostenhilfverfahren – kommt aber eine (vorläufige) Bestimmung des zuständigen Gerichts in Betracht, unter dem Vorbehalt erneuter Überprüfung durch das bestimmte Gericht nach Rechtshängigkeit der Klage.**

(OLG Naumburg, Beschluss vom 22. 8. 2011 – 1 AR 23/11 (Zust))

**Tenor:** Das Landgericht Halle wird als das (vorläufig) zuständige Gericht für das Prozesskostenhilfprüfungsverfahren bestimmt, mit der Maßgabe, dass es an einer erneuten Überprüfung seiner Zuständigkeit aufgrund neuen Sachvortrages nach Rechtshängigkeit nicht gehindert ist.

**Aus den Gründen:** Der Antrag nach § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO ist zulässig. Grundsätzlich setzt die Anwendbarkeit von § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO zwar den Eintritt der Rechtshängigkeit voraus (was vorliegend eindeutig nicht gegeben ist). Zur Vermeidung langwieriger Streitigkeiten zwischen Gerichten über ihre Zuständigkeit kommt aber eine (vorläufige) Gerichtsstandsbestimmung in Betracht, unter dem Vorbehalt erneuter Überprüfung durch das Gericht, an das verwiesen wurde, nach Rechtshängigkeit der Klage (BGH Beschluss vom 2. 12. 1982 – 1 ARZ 586/82 – <z. B. MDR 1983, 160>; hier: zitiert nach juris; Senat 1 AR 22/11).

Das Amtsgericht Merseburg irrt zwar, wenn es von einer Bindung des Landgerichts Halle an den Beschluss vom 21. 6. 2011 ausgeht. Der Beschluss des AG Merseburg kann keine Bindungswirkung entfalten, weil ein Beschluss nach § 281 ZPO ebenfalls den Eintritt der Rechtshängigkeit voraussetzt. Vor Eintritt der Rechtshängigkeit kommt auf Antrag des Klägers (wie auch beantragt) nicht die förmliche Verweisung, sondern nur die formlose Abgabe ohne Bindungswirkung in Betracht (Zöller/Greger ZPO, 28. Aufl., § 281, Rn. 7).

Da die Zuständigkeitsgrenze des Amtsgerichts aus § 23 Nr. 1 GVG indes eindeutig überschritten ist und sich die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts für ein Hauptsacheverfahren abzeichnet, ist es gerechtfertigt – mit der im Tenor genannten Einschränkung (die Zuständigkeit gilt zunächst nur für das Prozesskostenhilfprüfungsverfahren) – das Landgericht Halle vorläufig als zuständig zu bestimmen.

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

### §§ 114, 544 ZPO Ablauf der Rechtsmittelfrist an einem gesetzlichen Feiertag; PKH-Gesuch für das beabsichtigte Rechtsmittel; nicht bundeseinheitlicher Feiertag

**Das Ende einer Rechtsmittelfrist wird wegen eines allgemeinen Feiertages nur dann hinausgeschoben, wenn der betreffende Tag an dem Ort, wo das Rechtsmittel einzulegen ist, gesetzlicher Feiertag ist. Entsprechendes gilt für ein Prozesskostenhilfgesuch, das innerhalb der Frist einzulegen ist, die für das beabsichtigte Rechtsmittel vorgeschrieben ist.**

(BGH, Beschluss vom 10. 1. 2012 – VI ZA 27/11)

**1 Aus den Gründen:** Die beabsichtigte Nichtzulassungsbeschwerde bietet keine hinreichende Aussicht auf Erfolg (§ 114 Satz 1 ZPO). Nach allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum wird das Ende einer Rechtsmittelfrist wegen eines allgemeinen Feiertages nur dann hinausgeschoben, wenn der betreffende Tag an dem Ort, wo das Rechtsmittel einzulegen ist, gesetzlicher Feiertag ist. Für den Ablauf einer Rechtsmittelfrist an einem nicht bundeseinheitlichen Feiertag sind mithin die Verhältnisse am Ort des Sitzes des Gerichts maßgeblich (vgl. BAG, BAGE 84, 140; NJW 1989, 1181; DB 1959, 1347; BSG, MDR 1995, 955; Oberverwaltungsgericht für das Land Brandenburg, NJW 2004, 3795; BayVGH München, NJW 1997, 2130; OVG Münster, Beschluss vom 16. Februar 2010 – 13 C 112/10, juris Rn. 1; MünchKommZPO/Gehrlein, 3. Aufl., § 222 Rn. 5; Musielak/Stadler, ZPO, 8. Aufl., § 222 Rn. 8; Zöller/Stöber, ZPO, 29. Aufl., § 222 Rn. 1). Entsprechendes gilt für ein Prozesskostenhilfgesuch, das innerhalb der Frist einzulegen ist, die für das beabsichtigte Rechtsmittel vorgeschrieben ist. Danach hat der Kläger den Prozesskostenhilfeantrag für die beabsichtigte Nichtzulassungsbeschwerde nicht rechtzeitig eingelegt, weil nach Art. 1 des bayerischen Feiertagsgesetzes in der Fassung vom 1. Januar 1983 (BayRS II, 172) zwar in Gemeinden mit überwiegend katholischer Bevölkerung Mariä Himmelfahrt ein gesetzlicher Feiertag ist, nicht aber am Sitz des Bundesgerichtshofs in Karlsruhe. Entgegen der Auffassung des Klägers bestehen dagegen keine verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. Oberverwaltungsgericht für das Land Brandenburg, aaO; OVG Münster, aaO, Rn. 5).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinw. d. Red.:** Vgl. dazu OLG Köln-Pressemitteilung vom 9. 2. 2012:

„Rosenmontag 2012 – Bereitschaftsdienst der Justizbehörden

Am Rosenmontag, dem 20. Februar 2012, sind die Kölner Dienststellen des Amtsgerichts, Landgerichts und Oberlandesgerichts sowie der Staatsanwaltschaft und Generalstaatsanwaltschaft ganztägig geschlossen.

Für unaufschiebbare Eilfälle wird an diesem Tag bei dem Amtsgericht Köln, Luxemburger Str. 101, sowie bei dem Oberlandesgericht Köln, Reichenspergerplatz 1, jeweils von 10.00 Uhr bis 12.00 Uhr ein Bereitschaftsdienst zur Verfügung stehen.

Im Interesse des rechtsuchenden Publikums bitte ich um eine rechtzeitige Bekanntgabe an geeigneter Stelle in einer der nächsten Ausgaben.“

# GuT

Dokumentation, Analyse, Entwicklung



### §§ 133, 900 ZPO

#### Zwangsvollstreckung; eidesstattliche Versicherung; Mitwirkung des Gläubigers; Übersendung einer Abschrift des Vollstreckungsauftrags an den Gerichtsvollzieher

**Der Gerichtsvollzieher hat dem Schuldner mit der Ladung zum Termin zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung eine Abschrift des Vollstreckungsauftrags zuzustellen. Er kann den Gläubiger auffordern, eine solche Abschrift einzureichen, ist aber nicht berechtigt, das Zwangsvollstreckungsverfahren einzustellen, wenn der Gläubiger dieser Aufforderung nicht nachkommt.**

(BGH, Beschluss vom 21. 7. 2011 – I ZB 96/10)

**Aus dem Tenor:** Der Gerichtsvollzieher wird angewiesen, die Vollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Coburg vom 16. Juni 2010 [...] fortzusetzen und nicht davon abhängig zu machen, dass der Gläubiger ihm zuvor eine Abschrift des Vollstreckungsauftrags zur Verfügung stellt.

Die Kosten der Erinnerung und der Rechtsmittelverfahren hat der Schuldner zu tragen.

**1 Zum Sachverhalt:** Der Gläubiger betreibt aus einem Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Coburg vom 16. Juni 2010 die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner.

**2** Mit Schriftsatz seines Verfahrensbevollmächtigten vom 14. Juli 2010 erteilte der Gläubiger dem Gerichtsvollzieher über die Verteilungsstelle für Gerichtsvollzieheraufträge des Amtsgerichts Bad Kissingen den Auftrag, gegen den Schuldner wegen der titulierten Forderung die Zwangsvollstreckung durchzuführen. Der schriftliche Vollstreckungsauftrag wurde ohne Abschriften eingereicht. Mit Telefax-Schreiben vom 16. Juli 2010 bat der Gerichtsvollzieher den Verfahrensbevollmächtigten des Gläubigers, für die Zustellung an den Schuldner eine Abschrift des Vollstreckungsauftrags zu übersenden. Gleichzeitig wies er darauf hin, dass er die Bearbeitung des Vollstreckungsauftrags kostenpflichtig zurückweisen werde, wenn die Abschrift nicht binnen 14 Tagen eingegangen sei. Da bis zum Ablauf der Frist keine Abschrift eingegangen war, stellte der Gerichtsvollzieher das Zwangsvollstreckungsverfahren ein.

**3** Die hiergegen eingelegte Vollstreckungserinnerung des Gläubigers hat das Amtsgericht Vollstreckungsgericht zurückgewiesen. Das Landgericht hat die sofortige Beschwerde des Gläubigers zurückgewiesen (LG Schweinfurt, DGVZ 2011, 89). Gegen diese Entscheidung hat der Gläubiger die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde eingelegt, mit der er weiterhin das Ziel verfolgt, den Gerichtsvollzieher anzuweisen, das Zwangsvollstreckungsverfahren fortzusetzen, ohne die Fortsetzung davon abhängig zu machen, dass der Gläubiger ihm zuvor eine Abschrift des Vollstreckungsauftrags zur Verfügung stellt.

**4 Aus den Gründen:** II. Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige (§ 575 ZPO) Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

**5** 1. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

**6** Die Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher (GVGA) sehe in § 185b Nr. 3 Satz 2 zwar vor, dass der Auftrag zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung dem Schuldner zugestellt werden müsse. Dabei handele es sich allerdings nur um eine für den Gläubiger unverbindliche Verwaltungsvorschrift. Der in § 185b Nr. 3 Satz 2 GVGA zum Ausdruck kommende Rechtsgedanke ergebe sich jedoch aus den allgemeinen Grundsätzen des Anspruchs auf rechtliches Gehör und auf ein faires Verfahren. Der Schuldner habe ein berechtigtes Interesse, durch eine Abschrift des Vollstreckungsauftrags Kenntnis von dessen Inhalt zu erlangen. Der Gläubiger sei daher gemäß § 133 ZPO, der grundsätzlich auch im Zwangsvollstreckungsverfahren zur Anwendung komme, verpflichtet, dem Voll-

streckungsauftrag eine Abschrift des Auftrags für den Schuldner beizufügen. Komme er dem nach einer Aufforderung durch den Gerichtsvollzieher nicht innerhalb einer ihm dafür gesetzten Frist nach, sei der Gerichtsvollzieher berechtigt, die Zwangsvollstreckung einzustellen, weil es ihm nicht zugemutet werden könne, auf eigene Kosten Abschriften zu fertigen und das Risiko zu tragen, die entstandenen Auslagen später nicht erstattet zu erhalten. Die Abwägung der Interessen des Gläubigers und des Gerichtsvollziehers führe dazu, dass es dem Gläubiger zuzumuten sei, seinem Vollstreckungsauftrag eine Abschrift für den Schuldner beizufügen.

**7** 2. Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts war der Gerichtsvollzieher nicht berechtigt, das Zwangsvollstreckungsverfahren einzustellen, weil der Gläubiger seiner Aufforderung zur Übersendung einer Abschrift des Vollstreckungsauftrags nicht fristgerecht nachgekommen ist.

**8** a) Das Beschwerdegericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass sowohl der Auftrag zur Zwangsvollstreckung (§ 754 ZPO) als auch der damit verbundene Auftrag zur Bestimmung eines Termins zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nicht der Schriftform bedürfen, sondern auch mündlich gestellt werden können. Das ergibt sich zum einen aus § 754 ZPO (für den Vollstreckungsauftrag) und zum anderen aus § 4 Nr. 1 Satz 1 GVGA, in dem bestimmt ist, dass Aufträge an den Gerichtsvollzieher keiner Form bedürfen. Gemäß § 4 Nr. 1 Satz 2 GVGA genügt eine mündliche Erklärung des Auftraggebers, seines Bevollmächtigten oder der Geschäftsstelle, die den Auftrag vermittelt.

**9** b) Ohne Erfolg wendet sich die Rechtsbeschwerde gegen die Annahme des Beschwerdegerichts, wenn ein Vollstreckungsauftrag und der Auftrag zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung schriftlich gestellt würden, komme im Vollstreckungsverfahren grundsätzlich § 133 ZPO zur Anwendung, da der Auftrag gemäß § 900 Abs. 1 ZPO dem Schuldner zuzustellen sei.

**10** Eine Verpflichtung, der Ladung des Schuldners zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung eine Abschrift des Vollstreckungsauftrags beizufügen, ist allerdings worauf das Beschwerdegericht mit Recht hingewiesen hat nicht ausdrücklich gesetzlich normiert. Die Regelung in § 185b Nr. 3 Satz 2 GVGA, wonach der Gerichtsvollzieher der Ladung an den Schuldner ein Überstück des Vollstreckungsauftrags beizufügen hat, ist für den Gläubiger nicht verbindlich, da es sich bei den Bestimmungen der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher um bloße Verwaltungsvorschriften handelt. Der Anspruch des Schuldners auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) und auf ein faires Verfahren (Art. 3 Abs. 1 GG) gebieten es jedoch, ihm mit der Ladung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung eine Abschrift des Vollstreckungsauftrags zu übermitteln (Schuschke in Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl., § 900 ZPO Rn. 6; MünchKomm.ZPO/Eickmann, 3. Aufl., § 900 Rn. 11; aA LG Hamburg, DGVZ 2005, 77; Musielak/Voit, ZPO, 8. Aufl., § 900 Rn. 12; Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 900 Rn. 8). Der Schuldner hat ein berechtigtes Interesse, durch eine Abschrift des Auftrags Kenntnis von dessen Inhalt zu erlangen. Auf diese Weise wird er in die Lage versetzt, seine Interessen im Zwangsvollstreckungsverfahren wahrzunehmen. Dementsprechend ist grundsätzlich auch § 133 ZPO im Vollstreckungsverfahren anwendbar, wie das Beschwerdegericht mit Recht angenommen hat.

**11** Die Rechtsbeschwerde hält dem ohne Erfolg entgegen, sowohl der Wortlaut als auch die systematische Einordnung des § 133 ZPO stünden einer Anwendung der Vorschrift im Zwangsvollstreckungsverfahren entgegen. Das Zwangsvollstreckungsverfahren ist nach der Gesetzessystematik einem Parteiprozess im Sinne von § 79 ZPO zuzuordnen. Für das Zwangsvollstreckungsverfahren nach §§ 704 ff. ZPO gelten neben den spezifischen Verfahrensvorschriften auch die allgemeinen prozessualen Regelungen in den §§ 1 bis 252 ZPO sinngemäß, soweit sich aus den Bestimmungen im zweiten Abschnitt des Achten Buches der Zivilprozessordnung nicht etwas anderes ergibt (vgl. Musielak/Lackmann aaO Vor § 704 Rn. 19; Kroppenberg in



Prütting/Gehrlein, ZPO, 3. Aufl., Vor §§ 704 ff. Rn. 4; Zöller/Stöber aaO Vor § 704 Rn. 5). Auf den Umstand, dass der Begriff „Partei“ im vierten Abschnitt des Achten Buches der Zivilprozessordnung nicht verwendet wird, kommt es in Anbetracht der Gesetzessystematik nicht entscheidend an (vgl. BGH, Urteil vom 20. Januar 2011 I ZR 122/09, GRUR 2011, 352 Rn. 21 = NJW 2011, 929 [= GuT 2011, 170 KL] – Makler als Vertreter im Zwangsversteigerungsverfahren).

12 c) Mit Erfolg rügt die Rechtsbeschwerde aber, dass sich aus der Vorschrift des § 133 ZPO keine Rechtfertigung für eine Einstellung des Zwangsvollstreckungsverfahrens ergibt, wenn der Gläubiger einer Aufforderung des Gerichtsvollziehers zur Einreichung einer Abschrift des Vollstreckungsauftrags nicht fristgerecht nachkommt.

13 aa) Gemäß § 133 Abs. 1 Satz 1 ZPO sollen die Parteien den Schriftsätzen, die sie bei Gericht einreichen, die für die Zustellung erforderliche Zahl von Abschriften der Schriftsätze und deren Anlagen beifügen. Da es sich bei der genannten Bestimmung um eine Sollvorschrift handelt, führt eine Nichtbeachtung selbst nach einer erfolglosen Aufforderung des Gerichts, Abschriften einzureichen zu keinen sachlichen Nachteilen für die der Aufforderung nicht nachkommende Partei. Insbesondere finden die Präklusionsvorschriften (§ 282 Abs. 2, § 296 Abs. 2 ZPO) keine Anwendung (MünchKomm.ZPO/Wagner aaO § 133 Rn. 5; Zöller/Greger aaO § 133 Rn. 3; Prütting in Prütting/Gehrlein aaO § 133 Rn. 4; Musielak/Stadler aaO § 133 Rn. 1). Fehlende Abschriften hat das Gericht bei der einzureichenden Partei anzufordern oder wenn dies nicht zum Erfolg führt selbst auf deren Kosten anzufertigen (§ 28 Abs. 1 Satz 2 GKG i. V mit KV Nr. 9000). Ein „Nichtbetreiben“ des Verfahrens durch das Gericht ist dagegen nicht zulässig.

14 Für die entsprechende Anwendung des § 133 Abs. 1 Satz 1 ZPO im Zwangsvollstreckungsverfahren bedeutet dies, dass der Gerichtsvollzieher die erforderlichen Abschriften selbst auf Kosten des Gläubigers (§ 9 GvKostG i. V mit KV Nr. 700 Ziff. 1b) herzustellen hat, wenn der Gläubiger sich weigert, diese einzureichen. Eine Zurückstellung der Erledigung des Vollstreckungsauftrags bis zur Einreichung der erforderlichen Abschriften durch den Gläubiger darf nicht erfolgen (aA AG Lahr, DGVZ 2000, 124; Schuschke in Schuschke/Walker aaO § 900 ZPO Rn. 6).

15 bb) Dies ist dem Gerichtsvollzieher entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts auch zumutbar. Die Erwägung des Beschwerdegerichts, es bestehe bei einer Fertigung von Abschriften durch den Gerichtsvollzieher selbst grundsätzlich die Gefahr, dass ihm Kosten entstünden, die er möglicherweise nicht beitreiben könne, steht dem nicht entgegen. Die Rechtsbeschwerde weist mit Recht darauf hin, dass das „Inkassorisiko“ des Gerichtsvollziehers nur gering ist, weil durch die Herstellung der für den Schuldner bestimmten Abschriften keine hohen Kosten entstehen (s. KV Nr. 700 Ziff. 1b). Zudem ist der Gerichtsvollzieher gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 GvKostG berechtigt, den Auftraggeber zur Zahlung eines Vorschusses aufzufordern, der die voraussichtlich entstehenden Kosten deckt. Die Durchführung des Auftrags kann nach § 4 Abs. 1 Satz 2 GvKostG von der Zahlung des Vorschusses abhängig gemacht werden. Reicht ein Vorschuss nicht aus, um die zur Aufrechterhaltung einer Vollstreckungsmaßnahme voraussichtlich erforderlichen Auslagen zu decken, besteht gemäß § 4 Abs. 2 Satz 1 GvKostG die Möglichkeit einer Nachforderung. Erfüllt der Auftraggeber diese nicht fristgerecht, ist der Gerichtsvollzieher nach § 4 Abs. 2 Satz 3 GvKostG grundsätzlich berechtigt, die Vollstreckungsmaßnahme aufzuheben.

16 3. Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, entscheidet der Senat als Rechtsbeschwerdegericht in der Sache selbst (§ 577 Abs. 5 ZPO).

17 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Mai 2004 IXa ZB 297/03, NJW 2004, 2979, 2981; Beschluss vom 16. Juli 2009 I ZB 80/05, NJW-RR 2009, 1384 [= WuM 2010, 98] Rn. 13 mwN).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 50, 86, 103, 104, 246, 253, 727, 750, 780 ZPO  
§§ 1922, 1960 BGB  
Kostenfestsetzung zu Gunsten unbekannter Erben  
einer Prozesspartei**

**Stirbt die anwaltlich vertretene Prozesspartei, ohne dass eine Unterbrechung des Verfahrens eintritt, kann der Prozessbevollmächtigte eine Kostenfestsetzung zu Gunsten der unbekannteren Erben erwirken.**

(OLG Koblenz, Beschluss vom 8. 11. 2011 – 14 W 639/11)

**Aus den Gründen:** Die ursprüngliche, anwaltlich vertretene Klägerin ist im Laufe des Rechtsstreits gestorben. Eine hiernach eingelegte, Verfahrensfragen betreffende Beschwerde des Beklagten hat das Oberlandesgericht Koblenz zurückgewiesen und die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beklagten auferlegt.

Durch den nunmehr angefochtenen Kostenfestsetzungsbeschluss hat der Rechtspfleger auf Antrag des Prozessbevollmächtigten der ursprünglichen Klägerin zu Gunsten „der unbekannteren Erben“ die Kosten des Beschwerdeverfahrens gegen den Beklagten festgesetzt.

Mit seiner sofortigen Beschwerde vertritt der Beklagte die Ansicht, eine Kostenfestsetzung für unbekanntere Erben sei nicht statthaft.

Dem kann nicht gefolgt werden. Dass die ursprüngliche Klägerin ihren Prozessvertreter wirksam bevollmächtigt hatte, steht außer Zweifel. Demzufolge war er auch befugt, namens der Rechtsnachfolger seiner Auftraggeberin einen Kostenfestsetzungsantrag zu stellen. Das erschließt sich ohne Weiteres aus § 86 ZPO, wonach die Vollmacht des Anwalts durch den Tod des Vollmachtgebers nicht aufgehoben wird. Eine Aussetzung des Rechtsstreits (§ 246 ZPO) ist nicht erfolgt, so dass eine Vollmacht der Rechtsnachfolger nicht beigebracht werden musste (§ 86 ZPO zweiter Halbsatz).

Auch die Festsetzung des Erstattungsbetrages zu Gunsten der unbekannteren Erben begegnet keinen durchgreifenden Bedenken. Nach § 1960 Abs. 2 BGB kann das Nachlassgericht zur Sicherung des Nachlasses für denjenigen, der Erbe ist, einen Nachlasspfleger bestellen. Dieser kann als gesetzlicher Vertreter der unbekannteren Erben Klage erheben (vgl. BGHR ZPO § 114 S 1/Nachlasspfleger 1). Ein derartiger Rechtsstreit muss zwingend namens der unbekannteren Erben durchgeführt und zum Abschluss gebracht werden.

Weshalb etwas anderes gelten soll, wenn ein rechtsgeschäftlicher Vertreter handelt, der als Prozessbevollmächtigter des Erblassers auch zur Vertretung der Erben befugt ist, lässt sich nicht überzeugend begründen. Für die Kostenfestsetzung gilt insoweit nichts anderes wie für die Erhebung einer Klage (vgl. zu Letzterem BFH, Beschluss vom 13. 10. 1981 – VII R 66-70/79, VII R 66/79, VII R 67/79, VII R 68/79, VII R 69/79, VII R 70/79). Ebenso wie bei einer Klage oder einem auf dem Erfolg der Klage fußenden Kostenfestsetzungsantrag des Nachlasspflegers kann von der namentlichen Benennung der Erben abgesehen werden, wenn deren Identität ansonsten gesichert erscheint. So liegt es hier. Die Erbenstellung muss erforderlichenfalls in geeigneter Form (Erbschein etc.) nachgewiesen werden.

Auch der Hinweis auf § 750 ZPO verfängt nicht. Die Zwangsvollstreckung erfordert zwar die namentliche Bezeichnung der Erben; damit ist aber nicht gesagt, dass eine insoweit bestehende Unklarheit nicht beseitigt werden könnte, etwa indem ein gerichtlich bestellter Nachlasspfleger nach Umschreibung des Titels aus eigenem Recht gegen den Beklagten vorgeht (vgl. zum Klageverfahren BGH in WPM 2000, 2057–2059).

Dass der Beklagte die Kosten der erfolglosen Beschwerde zu tragen hat, folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

**§ 41 GKG; §§ 546, 985 BGB**  
**Streitwert; Anspruch aus Eigentum und Miete;**  
**Räumung und Herausgabe; Geschäftsräume;**  
**Kfz-Stellplätze; Jahresnutzungswert**

**Wird der Anspruch auf Räumung und Herausgabe von Räumen nicht nur auf einen Mietvertrag, sondern auch auf einen anderen Rechtsgrund (z. B. Eigentum, § 985 BGB) gestützt, ist der Streitwert gemäß § 41 Abs. 2 Satz 2 GKG ausnahmslos der Wert der Nutzung für ein Jahr, und zwar ohne Möglichkeit einer Begrenzung durch § 41 Abs. 1 Satz 1 GKG auf den Betrag des auf eine kürzere „streitige Zeit“ (§ 41 Abs. 1 Satz 1 GKG) entfallenden Entgelts.**

(KG, Beschluss vom 13. 10. 2010 – 12 W 28/10)

**Aus den Gründen:** Das Landgericht [Berlin] hat den Streitwert im Ergebnis zu Recht auf 39.234,36 € festgesetzt. Die Klägerin trägt in der Klageschrift vor, sie sei Eigentümerin und Vermieterin der streitgegenständlichen Geschäftsräume und Kfz-Stellplätze, damit stützt sie ihre auf Räumung und Herausgabe gerichtete Klage nicht nur auf § 546 Absatz 1 BGB sondern auch auf § 985 BGB. Gemäß § 41 Absatz 2 Satz 2 GKG ist in solchen Fällen der Wert der Nutzung eines Jahres maßgebend. Eine Begrenzung durch § 41 Absatz 1 GKG findet nicht statt, da § 41 Absatz 2 Satz 2 GKG (anders als § 41 Absatz 2 Satz 1 GKG) auf diese Vorschrift nicht verweist. Werden Räumung und Herausgabe nicht nur auf mietvertragliche Ansprüche sondern auch auf einen anderen Rechtsgrund gestützt, dann ist der Streitwert deshalb ausnahmslos gleich dem Wert der Nutzung eines Jahres (vgl. Schneider/Herget, Streitwertkommentar, 12. Auflage, Rdnr. 3504, Seite 757 oben; Hartmann, Kostengesetze, 40. Aufl. 2010, GKG § 41 Rn 26).

In der Regel entspricht der Wert der Nutzung eines Jahres der jährlichen ortsüblichen Miete. In Ermangelung anderer Anknüpfungstatsachen schätzt der Senat den Wert der jährlichen Nutzung deshalb auf  $(12 \times 2983,93 + 12 \times 285,60 =) 39.234,36 €$ .

Gemäß § 68 Abs. 3 GKG n.F. ist das Verfahren kosten- und gebührenfrei.

Mitgeteilt von VRiKG a. D. Grieß, Berlin

**§ 267 StPO**  
**Verweisung im Urteil auf ein elektronisches**  
**Speichermedium**

**In der Verweisung auf ein elektronisches Speichermedium liegt keine wirksame Bezugnahme im Sinne von § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO.**

(BGH, Urteil vom 2. 11. 2011 – 2 StR 332/11)

14 **Aus den Gründen:** 3. b) cc) Rechtlichen Bedenken begegnet allerdings die an mehreren Stellen des Urteils vorgenommene Verweisung „wegen der weiteren Einzelheiten ... der Videoaufzeichnung ... auf die bei den Akten befindliche CD-ROM“. In der Verweisung auf ein elektronisches Speichermedium als solches liegt keine wirksame Bezugnahme im Sinne von § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO (vgl. auch OLG Brandenburg NStZ-RR 2010, 89; DAR 2005, 635; OLG Schleswig SchlHA 1997, 170; a.A. OLG Dresden NZV 2009, 520; OLG Zweibrücken VRS 102, 102 f.; KG VRS 114, 34; OLG Bamberg NZV 2008, 469). Nach dieser Vorschrift darf wegen der Einzelheiten auf (nur) „Abbildungen“ verwiesen werden, die sich bei den Akten befinden.

15 Abbildungen sind Wiedergaben der Außenwelt, die unmittelbar durch den Gesichts- oder Tastsinn wahrgenommen werden können (Meyer-Goßner StPO 54. Aufl. § 267 Rn. 9; Fischer StGB 58. Aufl. § 11 Rn. 37). In seiner Sprachbedeutung als „bildliches Darstellen“ (Duden – Deutsches Universalwörterbuch, 7. Aufl. 2011 S. 78) erfasst der Begriff vor allem statische bildliche Wiedergaben wie Fotografien, gemalte Bilder,

Zeichnungen, Skizzen, Landkarten, technische Diagramme, grafische Darstellungen und Statistiken (vgl. Duden – Das Synonymwörterbuch – 5. Aufl. 2010 S. 32). Ob sich der Wortsinn auch auf Filme oder Filmsequenzen erstreckt, die in einer kontinuierlichen Abfolge einer Vielzahl von visuellen Eindrücken den Ablauf eines Geschehens dokumentieren, mag bereits zweifelhaft erscheinen. Dagegen könnte auch sprechen, dass der Gesetzgeber § 11 Abs. 3 StGB, der bereits den Begriff der „Abbildungen“ enthielt, durch Art. 4 Nr. 1 luKDG um den Begriff des „Datenspeichers“ erweitert hat, der auch CD-ROMs erfassen soll (vgl. BT-Drucks. 13/7385 S. 36). Selbst wenn man von dem Begriff – etwa im Kontext von § 184 StGB – grundsätzlich auch Filme umfasst sieht (Fischer aaO), setzt eine Bezugnahme nach § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO aber voraus, dass diese selbst Aktenbestandteil geworden sind. Dies ist jedenfalls bei auf elektronischen Medien gespeicherten Bilddateien nicht der Fall. Bei diesen wird nicht der Film als solcher und damit das durch das menschliche Auge unmittelbar wahrnehmbare Geschehen, Bestandteil der Akten, sondern es bedarf für die Wahrnehmung der Vermittlung durch das Speichermedium sowie weiterer technischer Hilfsmittel, die das Abspielen ermöglichen.

16 Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber mit § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO eine Öffnung für Bezugnahmen in den Urteilsgründen nur in „einer vorsichtigen, die Verständlichkeit des schriftlichen Urteils nicht beeinträchtigenden Form“ (BT-Drucks. 8/976 S. 55) ermöglichen wollte. Bei Bezugnahmen auf Speichermedien mit – unter Umständen mehrstündigen – Videoaufnahmen wären die Urteilsgründe dagegen nicht mehr aus sich heraus verständlich. Darüber hinaus ist es nicht Aufgabe des Revisionsgerichts, das Urteil möglicherweise tragende Umstände selbst an passender Stelle herauszufinden und zu bewerten; bei einem solchen Vorgehen handelt es sich nicht mehr um ein Nachvollziehen des Urteils, sondern um einen Akt eigenständiger Beweiswürdigung, der dem Revisionsgericht verwehrt ist (vgl. BGH, Beschluss vom 14. September 2011, 5 StR 355/11). Dies gilt nicht nur für pauschale, sondern auch für Bezugnahmen, welche die Sequenz auf dem Speichermedium konkret bezeichnen und eingrenzen.

17 Zwar ist die Videoaufzeichnung damit nicht Bestandteil der Urteilsgründe geworden. Indes beruht das Urteil nicht auf dem Rechtsfehler. Die Gründe enthalten auch ohne die ergänzenden Verweisungen eine aus sich heraus verständliche Beschreibung und Würdigung des sich aus den Filmaufnahmen ergebenden Geschehens, die eine umfassende Beurteilung ihres Aussagegehaltes durch den Senat ermöglicht. Die von der Revision unter Hinweis auf das Überwachungsvideo geltend gemachten Lücken und Widersprüche sind urteilsfremd.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 266 StGB**  
**Zwangsverwaltungsverfahren;**  
**Vermögensbetreuungspflichten des Rechtspflegers;**  
**Vermögensbetreuungspflicht des Zwangsverwalters;**  
**Vorteilsgewährung; Vorteilsannahme**

**Dem mit einem Zwangsverwaltungsverfahren befassten Rechtspfleger obliegt eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber Gläubigern und Schuldner.**

(BGH, Urteil vom 28. 7. 2011 – 4 StR 156/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Das Landgericht Halle hat den Angeklagten N. wegen Untreue in Tateinheit mit Vorteilsgewährung unter Einbeziehung einer Freiheitsstrafe von acht Monaten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Gegen den Angeklagten Sch. hat es wegen Untreue in Tateinheit mit Vorteilsannahme eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je 35 € verhängt. Gegen ihre Verurteilungen wenden sich die Angeklagten mit sachlich-rechtlichen Beanstandungen; der Angeklagte N. hat zudem Verfahrensrügen erhoben. Die Staatsanwaltschaft,



deren Rechtsmittel vom Generalbundesanwalt nicht vertreten wird, beanstandet mit Sachrügen (nunmehr) allein die Rechtsfolgensaussprüche. Keines der Rechtsmittel hat Erfolg.

2 **Aus den Gründen:** I. Das Landgericht hat im Wesentlichen folgende Feststellungen getroffen:

3 Der Angeklagte N. ist Rechtsanwalt; er ist seit dem Jahr 2002 im Bereich der Zwangsverwaltung tätig. Der Angeklagte Sch. war von 1996 bis Ende 2007 als Rechtspfleger beim Amtsgericht X. beschäftigt; dort bearbeitete er vor allem Zwangsverwaltungs- und Zwangsversteigerungsverfahren.

4 Am 4. Dezember 2002 beantragte eine Gläubigerin von J. T. beim Amtsgericht X. unter anderem die Zwangsverwaltung über dessen Grundstück in L., B.-Str. Mit Beschluss vom 14. Januar 2003 ordnete der Angeklagte Sch., in dessen Zuständigkeit die Bearbeitung dieses Antrags fiel, die Zwangsverwaltung an und bestellte den Angeklagten N. zum Zwangsverwalter, obwohl ihm in diesem Anwesen bereits zuvor vom Eigentümer unentgeltlich eine Dachgeschosswohnung zur Nutzung überlassen worden war, die er auch in der Folgezeit – bis mindestens Ende 2007 – nutzte, ohne hierfür Miete bzw. eine sonstige Nutzungsentuschädigung und Betriebskosten an den Zwangsverwalter zu bezahlen. Der Angeklagte N. nahm das Grundstück am 21. Januar 2003 in Besitz und übte seine Verwaltungstätigkeit aus. Dabei war ihm bekannt, dass der Angeklagte Sch., der in dem Haus „nach dem Rechten sah“, die Dachgeschosswohnung unentgeltlich nutzte. Dies gestattete er im Einvernehmen mit dem Angeklagten Sch. auch weiterhin, obwohl beide Angeklagte wussten, dass der Angeklagte Sch. auch unter Berücksichtigung seiner Dienste Miete bzw. eine Nutzungsentuschädigung zu entrichten und die Betriebskosten zu tragen gehabt hätte. Der Angeklagte Sch. hielt den Angeklagten N. zu keinem Zeitpunkt dazu an, ihn als Nutzer der Immobilie zu erfassen und bei ihm Miete bzw. eine Nutzungsentuschädigung und die Betriebskosten einzufordern. Der Angeklagte N. sah von der Geltendmachung dieser Ansprüche ab, „weil er sich hierfür ein Gewogensein des Angeklagten Sch. im Rahmen dessen dienstlicher Tätigkeit versprach. Davon ging auch der Angeklagte Sch. aus.“ Eine Umsetzung dieser „stillschweigenden Übereinkunft“ über die kostenlose Überlassung der Wohnung hinaus vermochte die Strafkammer allerdings nicht festzustellen.

5 Zwischen Februar 2003 und November 2007 entgingen dem Zwangsverwalter bzw. der Gläubigerin von J. T. bzw. diesem selbst infolge der kostenlosen Nutzung der Wohnung durch den Angeklagten Sch. insgesamt 8408,84 € (108,50 €/Monat Kaltmiete und 36,48 €/Monat Betriebskosten).

6 II. Die Rechtsmittel der Angeklagten haben keinen Erfolg. Ergänzend zu den Ausführungen des Generalbundesanwalts in den Antragschriften vom 26. April 2011 bemerkt der Senat:

7 1. Die Schuldsprüche wegen Untreue weisen keinen Rechtsfehler auf. Insbesondere ist das Landgericht bei beiden Angeklagten zu Recht vom Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht ausgegangen.

8 a) Nach den von der Strafkammer getroffenen Feststellungen hat sich der Angeklagte N. nach § 266 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

9 Eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne dieser Vorschrift ist gegeben, wenn der Täter in einer Beziehung zum (potentiell) Geschädigten steht, die eine besondere, über die für jedermann geltende Pflicht zur Wahrung der Rechtssphäre anderer hinausgehende Verantwortung für dessen materielle Güter mit sich bringt. Den Täter muss eine inhaltlich besonders herausgehobene Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen treffen. Hierbei ist in erster Linie von Bedeutung, ob die fremdnützige Vermögensfürsorge den Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung bildet und ob dem Verpflichteten bei deren Wahrnehmung ein gewisser Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbständigkeit, mit anderen Worten die

Möglichkeit zur verantwortlichen Entscheidung innerhalb eines gewissen Ermessensspielraums verbleibt (zum Ganzen: BGH, Beschluss vom 13. September 2010 – 1 StR 220/09, BGHSt 55, 288, 297 f. [= GuT 2010, 386] mwN).

10 Eine solche Vermögensbetreuungspflicht – wie auch seine Garantstellung gegenüber der Gläubigerin von J. T. und diesem selbst – bestand für den Angeklagten N. aufgrund von §§ 152, 154 ZVG in Verbindung mit dem Beschluss über seine Bestellung zum Zwangsverwalter.

11 Bereits das Reichsgericht (Urteil vom 16. Oktober 1905 – Rep. 426/05, RGSt 38, 190) hat den Zwangsverwalter zu den „kraft öffentlich-rechtlicher Verpflichtung zu besonderer Treue verbundenen Personen“ gerechnet und ihm eine Vermögensbetreuungspflicht auferlegt. Hieran hat sich nichts geändert. Denn aus §§ 152, 154 ZVG ergibt sich, dass der Zwangsverwalter eines Grundstücks fremdes Vermögen im Interesse aller Beteiligten, also insbesondere der Gläubiger und Schuldner (§ 9 ZVG), treuhänderisch verwaltet (vgl. Böttcher/Keller in Böttcher, ZVG, 5. Aufl., § 152 Rn. 5; ebenso zur Stellung des Vergleichsverwalters: BGH, Urteil vom 26. Juli 1960 – 1 StR 248/60; zum Konkurs- und Insolvenzverwalter: BGH, Urteile vom 14. Februar 1955 – 3 StR 459/54; vom 14. Januar 1998 – 1 StR 504/97, NStZ 1998, 246, 247; zu diesen auch SSW-StGB/Saliger § 266 Rn. 13, 33, Borchardt in Schmidt, Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 2. Aufl., § 266 StGB Rn. 1, 9 ff. jeweils mwN). Diesen gegenüber ist er – selbständig und nach pflichtgemäßem Ermessen handelnd (§ 1 Abs. 1 Satz 1 der Zwangsverwalterverordnung vom 19. Dezember 2003, BGBl. I S. 2804 <gültig ab 1. Januar 2004> – im Folgenden: ZwVwV, bzw. § 1 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung über die Geschäftsführung und die Vergütung des Zwangsverwalters vom 16. Februar 1970, BGBl. I S. 185 <gültig bis 31. Dezember 2003> – im Folgenden: ZVwVergV) – für die Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen verantwortlich (§ 154 Satz 1 ZVG). Zu diesen Pflichten gehört es auch und insbesondere, das Grundstück „ordnungsgemäß zu benutzen“ (§ 152 Abs. 1 ZVG). Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, unterlässt er es also, alle möglichen Nutzungen zu ziehen (OLG Köln, Beschluss vom 25. Juni 2006 – 2 U 39/07; Böttcher/Keller aaO § 152 Rn. 19), also beispielsweise das Grundstück durch Vermietung nutzbar zu machen (Böttcher/Keller aaO § 152 Rn. 20, 32; zur Umwandlung von unentgeltlichen Überlassungsverträgen in ein Miet- oder Pachtverhältnis: Drasdo NJW 2011, 1782, 1784 mwN) und den Mietzins einzuziehen (OLG Köln aaO) oder zu niedrige Mieten anzuheben (KG, Urteil vom 12. Januar 1978 – 12 U 2661/77, MDR 1978, 586; Sievers in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Zwangsvollstreckung, § 152 Rn. 3), so haftet er für den hierdurch den Gläubigern bzw. dem Schuldner entstandenen Schaden nach § 154 ZVG (vgl. OLG Köln aaO, KG aaO; ferner Böttcher/Keller aaO § 154 Rn. 3b).

12 Auf dieser Grundlage hat der Angeklagte N. durch das Unterlassen des Forderns und Einziehens des Mietzinses bzw. einer Nutzungsentuschädigung und der Betriebskosten beim Angeklagten Sch. seine Pflichten als Zwangsverwalter verletzt, hierdurch seine Vermögensbetreuungspflicht missachtet und die Gläubigerin von J. T. bzw. diesen selbst geschädigt (vgl. OLG Köln aaO, ferner Hans OLG Bremen, Urteil vom 5. Dezember 1988 – Ss 85/87, NStZ 1989, 228; SSW-StGB/Saliger § 266 Rn. 33 mwN).

13 b) Auch die Verurteilung des Angeklagten Sch. wegen Untreue weist keinen Rechtsfehler auf.

14 aa) Ihm oblag ebenfalls eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB gegenüber der Gläubigerin von J. T. bzw. diesem selbst.

15 Nach § 153 ZVG hat der Rechtspfleger (§ 3 Nr. 1 Buchst. i RPfG) des Vollstreckungsgerichts unter anderem die Geschäftsführung des Verwalters zu beaufsichtigen. Ihm kommt diesem gegenüber eine „verfahrensbeherrschende Stellung“ zu (Böttcher/Keller aaO § 153 Rn. 1). Zwar handelt der Verwalter

grundsätzlich selbständig und eigenverantwortlich, jedoch ist das Vollstreckungsgericht berechtigt und verpflichtet, den Verwalter zu leiten und im Rahmen seiner Aufsichtstätigkeit festgestellte Pflichtwidrigkeiten abzustellen (vgl. Böttcher/Keller aaO § 153 Rn. 5). Diese Pflichten berühren nicht nur allgemeine Interessen der Gläubiger und Schuldner; sie betreffen vielmehr auch deren Vermögensinteressen. Denn die Aufsichtspflicht des Rechtspflegers bezieht sich insbesondere auf die treuhänderische Tätigkeit des Zwangsverwalters und die diesem obliegende Pflicht zur Wahrnehmung der Vermögensinteressen der Gläubiger und des Schuldners. Hierzu kann und muss der Rechtspfleger dem Zwangsverwalter gegebenenfalls auch (Einzel-)Anweisungen erteilen, die – wie der Generalbundesanwalt mit zahlreichen weiteren Beispielen ausgeführt hat – etwa Mietverträge betreffen können (§§ 6, 10 Abs. 1 Nr. 2 ZwVwV bzw. § 6 ZVwVergV). Solchen Anweisungen muss der Zwangsverwalter folgen, er ist an sie gebunden (§ 1 Abs. 1 Satz 2 ZwVwV bzw. § 1 Abs. 1 Satz 2 ZVwVergV).

16 Angesichts dieser Stellung und Aufgaben des Rechtspflegers in Zwangsverwaltungsverfahren oblag dem Angeklagten Sch. gegenüber der Gläubigerin von J. T. bzw. diesem selbst eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB (vgl. zum Rechtspfleger in Nachlasssachen ebenso BGH, Urteil vom 25. Februar 1988 – 1 StR 466/87, BGHSt 35, 224, 227, 229 = JZ 1988, 881 m. Anm. Otto; zum Gerichtsvollzieher: RGSt 61, 228, 229 ff.; BGH, Beschluss vom 7. Januar 2011 – 4 StR 409/10, NStZ 2011, 281, 282). Dem steht nicht entgegen, dass der Angeklagte Sch. – weil selbst betroffen (vgl. § 10 RPfLG i.V.m. § 41 Nr. 1 ZPO) – in dem Zwangsverwaltungsverfahren gar nicht hätte tätig werden dürfen; denn das Verbot, in eigener Sache tätig zu werden, schließt ein gleichwohl bestehendes Treueverhältnis nicht aus (so bereits RGSt 72, 347, 348).

17 bb) Gegen die ihm obliegende Vermögensbetreuungspflicht hat der Angeklagte Sch. verstoßen, da er den Zwangsverwalter nicht dazu anhielt, bei ihm selbst Miete bzw. Nutzungsentschädigung und Betriebskosten einzufordern.

18 Zwar genügt die bloße Verletzung einer nicht zumindest auch den fremden Vermögensinteressen dienenden Dienstpflicht nicht für eine Verurteilung wegen Untreue (vgl. RGSt 61, 228, 231 <zum Gerichtsvollzieher>; SSWStGB/Saliger § 266 Rn. 32 mwN; für den Nachlassrechtspfleger auch Otto JZ 1988, 883, 884). Jedoch ist eine Normverletzung pflichtwidrig i.S.v. § 266 StGB, wenn die verletzte Rechtsnorm wie hier – wenigstens auch, und sei es mittelbar – vermögensschützenden Charakter hat (BGH, Beschluss vom 13. September 2010 – 1 StR 220/09, BGHSt 55, 288, 300 f. [= GuT 2010, 386]).

19 cc) Die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht durch den Angeklagten Sch. hat bei der Gläubigerin von J. T. bzw. diesem selbst auch zu einem Vermögensnachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB geführt.

20 Insofern ist ohne Bedeutung, dass es – wie die Revision einwendet – denkbar ist, dass der Zwangsverwalter Anweisungen des Rechtspflegers entgegen seiner Pflicht nicht folgt. Bei einer – wie vorliegend – rechtmäßigen und in der Sache gebotenen Anweisung steht eine solche ohne jeglichen Anhaltspunkt in den Raum gestellte, lediglich denkbare Annahme der Bejahung des erforderlichen Zusammenhangs zwischen dem pflichtwidrigen Tun und dem Erfolg nicht entgegen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 2010 – 1 StR 272/09, NJW 2010, 1087, 1091).

21 Auch soweit für eine Verurteilung wegen Untreue gefordert wird (dies in Frage stellend: BGH, Beschluss vom 13. April 2011 – 1 StR 94/10, NJW 2011, 1747, 1751; dagegen beispielsweise SSW-StGB/Saliger § 266 Rn. 83, 84), dass der Vermögensnachteil unmittelbar durch die Pflichtverletzung ausgelöst worden sein muss, fehlt es hieran nicht. Denn ein über den Zurechnungszusammenhang hinausgehendes Unmittelbarkeitserfordernis zwischen Pflichtwidrigkeit und Nachteil steht weder in Fällen der mittelbaren Täterschaft noch in dem hier

vom Landgericht angenommenen Fall der Mittäterschaft in Frage. Auch bei der vom Generalbundesanwalt angenommenen Alleintäterschaft des Angeklagten Sch. liegt in dem Unterlassen der Anweisung an den Zwangsverwalter, die gegen ihn selbst bestehenden Forderungen geltend zu machen, aufgrund der Bindung des Zwangsverwalters an eine solche Anweisung zumindest eine unmittelbare schadensgleiche Vermögensgefährdung (vgl. für Schäden, die sich gleichsam von selbst vollstrecken: SSW-StGB/Saliger § 266 Rn. 75; zur Untreue durch Nicht-Erfüllung von Aufsichtspflichten: ders. Rn. 33 jeweils mwN).

22 2. Die Verurteilungen der Angeklagten wegen Vorteilsge- währung bzw. Vorteilsannahme weisen ebenfalls keine Rechtsfehler auf.

23 Die nach §§ 331, 333 StGB erforderliche Unrechtsvereinbarung liegt nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen vor. Denn nach der Neufassung dieser Tatbestände werden auch die Fälle erfasst, in denen durch einen Vorteil nur das generelle Wohlwollen und die Geneigtheit des Amtsträgers erkauf bzw. „allgemeine Klimapflege“ betrieben wird, wobei allerdings zwischen dem Vorteil und der Dienstausbübung ein „Gegenseitigkeitsverhältnis“ in dem Sinne bestehen muss, dass der Vorteil nach dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis der Beteiligten seinen Grund gerade in der Dienstausbübung hat, also Ziel der Vorteilszuwendung ist, auf die künftige Dienstausbübung Einfluss zu nehmen und/oder die vergangene Dienstausbübung zu honorieren (BGH, Urteil vom 14. Oktober 2008 – 1 StR 260/08, BGHSt 53, 6, 15 f. mwN [= GuT 2008, 399 PM]).

24 Dies ist vorliegend gegeben, weil sich der Angeklagte N. ein „Gewogensein des Angeklagten Sch. <gerade> im Rahmen dessen dienstlicher Tätigkeit versprach“ (UA 47). Im Einvernehmen hiermit sollte der Angeklagte Sch. als für das Zwangsverwaltungsverfahren zuständiger Rechtspfleger, mithin als „das Vollstreckungsgericht“ und als Amtsträger, handeln (vgl. auch BGH, Urteil vom 25. Februar 1988 – 1 StR 466/87, BGHSt 35, 224, 230 f. = JZ 1988, 881 m. Anm. Otto).

25 Der gewährte bzw. entgegengenommene Vorteil, nämlich die unentgeltliche Nutzung der Wohnung während der von ihm angeordneten Zwangsverwaltung, stellt auch einen Vorteil im Sinne der §§ 331, 333 StGB dar. Denn hierunter ist jede Leistung zu verstehen, auf die der Amtsträger keinen Anspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert (vgl. BGH, Urteil vom 14. Oktober 2008 – 1 StR 260/08, BGHSt 53, 6, 11 mwN).

III. Die Revisionen der Staatsanwaltschaft haben ebenfalls keinen Erfolg.

26 Der Revisionsführerin ist zwar zuzugeben, dass die gegen die Angeklagten verhängten Strafen außerordentlich milde sind. Ein Eingriff des Revisionsgerichts in die Strafzumessung ist jedoch in der Regel nur möglich, wenn die Zumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, von unzutreffenden Tatsachen ausgehen, das Tatgericht gegen rechtlich anerkannte Strafzwecke verstößt oder wenn sich die verhängte Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein, so weit löst, dass sie nicht mehr innerhalb des dem Tatrichter eingeräumten Spielraums liegt (st. Rspr., vgl. etwa BGH, Beschluss vom 10. April 1987 – GSt 1/86, BGHSt 34, 345, 349 mwN). Auch die Frage, welchen Umständen der Tatrichter bei der Strafrahmenwahl bestimmendes Gewicht beimisst, ist im Wesentlichen seiner Beurteilung überlassen (vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 2010 – 2 StR 498/09).

27 Die Grenze des Vertretbaren und damit den ihm eingeräumten Spielraum hat das Landgericht bei der Festsetzung der Strafen gegen die Angeklagten noch nicht überschritten. Einen durchgreifenden Rechtsfehler weist die Strafzumessung – wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift vom 26. April 2011 dargelegt hat – letztlich nicht auf. Dies gilt auch für die Nicht-Verhängung eines Berufsverbots gegen den Angeklagten N.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe



# Teileigentum

**§§ 1, 3 WEG; §§ 94, 95, 912 BGB  
Teileigentum; Tiefgarage;  
Begründung und Grundbucheintragung;  
rechtmäßiger Überbau**

**Ein Vollzugshindernis für die Eintragung einer Aufteilung gem. § 3 WEG kann nicht daraus gefolgert werden, dass sich auf dem Stammgrundstück ausschließlich die Tiefgaragenzufahrt befindet und der gesamte Bauteil der Tiefgarage infolge eines rechtmäßigen (anfänglich gestatteten) Überbaus auf dem Nachbargrundstück. Beide Bauteile bilden ein einheitliches Gebäude. Die Größe und die wirtschaftliche Bedeutung des übergebauten Gebäudeteils im Verhältnis zu dem auf dem Grundstück des Erbauers liegenden „Stammteil“ sind unerheblich.**

(OLG Stuttgart, Beschluss vom 5. 7. 2011 – 8 W 229/11)

**Zum Sachverhalt:** Mit Antrag vom 3. April 2009 (Urkundenrolle Nr. 320/2009 des Notars H.) – eingegangen beim Grundbuchamt Tübingen am 16. November 2010 – hat der Notar die Eintragung einer Aufteilung gem. § 3 WEG bezüglich des Grundstücks, Flurstück 6002/8, M., 28 m<sup>2</sup>, Grundbuch von Tübingen Nr. 30563, begehrt.

Auf dem Grundstück befindet sich die Zufahrt zu einer Tiefgarage, die auf dem Nachbargrundstück, Flurstück 6002/10, M., 9 a 44 m<sup>2</sup>, Grundbuch von T. Nr. 30132, errichtet wurde. Letzteres ist belastet unter Abt. II, lfd. Nr. 2, mit folgender Grunddienstbarkeit:

**„Grunddienstbarkeit (Duldung des Überbaus mit einer Tiefgarage) für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks der Gemarkung T., Flst. Nr. 6002/8.**

*Hat Gleichrang mit dem Recht Abt. II Nr. 3.*

*Bezug: Bewilligung vom 27. Februar 2009 (Notar W. H. in T., UR 184/2009).*

*Eingetragen (GA 23880, 5) am 31. März 2009. Aus Grundbuch T. Blatt Nr. 23880 Abt. II Nr. 2 hierher übertragen am 4. Mai 2009.*

*Aus Grundbuch T. Blatt Nr. 30093 hierher übertragen am 29. Mai 2009.“*

Das herrschende Grundstück, Flurstück Nr. 6002/8, ist zu Gunsten des dienenden Grundstücks, Flurstück Nr. 6002/10, ebenfalls mit Grunddienstbarkeiten belastet, die jedoch lediglich Nutzungsrechte beinhalten, wie das Recht, die Unterseite der Decke der Tiefgarage zu bestimmten Zwecken zu nutzen und eine Fläche zu gestalten und zu benutzen.

Die Tiefgarage wurde auf der Grundlage der Überbaugrunddienstbarkeit auf dem angrenzenden Flurstück Nr. 6002/10 mit 11 konventionellen und 12 Stellplätzen in Mehrfachparkereinerichtung erstellt. Das herrschende Grundstück, Flurstück Nr. 6002/8, soll unter Einbezug der Tiefgarage gemäß § 3 WEG in Miteigentumsanteile verbunden mit Teileigentumseinheiten an den Tiefgaragenstellplätzen aufgeteilt werden.

Das Grundbuchamt hat den entsprechenden Antrag mit Beschluss vom 20. Mai 2011 zurückgewiesen. Es ist der Auffassung, dass die Tiefgarage kein wesentlicher Bestandteil des „überbauten“ Grundstücks, Flurstück Nr. 6002/8, geworden sei, weswegen die Garagenzufahrt und die Tiefgarage verschiedenen Grundstücken zuzuordnen seien, wodurch sich eine Aufteilung gem. § 3 WEG i.V.m. § 1 Abs. 4 WEG verbiete.

Die Beteiligten haben am 31. Mai 2011 gegen den Zurückweisungsbeschluss Beschwerde eingelegt. Sie verweisen darauf, dass die Zufahrt und die Tiefgarage ein einheitliches Bauwerk darstellten, zumal der sich auf dem Stammgrundstück befindende Baukörper „tunnelförmig“ mit durchgehenden seitli-

chen Wänden und einer Überdachung errichtet sei und sich bautechnisch nicht von der Tiefgarage abgrenzen lasse. Zudem handle es sich um einen rechtmäßigen Überbau, der auf der Grundlage der eingetragenen Grunddienstbarkeit vorgenommen worden sei.

Das Notariat hat nicht abgeholfen und die Akte mit Beschluss vom 27. Juni 2011 dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

**Aus den Gründen:** II. 1. Das Rechtsmittel ist gem. § 71 Abs. 1 GBO statthaft.

Der Notar, dessen Antragsermächtigung gemäß § 15 Abs. 2 GBO gegeben ist, kann – ohne eine Vollmacht vorlegen zu müssen – gegen die auf den Eintragungsantrag ergangene Entscheidung für einen Antragsberechtigten, nicht aber im eigenen Namen, Beschwerde einlegen (Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 15 GBO Rn. 20, m.w.N.). Dies ist geschehen namens sämtlicher Beteiligter.

Das Rechtsmittel wurde gemäß § 73 Abs. 1 GBO beim Grundbuchamt durch Einreichung einer Beschwerdeschrift (§ 73 Abs. 2 GBO) eingelegt und ist damit auch im übrigen zulässig.

Über die Beschwerde hat das Oberlandesgericht gemäß § 72 GBO zu entscheiden, nachdem das Notariat ihr nicht abgeholfen hat (§ 75 GBO).

2. Das Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg. Denn das vom Grundbuchamt in dem angefochtenen Zurückweisungsbeschluss angenommene Vollzugshindernis besteht nicht.

Nach § 1 Abs. 1 und 3 WEG kann an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen eines Gebäudes Teileigentum begründet werden in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört. Nach § 1 Abs. 4 WEG können Wohnungseigentum und Teileigentum nicht in der Weise begründet werden, dass das Sondereigentum mit Miteigentum an mehreren Grundstücken verbunden wird.

Unter Berücksichtigung dieser Vorschrift hat das Grundbuchamt die beantragte Aufteilung gem. § 3 WEG abgelehnt, weil seiner Meinung nach die auf dem Nachbargrundstück erbaute Tiefgarage nicht wesentlicher Bestandteil des „überbauten“ Grundstücks geworden sei. Deswegen könne das Miteigentum am Stammgrundstück Flurstück Nr. 6002/8 in Verbindung mit dem Teileigentum (Sondereigentum) an den Stellplätzen der Tiefgarage (§ 3 Abs. 2 Satz 2 WEG), die wesentlicher Bestandteil des „überbauten“ Nachbargrundstücks (Flurstück Nr. 6002/10) geblieben sei, nicht begründet werden (Verstoß gegen § 1 Abs. 4 WEG).

Dieser Rechtsauffassung kann nicht gefolgt werden.

Ein Grenzüberbau, den der Nachbar nach § 912 BGB zu dulden hat, hindert die Entstehung von Wohnungseigentum bzw. Teileigentum (§ 1 Abs. 6 WEG) nicht, weil das die Grundstücksgrenze überschreitende Bauwerk einheitlich wesentlicher Bestandteil des Grundstücks ist, das aufgeteilt wird. Gleiches gilt, wenn der Überbau in Ausübung einer Grunddienstbarkeit – wie vorliegend – errichtet wurde (§ 95 Abs. 1 Satz 2 BGB). Nur wenn weder ein Fall des § 912 BGB noch eine Absicherung durch Grunddienstbarkeit vorliegen, muss das Grundbuchamt die Anlegung der Wohnungsgrundbücher ablehnen wegen des Verstoßes gegen § 1 Abs. 4 WEG (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 2817, m.w.N.).

Insbesondere der durch die vorherige Eintragung einer Grunddienstbarkeit abgesicherte Überbau fällt nach herrschender Meinung als rechtmäßiger (anfänglich gestatteter) Überbau in das Eigentum des Eigentümers des Stammgrundstücks als dessen wesentlicher Bestandteil (§§ 94 Abs. 1 Satz 1, 95 Abs. 1 Satz 2 BGB). Denn Rechte i.S.d. § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB sind

gerade Grunddienstbarkeiten (Ellenberger in Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 95 BGB Rn. 5, m.w.N.). Wurde die Grunddienstbarkeit vor Baubeginn – wie hier – eingeräumt, so bewirkt sie nach § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB, dass der übergebauter Gebäudeteil – vorliegend die Tiefgarage – Scheinbestandteil des überbauten Grundstücks ist und er wesentlicher Bestandteil des Gesamtgebäudes bleibt, auch wenn die Sondereigentumseinheiten nicht auf dem Stammgrundstück, sondern allein auf dem Nachbargrundstück gelegen sind (Rapp in Staudinger, BGB/WEG, 13. Bearb. 2005, § 1 WEG Rn. 29–30; Bassenge in Palandt, a. a. O., § 1 WEG Rn. 7; Bärmann/Pick, WEG, § 1 WEG Rn. 9; Hügel in Beck'scher Online Kommentar BGB, Hrsg. Bamberger/Roth, Stand 1. März 2011, Edition 19, § 1 WEG Rn. 14; Fritzsche in Beck'scher Online Kommentar BGB, a. a. O., § 912 BGB Rn. 23 und 27, § 94 Rn. 13; Säcker in Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl. 2009, § 912 BGB Rn. 44; OLG Hamm Rpfleger 1984, 98 und 266; OLG Stuttgart/Senat Rpfleger 1982, 375; BGH NJW 2002, 54, und BGH VIZ 2004, 130 [= WuM 2003, 701], – beim Eigengrenzüberbau; je m.w.N.).

Dabei hat der BGH bereits am 22. Februar 1974, Az. V ZR 103/73, veröff. in BGHZ 62, 141 = NJW 1974, 794 = WPM 1974, 540, entschieden, dass bei der Errichtung eines Gebäudes über die Grenze im Einverständnis mit dem Grundstücksnachbarn (rechtmäßiger Überbau) für die Eigentumsverhältnisse am überbauten Gebäudeteil die gleichen Grundsätze maßgebend sind, die nach §§ 912 ff BGB im Falle des entschuldigten rechtswidrigen Überbaus gelten. Er hat weiter klargestellt, dass es für die Frage, von welchem der beiden Nachbargrundstücke auf das andere übergebaut worden ist, allein auf die Absichten und Interessen des Erbauers ankommt und die Größe sowie wirtschaftliche Bedeutung des übergebauten Gebäudeteils im Verhältnis zu dem auf dem Grundstück des Erbauers liegenden „Stammteil“ ebenso wenig eine Rolle spielen wie der Ort des Baubeginns oder des handwerklichen Bauablaufs.

Der BGH hat diese Rechtsprechung fortgesetzt, wonach es darauf ankommt, wer nach der Verkehrsanschauung „Geschäftsherr“ des Bauvorhabens ist, d.h. in wessen Namen und wirtschaftlichem Interesse gebaut wurde. Indizien für die maßgeblichen Absichten des Erbauers können dabei bestimmte objektive Gegebenheiten sein, z. B. die wirtschaftliche Interessenlage, die Zweckbeziehung des überbauten Gebäudes und die räumliche Erschließung durch einen Zugang (BGH NJW 1990, 1791).

Zur Beantwortung der weiteren Frage, ob ein einheitliches Gebäude und damit ein Überbau oder selbstständige Gebäude vorliegen, kommt es neben der körperlichen bautechnischen Beschaffenheit gleichermaßen auf die funktionale Einheit an (BGH NJW-RR 1989, 1039; BGH NJW 2008, 1810; je m.w.N.).

Danach ist es – entgegen der Ansicht des Grundbuchamtes – unerheblich, dass sich auf dem Stammgrundstück lediglich der Bauteil der Tiefgaragenzufahrt befindet und der Gebäudeteil, an dem Teileigentum begründet werden soll – die Tiefgarage –, ausschließlich auf dem überbauten Nachbargrundstück. Denn die Größe und die wirtschaftliche Bedeutung des übergebauten Gebäudeteils im Verhältnis zu dem auf dem Grundstück des Erbauers liegenden „Stammteil“ sind unerheblich.

Dass „Geschäftsherr“ des Bauvorhabens die Eigentümer des herrschenden Grundstücks sind, unterliegt keinem Zweifel.

Ebenso wenig kann die körperlich bautechnische und funktionale Einheit der beiden Bauteile in Frage gestellt werden. Die Tiefgarage kann nicht ohne die Zufahrt auf dem Stammgrundstück genutzt werden, sie wird durch diese erst „erschlossen“. Und die Garagenzufahrt erfüllt für sich genommen keinen Eigenzweck.

Ob es sich bei der Tiefgaragenzufahrt lediglich um eine „Zufahrtsrampe“ handelt, wie das Notariat nach den vorgelegten Plänen annimmt, oder entsprechend dem Vortrag der Beschwerdeführer um einen Baukörper von „tunnelförmiger“ Gestalt mit durchgehenden seitlichen Wänden und einer Überdachung, kann dahingestellt bleiben. In jedem Fall liegt ein fest

mit dem Grund und Boden verbundenes Bauwerk vor (§ 94 Abs. 1 Satz 1 BGB), das zugleich einen wichtigen Gebäudeteil der gesamten Tiefgarageneinheit darstellt, ohne den die Garage ihrer zweckentsprechenden Nutzung nicht zugeführt werden kann. Im Übrigen bedürfte auch eine bloße „Zufahrtsrampe“ bereits aus statischen Gründen, wenn sie – wie hier – den Zugang zu einer Tiefgarage herstellt, zumindest der seitlichen Abstützung durch entsprechende Bauteile wie Wände, um ein Abrutschen des seitlich vorhandenen Erdreichs zu verhindern, sowie einer Befestigung des Zufahrtsweges, um das Eindringen von Geröll und Erdreich in die Tiefgarage zu unterbinden.

Nach alledem kann der Rechtsauffassung des Grundbuchamtes nicht gefolgt werden. Das von diesem angenommene Vollzugshindernis besteht nicht, so dass der Zurückweisungsbeschluss vom 20. Mai 2011 aufzuheben und das Notariat anzuweisen war, die Eintragung vorzunehmen, sofern keine anderen Hindernisse entgegen stehen.

**Hinw. d. Red.:** Zum Überbau vgl. BGH GuT 2008, 374, GuT 2008, 290 KL, GuT 2004, 104 (Teileigentum; Supermarkt; Getränke-lager-Überbau); OLG Düsseldorf GuT 2003, 104 KL (Carport auf der Sondernutzungsfläche mit Überbau).

### §§ 16, 22 WEG

#### **Wohnungseigentum; bauliche Veränderung; Sonderumlage; Befreiung von den Kosten bei Nichtzustimmung zur Maßnahme; Geltendmachen der Kostenfreistellung**

**a) Stimmt ein Wohnungseigentümer einer baulichen Maßnahme gemäß § 22 Abs. 1 WEG nicht zu, ist er gemäß § 16 Abs. 6 Satz 1 Halbsatz 2 WEG von den damit verbundenen Kosten befreit; es kommt nicht darauf an, ob seine Zustimmung gemäß § 22 Abs. 1 i.V.m. § 14 Nr. 1 WEG erforderlich war oder nicht.**

**b) Er kann die Kostenfreistellung auch nach Bestandskraft des Beschlusses über die Durchführung der baulichen Maßnahme verlangen, sofern der Beschluss die Kostenverteilung nicht abschließend regelt.**

(BGH, Urteil vom 11. 11. 2011 – V ZR 65/11)

**1 Zum Sachverhalt:** Die Parteien sind die Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft. Auf der Eigentümerversammlung vom 7. November 2007 beschlossen die Eigentümer unter TOP 4 mehrheitlich die Sanierung des gemeinschaftlichen Schwimmbads, das nicht nur instandgesetzt, sondern zugleich unter Einbeziehung eines Teils der ehemaligen Hausmeisterwohnung um einen Ruheraum erweitert werden sollte. Gleichzeitig beschlossen die Miteigentümer für diese Maßnahmen eine nach Miteigentumsanteilen bemessene Sonderumlage. Beiden Beschlüssen stimmte der Kläger nicht zu. Seine gegen sie gerichtete Anfechtungsklage war erfolglos, weil die Klagefrist nicht eingehalten war. In der Eigentümerversammlung vom 20. April 2010 genehmigten die Eigentümer unter TOP 2 mehrheitlich die Jahresabrechnung. In der Gesamtabrechnung waren die Kosten der Schwimmbadsanierung und -erweiterung ohne eine darauf bezogene Differenzierung mit insgesamt 68.024,60 € enthalten, die in den jeweiligen Einzelabrechnungen nach Miteigentumsanteilen verteilt wurden. Auf den Kläger entfielen insgesamt 8618,00 €. Auf seine Anfechtungsklage hat das Amtsgericht München den Beschluss zu TOP 2 für ungültig erklärt, soweit er die Einzelabrechnungen 2009 bezüglich der Verteilung der Gesamtkosten für die Schwimmbadsanierung und -erweiterung betrifft. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landgericht München I das Urteil des Amtsgerichts geändert und die Klage abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, will der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen.



2 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht, dessen Urteil unter anderem in NZM 2011, 368 ff. abgedruckt ist, meint, die 2007 gefassten Beschlüsse enthielten keine Vorgaben für die spätere Kostenverteilung. Die Kosten für die Schwimmbadsanierung habe der Kläger – was er nicht in Abrede stelle – ohnehin gemäß § 16 Abs. 2 WEG anteilig zu tragen. Nichts anderes gelte für die mit der Schwimmbaderweiterung verbundenen Kosten. Allerdings sei die Maßnahme insoweit nicht rechtmäßig beschlossen worden, weil gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 14 Nr. 1 WEG die Zustimmung des Klägers erforderlich gewesen sei. Dennoch trete zu seinen Gunsten keine Kostenbefreiung gemäß § 16 Abs. 6 Satz 1 Halbsatz 2 WEG ein, weil diese Vorschrift nach der Gesetzessystematik nur diejenigen Eigentümer betreffe, deren Zustimmung gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 14 Nr. 1 WEG entbehrlich sei. Die Zulässigkeit der Maßnahme ergebe sich in Fällen wie dem vorliegenden nicht aus § 22 Abs. 1 WEG, sondern aus der Bestandskraft des Beschlusses über die Durchführung der Maßnahme. Mit dem Wortlaut von § 16 Abs. 6 Satz 1 Halbsatz 2 WEG sei dies vereinbar, weil der nicht zustimmende Eigentümer mangels rechtzeitiger Anfechtung so zu behandeln sei, als habe er zugestimmt. Jedenfalls sei die Vorschrift nach ihrem Sinn und Zweck teleologisch zu reduzieren.

3 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

4 1. Eine Kostenbefreiung für den Kläger setzt voraus, dass die Schwimmbaderweiterung eine bauliche Veränderung gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 WEG darstellt. § 16 Abs. 6 Satz 1 Halbsatz 2 WEG ist nämlich weder auf Maßnahmen der ordnungsgemäßen Instandsetzung und Instandhaltung gemäß § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG anwendbar (Senat, Urteil vom 13. Mai 2011 – V ZR 202/10, NJW 2011, 2660 [= WuM 2011, 440] Rn. 15) noch auf Maßnahmen gemäß § 22 Abs. 2 Satz 1 WEG (Merle in Bärman, WEG, 11. Aufl., § 22 Rn. 350; Jennißen in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 16 Rn. 153; Timme/Bonifacio, WEG, § 22 Rn. 259).

5 2. Insoweit zutreffend sieht das Berufungsgericht die Erweiterung des Schwimmbads als eine solche bauliche Veränderung gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 WEG an. Denn aufgrund der Umgestaltung des zuvor anderweitig genutzten Raumes war dieser Teil der Maßnahme keine modernisierende Instandsetzung im Sinne von § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG. Rechtsfehlerfrei ist auch die Annahme, dass sie nicht § 22 Abs. 2 Satz 1 WEG i.V.m. § 559 Abs. 1 BGB unterfiel. Allerdings erlaubt § 22 Abs. 2 Satz 1 WEG infolge der Verweisung auf § 559 Abs. 1 BGB die Beschlussfassung durch qualifizierte Mehrheit in mehreren, unterschiedlichen Fallvarianten und hat hierdurch einen weiten Anwendungsbereich (vgl. Häublein, NZM 2007, 752, 759). Zudem gibt die angeordnete entsprechende Heranziehung der mietrechtlichen Regelung des § 559 Abs. 1 BGB nach der Rechtsprechung des Senats Raum für eine großzügigere Handhabung des Modernisierungsbegriffes (Urteil vom 18. Februar 2011 – V ZR 82/10, NZM 2011, 281 [= WuM 2011, 251] Rn. 9). Im Hinblick auf die hier alleine in Betracht kommende Alternative einer Maßnahme, die den „Gebrauchswert (...) nachhaltig erhöht“ (§ 22 Abs. 2 Satz 1 WEG i.V.m. § 559 Abs. 1 Alt. 1 BGB) genügt es, dass die Maßnahme aus der Sicht eines verständigen Wohnungseigentümers eine sinnvolle Neuerung darstellt, die voraussichtlich geeignet ist, den Gebrauchswert der Sache nachhaltig zu erhöhen (Senat, aaO.). Die Mehrheitsmacht umfasst dagegen nicht eine Umgestaltung der Wohnanlage, die deren bisherige Eigenart ändert, wie etwa einen Anbau, eine Aufstockung, einen Abriss von Gebäudeteilen oder vergleichbare Änderungen (BT-Drucks. 16/887 S. 30). Danach hält sich die Einschätzung des Berufungsgerichts, wonach die Einbeziehung des zuvor anders genutzten Raumes in den Schwimmbadbereich keine gebrauchswert erhöhende Maßnahme darstellt, in den Grenzen des revisionsrechtlich nur eingeschränkt nachprüfbar tatrichterlichen Ermessens. Dies gilt auch für die Annahme, die Schwimmbaderweiterung beeinträchtigt Rechte des Klägers über das in § 14 Nr. 1 WEG bestimmte Maß hinaus mit der Folge, dass seine Zustimmung zu der Erweiterung des Schwimmbads erforderlich gewesen wäre. Ebenso wenig ist zu

beanstanden, dass das Berufungsgericht den Beschluss über die Sonderumlage dahingehend ausgelegt hat, dass er keine abschließende Regelung der Kostenverteilung enthielt.

6 3. Infolgedessen richtet sich die Verteilung der Kosten nach § 16 Abs. 2 und Abs. 6 Satz 1 Halbsatz 2 WEG. Ob die in § 16 Abs. 6 Satz 1 Halbsatz 2 WEG vorgesehene Kostenbefreiung auch zugunsten derjenigen Wohnungseigentümer eintritt, die der Maßnahme nicht zugestimmt haben, obwohl dies gemäß § 14 Nr. 1 WEG erforderlich gewesen wäre, ist umstritten. Die überwiegende Ansicht sieht die Erforderlichkeit der Zustimmung für die spätere Kostenbefreiung als unerheblich an (OLG Düsseldorf, NZM 2006, 109 f. [= GuT 2005, 265 KL = WuM 2005, 797 KL]; OLG Hamm, NJW-RR 1997, 970, 971; OLG München, ZMR 2008, 905; Becker in Bärman, WEG, 11. Aufl., § 16 Rn. 141; Jennißen in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 16 Rn. 153; anders als in der Voraufgabe auch Niedenführ in Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 9. Aufl., § 16 Rn. 86; Riecke/Schmid/Elzer, WEG, 3. Aufl., § 16 Rn. 284; Staudinger/Bub, BGB (2005), § 16 WEG Rn. 256; Timme/Bonifacio, WEG, § 16 Rn. 237; Becker, ZWE 2011, 231 f.; Blankenstein, DWE 2011, 87, 91 f.; Gottschalg, NZM 2004, 529 f.). Nach anderer Auffassung, der sich das Berufungsgericht angeschlossen hat, ist die Vorschrift nur auf diejenigen Wohnungseigentümer bezogen, die der Maßnahme nicht zustimmen mussten (Spielbauer/Then, WEG, § 16 Rn. 71; Demharter, MDR 1988, 265, 266 f.). Der von dem Berufungsgericht herangezogene Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 18. Januar 1979 (VII ZB 19/78, NJW 1979, 817, 818) stützt diese Rechtsauffassung nicht. Er befasst sich zwar mit der Kostenbefreiung zugunsten der nicht zustimmungspflichtigen Wohnungseigentümer, nicht aber mit der Kostenverteilung in Folge eines Beschlusses, der ohne die erforderlichen Zustimmungen Bestandskraft erlangt hat.

7 4. Richtigerweise hängt die in § 16 Abs. 6 Satz 1 Halbsatz 2 WEG angeordnete Kostenbefreiung nicht davon ab, ob die Zustimmung des Wohnungseigentümers zu der Maßnahme gemäß § 22 Abs. 1 i.V.m. § 14 Nr. 1 WEG erforderlich war oder nicht.

8 a) Dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift ist eine solche Differenzierung nicht zu entnehmen. Maßgeblich ist danach nur, dass der Wohnungseigentümer einer Maßnahme nach § 22 Abs. 1 Satz 1 WEG nicht zugestimmt hat, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er über das in § 14 Nr. 1 WEG bestimmte Maß hinaus beeinträchtigt wird oder nicht. Dagegen meint das Berufungsgericht, seine Auslegung sei deshalb mit dem Wortlaut vereinbar, weil die Zustimmung durch die Bestandskraft des Beschlusses ersetzt werde. Das überzeugt nicht. Die Problematik kann nämlich nur entstehen, wenn der Beschluss keine abschließende Regelung der Kostenverteilung enthält. In diesem Fall hat der Eintritt der Bestandskraft keine Auswirkungen auf die Kostenverteilung. Die Bestandskraft reicht nicht weiter als der Inhalt des Beschlusses; sie bewirkt nur, dass ein nicht rechtzeitig angefochtener Beschluss gültig ist, § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG. Folge ist eine Duldungspflicht, nicht aber eine Fiktion der Zustimmung. Vielmehr ist der Beschluss gültig, obwohl die Zustimmung (nach wie vor) fehlt.

9 b) Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs der Vorschrift im Hinblick auf die Eigentümer, die der Maßnahme nicht zugestimmt haben, lässt sich auch nicht im Wege einer teleologischen Reduktion erreichen.

10 aa) Eine teleologische Reduktion erfordert, dass der Anwendungsbereich der Norm planwidrig zu weit gefasst worden ist (BVerfGE 88, 145, 167; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., S. 210 f., 219 f.). Die Gesetzge-

[www.prewest.de](http://www.prewest.de)

Februar 2007 – Dezember 2011: 513 389 Zugriffe

bungsgeschichte ist unergiebig. Mit § 16 Abs. 6 Satz 1 WEG in der ab dem 1. Juli 2007 geltenden Fassung ist die Regelung des § 16 Abs. 3 WEG aF wortgleich übernommen worden, obwohl die hier in Rede stehende Auslegungsfrage schon vor der Neufassung umstritten war. Ob dieses Problem erkannt und nicht für regelungsbedürftig gehalten oder aber übersehen worden ist, lässt sich den Materialien nicht entnehmen. Deshalb könnte eine teleologische Reduktion nur dann erfolgen, wenn Sinn und Zweck der Vorschrift sie eindeutig erforderten. Das ist nicht der Fall. Das Berufungsgericht hat zwar mit teilweise erwägenswerten Überlegungen begründet, warum es eine Anwendung der Norm auf die zustimmungspflichtigen Wohnungseigentümer nicht für sinnvoll erachtet. Zwingend ist aber keines dieser Argumente.

11 bb) Richtig ist allerdings, dass die Kostentragung häufig erst nach Durchführung der Maßnahme im Zusammenhang mit der Jahresabrechnung geregelt wird. Auch kann die Kostenbefreiung einzelner Wohnungseigentümer Folgeprobleme im Hinblick auf den Gebrauch der baulichen Maßnahme nach sich ziehen. Demgegenüber führt die Auffassung des Berufungsgerichts zu dem nicht ohne weiteres einleuchtenden Ergebnis, dass ein Wohnungseigentümer, der besonders beeinträchtigt wird, durch einen rechtswidrigen Beschluss Kostennachteile hinnehmen muss. Für die dem Wortlaut entsprechende Anwendung der Norm spricht jedenfalls, dass sie anders als die Gegenauffassung die oft schwierig zu beantwortende Frage entbehrlieh macht, ob ein Wohnungseigentümer über das Maß des § 14 Nr. 1 WEG hinaus beeinträchtigt wird. Sie bewirkt auch, dass der Beschluss über die bauliche Maßnahme nicht allein im Hinblick auf die Kostenfolge angefochten wird. Schließlich ist zu bedenken, dass § 16 Abs. 6 Satz 1 WEG einen begrenzten Anwendungsbereich hat, weil sich die Norm – wie eingangs ausgeführt – allein auf bauliche Veränderungen gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 WEG bezieht. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist durch die Neuregelung des § 22 Abs. 2 WEG und die damit verbundene Stärkung der Mehrheitsmacht eingeschränkt worden. Dass Wohnungseigentümer sich an den Kosten für die verbleibenden Maßnahmen, die weder eine modernisierende Instandsetzung noch eine Modernisierungsmaßnahme im Sinne von § 22 Abs. 2 Satz 1 WEG i. V. m. § 559 Abs. 1 BGB darstellen, nur dann beteiligen müssen, wenn sie der Durchführung zugestimmt haben, ist ein zumindest vertretbares Ergebnis. Ohnehin steht es den Wohnungseigentümern frei, gemäß § 16 Abs. 4 WEG mit qualifizierter Mehrheit eine Kostenverteilung zu beschließen, die dem Gebrauch oder der Möglichkeit des Gebrauchs Rechnung trägt; auch in diesem Fall ist § 16 Abs. 6 Satz 1 WEG unanwendbar, § 16 Abs. 6 Satz 2 WEG.

12 5. Das Urteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Anders als erstmals mit der Revisionserwiderung geltend gemacht, kann die Jahresabrechnung nicht als stillschweigende Kostenregelung gemäß § 16 Abs. 4 WEG angesehen werden, auch wenn sie mit der erforderlichen qualifizierten Mehrheit beschlossen worden sein dürfte. Ob dem schon entgegensteht, dass die vorgesehene Kostenverteilung nicht von § 16 Abs. 2 WEG, sondern nur von § 16 Abs. 6 Satz 2 Halbsatz 2 WEG abweicht und nicht an den Gebrauch anknüpft, kann dahinstehen. Die Wohnungseigentümer waren nämlich offenbar der Auffassung, die Kostenverteilung richte sich ohne weiteres nach § 16 Abs. 2 WEG, und hatten deshalb nicht die Absicht, eine hiervon abweichende, an dem Gebrauch orientierte Kostenverteilung zu regeln. Insoweit verbietet es sich aus Gründen der Transparenz, einen solchen Beschluss nachträglich in die Jahresabrechnung hineinzulesen (vgl. zu § 16 Abs. 3 WEG Senat, Urteil vom 9. Juli 2010 – V ZR 202/09, NJW 2010, 2654 [= WuM 2010, 524] Rn. 16). Das gilt bei der auf die Kostenverteilung in einem Einzelfall bezogenen Norm des § 16 Abs. 4 WEG jedenfalls dann, wenn den Wohnungseigentümern – wie hier – bei der Beschlussfassung nicht bewusst war, dass sie eine von dem an sich gültigen Kostenverteilungsmaßstab abweichende Regelung trafen.

13 6. Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Weil die Aufhebung nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Danach ist die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. Weil die auf das Schwimmbad bezogenen Kosten in den Einzelabrechnungen insgesamt ohne eine Differenzierung nach den auf die Sanierung und den auf die Erweiterung entfallenden Kosten verteilt worden sind, hat das Amtsgericht die Beschlüsse zu Recht insgesamt für ungültig erklärt und auf die notwendige isolierte Berechnung und Verteilung der reinen Sanierungskosten verwiesen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 23, 28 WEG**  
**Mietpool; Betriebsgesellschaft der Wohnungseigentümer;**  
**Beschluss in der Jahresabrechnung der**  
**Wohnungseigentümer über umzulegende Kosten**  
**der Betriebsgesellschaft**

**Der Wohnungseigentümergeinschaft fehlt die Beschlusskompetenz für eine Umlage der der Mietpool-Betriebsgesellschaft der Wohnungseigentümer entstandenen Kosten, wenn nicht sämtliche Eigentümer deren Gesellschafter sind.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BGH, Urteil vom 22. 7. 2011 – V ZR 245/09)

**Zum Sachverhalt:** Die Beklagte ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die von den Wohnungs- und Teileigentümern zum Zweck der einheitlichen Vermietung, Verwaltung und Instandhaltung der Wohn- und Teileigentumsanlage gegründet wurde. Der Kläger ist Mitglied der Eigentümergemeinschaft und war bis zu seinem Austritt im Mai 2001 auch Gesellschafter der Beklagten.

Mit dem Austritt verfolgte er das Ziel, die ihm gehörenden Teileigentumseinheiten fortan selbst und ohne Bindung an die Beklagte zu verwalten. Er verlangt – soweit noch von Interesse – Auskehrung von Mieten, die die Beklagte nach seinem Austritt für die Vermietung seines Sondereigentums erzielt hat, ferner Schadensersatz für Mietausfälle, die auf einer von der Beklagten vorgenommenen eigenmächtigen Umsetzung von Mietern seiner Objekte sowie auf Umbauten beruhen sollen, die zu einer Flächeneinbuße geführt haben.

Die Beklagte will von den Mieteneinnahmen Verwaltungskosten abziehen und mit Ansprüchen aufrechnen, die die Eigentümergemeinschaft an sie abgetreten hat. Dabei handelt es sich um den auf den Kläger entfallenden Anteil einer im November 2007 beschlossenen Sonderumlage für die von der Beklagten verauslagten Bewirtschaftungskosten und Aufwendungen für Modernisierungs- und Instandhaltungsmaßnahmen.

**Aus den Gründen:** II. B. 3. a) Unrichtig ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass der Eigentümergemeinschaft auf Grund des Beschlusses vom 27. November 2007 über die Sonderumlage eine fällige Forderung in Höhe von insgesamt 672.194,29 € zustehe, die die Beklagte nach Abtretung den Zahlungsansprüchen des Klägers entgegensetzen könne. Das beruht auf einer fehlerhaften Anwendung des § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG.

aa) Richtig ist allerdings, dass Beschlüsse nach § 28 Abs. 5 WEG über den Wirtschaftsplan, die Jahresabrechnung und die Rechnungslegung des Verwalters und – über den Wortlaut der Vorschrift hinausgehend – über eine Sonderumlage nach § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG grundsätzlich solange als gültig anzusehen sind, wie sie nicht in einem Beschlussanfechtungsverfahren nach § 43 Nr. 4, § 46 WEG für ungültig erklärt worden sind. Das gilt auch für fehlerhafte Beschlüsse.



Das Prozessgericht, das über eine sich aus dem Beschluss ergebende Forderung zu entscheiden hat, ist an einen Beschluss nach § 28 Abs. 5 WEG grundsätzlich gebunden. Das Gericht darf die Vorfrage, ob der Beschluss wirksam ist, nicht selbstständig (ohne Rücksicht auf ein Beschlussanfechtungsverfahren) entscheiden, sondern hat – bis zu einer etwaigen Aufhebung – von dem sich aus dem Beschluss ergebenden Anspruch auszugehen (BayObLG, WE 1996, 239, 240).

bb) Dies gilt indes nicht für die nach § 23 Abs. 4 Satz 1 WEG nichtigen Beschlüsse. Die Nichtigkeit wirkt für und gegen alle, bedarf keiner Geltendmachung und ist in jedem gerichtlichen Verfahren von Amts wegen zu berücksichtigen (Senat, Beschluss vom 18. Mai 1989 – V ZB 4/89, BGHZ 107, 268, 270). Die Möglichkeit, die Nichtigkeit nach § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG feststellen zu lassen, ändert daran nichts (Senat, aaO.). Nur wenn eine Anfechtungsklage als unbegründet abgewiesen worden ist, kann nach § 48 Abs. 4 WEG nicht mehr geltend gemacht werden, dass ein Beschluss nichtig sei. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor, weil über die von dem Kläger erhobene Anfechtungsklage noch nicht entschieden ist.

b) Gegenstand des Beschlusses ist die Verpflichtung der Wohnungs- und Teileigentümer, der Beklagten die für die Gemeinschaft verauslagten Kosten zu erstatten. Der Verwalter hat den Erstattungsbetrag zu berechnen und – soweit die Forderung noch nicht durch Verrechnung ausgeglichen ist (was allein den Kläger betrifft) – bei dem jeweiligen Eigentümer anzufordern. Dieser Beschluss ist nach § 23 Abs. 4 Satz 1 WEG nichtig, da er gegen Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes verstößt, auf deren Einhaltung die Eigentümer nicht wirksam verzichten können.

aa) Der Eigentümergemeinschaft fehlt die Beschlusskompetenz für eine Umlage der der Beklagten entstanden Kosten. Die Wohnungseigentümer dürfen nicht die Kosten einer Gesellschaft, welche die Anlage bewirtschaftet, durch Beschluss nach § 28 Abs. 5 WEG auch auf Eigentümer umlegen, die nicht Gesellschafter sind (BayObLG, ZMR 2001, 828, 829 [= GuT 2001, 24]). Das gilt selbst dann, wenn der Eigentümer einer in der Teilungserklärung begründeten Verpflichtung zum Beitritt (BayObLG, aaO) oder – wie hier – zur Überlassung des Sondereigentums zur Vermietung durch den Verwalter zuwidergehandelt haben sollte. Für eine Vornahme eines solchen Schadensausgleichs ist in einer Abrechnung nach § 28 Abs. 5 WEG kein Raum.

bb) Der Beschluss hat auch insofern im Wohnungseigentumsgesetz keine Grundlage, als die Sonderumlage nicht als Ergänzung eines Wirtschaftsplans (vgl. Senat, Beschluss vom 15. Juni 1989 – V ZB 22/88, BGHZ 108, 44, 47), sondern unabhängig von Wirtschaftsplänen oder Jahresabrechnungen nach einem von dem Verwalter noch zu berechnenden Erstattungsbetrag beschlossen wurde. Die Vorschriften über die Verteilung der Kosten auf der Grundlage von Wirtschaftsplänen, Abrechnungen und Rechnungslegungen des Verwalters nach § 28 Abs. 5 WEG sind jedoch nicht abdingbar (Elzer in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 23 Rn. 102). Die Eigentümerversammlung ist nicht befugt, eine von Wirtschaftsplänen und Jahresabrechnungen unabhängige Kostenverteilung für viele Jahre durch Sonderumlage (nach den Abrechnungen eines Dritten) zu beschließen. Einem solchen Beschluss kommt auch ohne Anfechtung keine rechtliche Wirkung zu (vgl. Senat, Beschluss vom 2. Juni 2005 – V ZB 32/05, BGHZ 163, 154, 179 [= WuM 2005, 530 = GuT 2005, 229 KL]).

c) Die Folge der Nichtigkeit des Beschlusses ist, dass der Beklagten aus abgetretenem Recht bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht keine nach § 387 BGB aufrechenbare Gegenforderung nach § 16 Abs. 2 WEG gegen den Kläger zustand, weil erst ein – rechtswirksamer – Beschluss nach § 28 Abs. 5 WEG Geltungsgrund für die Zahlungspflicht des einzelnen Eigentümers ist (Senat, Beschluss vom 21. April 1988 – V ZB 10/87, BGHZ 104, 197, 201 [= WuM

1989, 95] und Urteil vom 20. November 1992 – V ZR 279/91, BGHZ 120, 261, 266 [= WuM 1993, 146]).

d) Etwaige Ansprüche der Eigentümergemeinschaft gegen den Kläger, die sich aus den Bestimmungen in der Teilungserklärung zur Vermietung des Sondereigentums durch die Verwalterin zum Zwecke einer einheitlichen Abrechnung und Verteilung der Mieteinnahmen (Mietpool) und aus Abrechnungen nach § 28 Abs. 5 WEG über die zu verteilenden Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums (§ 16 Abs. 2 WEG) ergeben können, sind deshalb nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

**Hinw. d. Red.:** S. zu Mietpools den Beitrag Schmid GuT 2011, 485 (in diesem Heft).

**§ 212 BGB; §§ 152, 155, 156 ZVG**  
**Wohnungseigentum; Anerkenntnis durch Zahlungen**  
**des Zwangsverwalters auf rückständige Wohngelder**  
**oder Sonderumlagen;**  
**Zahlungen des Sondereigentumverwalters**

**a) Zahlungen, die der Zwangsverwalter in Erfüllung der ihm durch § 152 Abs. 1 ZVG zugewiesenen Aufgaben an den Gläubiger leistet, muss der Schuldner mit der Wirkung des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB gegen sich gelten lassen.**

**b) Die Begleichung rückständiger Hausgelder oder rückständiger Sonderumlagen gehört nicht zum Pflichtenkreis des Zwangsverwalters. Solche Zahlungen können dem Schuldner daher nicht als Anerkenntnis im Sinne des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB zugerechnet werden.**

(BGH, Urteil vom 9.12.2011 – V ZR 131/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Beklagte ist Eigentümer von zwei Wohnungen in einer Wohnungseigentumsanlage. Die Klägerin ist die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. Der Beklagte hatte mit der Verwalterin einen Sonderverwaltervertrag geschlossen, in dem er diese bevollmächtigte, etwaige Sonderumlagen aus den eingehenden Mietzahlungen zu begleichen.

2 Am 29. Juni 2005 beschlossen die Wohnungseigentümer die Erhebung einer im August fälligen Sonderumlage. Auf die Wohnungen des Beklagten entfielen insgesamt 7758,48 €. Nach Zahlungsaufforderung teilte der Beklagte der Verwalterin mit Schreiben vom 24. und 29. August 2005 mit, dass er auf die Sonderumlage keine Zahlungen leisten werde. Auf ihr Antwortschreiben vom 30. August 2005 reagierte der Beklagte nicht. In der Zeit von August 2006 bis November 2006 nahm die Verwalterin aus den Mieteinnahmen des Beklagten Teilzahlungen auf die Sonderumlage vor.

3 Ende 2006 wurde die Zwangsverwaltung für die Wohnungen des Beklagten angeordnet. Der Zwangsverwalter zahlte im Oktober 2008 auf die Sonderumlage 1000 €.

4 Wegen des restlichen Betrages hat die Klägerin den Erlass eines Mahnbescheids beantragt, der dem Beklagten am 14. Juli 2009 zugestellt worden ist. Nach dessen Widerspruch hat das Amtsgericht Bergheim ihn zur Zahlung von 4374,98 € verurteilt. Seine Berufung hat keinen Erfolg gehabt. Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.



5 **Aus den Gründen:** I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts [LG Köln] greift die von dem Beklagten erhobene Einrede der Verjährung nicht durch. Mit der Teilzahlung des Zwangsverwalters im Oktober 2008, die sich der Beklagte zurechnen lassen müsse, habe die Verjährung gemäß § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB erneut begonnen. Dasselbe gelte für die von der Verwalterin im Jahr 2006 vorgenommenen Teilzahlungen. Diese habe mit Vollmacht des Beklagten gehandelt. Dem stünden die beiden Schreiben des Beklagten vom August 2005 nicht entgegen, da er dem Antwortschreiben der Verwalterin, in dem diese den Grund der Sonderumlage dargelegt habe, nicht entgegengetreten sei.

6 II. Die Revision ist zulässig und begründet.

7 1. Sie ist insbesondere statthaft, weil der Senat an die Revisionszulassung durch das Berufungsgericht gebunden ist, § 543 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Es besteht allerdings Veranlassung zu dem Hinweis, dass es für die Zulassung der Revision auf das Vorliegen von Zulassungsgründen nach § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO ankommt und deren Voraussetzungen von dem Berufungsgericht sorgfältig zu prüfen sind. Der hier angenommene Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung kommt nur in Betracht, wenn die aufgeworfene Rechtsfrage entscheidungserheblich ist (Senat, Beschluss vom 27. März 2003 – V ZR 291/02, BGHZ 154, 288, 291). Dies ist zu verneinen, da das Berufungsgericht seine Entscheidung auf eine Alternativbegründung gestützt hat, für die die Frage, ob der Schuldner Zahlungen des Zwangsverwalters mit der Wirkung des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB gegen sich gelten lassen muss, ohne Bedeutung ist.

8 2. Die Revision ist begründet. Entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts ist der Anspruch der Klägerin verjährt.

9 a) Rechtsfehlerhaft misst das Berufungsgericht der Teilzahlung des Zwangsverwalters auf die Sonderumlage die Wirkung eines Anerkenntnisses des Beklagten bei, das gemäß § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB zu einem Neubeginn der Verjährung führt.

10 aa) Nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB beginnt die Verjährung erneut, wenn der Schuldner dem Gläubiger gegenüber den Anspruch durch Abschlusszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise anerkennt. Für ein verjährungsunterbrechendes Anerkenntnis genügt ein tatsächliches Verhalten des Schuldners gegenüber dem Gläubiger, aus dem sich das Bewusstsein von dem Bestehen der Forderung unzweideutig entnehmen lässt und angesichts dessen der Gläubiger darauf vertrauen darf, dass sich der Schuldner nicht auf den Ablauf der Verjährung berufen wird (BGH, Urteil vom 1. März 2005 – VI ZR 101/04, NJW-RR 2005, 1044, 1047 mwN). Dem Anerkenntnis des Schuldners steht nach allgemeinen Regeln das eines anderen gleich, der aufgrund eines Rechtsgeschäfts oder kraft Gesetzes ermächtigt ist, für den Schuldner zu handeln (BGH, Urteil vom 3. Dezember 1968 – III ZR 2/68, BGHZ 51, 125, 126).

11 bb) Der Vollstreckungsschuldner in der Zwangsverwaltung verliert mit der Beschlagnahme das Recht, das beschlagnahmte Grundstück zu verwalten und es zu benutzen, § 148 Abs. 2 ZVG. Diese Befugnisse werden von dem Zwangsverwalter ausgeübt, der insoweit als Träger der Rechte und Pflichten des Vollstreckungsschuldners an dessen Stelle tritt. Nimmt der Zwangsverwalter in Erfüllung der ihm durch § 152 Abs. 1 ZVG zugewiesenen Aufgaben Zahlungen an einen Gläubiger vor, wird der Schuldner so behandelt, als seien diese von ihm selbst geleistet worden. Solchen Zahlungen kommt daher nicht nur Erfüllungswirkung zugunsten des Schuldners zu, vielmehr muss er sie auch mit der Wirkung des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB gegen sich gelten lassen.

12 cc) Allerdings tritt der Zwangsverwalter nur insoweit an die Stelle des Schuldners, als dies sich ausdrücklich aus seinem Pflichtenkreis heraus ergibt (Wedekind/Wedekind, Zwangsverwaltung, Rn. 45). Er hat gemäß § 152 Abs. 1 ZVG das Recht und die Pflicht, alle Handlungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Bestand zu erhalten und ordnungsmäßig zu benutzen. Die Ausgaben, die zur ordnungsgemäßen Durchführung der Zwangsverwaltung erforder-

lich sind, hat er gemäß § 155 Abs. 1 ZVG ohne Teilungsplan und Anordnung des Vollstreckungsgerichts aus den Nutzungen des Grundstücks vorweg zu bestreiten. Zu den Ausgaben der Verwaltung zählt bei der Vollstreckung in ein Wohnungseigentum auch das laufende Hausgeld im Sinne des § 156 Abs. 1 Satz 2 ZVG (Senat, Beschluss vom 15. Oktober 2009 – V ZB 43/09, BGHZ 182, 361, 365 [= WuM 2010, 53] Rn. 11 ff.). Solche Zahlungen fallen in den durch § 152 Abs. 1 ZVG festgelegten Pflichtenkreis des Zwangsverwalters. Nicht zu den vorweg zu bestreitenden Ausgaben der Verwaltung gehören hingegen die vor der Beschlagnahme fällig gewordenen rückständigen Hausgelder (Becker in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 16 Rn. 191; Riecke/Schmid/Elzer, WEG, 3. Aufl., § 16 Rn. 227; Jennißen in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 28 Rn. 244; Löhnig/Bäuerle, § 152 ZVG Rn. 15; Dassler/Schiffhauer/Engels, ZVG, 13. Aufl., § 152 Rn. 203, 213). Dies gilt auch für rückständige Sonderumlagen. Sie sind gemäß § 155 Abs. 2 Satz 2 ZVG nur im gerichtlichen Verteilungsverfahren zu berücksichtigen, wenn die Gemeinschaft wegen dieser Ansprüche die Zwangsverwaltung betreibt (Becker in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 16 Rn. 191).

13 dd) Hier hat der Zwangsverwalter selbständig eine Teilzahlung auf die vor der Anordnung der Zwangsverwaltung von der Wohnungseigentümergeinschaft beschlossene, rückständige Sonderumlage geleistet. Dies war von seinem Pflichtenkreis gemäß § 152 Abs. 1 ZVG i. Vm. § 156 Abs. 1 Satz 2 ZVG nicht erfasst. Seine Handlung kann, da er hierzu gesetzlich nicht ermächtigt war, dem Beklagten nicht als Anerkenntnis im Sinne des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB zugerechnet werden.

14 b) Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Dessen Alternativbegründung, die Teilzahlungen der (Wohnungseigentums-)Verwalterin führten zu einem Neubeginn der Verjährung, ist nicht frei von Rechtsfehlern. Auch deren Zahlungen können dem Beklagten nicht als Anerkenntnis im Sinne des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB zugerechnet werden.

15 aa) Das Berufungsgericht weist lediglich darauf hin, dass die Verwalterin in dem Sondervollstreckungsvertrag vom 18. November 2002 bevollmächtigt worden sei, aus den verfallenen Mieteinnahmen Zahlungen auf Sonderumlagen vorzunehmen. Es meint zwar, dass der Beklagte „zu Recht“ auf seine beiden Schreiben vom August 2005 hinweise, in denen er der Verwalterin mitteilte, er werde auf die Sonderumlage keine Zahlungen leisten und auch die Verwalterin sei nicht bevollmächtigt. Mit der Frage, welche rechtliche Bedeutung den Schreiben zukommt, insbesondere ob sie als teilweiser Widerruf der erteilten Vollmacht (§ 168 Satz 2 BGB) auszulegen sind, setzt es sich jedoch nicht auseinander. Der Senat kann die von dem Berufungsgericht unterlassene Auslegung selbst vornehmen, weil weitere tatsächliche Feststellungen nicht in Betracht kommen (vgl. BGH, Urteil vom 25. September 1975 – VII ZR 179/73, BGHZ 65, 107, 112). Sie führt zu dem Ergebnis, dass der Beklagte die der Verwalterin erteilte Vollmacht teilweise widerrufen hat. Der Beklagte brachte in den Schreiben unmissverständlich zum Ausdruck, dass er die Sonderumlage nicht bezahlen werde. Seine Formulierung, „auch die Verwalterin sei nicht bevollmächtigt“, kann in diesem Zusammenhang nur dahingehend verstanden werden, dass er der Verwalterin untersagte, in seinem Namen Zahlungen auf die beschlossene Sonderumlage zu leisten. Darin liegt, soweit es um die strittige Sonderumlage geht, ein teilweiser Widerruf der erteilten Vollmacht.

16 bb) Das Schweigen des Beklagten auf das Antwortschreiben der Verwalterin vom 30. August 2005 stellt nicht einen Widerruf des Vollmachtswiderrufs dar. Das bloße Schweigen ist regelmäßig keine Willenserklärung (BGH, Urteil vom 24. September 1980 – VIII ZR 299/79, NJW 1981, 43, 44 [= WuM 1981, 57]). Als Willenserklärung ist es nur dann anzusehen, wenn ihm ausnahmsweise ein Erklärungswert zukommt (vgl. zum Ganzen Senat, Beschluss vom 19. September 2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63, 68 [= WuM 2002, 624 = GuT 2003, 28 KL]). Dies ist hier zu verneinen. Die Verwalterin hatte in ihrem Antwortschreiben lediglich darauf hingewiesen, die Auf-



fassung des Beklagten, Eigentum in einem sanierten Objekt erworben zu haben, sei nicht richtig. Ihrem etwaigen Willen, trotz teilweisen Widerrufs der Vollmacht die verwalteten Mietentnahmen des Beklagten zur Zahlung der strittigen Sonderumlage zu verwenden, hat sie hingegen nicht Ausdruck verliehen. Bereits deshalb kann aus Sicht der Verwalterin dem Schweigen des Beklagten auf ihr Antwortschreiben nicht der Erklärungswert beigemessen werden, er sei nun doch mit einer Begleichung der Sonderumlage durch die Verwalterin einverstanden.

17 c) Da die Verjährungsfrist nach den Regelungen in den § 195, § 199 Abs. 1 BGB am 31. Dezember 2008 endete, vermochte die Zustellung des Mahnbescheids im Juli 2009 die Verjährung nicht zu hemmen.

18 III. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat hat in der Sache selbst zu entscheiden, weil die Aufhebung des Urteils nur wegen einer Rechtsverletzung bei der Anwendung des Gesetzes erfolgt und die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Klage ist abzuweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 78 GBO**

**Grundbuchsache; Einlegung der Rechtsbeschwerde nach Erledigung der Hauptsache; Wohnungsgrundbuch**

**Hat sich in einer Grundbuchsache die Hauptsache vor Einlegung der Rechtsbeschwerde erledigt, ist die Rechtsbeschwerde jedenfalls dann unzulässig, wenn das Beschwerdegericht keine isoliert anfechtbare Kostenentscheidung getroffen hat.**

(BGH, Beschluss vom 8.12.2011 – V ZB 170/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Eigentümer des Wohnungseigentums sind zu einer Hälfte Frau M. S. und zu der weiteren Miteigentums-hälfte der Beteiligte zu 2 und Frau M. S. in Erbengemeinschaft. Betreuer von Frau M. S. ist der Beteiligte zu 1. Mit notariellem Vertrag vom 11. März 2011 verkauften die Eigentümer die Eigentumswohnung an den Beteiligten zu 3. Mit Ziff. 1 der Zwischenverfügung vom 2. Mai 2011 wies der Rechtspfleger darauf hin, dass eine von dem Beteiligten zu 3 im Namen der Eigentümer bestellte Finanzierungsgrundschuld nicht eingetragen werden könne, weil es an dem Nachweis einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung der Grundschuldbestellungsurkunde fehle. Nachdem das Oberlandesgericht die dagegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten zurückgewiesen hat, hat der beurkundende Notar die geforderte Genehmigung bei dem Grundbuchamt eingereicht. Mit der im Anschluss eingelegten, zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen die Beteiligten nunmehr das Ziel, die Erledigung der Hauptsache sowie die Nichterhebung von Gebühren und Auslagen in allen Instanzen aussprechen zu lassen.

2 **Aus den Gründen:** II. Die gemäß § 78 Abs. 1 GBO statthafte Rechtsbeschwerde ist unzulässig, weil sich die Hauptsache vor ihrer Einlegung am 6. Juli 2011 erledigt hat. Die Erledigung einer gegen eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts gerichteten Beschwerde tritt u. a. dann ein, wenn das angenommene Eintragungshindernis ohne Zweifel behoben ist (BayObLGZ 1993, 137, 138 f.; Demharter, GBO, 27. Aufl., § 71 Rn. 34). Demzufolge war die Hauptsache vor Einlegung der Rechtsbeschwerde erledigt, weil die in der Zwischenverfügung geforderte betreuungsrichterliche Genehmigung bereits am 1. Juli 2011 bei Gericht eingegangen war. Davon geht auch die Rechtsbeschwerde aus.

3 1. Es kann dahinstehen, ob das Begehren der Rechtsbeschwerdeführer seinem Rechtsschutzziel entsprechend als Antrag gemäß § 62 Abs. 1 FamFG verstanden werden kann. Denn die dort genannten Voraussetzungen für eine Feststellung der Rechtswidrigkeit nach Erledigung der Hauptsache liegen nicht vor. Es ist nicht erkennbar, dass für die Beteiligten eine Wie-

derholungsgefahr im Sinne von § 62 Abs. 2 Nr. 2 FamFG bestehen könnte. Ebenso wenig begründet die Kostenlast ein berechtigtes Interesse im Sinne von § 62 Abs. 1 FamFG.

4 2. Das Interesse der Beteiligten, nicht mit der für die Zurückweisung der Beschwerde anfallenden Gebühr (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 KostO) belastet zu werden, führt auch nicht aus anderen Erwägungen zu der Zulässigkeit des Rechtsmittels.

5 a) Die verfahrensrechtliche Behandlung einer Erledigung der Hauptsache im Grundbuchverfahren richtet sich nach den für das Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit entwickelten Grundsätzen. Unter der Geltung des FGG wurde ein erst nach Erledigung der Hauptsache im Kosteninteresse eingelegtes Rechtsmittel einhellig als unzulässig angesehen. Nur wenn die Erledigung erst nach Einlegung des zulässigen Rechtsmittels eintrat, blieb die Beschwerde zulässig mit dem Ziel, die Kostentragungspflicht nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 KostO zu beseitigen (vgl. Senat, Beschluss vom 10. Februar 1983 – V ZB 18/82, BGHZ 86, 393, 395; Budde in Bauer/von Oefele, GBO, 2. Aufl., § 77 Rn. 5 jeweils mwN).

6 b) Nach bislang einhelliger Ansicht soll sich daran durch das Inkrafttreten des FGG-RG nichts geändert haben (OLG Hamm, RNotZ 2011, 344, 346; BeckOK/Kramer, GBO <Stand: 01. 09. 2011>, § 77 Rn. 25; Demharter, GBO, 27. Aufl., § 1 Rn. 56; allgemein Keidel/Sternal, FamFG, 17. Aufl., § 22 Rn. 33). Dem ist jedenfalls dann zuzustimmen, wenn die angefochtene Entscheidung keine isoliert anfechtbare Kostenentscheidung enthält.

7 Die Rechtsbeschwerde weist zu Recht darauf hin, dass sich die Unzulässigkeit des Rechtsmittels in diesen Fällen vor Inkrafttreten des FGG-RG schon daraus ergab, dass die Beschwer in der Hauptsache entfallen und eine isolierte Anfechtung der Kostenentscheidung gemäß § 20a Abs. 1 Satz 1 FGG ausgeschlossen war. An Letzterem hat der Gesetzgeber nicht festgehalten, sondern eine § 20a Abs. 1 Satz 1 FGG entsprechende Vorschrift bewusst nicht in das FamFG aufgenommen. Mit der isolierten Anfechtbarkeit sollte die Überprüfung des weiten richterlichen Ermessens bei der Kostenverteilung gemäß §§ 81 ff. FamFG ermöglicht werden (BT-Drucks. 16/6308, S. 168, 216; Schulte-Bunert/Weinreich/Unger, FamFG, 2. Aufl., vor § 58 Rn. 20). Dies gilt auch in Grundbuchsachen mit der Folge, dass eine Kostenentscheidung Gegenstand einer zugelassenen Rechtsbeschwerde sein kann (Demharter, GBO, 27. Aufl., § 71 Rn. 32 f.). Daraus kann jedoch nicht – wie die Rechtsbeschwerde meint – ohne weiteres der Schluss gezogen werden, dass ein nach Erledigung der Hauptsache eingelegtes Rechtsmittel stets zulässig wäre. Dies wäre nur dann zu erwägen, wenn die Kostenentscheidung tatsächlich isoliert anfechtbar wäre, wie es der Fall sein kann, wenn das Beschwerdegericht aufgrund der Beteiligung mehrerer mit gegensätzlichen Interessen eine Entscheidung gemäß § 81 Abs. 2 FamFG getroffen hat. An einer solchen isoliert anfechtbaren Kostenentscheidung fehlt es aber, wenn die Kostenlast – wie hier – ohne eine richterliche Entscheidung aus dem Gesetz folgt.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Kurzfassungen/Leitsätze (KL)**

**Teileigentum etc.**

**§ 46 WEG – Wohnungseigentum; Mehrhausanlage; Beschlussmängelklage; ausnahmslos zu verklagende Mitglieder der Wohnungseigentümergemeinschaft**

Zu verklagen sind nach § 46 Abs. 1 Satz 1 WEG ausnahmslos sämtliche (übrigen) Mitglieder der Wohnungseigentümergemeinschaft.

(BGH, Urteil vom 11.11.2011 – V ZR 45/11)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WuM 2012, 55.

# Wettbewerb

**Internet – Umschau Dezember 2011**

*Rechtsanwalt Daniel Dingeldey, Berlin*

## Urteil – AG München setzt Auskunft Grenzen

Schon ein wenig betagt, erging im Februar 2011 ein Urteil des Amtsgerichts München, in dem dieses entschied, dass der Betreiber einer Internetplattform keine Auskunft über Namen und Anschrift zu einem unter einem Nickname aktiven Nutzer geben muss (AG München, Urteil vom 3. 2. 2011 Az.: 161 C 240 62/10). Das Amtsgericht München ging bei der Frage eines Auskunftsanspruchs in die Tiefe des Telemediengesetzes.

Der Beklagte betreibt eine Internetplattform, auf der registrierte Benutzer Erfahrungen im Bereich Auto austauschen können. Dort veröffentlichten Nutzer Erfahrungsberichte, durch die sich die Klägerin, die mehrere Autohäuser betreibt, in ihren Rechten verletzt sah. Sie informierte den Betreiber der Plattform und forderte ihn unter anderem auf, ihr Namen und Adressen zu den Plattformnutzern zu übermitteln. Die Beklagte entfernte die fraglichen Inhalte unverzüglich, weigerte sich aber, Auskunft zu erteilen. Die Klägerin erhob Klage vor dem Amtsgericht München.

Das AG München wies die Klage ab, da kein Auskunftsanspruch zu Gunsten der Klägerin besteht. Als Anspruchsgrundlage kam § 14 Abs. 2 TMG (Telemediengesetz) in Betracht. Nach dieser Vorschrift darf ein Diensteanbieter auf Anordnung einer zuständigen Stelle im Einzelfall Auskunft über Bestandsdaten erteilen, soweit dies für Zwecke der Strafverfolgung und anderer, im Gesetzestext genau bezeichneter Fälle erforderlich ist.

Die Klägerin selbst gehört jedoch nicht zu einer der dort aufgeführten Stellen. Sie wünschte zudem die Informationen lediglich, um die Nutzer der Plattform gerichtlich zur Unterlassung in Anspruch zu nehmen. Damit hatte sie bei direkter Anwendung des § 14 Abs. 2 TMG keinen Auskunftsanspruch. Aber auch eine analoge Anwendung der Norm schied aus, da es sich um eine Ausnahmeregelung handelt, die also keine Erweiterung über den ausdrücklich genannten Anwendungsbereich hinaus finden soll. Das regelt § 12 TMG, wonach die Weitergabe solcher im Rahmen eines Telemedienangebots erhobener Daten nur im Fall einer gesonderten gesetzlichen Regelung erfolgen darf oder der Nutzer in die Weitergabe der Daten eingewilligt hat. Auch weitere mögliche Anspruchsgrundlagen greifen nach Ansicht des AG München nicht.

Damit ging die Klägerin im Hinblick auf ihren Auskunftsanspruch leer aus. Doch ist ihr der Rechtsweg nicht verwehrt. Sie kann über ein Ermittlungsverfahren zu den gewünschten Daten gelangen, indem sie Anzeige erstattet und in die Ermittlungsakte Einsicht nimmt.

Eine einfache Entscheidung des AG München, die aber klar macht, an wen nach § 14 Abs. 2 TMG Daten weitergereicht werden dürfen. Wobei sich in der Praxis zeigt, dass die zuständigen Stellen oft nicht in der Lage sind, im Rahmen von Auskunftsanfragen die in den entsprechenden Normen ausgeführten Voraussetzungen ihrerseits zu erfüllen und die notwendigen Angaben zu machen. Oft wird nicht deutlich, dass die gewünschten Daten für die Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten und so weiter angefragt werden; es fehlt die Darlegung der Erforderlichkeit der Daten und die, dass es sich um eine Angelegenheit handelt, die zum gesetzlichen Aufgabenbereich der zuständigen Stelle zählt. Hier scheinen Lücken bei der Fortbildung des Personals zu bestehen.

Das Endurteil finden Sie unter:  
<http://openjur.de/u/84358.html>

## OLG Hamm – Plädoyer für anonyme Internetnutzung

Ist anonyme Meinungsäußerung im Internet erlaubt? Mit dieser Frage beschäftigte sich das OLG Hamm im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen einem Psychoanalytiker und dem Betreiber eines Bewertungsportals, in dem ein Nutzer den Psychoanalytiker schlecht bewertet hatte (Beschluss vom 3. 8. 2011 Az.: I-3 U 196/10).

Der Kläger ist ein Psychoanalytiker, den im Oktober 2008 ein wohl ehemaliger Patient in einem Bewertungsportal schlecht bewertet hatte. Der Kläger verlangte vom Betreiber des Portals, dem Beklagten, die Daten des Nutzers herauszugeben und dessen Bewertung zu entfernen. Der Beklagte weigerte sich. Die Klage des Psychoanalytikers vor dem Landgericht Münster war nicht erfolgreich. Er reichte Berufung gegen das Urteil beim Oberlandesgericht in Hamm ein.

Das OLG Hamm erließ einen Beschluss, in dem es darlegt, warum es die Berufung zurückweisen wird und den Parteien die Möglichkeit gab, Stellung zu nehmen (Beschluss vom 3. 8. 2011 Az.: I-3 U 196/10). Es machte vor allem deutlich, dass die im Internet typische anonyme Nutzung vom Gesetzgeber gewollt ist und der Meinungsfreiheit diene. Nach Ansicht des OLG Hamm hatte die Berufung keine Aussicht auf Erfolg, da dem Kläger der Anspruch auf Entfernung des Eintrags nicht zusteht. Der Gesetzgeber habe bewusst Diensteanbieter verpflichtet, die Nutzung von Telemedien anonym oder unter Pseudonym zu ermöglichen, soweit dies technisch möglich und zumutbar ist (§ 13 Abs. 6 Satz 1 TMG). Der vom Kläger gewählte Auskunftsanspruch (§ 13 Abs. 7 TMG) greift nicht, weil er das Auskunftsrecht zwischen Nutzer und Anbieter regelt. Über die europäische eCommerce-Richtlinie ergibt sich ebenfalls kein Anspruch auf die Daten des Nutzers, da diese nicht zwingend von den Staaten umgesetzt werden musste und bewusst vom deutschen Gesetzgeber nicht umgesetzt wurde. Zudem würde sie lediglich Behörden einen Auskunftsanspruch gewähren.

Im hier vorliegenden Falle wog das Gericht letztlich die Interessen des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) gegen das Recht auf Kommunikationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) ab und gab der in Art. 5 GG statuierten Meinungsfreiheit den Vorrang. Es ging davon aus, dass es sich bei dem Eintrag in das Bewertungsportal um eine Meinungsäußerung handelte, auch wenn sie einen Tatsachengehalt aufwies. Die Interessen des Klägers würden lediglich im beruflichen Bereich berührt, nicht aber die Privat-, Intim- oder gar Geheimsphäre. Die Äußerungen haben zudem keine schwerwiegenden Auswirkungen, wie etwa die Stigmatisierung, soziale Ausgrenzung oder Prangerwirkung. Der Fall sei nicht mit dem bei Lehrerportalen vergleichbar. Während Lehrer lediglich auf bestimmten Schulen tätig sind, bietet der Kläger seine Dienste öffentlich an. Deshalb bestehe ein öffentliches Interesse, mit solchen Bewertungen Markttransparenz zu schaffen. Dass der Kläger im Rahmen seines Rechts auf Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) bisher Schaden genommen hat, konnte er nicht nachweisen. Vielmehr liegt der Eintrag bereits drei Jahre zurück; ihm stehen mittlerweile vier positive Bewertungen gegenüber.

Ist das nun die viel beschworene Entscheidung, die der Anonymität im Netz das Wort redet? Jein. Der Beschluss des OLG Hamm verweist auf den Gesetzgeber, der in Fragen der Online-Anonymität bereits Tatsachen geschaffen hat, die es zur Anwendung bringt. Es tut freilich gut, dass mit dieser Entscheidung deutlich gemacht wird, dass der Gesetzgeber hier und da auch vernünftige Regelungen, die das Internet betreffen, geschaffen hat. Gelegentlich sollte man den Gesetzgeber daran erinnern, dass er diesen Kurs wieder einnehmen sollte.

Die Entscheidung findet man bei unter:  
<http://www.telemedicus.info/urteile/1302-I-3-U-19610.html>



### landgut-borsig.de – BGH löst verzwickten Streit

Der Bundesgerichtshof (BGH) durfte einen verzwickten Streit über ein Namensrecht lösen und wurde dabei fast salomonisch:

Weil die Vorinstanz den Sachverhalt noch nicht ganz geklärt hatte, muss sie sich der Sache nochmals annehmen. Aber der BGH ließ jetzt schon, bisher (Stand: 11. 2. 2012) lediglich in einer Pressemitteilung, verlautbaren, dass der Inhaber eines Grundstücks oder Gebäudes auch den Namen eines früheren Eigentümers der Immobilie nutzen kann (Urteil vom 28. 9. 2011 Az.: I ZR 188/09).

Kläger ist ein Nachfahre der Industriellenfamilie von Borsig, die im Besitz des „Gut Groß Behnitz“ westlich von Berlin war und die 1947 enteignet wurde. Der Beklagte, Geschäftsführer der Landgut Borsig Kontor GmbH, erwarb im Jahre 2000 einen Teil des Guts und registrierte hierzu den Domain-Namen landgut-borsig.de. Der Kläger sah darin eine Namensrechtsverletzung. Er verlangte unter anderem die Unterlassung der Nutzung des Begriffs „Landgut Borsig“ und die Freigabe der Domain. Vor dem Landgericht und dem Kammergericht jeweils in Berlin war der Kläger weitestgehend erfolgreich. Der Beklagte legte jedoch Revision zum Bundesgerichtshof ein.

Der Bundesgerichtshof verwies die Sache zurück an das Berufungsgericht. Aus Sicht des BGH ist die Sachlage noch unklar: es kommt darauf an, auf welches Recht der Beklagte sich bei der Nutzung des Begriffs Landgut Borsig beziehen kann. Eine Namensrechtsverletzung und damit berechnete Ansprüche des Klägers lägen vor, wenn beim Publikum der Eindruck entstünde, der Nachkomme des früheren Besitzers habe der Namensnutzung durch den Beklagten zugestimmt. Auf den Namen des Unternehmens Borsig GmbH kann sich der Beklagte auch nicht berufen. Jedoch könnte es sein, dass sich der Begriff „Landgut Borsig“ durch den Sprachgebrauch in der näheren Umgebung verselbstständigt hat und nur unmittelbar das „Gut Groß Behnitz“ bezeichnet. Für diesen Fall, und wenn der Beklagte den Begriff nutzt, nachdem der Begriff Selbständigkeit erlangt hatte, könnte er sich auf dieses Namensrecht stützen und wäre zur Nutzung berechtigt. Ob dem aber so ist, das müsse das Kammergericht zunächst feststellen und dann entscheiden.

Die Entscheidung des BGH ist einmal mehr wegweisend. Wie es in der Pressemitteilung heißt, kann mit dem Erwerb eines Gebäudes oder Grundstücks das Recht verbunden sein, dieses Anwesen mit dem Namen eines früheren Eigentümers zu bezeichnen. Ein solches Namensrecht wäre dann neu verankert: um sich darauf beziehen zu können, muss der Nutzer nicht auf eine Zustimmung etwaiger Namensträger zurückgreifen, sondern das Eigentum an einem Gebäude oder Grundstück berechtigt zur Nutzung eines Namens, den es gar nicht offiziell, sondern nur im Sprachgebrauch trägt. Gleichwohl ist der Beklagte mittlerweile nicht mehr Inhaber der Domain, die nun dem Cultura Landgut Borsig eV gehört.

Die Pressemitteilung des BGH findet man unter:  
<http://www.domain-recht.de/verweis/493>

### LG Aschaffenburg – Impressumspflicht bei Facebook

Das Landgericht Aschaffenburg stellte im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens fest, dass auch Social Media-Angebote, soweit sie nicht ausschließlich privat genutzt werden, eines Impressums bedürfen (Urteil vom 19. 8. 2011 Az.: 2 HK O 54/11).

Die Antragstellerin betreibt im Internet ein Informationsportal über eine Stadt und deren Landkreis, auf dem sie unter anderem über Neuigkeiten, Veranstaltungen, Kultur, Ausgehtipps und Branchen der Region informiert und Bildergalerien vorhält sowie Werbung veröffentlicht. Die Antragsgegnerin steht dem nicht nach und liefert unter einem eigenen Internetangebot ebenfalls solche Informationen nebst Fotogalerien und schaltet Werbung Dritter. Beide Parteien verfügen auch über eigene Facebook-Seiten. Die Antragstellerin meint, das Impressum auf der Facebook-Seite der Gegnerin entspreche nicht den gesetzlichen

Anforderungen des § 5 Telemediengesetz (TMG) und begehrte von der Antragsgegnerin, es zu unterlassen, die erforderlichen Pflichtangaben nicht leicht erkennbar und/oder nicht unmittelbar erreichbar auf ihrer Facebook-Seite zur Verfügung zu halten.

Das angerufene Landgericht in Aschaffenburg gab der Antragstellerin im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens Recht.

Die Anbieterkennung der Antragsgegnerin auf deren Facebook-Seite entsprach aus Sicht des Gerichts nicht den gesetzlichen Anforderungen. Zunächst stellte das Gericht fest, dass die Parteien im Wettbewerb miteinander stehen, was angesichts beider Angebote offensichtlich ist. Dann stellte sich die Frage der rechtskonformen Anbieterkennung. Die Facebook-Seite der Antragsgegnerin enthielt nur Angaben zur Anschrift und zur Telefonnummer; diese Angaben an sich entsprachen nicht den Anforderungen. Doch muss aus Sicht des LG Aschaffenburg, entgegen anderer Ansichten, das Impressum sich nicht zwingend unter der Facebook-Seite befinden; ein Link zu einer anderen Domain kann ausreichen. Dieser Link muss jedoch – entsprechend den Vorgaben des Gesetzgebers – leicht erkennbar sein. Die Antragsgegnerin hatte eine Verlinkung unter dem Begriff „Info“. Dies, so meinte das LG Aschaffenburg, reiche nicht aus, da die Pflichtangaben einfach und effektiv optisch wahrnehmbar und ohne langes Suchen auffindbar sein müssten. Der Begriff „Info“ sei zur Identifizierung der Pflichtangaben nicht angemessen, weshalb darin bereits ein Verstoß gegen § 5 TMG liege. Darüber hinaus aber sei das Impressum, welches über den Link aufrufbar sei, missverständlich. Es ergäbe sich nicht, wer welche Verantwortung habe, da die dort genannte Firma als im presserechtlichen Sinne, nicht aber im Sinne des Telemediensrechts und nicht im Hinblick auf die Facebook-Seite verantwortlich bezeichnet werde. Auch darin liege ein Verstoß gegen § 5 TMG, meinte das LG Aschaffenburg, und erließ die einstweilige Verfügung.

Die Entscheidung manifestiert, was von Juristen seit einiger Zeit diskutiert wird: Social Media Angebote, die auch geschäftlich genutzt werden, müssen ein Impressum aufweisen. Dieses muss den gesetzlichen Anforderungen gemäß leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar sein. Das LG Aschaffenburg vertritt zulässige Ansichten, über die sich streiten lässt. Dass das Impressum nicht zwingend auf der Social Media Seite sein muss, ist erfreulich; dass aber der Begriff „Info“ nicht ausreichen soll für die Bezeichnung des Links zu einem woanders erreichbaren Impressum, überzeugt nicht. Für die Praxis heisst das: In jedem Falle sollte man seine unterschiedlichen Social Media Kanäle darauf untersuchen, ob sie, soweit auch geschäftlich genutzt, das erforderliche Impressum oder einen Link dahin aufweisen – leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar.

Die Entscheidung des LG Aschaffenburg findet man unter:  
<http://www.afs-rechtsanwaelte.de/urteile/lgaschaffenburg.php>

### Buchtipps – Neuauflage des Skript Internetrecht

Prof. Dr. Thomas Hoeren, als Leiter des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht der Universität Münster einer der renommiertesten IT-Juristen des Landes, hat sein Standardwerk zum Internetrecht auf den neuesten Stand (Oktober 2011) gebracht. Es steht zum kostenlosen Herunterladen bereit.

Mit nunmehr 579 Seiten und damit nochmals geringfügig dicker als die umfangreiche Voraufgabe gibt das in – wenn wir richtig zählen – 16. Auflage erschienene Werk einen Überblick über die Rechtsgebiete, die man gemeinhin zum Internetrecht zählt. Unverändert ist der klassische Aufbau, der mit der Domain und dem Domain-Recht beginnt, weiter führt zu den Inhalten (Immaterialgüterrecht), über Werbung und Marketing (Wettbewerbsrecht), den Kontakt zum Kunden (Vertragsschluss und E-Commerce-Recht) bis hin zu den Daten der Kunden (Da-

tenschutzrecht). Abgerundet wird das Werk mit Ausführungen zur Haftung und zur Vollstreckung von Gerichtsentscheidungen im Internet.

Obwohl das Skript mehr Seiten aufweist, sind durchaus einige Sachen verschwunden, wie der „Ausblick: Neuregelung der Domain-Vergabe“. Dafür gibt es jetzt einen „Ausblick auf den Dritten Korb“, in dem kurz die rechtlichen Unklarheiten benannt werden, aufgrund derer der Dritte Korb gefordert wird. Neu hinzu gekommen ist zudem ein Kapitelchen über Filmstreaming, das Hoeren rechtlich einordnet. Es ersetzt den Abschnitt über das Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität.

Das Manuskript steht – wie übrigens auch sämtliche seiner archivierten Voraufgaben – zum kostenlosen Download zur Verfügung. Und auch hier gilt wie bei allen Voraufgaben: das Werk mag zwar gratis sein; wem der Inhalt zusagt und wer auch die künftige Arbeit des Instituts unterstützen will, sollte aber die Möglichkeit einer freiwilligen Spende in beliebiger Höhe auf das angegebene Konto nutzen. Im Fachbuchhandel kosten derartige Werke rasch EUR 100,- und mehr; selbst kleine Beträge sind daher nicht nur eine Anerkennung für den Autor, sondern helfen, dass das Skript Internetrecht auch künftig in aktualisierten Auflagen erscheinen kann.

Das Skriptum Internetrecht finden Sie in der Rubrik „Materialien“ zum Herunterladen unter:  
<http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/Hoeren>

mailto:dingeldey@domain-recht.de  
mailto:RA@daniel-dingeldey.de

#### §§ 4, 5 UWG

**Wettbewerb; Lauterkeitsrecht; Werbung;  
„Geld-zurück-Garantie“; „günstigster Preis“;  
Alleinstellungsbehauptung zur Preisführerschaft;  
Spitzengruppenberühmung;  
gewandeltes Verbraucherleitbild; Discountbereich;  
Vorwurf gegen Mitbewerber; Herabsetzung; Fielmann**

**1. Die Werbeaussage „Immer der günstigste Preis. Garantiert“ enthält für sich genommen eine Alleinstellungsbehauptung, denn dass ein Preis der „günstigste“ ist, bedeutet nach dem Verständnis jedenfalls maßgeblicher Teile des Verkehrs im Regelfall, dass er für ein gleiches oder gleichwertiges Produkt niedriger ist.**

**2. Wird eine derartige Alleinstellungsbehauptung zur Preisführerschaft hingegen mit einer „Geld-zurück-Garantie“ verbunden, so versteht der Verkehr dies im Regelfall gerade als die Aussage, dass der Anbieter es sehr wohl für denkbar hält, dass er in Einzelfall unterboten wird. In einem derartigen Fall handelt es sich nur um eine Spitzengruppenberühmung.**

**3. Eine derartige Preiswerbung im Zusammenhang mit einer „Geld-zurück-Garantie“ ist nicht nur dann zulässig, wenn der Werbende überhaupt keine exklusiven Produkte anbietet. Maßgeblich ist vielmehr, ob die angesprochenen Verkehrskreise eine derartige Werbung auch auf solche Produkte beziehen.**

**4. Im Lichte des gewandelten Verbraucherleitbildes ist davon auszugehen, dass der Verkehr mittlerweile umfassend daran gewöhnt ist, dass gerade im Discountbereich in erheblichem Umfang Produkte unter Eigenmarken vertrieben werden, die ausschließlich in den Läden der jeweiligen Ketten angeboten werden. Ebenso ist dem durchschnittlich aufmerksamen, informierten und verständigen Verbraucher geläufig, dass die Angebote in verschiedenen Geschäften insbesondere großer Ketten, die sich gerade über den Preis am Markt zu behaupten suchen, verschieden sind und dass daher nicht überall dieselben Marken erhältlich sind.**

**5. Der Annahme einer Herabsetzung im Sinne des § 4 Nr. 7 UWG steht es nicht entgegen, dass in einem Rundfunkwerbespot konkrete Mitbewerber nicht erkennbar gemacht werden, sondern ein pauschaler Vorwurf gegen sämtlicher Mitbewerber des Werbenden erhoben wird.**

(OLG Hamburg, Urteil vom 28.10.2009 – 5 U 204/07)

**Aus dem Tenor:** Die Beklagte wird verurteilt, es [...] zu unterlassen, im Rahmen geschäftlicher Handlungen wie folgt zu werben:

1. mit dem nachfolgend wiedergegebenen Rundfunkspot

„Sag mal, du bist doch Werber.- Ja, aber Hallo. – Kannst Du mir dann mal erklären, was mir diese ganzen Rabatte, Sonderangebote, Aktionspreise und Gutscheine für Brillen eigentlich bringen? – Ehrlich gesagt, überhaupt nichts.- Wie bitte???? – Klar Mann, das sind doch alles bloß Tricks. Das hauen die vorher drauf! Das mein ich nicht, das weiß ich. (...)“

und/oder

2. mit der Angabe

„Brille Fielmann. Immer der günstigste Preis. Garantiert“

wenn dies geschieht wie in dem nachfolgend wiedergegebenen Rundfunkspot:

„Sag mal, du bist doch Werber.- Ja, aber Hallo. – Kannst Du mir dann mal erklären, was mir diese ganzen Rabatte, Sonderangebote, Aktionspreise und Gutscheine für Brillen eigentlich bringen? – Ehrlich gesagt, überhaupt nichts.- Wie bitte???? – Klar Mann, das sind doch alles bloß Tricks. Das hauen die vorher drauf! Das mein ich nicht, das weiß ich. – Ähm, und wie kann ich dann überhaupt was sparen? – Ganz einfach, geh zu Fielmann, der hat immer den günstigsten Preis. – Brille Fielmann. Immer der günstigste Preis. Garantiert!“

[...] Die Revision wird nicht zugelassen.

**Zum Sachverhalt:** Der Kläger nimmt die Beklagte aus Wettbewerbsrecht auf Unterlassung und Erstattung von Abmahnkosten in Anspruch.

Der Kläger ist ein Verband, der im Namen seiner Mitglieder den Wettbewerb lauterkeitsrechtlich überwacht. Die Beklagte betreibt in Deutschland zahlreiche Optikergeschäfte. Im Januar 2007 wurden zwei Radiowerbespots der Beklagten ausgestrahlt (Mitschriften s. Anl K 1, Ziffern 2 und 3); diese Spots hatte der Kläger bereits erfolglos in einem Verfügungsverfahren vor dem Landgericht Hamburg angegriffen (Az. 312 O 52/07). Zudem warb die Beklagte am 18., 19. und 22.1.2007 in der Mittelbadischen Presse mit zwei Anzeigen (Anl K 2 und K 3). Wegen des Inhalts der angegriffenen geschäftlichen Handlungen wird auf die genannten Anlagen sowie auf die Wiedergabe im Klageantrag Bezug genommen. Der Kläger hält die Rundfunkspots und die Zeitungsanzeigen für herabsetzend im Sinne des § 4 Nr. 7 UWG, darüber hinaus meint er, dass die verwendeten Formulierungen um den günstigsten Preis eine unrichtige Alleinstellungsberühmung enthielten. Mit seiner Klage wendet sich der Kläger gegen die konkreten Rundfunkspots und Zeitungsanzeigen jeweils als konkrete Verletzungshandlungen und greift daneben isolierte Aussagen aus diesen abstrakt an.

Unstreitig ist, dass die Beklagte eine interne Abteilung mit zehn Mitarbeitern unterhält, die durch ständige Preisvergleiche zu erreichen versuchen, dass die Beklagte in ihren Preisen unter denen der Konkurrenz liegt. Es besteht weiter eine Anweisung an die einzelnen Filialen der Beklagten dahin, die Angebote der Konkurrenz regelmäßig zu beobachten und für den Fall günstigerer Konkurrenzangebote die betroffenen Preise in der Filiale notfalls sogar eigenmächtig herabzusetzen. Die Beklagte selbst stellte im Jahr 2006 in 4% aller Fälle eine Unterbietung des gleichen Produktes durch Mitbewerber fest und setzte daraufhin ihre Preise herunter. Derartige Anpassungen ge-



schehen zumeist innerhalb von 24 Stunden, nachdem ein niedrigerer Preis festgestellt wurde. Ebenfalls unstreitig wurde am 17.07. 2007 im Hessischen Rundfunk in der Sendung „Service Gesundheit“ ein Beitrag gesendet (DVD Anl K 12), in dem von einem Preisvergleich durch Redakteure berichtet wurde. Diese hatten für „Kunststoffgläser, entspiegelt und gehärtet“, bei sieben Optikern Preise erfragt, wobei bei vier Optikern der Preis unter dem von der Beklagten verlangten und bei einem Optiker höher lag; dieser beinhaltete aber zusätzlich eine Zweitbrille.

Der Kläger mahnte die Beklagte am 22. 1. 2007 erfolglos ab, wodurch ihm unstreitig Kosten in Höhe von € 176,64 zzgl. 7% Mehrwertsteuer (= € 189,-) entstanden sind.

Das Landgericht Hamburg hat die Klage abgewiesen. Hiergegen hat der Kläger Berufung eingelegt. Zur Begründung wiederholt und vertieft er im Wesentlichen die erstinstanzlich angeführten Argumente.

**Aus den Gründen:** II. Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist nur zum Teil begründet.

1. Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens sind verschiedene Unterlassungsansprüche, die der Kläger wenig übersichtlich gestaffelt hat.

Am weitesten reicht der Klagantrag zu I. 3., mit dem der Kläger die abstrakte Untersagung von zwei inhaltlich weitgehend identischen Werbeaussagen („*Brille Fielmann. Immer der günstigste Preis. Garantiert*“ bzw. „*Fielmann – Sie bekommen immer den garantiert günstigsten Preis*“) ohne Bezug auf eine konkrete Verletzungsform begehrt. Wie die Einleitung dieser Ziffer des Klagantrages zeigt, begehrt der Kläger diese Untersagung jeweils in zwei Varianten, nämlich sowohl mit als auch ohne den Zusatz einer „Geld-zurück-Garantie“. Seinen Angriff gegen die beiden Aussagen *ohne* „Geld-zurück-Garantie“ begründet er ausschließlich damit, dass es sich um unzulässige Alleinstellungsbehauptungen handele. Soweit der Kläger diese beiden Aussagen angreift, wenn sie *mit* einer „Geld-zurück-Garantie“ verwendet werden, beruft er sich zusätzlich darauf, dass der Verbraucher [ohne] das Bestehen einer wirklichen Vergleichsmöglichkeit irreführt werde. [...]

2. Dem Kläger stehen die geltend gemachten Unterlassungsansprüche nur zum geringen Teil zu, nämlich hinsichtlich der Werbeaussage „*Brille Fielmann. Immer der günstigste Preis. Garantiert*“, wenn diese Aussage *nicht* im Zusammenhang mit einer „Geld-zurück-Garantie“ und wie im Rahmen des Rundfunkspots „Werber“ (Klagantrag zu I. 1. a.) verwendet wird. Darüber hinaus hat der Kläger auch hinsichtlich des übrigen Inhaltes des Rundfunkspots „Werber“ einen Unterlassungsanspruch.

Ob dem Kläger die geltend gemachten Ansprüche gegen die Beklagte aus den Gesichtspunkten einer irreführenden Werbung und einer Herabsetzung eines Mitbewerbers zustehen, beurteilt sich bei in die Zukunft wirkenden Unterlassungsansprüchen nach den im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung aufgrund des Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22. 12. 2008 (BGBl. I 2949 ff.) geltenden Vorschriften der §§ 3 I, II, 4 Nr. 7, 5 I Nr. 1, 8 I, III Nr. 1 UWG n.F. Der Unterlassungsanspruch besteht aber nur, wenn das beanstandete Verhalten auch schon im Zeitpunkt der Veröffentlichung der im Streit stehenden Werbung (Anfang 2007) nach den seinerzeit geltenden Vorschriften der §§ 3, 4 Nr. 7, 5 I, II Nr. 1, 8 I, III Nr. 1 UWG a.F. wettbewerbswidrig war (vgl. BGH WRP 2009, 1095 Rz. 16 – Versicherungsberater). Die neuen Vorschriften über irreführende und herabsetzende geschäftliche Handlungen haben aber nach dem Wortlaut und inhaltlich, soweit hier von Interesse, keine substantielle Veränderung gegenüber den Vorgängervorschriften erfahren.

a. Der Kläger hat hinsichtlich der Werbeaussage „*Brille Fielmann. Immer der günstigste Preis. Garantiert*“ einen Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte, dies aber nur, wenn diese Aussage *nicht* im Zusammenhang mit einer „Geld-zurück-Garantie“ verwendet wird. Dieser Anspruch beschränkt sich zu-

dem auf die konkrete Verletzungshandlung einer Verwendung im Rahmen des Rundfunkspots „Werber“ (Klagantrag zu I. 1. a.). In dieser konkreten Verletzungsform handelt es sich bei der angegriffenen Werbeaussage um eine Alleinstellungsbehauptung, die eine irreführende geschäftliche Handlung im Sinne des § 5 I Nr. 1 UWG darstellt und damit gemäß § 3 I UWG unlauter ist.

aa. Mit der angegriffenen Aussage „*Brille Fielmann. Immer der günstigste Preis. Garantiert*“ weist sich die Beklagte eine preisliche Alleinstellung zu.

Zwar unterfallen reine Werturteile nicht dem Irreführungsverbot (vgl. BGH WRP 1989, 584 – Raumausstattung), da sie keine Angaben i.S.v. § 5 UWG sind. Unter Angaben in diesem Sinne sind nur inhaltlich nachprüfbar Aussagen über wirtschaftliche Verhältnisse zu verstehen (vgl. BGH WRP 2002, 74, 77 – Das Beste jeden Morgen). Entscheidend ist somit, ob ein jedenfalls nicht unbeachtlicher Teil der Verbraucher dem Wortsinn der Werbeaussage eine jedenfalls in ihrem Kern konkret fassbare und einer Nachprüfung zugängliche Tatsachenbehauptung entnimmt (vgl. BGH GRUR 1989, 608, 609 – Raumausstattung). Ob ein beachtlicher Teil des Verkehrs dem Wortsinn einer Superlativwerbung die Behauptung einer Alleinstellung entnimmt, beurteilt sich danach, ob in ihr nach der Verkehrsauffassung eine jedenfalls in ihrem Kern konkret fassbare und einer Nachprüfung zugängliche Tatsachenbehauptung liegt (vgl. BGH GRUR 1989, 608, 609 – Raumausstattung; BGH GRUR 1965, 363, 364 – Fertigbrei). Stellt der Werbetext dagegen ein subjektives Werturteil des Werbenden dar, das sich in seiner allgemein gehaltenen Formulierung jeder objektiven Nachprüfung entzieht (BGH a. a. O. – Fertigbrei) oder erschöpft es sich in einem suggestiven Appell, beim Kauf das angebotene Erzeugnis zu wählen (vgl. BGH GRUR 1965, 365, 366 – Lavamat), kommt ein Verstoß gegen § 5 UWG nicht in Betracht.

Nach diesen Kriterien ist die angegriffene Werbeaussage als „Angabe“ im Sinne von § 5 UWG anzusehen. Die Werbeaussage „*Brille Fielmann. Immer der günstigste Preis. Garantiert*“ enthält eine irreführende Alleinstellungsbehauptung, denn dass ein Preis der „günstigste“ ist, bedeutet nach dem Verständnis jedenfalls maßgeblicher Teile des Verkehrs im Regelfall und im hier zu beurteilenden konkreten Aussagezusammenhang, dass er für ein gleiches oder gleichwertiges Produkt niedriger ist; ob das zutreffend ist, lässt sich indes tatsächlich feststellen.

Zwar ist das Adjektiv „günstig“ nicht stets gleichbedeutend mit „billig“ (vgl. etwa zur Formulierung „weit und breit ist keiner günstiger“ OLG Hamm GRUR 1988, 768 – „Die Nr. 1 in M!“). So kann der Verkehr etwa ein Angebot auch bei höherem Preis als günstiger ansehen, namentlich wenn das Preis-Leistungs-Verhältnis als besser angesehen wird. Hier hat die Beklagte dieses Adjektiv indes nicht nur im Superlativ verwendet, sondern gerade den „günstigsten Preis“ und nicht das „günstigste“ Angebot oder die „günstigste“ Gelegenheit beworben. Ein Preis unterscheidet sich vom anderen aber nur durch seine Höhe, also kann der „günstigste Preis“ nur der niedrigste sein. Dafür spricht auch der Kontext der angegriffenen Aussage, denn in dem Rundfunkspot geht es alleine um das Thema der Preishöhe für Brillen. Der dargestellte „Dialog“ befasst sich mit den Auswirkungen der aufgezählten „Rabatte, Sonderangebote, Aktionspreise und Gutscheine“ auf den letztlich zu entrichtenden Preis. Hinzu kommt, dass sich die Beklagte in den angegriffenen Aussagen berührt, dass ihr Preis „*der*“ günstigste sei. Dieser bestimmte Artikel suggeriert deutlich eine singuläre Stellung, denn „*der*“ günstigste Preis ist eben nicht „einer der günstigsten“ oder ein „ziemlich günstiger“, sondern der, der als einziger ganz oben auf der Skala der niedrigen Preise steht. Schließlich erfährt die Aussage zum Preis in der angegriffenen Werbung auch noch zwei gewichtige Bekräftigungen: Der Preis ist „*immer*“ der günstigste und die Beklagte „*garantiert*“ das auch noch. Nach allem verstehen wenigstens maßgebliche Teile der angesprochenen Verkehrskreise die Aussage „*Brille Fielmann. Immer der günstigste Preis. Garantiert*“ dahin, dass die Beklagte sich dafür (untechnisch) verbürgt, dass sie für alle Produkte stets die absolut niedrigsten Preise anbietet. Dieses Ver-

kehrverständnis kann der Senat aus eigener Kenntnis beurteilen, denn seine Mitglieder gehören zu den angesprochenen Verkehrskreisen; das Angebot der Beklagten richtet sich an alle – tatsächlichen oder potentiellen – Brillenträger, mithin an jeden. Der Senat vermag sich demnach der Ansicht des Landgerichts in der angegriffenen Entscheidung nicht anzuschließen, dass der Verbraucher bei einer solchen Aussage stets annehme, dass mit einer solchen Anpreisung gerade keine absolute preisliche Alleinstellung gemeint sein könne, weil sich von selbst verstehe, dass eine solche Superlativbehauptung nie eingehalten werden könne.

bb. Diese preisliche Alleinstellungsbehauptung ist irreführend und damit unlauter.

Der Kläger als Anspruchsteller muss zwar grundsätzlich das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen darlegen und beweisen. Das UWG enthält auch nach der UWG-Novelle 2008 keine eigenständige Regelung der Beweislast in Fällen der irreführenden Werbung. § 5 IV UWG setzt den allgemeinen Grundsatz voraus, nach dem der Kläger als Verletzter die rechtsbegründenden Tatsachen zu behaupten und zu beweisen hat, der Beklagte als Verletzer dagegen diejenigen Umstände, die den rechtsbegründenden Tatsachen ihre Bedeutung oder Grundlage nehmen (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 5 Rz. 3.19). Allerdings ist gerade in Fällen der Alleinstellungs- und Spitzengruppenwerbung die Darlegungs- und Beweislast im Ergebnis umgekehrt, denn hier ist der Beklagte im Sinne einer prozessualen Aufklärungspflicht verpflichtet ist, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, worauf sich seine Werbebehauptung stützt (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 5 Rz. 3.25).

Die Beklagte führt zur Rechtfertigung dieser Alleinstellungsbehauptung vor allem ihre Marktbeobachtung und Preisanpassung durch ihre Filialeiter und ihre spezielle zehnköpfige Abteilung an. Dabei räumt sie allerdings schon selbst ein, dass sie 2006 bei Markenfassungen in 4% der überprüften Angebote eine Preisanpassung habe vornehmen müssen. Das mag zwar nach dem Vortrag der Beklagten schnell erfolgen (die Beklagte nennt einen Zeitraum von 24 Stunden als Reaktionszeit), ändert aber nichts an der Tatsache, dass bis dahin Wettbewerber niedrigere Preise anbieten, so dass die Preise der Beklagten für diesen Zeitraum eben nicht die niedrigsten sind. Hinzu kommt, dass die Beklagte die *Frequenz* ihrer Preisüberprüfungen und -anpassungen nicht hinreichend dargelegt hat, obwohl sie nach den o.g. Grundsätzen darlegen und beweisen müsste, dass die Zeiträume, in denen sie unterboten wird, so kurz sind, dass man sie gänzlich vernachlässigen kann. Die präzisen Abstände, mit denen die Preisüberprüfungen vorgenommen werden, hat die Beklagte aber gerade nicht dargelegt. Vielmehr wird von ihr selbst vorgetragen, dass die ermittelten Daten zur Preisstruktur der Wettbewerber (nur) monatlich zu Dokumentationen zusammengefasst werden, wobei in deren Rahmen die ermittelten Preisabstände überprüft und erforderlichenfalls Anpassungen vorgenommen werden. Damit ist nicht einmal auszuschließen, dass es Fälle gibt, in denen eine Anpassung der Preise der Beklagten unter das Niveau ihrer Mitbewerber erst nach einem Monat erfolgt. Damit darf sich die Beklagte aber nicht pauschal in der Weise wie im angegriffenen Rundfunkspot „den immer günstigsten Preis“ attestieren.

cc. Entgegen der im Termin vom 2. 9. 2009 geäußerten Auffassung kommt der Senat nach erneuter Beratung allerdings zu dem Ergebnis, dass sich der hieraus resultierende Unterlassungsanspruch nur auf eine Verwendung der angegriffenen Äußerung im Rahmen der konkreten Verletzungshandlung des Rundfunkwerbepots erstreckt und ein abstraktes „Schlechthin-Verbot“ dieser Werbeaussage nicht in Betracht kommt. Eine derart weitreichende Begehungsgefahr vermag der Senat nicht zu erkennen.

Allerdings streitet eine tatsächliche Vermutung für das Bestehen einer Wiederholungsgefahr, wenn es zu einem Wettbewerbsverstoß gekommen ist (stRspr: BGH GRUR 1997, 379,

380 – Wegfall der Wiederholungsgefahr II; BGH GRUR 2001, 453, 455 – TCM-Zentrum). Die Wiederholungsgefahr beschränkt sich dabei nicht auf die identische Verletzungsform, sondern umfasst auch alle im Kern gleichartigen Verletzungsformen (vgl. BGH GRUR 1996, 290, 291 – Wegfall der Wiederholungsgefahr I; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 27. Aufl., § 8 UWG Rz. 1.33). Im Kern gleichartig ist dabei ein Verhalten, das – ohne identisch zu sein – von der Verletzungshandlung nur unbedeutend abweicht. Entscheidend ist, dass sich das Charakteristische der Verletzungshandlung wieder findet (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 27. Aufl., § 8 UWG Rz. 1.37). Dementsprechend kann etwa aus dem vorübergehenden Nichtvorhandensein eines Computergeräts nicht die Vermutung abgeleitet werden, dass für das gesamte Sortiment des EDV-Handels die Gefahr einer unzureichenden Vorratshaltung besteht (BGH GRUR 1996, 800 – EDV-Geräte). Ebenso wenig rechtfertigt die Ausführung von Fotovergrößerungen zu anderen als den beworbenen Preisen ein Verbot der Werbung für Fotoarbeiten schlechthin (BGH GRUR 1998, 1039, 1040 – Fotovergrößerungen).

Nach diesen Grundsätzen kann hier die Gefahr nicht bejaht werden, dass es über den Zusammenhang mit der angegriffenen konkreten Verletzungshandlung, nämlich über den Rundfunkspot „Werber“ hinaus zu einer wettbewerbswidrigen Verwendung der angegriffenen Werbeaussage kommt. Fraglich ist bereits, ob aus der einmaligen Verwendung einer irreführenden Aussage die Vermutung abzuleiten ist, dass diese Aussage schlechthin in wettbewerbswidriger Weise verwendet werde. Dies kann aber für den vorliegenden Fall schon deshalb dahinstehen, weil die Vermutung, dass die wettbewerbswidrige Verwendung der angegriffenen Aussage aus dem Rundfunkspot „Werber“ auch im Rahmen weiterer Werbemaßnahmen wie etwa anderen Rundfunkspots oder gar in anderen Werbemedien wie Zeitungsanzeigen etc. erfolgen könne, hier ausgeschlossen ist. Vorliegend hat der Kläger nämlich insgesamt vier Werbemaßnahmen angegriffen, die allesamt ähnliche Aussagen zur Preisführerschaft der Beklagten enthalten. Von diesen vier Werbemaßnahmen – zwei Rundfunkspots und zwei Zeitungsanzeigen – enthält indes nur eine eine unzulässige Alleinstellungsbehauptung zur Preisführerschaft, nämlich der genannte Werbespot „Werber“ mit der angegriffenen Aussage „*Brille Fielmann. Immer der günstigste Preis. Garantiert*“. Im anderen Werbespot wie auch in den Zeitungsanzeigen werden die Werbeaussagen zur Preisführerschaft indes nicht in wettbewerbswidriger Weise, nämlich *ohne* den Hinweis auf eine „Geld-zurück-Garantie“, verwendet; wie noch auszuführen sein wird, ist die Verwendung derartiger Werbeaussagen im Zusammenhang *mit* einer „Geld-zurück-Garantie“ gerade nicht als wettbewerbswidrig anzusehen. Soweit hier zur Beurteilung gestellt, hat die Beklagte demnach verschiedene Aussagen zu ihrer Preisführerschaft werblich herausgestellt, aber nur in einem Fall darauf verzichtet, dies mit einem Hinweis auf ihre „Geld-zurück-Garantie“ zu versehen. Damit spricht schon die hier dokumentierte Werbepraxis eher dafür, dass die Preiswerbung der Beklagten in der überwiegenden Zahl der Fälle in zulässiger Weise erfolgt, nämlich im Zusammenhang mit einer „Geld-zurück-Garantie“. Damit kann der angegriffene Rundfunkspot „Werber“ sogar einen einmaligen „Ausreißer“ darstellen, jedenfalls wird aber dadurch eine generalisierende Vermutung, dass die angegriffene Aussage schlechthin in wettbewerbswidriger Weise verwendet werde, nicht begründet.

Hinzu kommt, dass – wie ausgeführt – das festgestellte wettbewerbswidrige Verständnis der streitgegenständlichen Werbeaussage beim Verkehr auch durch den konkreten Aussagezusammenhang bedingt ist. Es ist indes nicht auszuschließen, dass der angegriffenen Aussage „*Brille Fielmann. Immer der günstigste Preis. Garantiert*“ im Kontext einer anderen Werbemaßnahme von den angesprochenen Verkehrskreisen ein abweichender, dann nicht mehr zu beanstandender Aussagegehalt beigemessen wird. Ein Generalverbot der wettbewerbswidrigen Werbeaussage „*Brille Fielmann. Immer der günstig-*



ste Preis. Garantiert“ über die Verwendung im Rahmen der bereits erfolgten Verletzungshandlung hinaus verbietet sich daher.

b. Daneben steht dem Kläger ein Unterlassungsanspruch auch hinsichtlich des weiteren Inhaltes des Werbespots „Werber“ (Klagantrag zu Ziffer I. 1.) gemäß §§ 3 I, II, 4 Nr. 7, 8 I, III Nr. 1 UWG zu, da mit diesem Rundfunkspot die Wettbewerber der Beklagten pauschal herabgesetzt werden.

Eine Herabsetzung im Sinne des § 4 Nr. 7 UWG besteht in der sachlich nicht gerechtfertigten Verringerung der Wertschätzung des Mitbewerbers, seines Unternehmens und/oder seiner Leistungen in den Augen der angesprochenen oder von der Mitteilung erreichten Verkehrskreise, soweit diese als Marktpartner des betroffenen Mitbewerbers in Betracht kommen. Sie kann sowohl durch wahre oder unwahre Tatsachenbehauptungen als auch durch Werturteile erfolgen (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 27. Aufl., § 4 UWG Rz. 7. 12). Ob eine Herabsetzung oder Verunglimpfung vorliegt, beurteilt sich nach dem Eindruck der angesprochenen Verkehrskreise, wobei die Umstände des Einzelfalls, insbesondere Inhalt und Form der Äußerung, ihr Anlass und der gesamte Sachzusammenhang sowie die Verständnismöglichkeiten der angesprochenen Verkehrskreise zu berücksichtigen sind. Dabei kommt es auf die Sichtweise des durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers an (vgl. BGH GRUR 2002, 982, 984 – DIE „STEINZEIT“ IST VORBEI [= GuT 2002, 125 PM]; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 27. Aufl., § 4 UWG Rz. 7.13).

Nach diesen Grundsätzen liegt hier eine unzulässige Herabsetzung der Konkurrenz im Sinne des § 4 Nr. 7 UWG vor, denn der angegriffene Werbespot enthält eine erheblich herabsetzende Tatsachenbehauptung, von der die Beklagte selbst nicht behauptet, dass diese zutreffend sei. Zwar stellt eine Kritik am Mitbewerber, die ironisch, humoristisch oder satirisch eingekleidet ist, noch keine Herabsetzung oder Verunglimpfung dar, solange sie nur Unterhaltungswert besitzt, den Mitbewerber aber nicht der Lächerlichkeit oder dem Spott preisgibt (vgl. zur Parallelvorschrift des § 6 II Nr. 5 UWG: BGH GRUR 2002, 828, 830 – Lottoschein). Hier ist in Rechnung zu stellen, dass der Verkehr zunehmend an pointierte Werbeaussagen gewöhnt ist und sie als Ausdruck lebhaften Wettbewerbs empfindet (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 27. Aufl., § 4 UWG Rz. 7. 14). Die Beklagte kann sich hierauf aber nicht mit Erfolg berufen.

In dem Werbespot „Werber“ wird im Kern eine Tatsachenbehauptung aufgestellt. In dem Spot antwortet die Figur des „Werbbers“ auf die Frage „Kannst Du mir dann mal erklären, was mir diese ganzen Rabatte, Sonderangebote, Aktionspreise und Gutscheine für Brillen eigentlich bringen?“ mit der pauschalen Abqualifizierung „Überhaupt nichts“. Diese wenig inhaltsschwere Aussage wird aber sodann auf Nachfrage der Figur des „Fragers“ sogleich konkretisiert, indem mitgeteilt wird, dass „das“ (also die zuvor genannten Rabatte, Sonderangebote etc.) „alles bloß Tricks“ seien. Dies lässt sich nicht anders verstehen, als dass behauptet werden soll, dass alle anderen Brillenverkäufer bei allen Rabatten, Sonderangeboten, Aktionspreisen und Gutscheinen „tricksen“. Hierbei kann der Begriff „Tricks“ nur so verstanden werden, dass es sich bei den ganzen Rabatten um keine „echten“ Rabatte handele. Das wird im Rundfunkspot von der Figur des „Werbbers“ zudem sogleich ausdrücklich erklärt: „Das (sc. die Rabatte, Sonderangebote etc.) hauen die (sc. die, die Brillen verkaufen) vorher drauf (sc. auf den Preis)“. Dieser Vorwurf wird anschließend explizit als feststehende Tatsache bezeichnet („das weiß ich“). Schließlich wird dieser Vorwurf aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise einem „Insider“ in den Mund gelegt, denn ein Werber, der dem Verbraucher ja gerade als ein „Experte“ für den Wahrheitsgehalt von Werbeaussagen erscheinen muss, wird aus ei-

gener Anschauung eine fundierte Aussage hierüber treffen können. Hierdurch erhält der ausgesprochene Vorwurf zusätzliches Gewicht.

Es ist weder dargelegt noch ersichtlich, dass dieser Vorwurf hier durch Ironie soweit gemildert wäre, dass der Verbraucher ausschließt, dass dieser Vorwurf zutreffend sei. Zwar sind sich die Parteien einig, dass der Hörer merke, dass der Werbespot *irgendwie* ironisierend sei, dem Wortlaut des Spots lässt sich dies aber nicht im Ansatz entnehmen; eine Tonaufnahme des Rundfunkspots haben die Parteien nicht eingereicht, auch hat die Beklagte nicht im Ansatz dargelegt, inwieweit sich aus einer solchen ein anderes Verständnis des Spots ergeben sollte. Nach allem ist der Entscheidung zugrunde zu legen, dass zumindest maßgebliche Teile des Verkehrs in dem Werbespot einen „wahren Kern“ wahrnehmen werden, zumal damit ein gängiges Vorurteil bedient wird. Auch diese Feststellungen kann der Senat aus eigener Kenntnis beurteilen, denn seine Mitglieder gehören – wie ausgeführt – zu den angesprochenen Verkehrskreisen.

Mit diesem Vorwurf wird pauschal allen Mitbewerbern der Beklagten wettbewerbswidriges Verhalten, nämlich irreführende Preiswerbung, vorgeworfen. Da der Rundfunkspot „Werber“ dies pauschal allen denjenigen nachsagt, die Brillen anbieten, richtet sich die angegriffene Handlung gegen Mitbewerber im Sinne des § 2 I Nr. 3 UWG; zwischen der Beklagten und ihren Mitbewerbern besteht ein konkretes Wettbewerbsverhältnis. Der Annahme einer Herabsetzung im Sinne des § 4 Nr. 7 UWG steht es nicht entgegen, dass hier konkrete Mitbewerber nicht erkennbar gemacht werden. Denn diese Vorschrift greift auch und gerade bei der kollektiven Herabsetzung oder Verunglimpfung ein (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 4 Rz. 7. 11). Die Behauptung von unwahren Tatsachen, die einen Mitbewerber herabsetzen, ist aber stets nach § 4 Nr. 7 UWG unzulässig. Unwahre Tatsachenbehauptungen werden auch nicht vom Schutz der Meinungs- und Pressefreiheit (Art 5 I GG) umfasst (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 27. Aufl., § 4 UWG Rz. 7. 15).

c. Bei der Tenorierung der Unterlassungsansprüche war zu berücksichtigen, dass der Kläger den Rundfunkspot „Werber“ unter zwei unabhängigen rechtlichen Gesichtspunkten angegriffen hat, so dass aus Gründen der Klarstellung der Verbotstenor in zwei separaten Untersagungspunkte gefasst wurde, obwohl diese denselben Rundfunkspot betreffen.

2. Daneben hat die Klägerin wegen dieser Wettbewerbsverstöße gemäß § 12 I 2 UWG Anspruch auf Erstattung der Kosten der Abmahnung vom 22. 1. 2007. Den tatsächlichen Anfall der geltend gemachten Aufwendungen in der pauschalierten Höhe von € 189,- hat die Beklagte nicht in Zweifel gezogen. Der zuerkannte Verzinsungsanspruch beruht auf den §§ 286 I, 288 I BGB.

3. Weitere Unterlassungsansprüche stehen dem Kläger nicht zu.

a. Neben der, wie oben ausgeführt, in der konkreten Verletzungsform ohne eine „Geld-zurück-Garantie“ unzulässigen Aussage „Brille Fielmann. Immer der günstigste Preis. Garantiert“ hat der Kläger die inhaltlich weitgehend identische Aussage „Fielmann – Sie bekommen immer den garantiert günstigsten Preis“ (u. a.) ebenfalls (generell wie auch im Rahmen der konkreten Verletzungsform) unter der Prämisse angegriffen, dass diese nicht im Zusammenhang mit einer „Geld-zurück-Garantie“ getätigt wird (Klagantrag zu I. 3.b). Insoweit steht dem Kläger indes schon deshalb kein Unterlassungsanspruch zu, weil es an einer entsprechenden Begehungsgefahr fehlt. Denn die Werbeaussage „Fielmann – Sie bekommen immer den garantiert günstigsten Preis“ ist in den vorgelegten Werbemaßnahmen ausschließlich im Zusammenhang mit einer „Geld-zurück-Garantie“ verwendet worden, nämlich in der mit dem Antrag zu Ziffer 2. a. angegriffenen Zeitungsanzeige; in der Anzeige gemäß Ziffer 2.b. des Klagantrages wird die leicht abgewan-

delte Formulierung „*Fielmann – Sie zahlen immer den garantiert günstigsten Preis*“ ebenfalls nur im Zusammenhang mit einer „Geld-zurück-Garantie“ gebraucht. Das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr ist damit nicht indiziert, denn wie sogleich auszuführen ist, stellt eine derartige Verwendung keine unzulässige Alleinstellungsbehauptung dar. Der Kläger hat auch keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass die Gefahr besteht, dass diese Aussage erstmals in wettbewerbswidriger Weise, nämlich ohne den Zusammenhang mit einer „Geld-zurück-Garantie“ verwendet wird.

b. Ebenfalls keinen Unterlassungsanspruch hat der Kläger, soweit die angegriffenen Äußerungen „*Brille Fielmann. Immer der günstigste Preis. Garantiert*“ und „*Fielmann – Sie bekommen immer den garantiert günstigsten Preis*“ im Zusammenhang mit einer „Geld-zurück-Garantie“ verwendet werden. In dieser Variante stützt der Kläger seinen Unterlassungsanspruch nicht nur darauf, dass es sich um irreführende Alleinstellungsbehauptungen handele, sondern auch darauf, dass der Verbraucher zu dem unzutreffenden Eindruck gelange, dass die Beklagte jedweden Brillenartikel führe (und diesen zu einem niedrigeren Preis anbiete), den auch ihre Wettbewerber anböten. Beide Aspekte greifen indes nicht durch. Dementsprechend hat der Kläger insoweit weder einen auf die jeweiligen konkreten Verletzungshandlungen beschränkten (Klaganträge zu I.1.b., I.2. a. und I.2.b.) noch einen umfassenden Unterlassungsanspruch (Klaganträge zu I.3. a. und b.). Im Einzelnen:

aa. Allerdings wird vertreten, dass der Verkehr eine Preiswerbung mit einer „Geld-zurück-Garantie“ beim Nachweis eines günstigeren Konkurrenzangebots nicht nur als Einräumung eines (aufschiebend bedingten) Rücktrittsrechts auffasse, sondern auch als Behauptung dahin, dass der Werbende preiswerter als jeder Mitbewerber sei (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 5 Rz. 7. 88). Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Wie maßgebliche Teile des Verkehrs eine bestimmte werbliche Aussage verstehen, ist eine Tatsachenfrage. Zumindest im Lichte des nunmehr zugrunde zu legenden Verbraucherbildes ist jedoch festzustellen, dass nicht einmal maßgebliche Teile der angesprochenen Verkehrskreise die hier angegriffene Werbung in diesem Sinne verstehen.

aaa. Der im Lauterkeitsrecht zugrunde zu legende Prüfungsmaßstab hat sich seit etwa Mitte der 90iger Jahre gewandelt. Legte die Rechtsprechung bei der Anwendung des UWG ursprünglich das Leitbild des „flüchtigen“ bzw. „unkritischen“ Verbrauchers zu Grunde, hat sie seitdem das gemeinschaftsrechtliche Verbraucherleitbild für das gesamte Lauterkeitsrecht übernommen (stRspr; vgl. nur BGH GRUR 2000, 619 – Orient-Tepichmuster; BGH GRUR 2002, 182, 183 – Das Beste jeden Morgen; BGH GRUR 2003, 249 – Preis ohne Monitor; weitere Nachweise s. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 1 Rz. 29). Demnach ist auf das Kriterium des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ abzustellen (vgl. EuGH GRUR 1999, 723 – Windsurfing Chiemsee; EuGH GRUR 2002, 354, 356 Rdn 52 – Toshiba/Katun; EuGH GRUR 2003, 533, 536 Rdn 55 – Pippig Augenoptik/Hartlauer; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 1 Rz. 22). Dementsprechend knüpft auch die Begründung zum UWG 2004 an die neuere Rechtsprechung des BGH an und bekennt sich ausdrücklich zum Leitbild des „durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers, der das Werbeverhalten mit einer der Situation angemessenen Aufmerksamkeit verfolgt“ (vgl. Begr RegE UWG zu § 5, BT-Drucks 15/1487 S 19). In den von Richtlinien erfassten Bereichen des Lauterkeitsrechts entspricht dies dem Gebot der richtlinienkonformen Auslegung; davon ist auch und gerade der Bereich der irreführenden Werbung erfasst (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 1 Rz. 30).

bbb. Bei Anwendung dieser Grundsätze kann der Senat nicht feststellen, dass auch nur maßgebliche Teile der angesprochenen Verkehrskreise die angegriffenen Werbeaussagen im konkreten Kontext als Alleinstellungsbehauptungen verstehen, viel-

mehr handelt es sich um Spitzengruppenberühmungen. Um festzustellen, was im Einzelfall die Auffassung des angemessen gut unterrichteten und angemessen aufmerksamen und kritischen Durchschnittsverbrauchers bzw. des durchschnittlich toleranten Durchschnittsverbrauchers ist, kann der Richter eine Verkehrsbefragung durchführen, er kann sich aber auch auf seine eigene Sachkunde und Urteilsfähigkeit verlassen (vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 1 Rz. 38). Wie bereits ausgeführt, können die Mitglieder des Senates als Teil der durch die streitgegenständliche Werbung angesprochenen Verkehrskreise aus eigener Sachkunde beurteilen, wie diese die Werbeaussagen verstehen.

Durch den mit den streitgegenständlichen Werbeaussagen verknüpften Hinweis auf eine „Geld-zurück-Garantie“, der jeweils im unmittelbaren Zusammenhang mit den Aussagen „*Brille Fielmann. Immer der günstigste Preis. Garantiert*“ und „*Fielmann – Sie bekommen immer den garantiert günstigsten Preis*“ erfolgte, wird die in diesen Aussagen liegende Alleinstellungsbehauptung, die nach den obigen Ausführungen vorliegt, wenn die Aussagen ohne einen derartigen Zusatz verwendet werden, im konkreten Kontext so weit relativiert, dass sie sich als Spitzengruppenberühmung darstellen. Wird eine Alleinstellungsbehauptung zur Preisführerschaft mit einer solchen Geld-zurück-Garantie verbunden, so versteht der Verkehr hierin gerade die Aussage, dass der Anbieter es sehr wohl für denkbar hält, dass er in Einzelfall unterboten wird, so dass es sich nur um eine Spitzengruppenberühmung handelt. Denn hiermit maß sich die Beklagte gerade nicht eine preisliche Alleinstellung des Inhaltes an, dass nur sie derart beworbene Artikel zu diesem Preis verkaufe. Vielmehr sieht der Verkehr hierin lediglich die Aussage, dass die Beklagte in der Preisgestaltung dieser Artikel mit ihren Mitbewerbern grundsätzlich mithalten könne. Denn gerade wegen der „Geld-zurück-Garantie“ wird für den Adressaten die durchaus eingeräumte Möglichkeit erkennbar, dass es tatsächlich niedrigere Preisangebote geben könnte; gerade für diesen Fall wird die „Geld-zurück-Garantie“ ausgesprochen. Das ist etwas anderes als die Behauptung, alle vertriebenen Produkte würden schlechthin zu den niedrigsten Preisen angeboten (BGH GRUR 1975, 553, 554 – Preisgarantie I; vgl. auch BGH GRUR 1991, 468, 469 – Preisgarantie II; ähnlich auch HansOLG Hamburg, Urt. v. 24. 2. 2005 – 3 U 203/04 = BeckRS 2005 08386 [= GuT 2005, 233 KL] zu einer die Produktqualität betreffenden Superlativwerbung).

bb. Diese Spitzengruppenberühmungen sind zulässig. Eine Spitzengruppenberühmung ist zulässig, wenn der Werbende auf Grund einer Marktbeobachtung zu der Preisberühmung berechtigt und ein echter Preisvergleich möglich ist (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 5 Rz. 7. 88).

aaa. Nach dem der Entscheidung zu Grunde zu legenden Sachverhalt betreibt die Beklagte eine gründliche Marktbeobachtung und vor allem eine daraus resultierende Preisanpassungspolitik, die derartige Spitzengruppenberühmungen rechtfertigt. Den tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts zu den Maßnahmen der Beklagten, mit denen sie ihre preisliche Spitzengruppenstellung zu halten sucht, ist der Kläger in der Berufungsinstanz nicht mehr entgegen getreten. Danach ist unstrittig, dass die Beklagte eine Abteilung mit zehn Mitarbeitern unterhält, die durch ständige Preisvergleiche zu erreichen suchen, dass die Beklagte in ihren Preisen unter denen der Konkurrenz liegt. Es besteht weiter eine Anweisung an die einzelnen Filialen der Beklagten dahin, die Angebote der Konkurrenz regelmäßig zu beobachten und für den Fall günstigerer Konkurrenzangebote die betroffenen Preise in der Filiale notfalls sogar eigenmächtig herabzusetzen; dies geschieht zumeist innerhalb von 24 Stunden. Zwar hat die Beklagte, wie ausgeführt, nicht vorgetragen, dass sie hiermit eine Überwachungs-dichte erreicht, die eine preisliche Alleinstellungsbehauptung rechtfertigen könnte, eine bloße Spitzengruppenberühmung ist durch ein derart ausgefeiltes System der Marktbeobachtung und Preisanpassung aber gerechtfertigt. Der Kläger hat zudem in der Berufungsinstanz selbst mit den von der Beklagten genannten



Zahlen argumentiert, dass diese im Jahr 2006 (lediglich) in 4% aller Fälle eine Unterbietung des gleichen Produktes durch Mitbewerber feststellte und daraufhin ihre Preise heruntersetzte. Damit unternimmt die Beklagte erhebliche Anstrengungen, um möglichst flächendeckend die Preisführerschaft für das von ihr vertriebene Sortiment innezuhaben, und hat mit diesen Anstrengungen jedenfalls hinreichenden Erfolg, um eine Spitzengruppenberühmung zu rechtfertigen. Der vom Kläger in diesem Zusammenhang angeführte Beitrag in der Sendung „Service Gesundheit“ des Hessischen Rundfunk vom 17. 7. 2007 steht dem schon deshalb nicht entgegen, weil einzelne Preisunterschreitungen durch Wettbewerber von der Beklagten nicht bestritten werden, diese aber die Wirksamkeit der Preispolitik der Beklagten nicht als Ganzes widerlegen.

bbb. Eine Spitzengruppenberühmung ist indes nicht bereits zulässig, wenn der Werbende auf Grund einer Marktbeobachtung zu der Preisberühmung berechtigt ist, sondern es muss auch ein echter Preisvergleich möglich sein. Letzteres setzt voraus, dass die der Preisgarantie unterliegenden Waren oder Leistungen in gleicher Ausführung und Qualität auch von Mitbewerbern geführt werden (BGH GRUR 1975, 553, 554 – Preisgarantie I; BGH GRUR 1991, 468, 469 – Preisgarantie II; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 5 Rz. 7. 88). Darauf aufbauend hat der BGH in Bezug auf eine Werbung der Beklagten entschieden, dass eine „Geld-zurück“-Garantie für Exklusivangebote des Werbenden – also für Waren, die nur er führt – stets irreführend sei (BGH GRUR 1994, 57, 58 – Geld-zurück-Garantie). Diese Grundsätze greifen im vorliegenden Fall jedoch nicht.

(1) Zunächst ist festzuhalten, dass – wie oben ausgeführt – bei der Feststellung des Verständnisses einer als irreführend beanstandeten Werbung mittlerweile von einem anderen Verbraucherleitbild auszugehen ist, nämlich vom Verständnis des durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers, der das Werbeverhalten mit einer der Situation angemessenen Aufmerksamkeit verfolgt. Diese Formel bedarf der Konkretisierung: Das Abstellen auf den „Durchschnitt“ bedeutet nicht, dass es auf den Durchschnitt der Bevölkerung insgesamt ankommt. Maßgebend ist vielmehr der Durchschnitt der von einer Wettbewerbsmaßnahme angesprochenen Verkehrskreise (Zielgruppe). Hierbei hängt nicht nur das Ausmaß des Wissenstandes, den der Werbende voraussetzen darf, davon ab, welcher Wissensstand in der Zielgruppe erwartet werden kann (vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 1 Rz. 34), auch der Grad der Aufmerksamkeit, den der Verbraucher einer Werbung entgegenbringt, ist abhängig von der jeweiligen Situation, in der er mit ihr konfrontiert wird (vgl. BGH GRUR 2002, 182, 183 – Das Beste jeden Morgen; BGH GRUR 2003, 249 – Preis ohne Monitor; BGH GRUR 2004, 605, 606 – Dauertiefpreise). Von Bedeutung ist dabei auch, welche Waren oder Dienstleistungen angeboten werden. Geht es um den Erwerb geringwertiger Gegenstände des täglichen Bedarfs (sog. Erfahrungsgüter), wird sich auch der verständige Verbraucher meist nicht die Zeit für eine gründliche Prüfung des Angebots nehmen, sich ihm also nur „flüchtig“ zuwenden. Anders verhält es sich beim Angebot nicht nur geringwertiger Gegenstände. Hier wird der Verbraucher die Werbung in der Regel mit größerer Aufmerksamkeit wahrnehmen. Dies gilt vor allem für Waren von nicht unerheblichem Preis und nicht nur kurzer Lebensdauer (sog. Suchgüter). Bei ihnen wird der Verbraucher eine Werbung nicht nur flüchtig betrachten, sondern sich ihr mit normaler Aufmerksamkeit zuwenden und seine Kaufentscheidung erst dann treffen, wenn er sich weiter informiert hat. Mögliche Missverständnisse flüchtiger oder uninteressierter Leser sind daher unerheblich (BGH GRUR 2000, 619, 621 – Orient-Teppichmuster; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 1 Rz. 35). Von Bedeutung ist auch die Zeitspanne, die dem Verbraucher für die nähere Prüfung des Angebots zur Verfügung steht; so ist beispielsweise eine Überlegungsfrist von zehn Tagen über die Mitgliedschaft in einem Buchclub als ausreichend angesehen worden (BGH GRUR 2003, 890, 891 – Buchclub-Kopplungsange-

bot). Diese Faktoren sind auch bei der Frage zu beachten, welches Maß an Kritikfähigkeit vernünftigerweise bei den angesprochenen Verbraucherkreisen vorausgesetzt werden darf (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 1 Rz. 36). Aus der Sicht des verständigen Verbrauchers ist es auch zu beurteilen, ob Produkte substituierbar sind und daher verglichen werden dürfen (vgl. BGH GRUR 2002, 828, 830 – Lottoschein zu § 6 UWG; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 1 Rz. 36).

(2) Nach diesen Grundsätzen ist keine Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise durch die angegriffenen Werbemaßnahmen festzustellen. Bei der Aufwendung derjenigen Aufmerksamkeit, die der Situation angemessen ist, wird der verständige Verbraucher die angegriffenen Werbungen vielmehr dahingehend verstehen, dass die als „Geld-zurück-Garantie“ ausgestaltete Preisgarantie der Beklagten sich gerade nicht auf solche Artikel bezieht, die exklusiv bei ihr angeboten werden.

Zum einen rechnet – wie bereits das Landgericht festgestellt hat – der Verkehr nicht (mehr) damit, dass es alle Produkte überall gibt. Der Verkehr ist vielmehr mittlerweile umfassend daran gewöhnt, dass gerade im Discountbereich in erheblichem Umfang Produkte unter Eigenmarken vertrieben werden, die ausschließlich in den Läden der jeweiligen Ketten angeboten werden. Ebenso ist dem durchschnittlich aufmerksamen, informierten und verständigen Verbraucher geläufig, dass die Angebote in verschiedenen Geschäften insbesondere großer Ketten, die sich – wie die Beklagte – gerade über den Preis am Markt zu behaupten suchen, verschieden sind und dass daher nicht überall dieselben Marken erhältlich sind. Zum anderen spricht auch der konkrete Inhalt der angegriffenen „Geld-zurück-Garantie“ gegen das vom Kläger zugrunde gelegte Verständnis vom Inhalt der angegriffenen Werbeaussagen. Die Beklagte hat dieses Versprechen ausdrücklich auf „das gleiche Produkt“ beschränkt. Damit wird dem durchschnittlich aufmerksamen, informierten und verständigen Verbraucher indes bedeutet, dass sich die Beklagte nicht berümen will, dass es alle bei ihr vorrätigen Produkte auch bei ihren Wettbewerbern gebe, denn hiermit hat sie ihre „Geld-zurück-Garantie“ auf eben solche Produkte beschränkt, die auch von Konkurrenten vertrieben werden. Dieses Verständnis gilt umso mehr, als es sich bei Brillengläsern und -fassungen typischerweise eben nicht um Erfahrungsgüter, sondern um Suchgüter im vorbezeichneten Sinne handelt, so dass von einer nicht nur flüchtigen Aufmerksamkeit des Verbrauchers bei der Wahrnehmung der in Rede stehenden Werbungen auszugehen ist. Hinzu kommt, dass sowohl bei den von der Beklagten unter der Eigenmarke „Fielmann“ vertriebenen Produkten wie auch bei „no name“-Produkten für jeden Verbraucher offensichtlich ist, dass er nicht erwarten kann, bei anderen Anbietern ein ohne weiteres als „gleich“ erkennbares Produkt zu finden.

Zutreffend hat das Landgericht daher festgestellt, dass der durchschnittlich aufmerksame, informierte und verständige Verbraucher die streitgegenständliche Werbung dahin versteht, dass sich die in der „Geld-zurück-Garantie“ enthaltene Zusage nur auf die von der Beklagten angebotenen Produkte bezieht, die auch bei deren Wettbewerbern erhältlich sind. Auch diese Feststellungen kann der Senat aus eigener Kenntnis beurteilen, denn seine Mitglieder gehören – wie ausgeführt – zu den angesprochenen Verkehrskreisen.

(3) Damit fehlt es bei den angegriffenen Spitzengruppenberühmungen nicht an der erforderlichen Möglichkeit eines echten Preisvergleichs, denn diese Möglichkeit muss sich nach den dargelegten Grundsätzen alleine auf die der Preisgarantie unterliegenden Waren oder Leistungen beziehen. Wie soeben ausgeführt, unterfallen diejenigen Produkte, die die Beklagte exklusiv anbietet, dieser Preisgarantie aber nicht.

c. Der Kläger hat auch keinen Unterlassungsanspruch hinsichtlich des mit dem Klagantrag zu Ziffer I. 1. b. angegriffenen Rundfunkspots („Richter“). Wie oben bereits ausgeführt, ist die in diesem Werbespot enthaltene Preiswerbung der Beklagten

nicht wettbewerbswidrig. Der Rundfunkspot („Sag mal du bist doch Richter. Du, ich muss dich mal was fragen. Wenn ein Optiker in der Zeitung mit 70% Rabatt wirbt und eine Brille für 39 Euro verspricht und ich dann im Laden fast 300 Euro zahlen muss, nur weil ich angeblich andere Gläser brauche, was ist das? – Naja, eine miese Nummer würde ich sagen. – Und kann ich da rechtlich was machen? – Mmm, rechtlich schwierig, aber faktisch einfach. – Hä? – Geh zu Fielmann, da ist jeder Preis der Kleinste. Mit Geld-zurück-Garantie. – Brille Fielmann. Immer der günstigste Preis. Garantiert.“) enthält aber auch keine Herabsetzung der Konkurrenz der Beklagten im Sinne des § 4 Nr. 7 UWG. Anders als im Spot „Werber“ wird hier keine herabsetzende pauschale Behauptung über die Mitbewerber der Beklagten aufgestellt. Zutreffend hat das Landgericht festgestellt, dass mit diesem Spot eine singuläre und zudem fiktive Situation beschrieben werde, was nicht die Aussage enthalte, dass die gesamte Branche der Augenoptiker mit derartigen Methoden arbeite. In dem Spot wird schon nicht eindeutig behauptet, dass es einen Fall wie den geschilderten tatsächlich gegeben habe, sondern lediglich ein *denkbarer* Vorfall geschildert und um dessen Bewertung gebeten („Wenn ein Optiker ..., was ist das?“). Zudem wird dieses fiktive Verhalten auch nicht eindeutig als ein rechtlich vorwerfbares Verhalten eingeordnet. Zwar kann insbesondere die Verwendung des Wortes „angeblich“ so verstanden werden, dass behauptet werden soll, dass der Kunde die angeordneten Gläser für fast 300 Euro tatsächlich nicht gebraucht habe. Diese Aussage kann aber auch bedeuten, dass sich die Figur des „Fragers“ außerstande sah, dies selbst zu beurteilen. Doch selbst wenn man zugunsten des Klägers unterstellt, dass maßgebliche Teile des Verkehrs diese Aussage als Behauptung eines tatsächlich stattgehabten Betrugsversuchs verstehen, würde der angegriffene Werbespot lediglich einen konkreten (aber anonymen) Einzelfall schildern, wodurch nicht die gesamte Branche der Optiker herabgewürdigt würde. Dieser Spot enthält auch keine verallgemeinernden Aussagen, aus denen die angesprochenen Verkehrskreise folgern könnten, dass es sich um ein branchentypisches Verhalten handele. Und auch als Äußerung eines „Generalverdacht“ gegen die Mitbewerber der Beklagten erscheint der Werbespot den angesprochenen Verkehrskreisen nicht. Zwar mögen auch Fälle denkbar sein, in denen durch pauschale Verdachtsäußerungen die gesamte Konkurrenz des Werbenden herabgewürdigt wird, durch den vorliegenden Werbespot wird nach allem jedoch kein greifbarer Verdacht geäußert, sondern – wenn überhaupt – ein konkreter Einzelfall geschildert und mit der Empfehlung verknüpft, dass man besser gleich zur Beklagten gehe. Dies mag der Verbraucher als die Aussage verstehen können, dass man bei anderen Anbietern nie ganz sicher sein könne, ob deren Rabatten zu trauen sei, eine solche Aussage wäre aber zum einen allenfalls verdeckt getätigt und zum anderen so vage, dass sich hierin ein im Sinne des § 4 Nr. 7 UWG unlauteres Verhalten nicht finden lässt. Vielmehr steht nach dem ganz überwiegenden Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise in dem angegriffenen Werbespot eine mit dem Mittel der Abgrenzung von fiktiven „Bösewichten“ arbeitende positive Werbung für die Beklagte im Vordergrund. Auch diese Feststellungen kann der Senat aus eigener Kenntnis beurteilen, denn seine Mitglieder gehören – wie ausgeführt – zu den angesprochenen Verkehrskreisen.

d. Schließlich hat der Kläger auch hinsichtlich der mit den Klaganträgen zu I. 2. a. und I. 2. b. angegriffenen beiden Zeitungsanzeigen keinen Unterlassungsanspruch. Soweit der Kläger die in diesen Anzeigen enthaltene Preiswerbung – abstrakt wie auch hinsichtlich der konkreten Verletzungsform – angreift, ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen. Entgegen der Ansicht des Klägers enthalten diese Anzeigen aber auch keine Herabsetzung im Sinne des § 4 Nr. 7 UWG. In den angegriffenen Anzeigen ist nicht die Aussage versteckt, dass die Rabatte, die „andere“ gäben, oder die kleinen Preise, die „viele“ versprächen, tatsächlich nicht gewährt oder durch zuvor erfolgte Aufschläge entwertet würden. Vielmehr steht hier alleine die Herausstellung der eigenen „Preisgarantie“ der Beklagten im Vordergrund. Die Aussage „Andere geben Rabatte“ wird da-

durch gerade nicht negiert, dass die Beklagte auf ihre Garantie des „günstigsten“ Preises hinweist. Dies verstehen die angesprochenen Verkehrskreise nicht in dem Sinne, dass „die anderen“ tatsächlich gar keine Rabatte gäben, sondern als Anpreisung, dass die von der Beklagten ausgelobte „Garantie“ eben etwas Besseres als die Rabatte der Konkurrenz sei. Ebenso wenig wird behauptet oder auch nur angedeutet, dass die „kleinen Preise“, die „viele“ versprächen, tatsächlich gar nicht angeboten würden oder durch vorherige Aufschläge entwertet seien. Beide Anzeigen enthalten daher nach dem maßgeblichen Verständnis des durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers, der das Werbeverhalten mit einer der Situation angemessenen Aufmerksamkeit verfolgt, nur die Aussage, dass das, was die Beklagte im Preisbereich bietet, eben besser sei, als nur Rabatte oder kleine Preise. Auch diese Feststellung kann der Senat aus eigener Kenntnis beurteilen, denn seine Mitglieder gehören – wie ausgeführt – zu den angesprochenen Verkehrskreisen. Dementsprechend hat der Senat in einem anderen Verfahren festgestellt, dass nicht einmal die viel weitergehende werbliche Ankündigung „Die M.M. Tiefpreisgarantie hält, was andere versprechen“ keine wettbewerbswidrige, weil pauschale Herabsetzung der Mitbewerber enthält (HansOLG Hamburg GRUR-RR 2003, 50 [= GuT 2003, 235 KL] – Tiefpreisgarantie).

[...] 5. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Insbesondere hat die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts; vielmehr geht es lediglich um die Anwendung anerkannter Rechtssätze auf einen konkreten Fall.

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 5. Zivilsenats des OLG Hamburg

**§ 59 GWB**  
**Wettbewerb; Kartellrecht;**  
**funktionaler Unternehmensbegriff; öffentlich-rechtliche**  
**Körperschaft; Versorgungsunternehmen;**  
**Niederbarnimer Wasserverband**

**Eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die Trinkwasser auf der Grundlage eines Anschluss- und Benutzungszwangs und einer Gebührensatzung liefert, ist im Sinne des § 59 Abs. 1 GWB Unternehmen und nach dieser Vorschrift zur Auskunft über ihre wirtschaftlichen Verhältnisse verpflichtet.**

(BGH, Beschluss vom 18. 10. 2011 – KVR 9/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Das Bundeskartellamt führt gegen die Berliner Wasserbetriebe A.ö.R. ein Verfahren wegen des Verdachts missbräuchlich überhöhter Trinkwasserpreise. Um Informationen über Entgelte, Kosten und Erlöse in möglichen Vergleichsgebieten zu erlangen, hat das Amt Auskunftsbeschlüsse gemäß § 59 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GWB gegen 45 Trinkwasserversorgungsunternehmen erlassen, darunter den Niederbarnimer Wasser- und Abwasserzweckverband (nachfolgend: Zweckverband). Der Zweckverband erhebt für die Versorgung mit Trinkwasser Gebühren auf der Grundlage einer kommunalen Gebührensatzung. Nach der von ihm erlassenen Satzung über die Wasserversorgung sind die Eigentümer der in seinem Gebiet liegenden Grundstücke grundsätzlich verpflichtet, diese an die öffentliche Wasserversorgungsanlage anzuschließen und ihren gesamten Wasserbedarf ausschließlich aus dieser Anlage zu decken (Anschluss- und Benutzungszwang).

2 Der Zweckverband hat gegen den Auskunftsbeschluss vom 19. August 2010 Beschwerde eingelegt. Das Oberlandesgericht hat auf Antrag des Zweckverbandes gemäß § 65 Abs. 3 Satz 3 i. V. m. Satz 1 Nr. 2 GWB die aufschiebende Wirkung der Beschwerde angeordnet und diese Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet (OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 3170):



3 Es bestünden ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Auskunftsbeschlusses, weil der Zweckverband nicht als Unternehmen im Sinne des § 59 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GWB anzusehen sei. Dem stehe zwar nach dem maßgeblichen funktionalen, allein auf die wirtschaftliche Betätigung abstellenden Unternehmensbegriff nicht bereits entgegen, dass es sich bei dem Zweckverband um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts handele. Die Versorgungstätigkeit des Zweckverbandes sei aber als hoheitlich zu qualifizieren und damit dem Anwendungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entzogen. Ob dies allein aus der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses folge, könne offen bleiben. Jedenfalls ergebe sich diese Beurteilung aus dem satzungsmäßigen Anschluss- und Benutzungszwang. Denn dadurch sei jedweder Wettbewerb Dritter von vornherein ausgeschlossen. In einem solchen Fall sei das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht anwendbar, denn es setze zumindest potenzielle Wettbewerbsbeziehungen zu Dritten voraus.

4 Eine abweichende Beurteilung sei auch im Rahmen des Auskunftsverfahrens nach § 59 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GWB nicht angezeigt. Für einen solchermaßen „gespaltenen“ Unternehmensbegriff fehle es an hinreichenden gesetzlichen Anhaltspunkten.

5 Dagegen wendet sich das Bundeskartellamt mit seiner vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

6 **Aus den Gründen:** II. Die Rechtsbeschwerde, über die der Senat ohne mündliche Verhandlung entscheiden kann (vgl. BGH, Beschluss vom 6. September 2007 – KVR 31/06, WuW/E DE-R 2035 Rn. 12 f. – Lotto im Internet), hat Erfolg. Sie führt unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses zur Ablehnung des Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

7 1. Gemäß § 65 Abs. 3 Satz 3 i. Vm. Satz 1 Nr. 2 und 3 GWB kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde gegen eine Entscheidung der Kartellbehörde anordnen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung bestehen oder wenn die Vollziehung für den Betroffenen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte.

8 2. Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall nicht vor. Der – hier allein geltend gemachte und in Betracht kommende Anordnungsgrund – der ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung ist nicht gegeben. Auch bei der in dem Eilverfahren nach § 65 GWB auf dem Maßstab rechtlicher Plausibilität beschränkten Überprüfung der Entscheidung des Beschwerdegerichts (BGH, Beschluss vom 6. September 2007 KVR 31/06, WuW/E DE-R 2035 Rn. 17 – Lotto im Internet) erweist sich die Ansicht des Oberlandesgerichts, der Zweckverband sei wegen der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung der Benutzungsverhältnisse zu den Wasserabnehmern kein Unternehmen im Sinne des § 59 Abs. 1 GWB und deshalb nach dieser Vorschrift nicht zur Auskunftserteilung verpflichtet, als unzutreffend.

9 a) Dies ergibt sich unabhängig davon, ob der Auffassung des Bundeskartellamts zu folgen ist, öffentlich-rechtlich organisierte Wasserversorger seien auch bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung der Leistungsbeziehung zu ihren Abnehmern als Unternehmen im Sinne des § 19 GWB anzusehen – mit der Folge, dass die von ihnen erhobenen Gebühren für die Wasserversorgung einer kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle unterzogen werden könnten (ebenso Wolf, BB 2011, 648, 650 ff.; Lange, WuW 2002, 953, 958; s. auch OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 19. Mai 2005 – 1 L 40/04, juris Rn. 31).

10 Der Bundesgerichtshof nimmt zwar – ausgehend davon, dass dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ein funktionaler Unternehmensbegriff zugrunde liegt – an, dass grundsätzlich jede Person und jeder Verband, der sich im geschäftlichen Verkehr, d.h. wirtschaftlich betätigt, als Unternehmen anzusehen ist. Dementsprechend können nach seiner Rechtsprechung, die sich im Übrigen auf die Klarstellung in § 130 Abs. 1

GWB stützen kann – auch Körperschaften des öffentlichen Rechts Unternehmen im Sinne des Kartellrechts sein, wenn und soweit sie wirtschaftlich tätig sind (BGH, Beschluss vom 14. März 1990 – KVR 4/88, BGHZ 110, 371, 379 f. – Sportübertragungen; Beschluss vom 9. März 1999 – KVR 20/97, WuW/E DE-R 289, 293 – Lottospielgemeinschaft). Das ist aber – wie weiter entschieden ist – nicht der Fall, wenn die Körperschaft ihre Leistungsbeziehung zu den Abnehmern öffentlich-rechtlich organisiert also etwa durch eine öffentlich-rechtliche Satzung geregelt hat; dann ist sie nach der Rechtsprechung grundsätzlich dem Anwendungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entzogen (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1961 – KZR 1/61, BGHZ 36, 91, 101 Gummistrümpfe; BGH, Urteil vom 25. Juni 1964 – KZR 4/63, GRUR 1965, 110, 114 EUMED; WuW/E DR-R 2144, 2145 Rettungsleitstelle).

11 Ob dieser Grundsatz auch dann Geltung beanspruchen kann, wenn die öffentlich-rechtliche und die privatrechtliche Ausgestaltung der Leistungsbeziehung wie im Fall der Wasserversorgung weitgehend austauschbar sind (offen gelassen in BGH, Beschluss vom 22. März 1976 GSZ 2/75, BGHZ 67, 81, 91 AutoAnalyzer), oder ob wegen dieser Besonderheit öffentlich-rechtlich organisierte Wasserversorger auch bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen zu ihren Abnehmern in Übereinstimmung mit der Auffassung des Bundeskartellamts grundsätzlich als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne anzusehen sind, ist aber bislang nicht geklärt. Es kann auch hier offen bleiben.

12 b) Denn die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Leistungsverhältnisses eines Wasserversorgers zu seinen Abnehmern steht jedenfalls seiner Einordnung als Unternehmen im Sinne des § 59 Abs. 1 GWB nicht entgegen.

13 Der im Kartellrecht geltende funktionale Unternehmensbegriff ist „relativ“ (W.H. Roth, FS Bechtold, 2006, S. 393, 394; Bornkamm, FS Hirsch, 2008, S. 231, 232 f.; MünchKomm. EuWettBR/Säcker/Herrmann, Einl. 1598). So hat der Senat entschieden, dass eine öffentlich-rechtliche Körperschaft, die hoheitlich tätig ist, im Sinne einer „Doppelqualifikation“ (Wolf, BB 2011, 648, 651) als Unternehmen anzusehen ist, wenn und soweit sie daneben in einer Wettbewerbsbeziehung zu anderen Unternehmen steht (BGHZ 36, 91, 101 ff. – Gummistrümpfe; BGHZ 67, 81, 89 – Auto-Analyzer; BGH, Urteil vom 23. Oktober 1979 – KZR 22/78, WuW/E 1661, 1662 – Berliner Musikschule; BGHZ 110, 371, 380 f. – Sportübertragungen; MünchKomm.GWB/Reif, § 131 Rn. 49; Weisser in FK, § 130 Rn. 39).

14 Danach ist ein Wasserversorger, auch wenn er in Bezug zu seinen Abnehmern in den Formen des öffentlichen Rechts tätig ist, Unternehmen im Sinne des § 59 Abs. 1 GWB. Mit dieser Norm soll sichergestellt werden, dass sich die Kartellbehörden ausreichende Informationen beschaffen können, um ihre gesetzlichen Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen. Dazu kommt es im vorliegenden Zusammenhang darauf an, dass die Behörden Aufschluss über die Erlöse und Kosten von Wasserversorgern erhalten, die mit demjenigen Unternehmen, dessen Preisgestaltung untersucht werden soll – hier die Berliner Wasserbetriebe A.ö.R. –, gleichartig sind im Sinne des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB in der Fassung der 5. GWB-Novelle 1990 (vgl. BGH, Beschluss vom 2. Februar 2010 – KVR 66/08, BGHZ 184, 168 ff. [=WuM 2010, 260 KL] – Wasserpreise Wetzlar). Dagegen geht es nicht darum, die Angemessenheit der Wasserpreise des in den Formen des öffentlichen Rechts tätigen Wasserversorgers zu überprüfen. Eine Auskunft kann deshalb unabhängig davon erteilt werden, ob der jeweilige Wasserversorger sein Leistungsverhältnis öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet hat. Seine öffentlich-rechtliche Tätigkeit wird dadurch nicht beeinträchtigt. Im Gegenteil steht er insoweit auf einer Stufe mit allen anderen Wasserversorgern, die ebenfalls zu Auskünften nach § 59 Abs. 1 GWB verpflichtet sind.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Kurzfassungen / Leitsätze (KL)****Wettbewerb etc.****§§ 4, 5 UWG – Wettbewerb; Eintrag in ein Branchenverzeichnis; Verschleierungsverbot; Irreführung; Branchenbuch Berg**

Ein formularmäßig aufgemachtes Angebotsschreiben für einen Eintrag in ein Branchenverzeichnis, das nach seiner Gestaltung und seinem Inhalt darauf angelegt ist, bei einem flüchtigen Leser den Eindruck hervorzurufen, mit der Unterzeichnung und Rücksendung des Schreibens werde lediglich eine Aktualisierung von Eintragungsdaten im Rahmen eines bereits bestehenden Vertragsverhältnisses vorgenommen, verstößt gegen das Verschleierungsverbot des § 4 Nr. 3 UWG sowie gegen das Irreführungsverbot des § 5 Abs. 1 UWG.

(BGH, Urteil vom 30. 6. 2011 – I ZR 157/10)

**§ 5 UWG – Wettbewerb; Irreführung; Einstellen eines Gebrauchtkfz-Angebots in die falsche Suchrubrik der Internet-Handelsplattform**

Stellt der Verkäufer eines Gebrauchtfahrzeugs sein Angebot auf einer Internethandelsplattform in eine Suchrubrik mit einer geringeren als der tatsächlichen Laufleistung des Pkw ein, so handelt es sich dabei grundsätzlich um eine unwahre Angabe im Sinne von § 5 Abs. 1 UWG über das angebotene Fahrzeug. Zur Irreführung des Publikums ist die unzutreffende Einordnung aber nicht geeignet, wenn diese für einen durchschnittlich

informierten und verständigen Leser bereits aus der Überschrift der Anzeige ohne weiteres hervorgeht, so dass das angesprochene Publikum nicht getäuscht wird.

(BGH, Urteil vom 6. 10. 2011 – I ZR 42/10)

**§§ 3, 7, 8 UWG – Wettbewerb; unzumutbare Belästigung; Zusenden unbestellter Ware; Haftung des Unternehmers für Akquisiteure; Auftragsbestätigung**

a) Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG erfasst auch die Ankündigung einer fortlaufenden Lieferung von Waren, bei der eine unbestellte, aber als bestellt dargestellte Ware zugesandt und, falls der Verbraucher nicht binnen einer Frist widerspricht, deren Zusendung gegen Entgelt fortgesetzt wird.

b) Das Zusenden unbestellter Ware stellt regelmäßig ebenso wie die entsprechende Ankündigung eine unzumutbare Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG dar.

c) Die Zusendung unbestellter Ware fällt dann nicht unter Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG oder unter § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG, wenn der Unternehmer irrtümlich von einer Bestellung ausgeht und der Irrtum seine Ursache nicht im Verantwortungsbereich des Unternehmers hat.

d) Beruht der Irrtum des Unternehmers darauf, dass ihn diejenigen Personen, die er für die Akquisition eingesetzt hat, über das Vorliegen einer Bestellung getäuscht haben, haftet er für den in der Zusendung der unbestellten Ware liegenden Wettbewerbsverstoß ungeachtet einer Wissenszurechnung nach § 166 Abs. 1 BGB nach § 8 Abs. 2 UWG.

(BGH, Urteil vom 17. 8. 2011 – I ZR 134/10)

**Besteuerung**

§§ 44, 73, 191, 219 AO; § 2 UStG;

§§ 131, 143 InsO; § 421 BGB

Finanzamt als Insolvenzgläubiger; Umsatzsteuer; Organgesellschaft; Doppelwirkung der Zahlung des Schuldners an einen Insolvenzgläubiger; Gläubigerbenachteiligung; Anfechtungsrechte des Insolvenzverwalters

1. Zieht das Finanzamt in Fällen einer umsatzsteuerrechtlichen Organschaft der Steuerschuld des Organträgers entsprechende Beträge aufgrund einer Lastschriftermächtigung vom Konto der Organgesellschaft ein, so macht es den steuerrechtlichen Haftungsanspruch aus § 73 AO gegen die Organgesellschaft geltend. Gerät diese in Insolvenz, erlangt das Finanzamt die Zahlung als deren Insolvenzgläubiger.

2. Erbringt der Schuldner einer noch nicht durchsetzbaren steuerrechtlichen Haftungsverbindlichkeit eine Zahlung an das Finanzamt, ist davon auszugehen, dass er dadurch seine Haftungsverbindlichkeit und nicht die ihr zugrunde liegende Steuerschuld des Dritten tilgen will.

3. Kommt der Zahlung des Schuldners an einen Insolvenzgläubiger eine Doppelwirkung zu, weil dadurch neben der Forderung des Empfängers zugleich der gegen den Schuldner gerichtete Anspruch eines mithaftenden Dritten

auf Befreiung von dieser Verbindlichkeit erfüllt wird, kann die Leistung nach Wahl des Insolvenzverwalters sowohl gegenüber dem Leistungsempfänger als auch gegenüber dem Dritten als Gesamtschuldner angefochten werden (Bestätigung von BGH WPM 2008, 363).

(BGH, Urteil vom 19. 1. 2012 – IX ZR 2/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger ist Verwalter in dem auf den Eigenantrag vom 19. Dezember 2008 über das Vermögen der S. GmbH (nachfolgend: Schuldnerin) am 1. Februar 2009 eröffneten Insolvenzverfahren.

2 Zwischen der Schuldnerin und ihrem Alleingesellschafter/Geschäftsführer A. S., dem Streithelfer des Klägers, bestand eine umsatzsteuerrechtliche Organschaft, bei der die Schuldnerin als Organgesellschaft und A. S. als Organträger fungierte. Das beklagte Land zog am 14. Oktober 2008 von dem bei einer Sparkasse geführten Konto der Schuldnerin aufgrund einer ihm erteilten Einzugsermächtigung eine Umsatzsteuerzahlung von 60.735,73 € ein, die auf der Geschäftstätigkeit der Schuldnerin beruhte. Nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Sparkasse bestand die Möglichkeit, gegen die Lastschrift binnen einer Frist von sechs Wochen nach Rechnungsabschluss Widerspruch einzulegen.

3 Der Kläger verlangt unter dem Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung von dem beklagten Land Erstattung des Betra-



ges von 60.735,73 €. Landgericht [Arnsberg] und Oberlandesgericht [Hamm] haben der Klage stattgegeben. Mit der von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt das beklagte Land seinen Klageabweisungsantrag weiter.

4 **Aus den Gründen:** Die Revision ist nicht begründet.

5 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, in der Genehmigung der Lastschriften durch die Schuldnerin, die zu einer mittelbaren Gläubigerbenachteiligung geführt habe, liege eine anfechtbare Rechtshandlung. Zu Unrecht mache das beklagte Land unter Hinweis auf die Entscheidung BFHE 226, 391 geltend, nicht Gläubigerin der Schuldnerin, sondern nur des Organträgers gewesen zu sein. Die Eigenschaft als Insolvenzgläubiger bestimme sich nach zivilrechtlichen und nicht nach steuerrechtlichen Maßstäben. Aus der umsatzsteuerrechtlichen Organshaft ergebe sich, dass sowohl der Organträger als auch die Organgesellschaft Steuerschuldner seien. Die nur subsidiäre Haftung der Organgesellschaft lasse die Stellung des Finanzamts als deren Insolvenzgläubiger nicht entfallen. Zwar sei ein Haftungsbescheid gegen die Schuldnerin nicht ergangen. Der Haftungsanspruch entstehe aber mit der Erfüllung der Voraussetzungen der Haftungsnorm unabhängig von dem Erlass eines Haftungsbescheids, dem nur deklaratorische Bedeutung zukomme. Die Finanzbehörde könne ihre Forderung bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des nachrangig Haftenden als aufschiebend bedingt anmelden. Dann werde die Quote auf den Ausfallbetrag berechnet.

6 Die Insolvenzanfechtung sei nicht wegen einer vorrangigen Anfechtung gegenüber dem Organträger verschlossen. Es gelte nicht der Grundsatz, dass der Insolvenzverwalter stets zuerst gegen den solventen Organträger im Wege der Anfechtung vorgehen müsse. Stünden zwei Anfechtungsansprüche gleichstufig nebeneinander, liege eine Gesamtschuld (§ 426 Abs. 1 BGB) vor. Dann sei es Sache des Insolvenzverwalters, welchen Anfechtungsschuldner er in Anspruch nehme. Die Monatsfrist des § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO sei gewahrt. Es handle sich um eine inkongruente Deckung, weil dem Land eine Befriedigung gewährt werde, die es mangels eines Haftungsbescheids nicht zu der Zeit zu beanspruchen gehabt habe.

7 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung stand.

8 **A.** Die Klageforderung findet in § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO ihre Grundlage. Die Vorschrift gestattet eine Anfechtung nur gegenüber einem Gläubiger des Schuldners (BGH, Urteil vom 20. Juli 2006 – IX ZR 44/05, ZIP 2006, 1591 Rn. 10; vom 29. November 2007 – IX ZR 121/06, BGHZ 174, 314 Rn. 14).

9 I. Das beklagte Land ist im hier gegebenen Fall des mittels einer Lastschrift bewirkten Einzugs einer Haftungsforderung (§ 73 AO) als Gläubiger der Schuldnerin zu betrachten. Der Senat vermag nicht der Rechtsauffassung zu folgen (BFH, Urteil vom 23. September 2009 – VII R 43/08, BFHE 226, 391, 396), dass die Finanzbehörde im Falle der Leistungsfähigkeit des primären Steuerschuldners keine Insolvenzgläubigerin des Haftungsschuldners sei, wenn dieser vor Erlass eines Haftungsbescheids Zahlung an sie entrichtete.

10 1. Eine Anfechtung wäre gegen das beklagte Land als Gläubiger der empfangenen Leistung selbst dann begründet, wenn diesem überhaupt keine Forderung gegen die Schuldnerin zugestanden hätte.

11 a) Der im Rahmen der Deckungsanfechtung (§ 130 Abs. 1, § 131 Abs. 1 InsO) verwendete Begriff des Insolvenzgläubigers setzt nicht voraus, dass dem Leistungsempfänger als Anfechtungsgegner eine rechtsbeständige Forderung gegen den Schuldner zusteht. Erbringt der Schuldner auf eine vermeintliche, tatsächlich aber nicht bestehende Forderung eine Zahlung, ist der Empfänger in Anwendung der §§ 130, 131 InsO als Insolvenzgläubiger zu betrachten, wenn die Leistung aus seiner Warte bei objektiver Betrachtung zur Tilgung der nicht bestehenden Forderung bestimmt ist. Bereits dem Wortlaut des § 131 Abs. 1 InsO, der Deckungen der Anfechtung unterwirft, die der Insolvenzgläubiger „nicht“, „nicht in der Art“ oder „nicht zu der Zeit“ zu beanspruchen hatte, kann entnommen werden, dass auch der Empfänger einer Zuwendung, die eines Rechtsgrundes entbehrt, Insolvenzgläubiger ist. Diese Auslegung gilt ebenfalls für § 130 InsO, weil diese Vorschrift als Auffangtatbestand auch inkongruente Deckungen im Sinne des § 131 InsO erfasst (MünchKomm-InsO/Kirchhof, 2. Aufl., § 130 Rn. 6; Jaeger/Henckel, InsO, § 130 Rn. 13; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl. § 130 Rn. 5).

12 b) Es ist allgemein anerkannt, dass eine Deckung „nicht“ zu beanspruchen ist, wenn unvollkommene (§ 762 f BGB), verjährte (§§ 194 ff BGB), durch Irrtum, Täuschung oder Drohung (§§ 119, 123 BGB) anfechtbar begründete sowie solche Verbindlichkeiten beglichen werden, bei denen ein Formmangel durch die Leistungsbewirkung (§ 311b Abs. 1 Satz 2 BGB, § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG) geheilt wird (vgl. BGH, Urteil vom 5. Februar 2004 – IX ZR 473/00, WPM 2004, 932, 933; Jaeger/Henckel, aaO, § 131 Rn. 8). Aber auch im Fall der Leistung auf eine nach objektiver Rechtslage unabhängige von einer Einwendung oder Einrede von vornherein nicht bestehende Forderung ist der Zuwendungsempfänger, weil er die Deckung „nicht“ zu beanspruchen hat, als Insolvenzgläubiger zu erachten (MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO, § 131 Rn. 6; Schoppmeyer in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2008, § 131 Rn. 23, 24; Hmb-Komm-InsO/Rogge, 3. Aufl., § 130 Rn. 5, § 131 Rn. 4; Jaeger/Henckel, aaO, § 130 Rn. 35; aA FK-InsO/Dauernheim, 6. Aufl., § 131 Rn. 7; Uhlenbruck/Hirte, aaO, § 131 Rn. 4). Es wäre nicht gerechtfertigt, einen Gläubiger, der eine rechtsgrundlose Leistung erlangt, im Vergleich zu einem Gläubiger, der für einen rechtlich begründeten Anspruch lediglich eine inkongruente Deckung erhält, von der Deckungsanfechtung freizustellen (MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO, § 131 Rn. 6; Schoppmeyer in Kübler/Prütting/Bork, aaO, § 131 Rn. 24; vgl. auch Jaeger/Henckel, aaO, § 131 Rn. 8). Wäre der Empfänger im Falle der Wirksamkeit der geltend gemachten Forderung als Insolvenzgläubiger zu behandeln, bleibt es bei dieser Bewertung, wenn die beanspruchte Forderung eines Rechtsgrundes entbehrt (Schoppmeyer in Kübler/Prütting/Bork, aaO, § 130 Rn. 49). Da das beklagte Land als Inhaber des Haftungsanspruchs aus § 73 AO Insolvenzgläubiger der Schuldnerin gewesen wäre, wird diese Rechtsstellung nicht dadurch berührt, dass die gesetzlichen Haftungsvoraussetzungen tatsächlich fehlen.

13 2. Bei zutreffender rechtlicher Beurteilung folgt deshalb die Stellung des beklagten Landes als Insolvenzgläubiger, die durch innerstaatliche Abführungspflichten an andere Rechtsträger nicht berührt wird (BGH, Beschluss vom 11. Oktober 2007 – IX ZR 87/06, WPM 2007, 2158 Rn. 4), aus dem ihm gegen die Schuldnerin gemäß § 73 AO zustehenden Haftungsanspruch. Dieser war infolge der Zahlungsfähigkeit des Organträgers als Steuerschuldner (§ 219 Satz 1 AO) „nicht zu der Zeit“ im Sinne des § 131 Abs. 1 InsO begründet.

14 a) Ist der Leistungsempfänger bei Zahlung auf eine nicht bestehende Forderung als Insolvenzgläubiger anzusehen, gilt dies gleichfalls im Falle der Befriedigung einer einredebehafteten Forderung. Der im Verhältnis zu dem Organträger bestehende Haftungsnachrang der Organgesellschaft führt nicht dazu, dass bei einer Zahlung durch die Organgesellschaft die Finanzbehörde die Eigenschaft einer Insolvenzgläubigerin verliert.

**Einbanddecke GuT-Jahrgänge 2008-2009**

Preis: 15,00 EUR inkl. Versand zzgl. 7% MwSt

Sonderpreise für GuT-Einbanddecken und zurückliegende Jahrgänge auf Anfrage.

Lieferung solange vorrätig. info@prewest.de

15 aa) Eine Insolvenzforderung im Sinne des § 38 InsO liegt vor, wenn der anspruchsbegründende Tatbestand schon vor Verfahrenseröffnung abgeschlossen ist, mag sich eine Forderung des Gläubigers daraus auch erst nach Beginn des Insolvenzverfahrens ergeben. Nur die schuldrechtliche Grundlage des Anspruchs muss schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sein (ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs; vgl. zuletzt BGH, Beschluss vom 22. September 2011 – IX ZB 121/11, ZVI 2011, 408 Rn. 3). Unerheblich ist, ob die Forderung selbst schon entstanden oder fällig ist. Entsprechend geht auch der Bundesfinanzhof davon aus, dass für die Frage, ob Steuerforderungen Insolvenzforderungen sind, entscheidend ist, ob die Hauptforderung ihrem Kern nach bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden ist. Auf die Frage, ob der Anspruch zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im steuerrechtlichen Sinne entstanden ist, kommt es dagegen nicht an (BFH, Beschluss vom 1. April 2008 – X B 201/07, ZIP 2008, 1780 Rn. 17 mwN). Zu den Insolvenzgläubigern gehört jeder, der in der Insolvenz nur eine Forderung im Sinne des § 38 InsO oder einen nachrangigen Anspruch (§ 39 InsO) gehabt hätte, weil dessen Erfüllung geeignet ist, die Befriedigungsaussichten der Gläubigergesamtheit zu schmälern. Ob der Empfänger der Leistung des Schuldners tatsächlich an dem Verfahren teilnehmen würde, spielt keine Rolle, weil davon die Gläubigerbenachteiligung durch die Rechtshandlung des Schuldners nicht abhängig ist (BGH, Urteil vom 20. Juli 2006 – IX ZR 44/05, ZIP 2006, 1591 Rn. 10; vom 9. Oktober 2008 – IX ZR 59/07, WPM 2008, 2178 Rn. 15).

16 bb) Wegen der damit verbundenen Gläubigerbenachteiligung ist eine Anfechtung anzuerkennen, wenn der Schuldner vorzeitig einer Mitverpflichtung nachkommt und dadurch den Gläubiger befriedigt. Ein Bürge haftet neben dem Hauptschuldner – abgesehen von dem Fall einer selbstschuldnerischen Bürgschaft, in dem die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen ist (§ 771 BGB; vgl. dazu BGH, Urteil vom 9. Oktober 2008, aaO Rn. 16) – nicht gleichstufig, sondern im Verhältnis zu diesem nachrangig. Die Forderung gegen den Bürgen kann bei dessen Insolvenz nur als aufschiebend bedingt angemeldet werden, so dass der Bürgschaftsgläubiger eine Quote lediglich auf den Ausfallbetrag erhält (OLG Köln, ZInsO 2006, 1329, 1330; MünchKomm-InsO/Bitter, aaO § 43 Rn. 11 i. Vm. Rn. 6; Uhlenbruck/Knof, aaO § 43 Rn. 4). Bis zum Eintritt der Bedingung nimmt der Bürgschaftsgläubiger nicht an einer Verteilung teil; ihm wird aber eine Sicherung gewährt, indem der auf ihn entfallende Teil gemäß § 198 InsO hinterlegt wird (Uhlenbruck/Knof, aaO, § 42 Rn. 7). Gleichwohl ist auch der Inhaber einer aufschiebend bedingten Forderung als Insolvenzgläubiger im Sinne der §§ 130, 131 InsO anzusehen, weil nach § 191 Abs. 1 InsO selbst bedingte Forderungen einen Vermögensanspruch gegen den Schuldner begründen (MünchKomm-InsO/Ehricke, aaO, § 38 Rn. 17; Jaeger/Heckel, aaO, § 38 Rn. 87; Holzer in Kübler/Prütting/Bork, aaO, § 38 Rn. 28; HK-InsO/Eickmann, aaO, § 38 Rn. 18). Darum ist der Bürgschaftsgläubiger Insolvenzgläubiger eines Bürgen, der unter Verzicht auf die Ausübung der ihm eröffneten Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB) freiwillig Zahlung geleistet hat (RGZ 152, 321, 322 f; MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO, § 130 Rn. 19). Diese Grundsätze sind auf den vorliegenden Sachverhalt ohne weiteres zu übertragen, weil nicht anders als bei einem Bürgen gemäß §§ 73, 219 Satz 1 AO nur eine nachrangige Haftung der Schuldnerin stattfindet. Zahlt der Haftungsschuldner trotz Leistungsfähigkeit des primären Steuerschuldners, ist die Finanzverwaltung folglich Insolvenzgläubiger.

17 cc) Diese Würdigung entspricht der rechtlichen Eigenart des hier gegebenen steuerrechtlichen Haftungsanspruchs. Mit dem Steueranspruch gegen den Organträger wird zugleich der Haftungsanspruch gegen die Organgesellschaft begründet. Ein Haftungsanspruch entsteht, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Haftungsfolge knüpft. Wegen der Akzessorietät des Haftungsanspruchs ist hierfür im Regelfall erforderlich, daß auch die Steuerschuld, für die gehaftet werden

soll, entstanden ist und noch besteht. Für die Entstehung des Haftungsanspruchs als abstrakten, materiellrechtlichen Anspruch aus dem Steuerschuldverhältnis bedarf es nicht des Erlasses eines Haftungsbescheids. Der Haftungsbescheid konkretisiert lediglich den bereits entstandenen Haftungsanspruch und bildet die Grundlage für die Verwirklichung dieses Anspruchs. Der Haftungsbescheid hat demnach ebenso wie der Steuerbescheid keine konstitutive, sondern nur deklaratorische Bedeutung (BFH, Urteil vom 15. Oktober 1996 – VII R 46/96, BFHE 181, 392, 394 f). Die Entstehung des Haftungstatbestandes als materiell-rechtlicher Anspruch aus dem Steuerverhältnis erfordert nach dieser weiter maßgeblichen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs also nicht den Erlass eines Haftungsbescheides (OLG Nürnberg ZInsO 2010, 207). Im Streitfall war der Haftungsanspruch mit Begründung der ihm zugrunde liegenden Umsatzsteuerschuld entstanden. In der Subsidiarität des § 219 Satz 1 AO liegt kein Entstehungshindernis der Haftpflicht. Selbst ein Haftungsbescheid gemäß § 191 AO kann – trotz aussichtsreicher Vollstreckung gegen den Steuerschuldner – ergehen. Nur das Leistungsgebot gemäß § 254 AO hat dann als Folge der Subsidiarität zu unterbleiben (Alber in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, 2011, § 219 Rn. 10, 12). Da der Schuldnerin gegen den von dem beklagten Land verfolgten Haftungsanspruch wegen der Zahlungsfähigkeit des Organträgers ein Leistungsverweigerungsrecht (vgl. etwa § 273 BGB) eröffnet war, konnte das beklagte Land als Haftungsgläubiger die im Lastschriftverfahren erlangte Deckung „nicht zu der Zeit“ beanspruchen (vgl. MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO, § 131 Rn. 40; HmbKomm-InsO/Rogge, aaO, § 131 Rn. 18; Schoppmeyer in Kübler/Prütting/Bork, aaO, § 131 Rn. 68). Dieser Umstand lässt aber die Stellung der Finanzbehörde als Gläubigerin der Schuldnerin unberührt.

18 b) Die Deckungsanfechtung setzt ferner voraus, dass die Leistung aus objektiver Warte des Empfängers die Tilgung einer gegen den Schuldner gerichteten Forderung bezweckte (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 2008 – IX ZR 59/07, WPM 2008, 2178 Rn. 21).

19 aa) Soweit auf das Verständnis des Empfängers für die Bewertung abgestellt wird, ob der Schuldner eine Eigen- oder eine Fremdverbindlichkeit tilgt, entsprechen die insolvenzrechtlichen Zuordnungskriterien (BGH, Urteil vom 16. September 1999 – IX ZR 204/98, BGHZ 142, 284, 287; Urteil vom 9. Oktober 2008, aaO Rn. 21) denen des bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriffs (vgl. BGH, Urteil vom 31. Oktober 1963 – VII ZR 285/61, BGHZ 40, 272, 277 f; vom 24. Februar 1972 – VII ZR 207/70, BGHZ 58, 184, 188 zum bereicherungsrechtlichen Leistungsempfänger). Der Anspruch aus dem Steuerverhältnis und der Haftungsanspruch bestehen unabhängig voneinander (Schwarz, AO, 2007, Vor §§ 69 bis 77 Rn. 22). Der Steuerschuldner und der Haftende sind gemäß § 44 AO Gesamtschuldner (BFH, Beschluss vom 11. Juli 2001 – VII R 28/99, BFHE 195, 510, 514 f; Boeker in Hübschmann/Hepp/Spitaler, aaO, § 44 Rn. 13; Schwarz, aaO, § 44 Rn. 13). Da die Zahlung durch den Haftungsschuldner gemäß § 44 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 AO zu Gunsten des Steuerschuldners wirkt (BFH, aaO, S. 515), geht das Gesetz bei einer Zahlung durch den Haftenden nicht von der Notwendigkeit einer zum Erlöschen der Steuerschuld führenden Tilgungsbestimmung aus. Überdies geht bei Zahlung durch den Haftenden die Steuerforderung auf diesen über, wenn er im Innenverhältnis gemäß § 426 Abs. 2 BGB von dem Steuerschuldner Ausgleich verlangen kann (BGH, Urteil vom 2. April 1973 – VIII ZR 108/72, NJW 1973, 1077, 1078; BFH, Urteil vom 12. Mai 1976 – II R 187/72, BFHE 119, 188, 191; Schwarz, aaO, 2009, § 44 Rn. 35; Boeker, aaO, § 44 Rn. 64).

20 bb) Lässt sich aus den dem Finanzamt bei Zahlung erkennbaren Umständen nicht erschließen, wessen Steuerschuld der zahlende Gesamtschuldner begleichen wollte, so wird im allgemeinen angenommen, daß der Gesamtschuldner nur seine eigene Steuerschuld tilgen wollte (BFH, Urteil vom 25. Juli 1989 – VII R 118/87, BFHE 157, 326, 327 f; vom 18. Februar



1997 – VII R 117/95, DStRE 1997, 658, 659; Tipke/Drüen, AO, 2010, § 37 Rn. 69 mwN; Madle in Leopold/Madle/Radler, AO, 2008, § 37 Rn. 4). Da durch die Zahlung auf den Haftungsanspruch die Steuerforderung entweder kraft Gesetzes erlischt oder im Falle eines Ausgleichsanspruch auf den Haftenden übergeht, kann die Finanzbehörde Zahlungen des Haftungsschuldners allein dem Haftungsanspruch zuordnen (Schwarz, aaO, 2005, § 37 Rn. 13; Drüen in Tipke/Kruse, aaO, § 37 Rn. 69 f; Boeker, aaO, § 37 Rn. 64). Nähme man in Fällen der vorliegenden Art eine Zahlung auf die Steuerforderung und den Haftungsanspruch an, würde die Unterscheidung zwischen beiden Rechtsinstituten aufgegeben und der Haftende generell als Steuerschuldner behandelt. Ein solches Verständnis liegt der gesetzlichen Regelung der Abgabenordnung fern.

21 II. Auch die weiteren Anfechtungsvoraussetzungen des § 131 Abs. 1 Nr. 1, InsO sind im Streitfall gegeben.

22 1. Infolge der „nicht zu der Zeit“ zu beanspruchenden Befriedigung ist ein Erstattungsanspruch gegen das beklagte Land wegen inkongruenter Deckung unter den erleichterten Voraussetzungen des § 131 Abs. 1 InsO, welche die Anfechtung nicht an besondere subjektive Merkmale (BT-Drucks. 12/2443 S. 158) knüpfen, begründet. Danach ist wegen der im letzten Monat vor dem Eröffnungsantrag vorgenommenen Rechtshandlung § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO einschlägig.

23 a) Die Rechtshandlung der Schuldnerin wurde innerhalb der Frist von einem Monat vor Antragstellung vorgenommen. Bei einer Zahlung im Wege des Einziehungsermächtigungsverfahrens liegt die anfechtbare Rechtshandlung erst in der Genehmigung der Lastschriftbuchung, nicht bereits in dieser Buchung selbst, weil die Belastung des Kontos bis zur Genehmigung ohne materielle Wirkung bleibt (BGH, Urteil vom 30. September 2010 – IX ZR 178/09, WPM 2010, 2023 Rn. 21; vom 30. September 2010 – IX ZR 177/07, WPM 2010, 2167 Rn. 11). Die Schuldnerin hat den Einzug aufgrund der Genehmigungsfiktion des Nr. 7 Abs. 4 AGB-Spk mit Ablauf von sechs Wochen nach Zugang des Rechnungsabschlusses vom 31. Oktober 2008 am 12. Dezember 2008 genehmigt (vgl. BGH, Urteil vom 30. September 2010 – IX ZR 178/09, WPM 2010, 2023 Rn. 19).

24 b) Soweit sich das beklagte Land im Revisionsrechtszug auf eine ausschließlich die Anwendung des § 131 Abs. 1 Nr. 2 und 3 InsO gestattende, bereits vor Eintritt der Genehmigungsfiktion erteilte konkludente Genehmigung der Lastschrift durch die Schuldnerin beruft, kann dieses Vorbringen gemäß § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht berücksichtigt werden. Der Kläger hat in der Klageschrift vorgetragen, dass die Zahlung auf der Grundlage einer fiktiven Genehmigung der Belastungsbuchung durch die Schuldnerin am 12. Dezember 2008 erbracht wurde. Diese Darstellung hat das beklagte Land in der Klageerwiderung ausdrücklich unstreitig gestellt. Darin liegt ein Geständnis im Sinne des § 288 Abs. 1 ZPO, das sich auch auf eine juristisch eingekleidete Tatsache und mithin die Frage beziehen kann, ob eine Lastschrift durch ausdrückliche Erklärung oder konkludentes Verhalten genehmigt worden ist (BGH, Urteil vom 22. Fe-

bruar 2011 – XI ZR 261/09, WPM 2011, 688 Rn. 12). Durch die in der nachfolgenden Antragstellung liegende stillschweigende Bezugnahme wurde die Geständniswirkung des § 288 ZPO verwirklicht (BGH, Urteil vom 14. April 1999 – IV ZR 289/97, NJW-RR 1999, 1113; vom 18. Juni 2007 – II ZR 89/06, NJW-RR 2007, 1563 Rn. 16). Da zu den Voraussetzungen des § 290 ZPO nichts vorgetragen ist, bleibt das beklagte Land auch im Revisionsrechtszug an dieses Geständnis gebunden.

25 2. Eine Gläubigerbenachteiligung ist eingetreten. Auch soweit die Zahlung aus einem nur geduldeten Überziehungskredit erfolgte, liegt eine Gläubigerbenachteiligung vor (BGH, Urteil vom 6. Oktober 2009 – IX ZR 191/05, BGHZ 182, 317 Rn. 11 ff).

26 III. Die Anfechtung gegen das beklagte Land nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO scheidet schließlich im Streitfall entgegen der Auffassung des Bundesfinanzhofs (Urteil vom 23. September 2009, aaO, S. 397 ff) nicht daran, dass dem Kläger ein Anfechtungsanspruch auch gegen den Streithelfer als Organträger zustehen kann und diesem im Verhältnis zu dem mit der Klage verfolgten Anfechtungsanspruch Vorrang zukäme.

27 1. Der Anfechtungsanspruch ist gegen das beklagte Land als neben dem Organträger verpflichtetem Gesamtschuldner (§ 421 BGB) begründet.

28 Die Schuldnerin hatte gemäß § 73 AO als Haftungsschuldner für die Umsatzsteuerschuld des Organträgers gegenüber dem beklagten Land einzustehen. Im Innenverhältnis zu dem Organträger musste freilich die Schuldnerin die durch ihre eigene Geschäftstätigkeit ausgelöste Umsatzsteuer tragen (vgl. BGH, Urteil vom 22. Oktober 1992 – IX ZR 244/91, BGHZ 120, 50, 54 ff). Das interne Ausgleichsverhältnis ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass die Organgesellschaft im Rahmen einer Organschaft Zahlungen an die Finanzverwaltung allein auf der Grundlage des gegen sie gerichteten Haftungsanspruchs (§ 73 AO) erbringt. Darum greift die Deckungsanfechtung gegen den Zahlungsempfänger durch, wenn der Schuldner diesem aufgrund einer von ihm übernommenen Sicherung im Rahmen einer eigenen Rechtsbeziehung zur Zahlung der gegen einen Dritten gerichteten Verbindlichkeit verpflichtet ist (BGH, Urteil vom 5. Februar 2004 – IX ZR 473/00, WPM 2004, 932, 933; vom 9. Oktober 2008 – IX ZR 59/07, WPM 2008, 2178 Rn. 23 a.E.; MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO § 130 Rn. 19; Schoppmeyer in Kübler/Prütting/Bork, aaO § 130 Rn. 51; HmbKomm-InsO/Rogge, aaO § 130 Rn. 3; HK-InsO/Kreft, aaO § 130 Rn. 10; ähnlich im Ergebnis Jaeger/Henckel, aaO § 130 Rn. 19 a.E.).

29 2. Allerdings bestand hier – sofern die weiteren Voraussetzungen eingreifen – auch ein Anfechtungsanspruch aus §§ 130, 131 InsO gegen den Streithelfer als Organträger. Wenn der Schuldner eine Verbindlichkeit tilgt, für die ein Dritter eine Sicherung bestellt hat, wird mit seiner Leistung zugleich der Anspruch des Dritten auf Befreiung von der Verbindlichkeit erfüllt. Dann ist der Sicherungsgeber ebenfalls Insolvenzgläubiger, und die Leistung kann auch ihm gegenüber angefochten werden (RG LZ 1911, 944, 945 f; MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO § 130 Rn. 17; Jaeger/Henckel, aaO § 130 Rn. 18; Schoppmeyer in Kübler/Prütting/Bork, aaO; HmbKomm-InsO/Rogge, aaO § 130 Rn. 3; vgl. BGH, Urteil vom 20. Juli 2006 – IX ZR 44/05, ZIP 2006, 1591). Diese Grundsätze sind auf den vorliegenden Sachverhalt übertragbar, weil die Schuldnerin die Umsatzsteuerschuld im Innenverhältnis zu dem Streithelfer zu tragen hatte und deshalb mit ihrer Zahlung an das beklagte Land zugleich den Befreiungsanspruch des Streithelfers (vgl. BGH, Urteil vom 22. Oktober 1992 – IX ZR 244/91, BGHZ 120, 50, 54 ff) beglichen hat.

30 3. Angesichts der Doppelwirkung der von der Schuldnerin geleisteten Zahlung ist keine mittelbare Zuwendung des Organträgers gegeben, bei welcher der Organträger Vermögensbestandteile mit Hilfe einer Mittelsperson an den gewünschten

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

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

Einzelstücke der Beilage 50a, Umfang 96 Seiten, DIN A5, können zum Preis von 16,00 EUR inkl. 7% MwSt zzgl. Porto bei der Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Fax 0228/470954, info@prewest.de, bezogen werden. Preis bei Mehrbezug auf Anfrage.

Empfänger verschiebt, ohne mit diesem äußerlich in unmittelbare Rechtsbeziehungen zu treten (vgl. BGH, Urteil vom 19. Februar 2009 – IX ZR 16/08, WPM 2009, 809 Rn. 7 mwN).

31 a) Hier fehlt es infolge des Lastschrifteinzugs durch das beklagte Land bereits an einer Veranlassung der seitens der Schuldnerin bewirkten Zahlung durch den Streithelfer als Voraussetzung einer mittelbaren Zuwendung (BGH, Urteil vom 8. Dezember 2005 – IX ZR 182/01, WPM 2006, 190, 191 [= GuT 2006, 96 KL]). Ferner war für das beklagte Land nicht erkennbar, dass es sich um eine Leistung des Organträgers hätte handeln sollen (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 2008, aaO, Rn. 21). Eine mittelbare Zuwendung scheidet der Sache nach aus, wenn die Zwischenperson mit ihrer Leistung an den Gläubiger auch eine eigene Verbindlichkeit als Mitschuldner zu tilgen sucht (MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO, § 129 Rn. 49a; Thole, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010, S. 330). Wird durch die Leistung des Schuldners an den Gläubiger außerdem ein Mitverpflichteter befreit, fehlt es, weil der Vermögenswert aus Sicht des Schuldners letztlich allein dem Gläubiger zukommen soll, an einer mittelbaren Zuwendung (HmbKomm-InsO/Rogge, aaO, § 129 Rn. 29). Für eine mittelbare Zuwendung ist daher kein Raum, wenn der Leistende – wie hier – einem Dritten zur Schuldbefreiung und dem Empfänger kraft Gesetzes zur Zahlung verpflichtet ist (BGH, Urteil vom 24. September 1962 – VIII ZR 18/62, BGHZ 38, 44, 46 f).

32 b) Die Annahme einer mittelbaren Zuwendung des Organträgers unter Einschaltung der Organgesellschaft an die Finanzbehörde würde ferner zu dem unangemessenen Ergebnis führen, dass die Organgesellschaft nach einer Zahlung an die Finanzbehörde im Falle der Insolvenz des Organträgers die Anfechtung der von ihr bewirkten Leistung zu befürchten hätte und in diesem Fall kraft ihrer Haftungsverpflichtung für die nach § 144 InsO wieder auflebende Steuerschuld abermals herangezogen werden könnte (vgl. BGH, aaO, S. 48). Mithin kann aus dem Grundsatz, dass in Fällen einer Doppelinsolvenz die Anfechtung des Insolvenzverwalters des Leistenden der Anfechtung durch den Insolvenzverwalter des Leistungsmittlers vorgeht (vgl. BGH, Urteil vom 16. November 2007 – IX ZR 194/04, BGHZ 174, 228 Rn. 34 ff, 37), für den Streitfall nichts hergeleitet werden.

33 4. Bei Doppelwirkung einer Leistung hat der Verwalter vielmehr die Wahl, welchen Leistungsempfänger er in Anspruch nimmt. Es können, sofern die Voraussetzungen vorliegen, beide belangt werden und haften gegebenenfalls als Gesamtschuldner (BGH, Urteil vom 29. November 2007 – IX ZR 165/05, WPM 2008, 363 Rn. 17; vom 26. Juni 2008 – IX ZR 47/05, WPM 2008, 1442 Rn. 23; vom 26. Juni 2008 – IX ZR 144/05, WPM 2008, 1512 Rn. 33; vgl. auch BGH, Urteil vom 29. November 2007 – IX ZR 121/06, BGHZ 174, 314 Rn. 25 ff; vom 9. Oktober 2008 – IX ZR 59/07, WPM 2008, 2178 Rn. 23 a.E.). Dies gilt ohne weiteres auch dann, wenn die Leistung des Schuldners – wie hier – zugleich einem im Verhältnis zu ihm nachrangig Mitverpflichteten zugutekommt (BGH, Urteil vom 29. April 1999 – IX ZR 163/98, ZIP 1999, 973, 974 unter 2 d). Daher ist außer dem Zahlungsempfänger der Dritte gleichfalls Insolvenzgläubiger. Ist das beklagte Land neben dem Organträger Gesamtschuldner des Anfechtungsanspruchs, steht es dem Kläger gemäß § 421 Satz 1 BGB frei, welchen Verpflichteten er in Anspruch nimmt (Urteil vom 29. November 2007 – IX ZR 165/05, aaO, Rn. 17).

34 B. In vorliegender Gestaltung ist infolge der auf dem Haftungsanspruch des § 73 AO beruhenden Zahlungsverpflichtung der Schuldnerin für eine Schenkungsanfechtung gegen das beklagte Land innerhalb der Vierjahresfrist des § 134 Abs. 1 InsO kein Raum.

35 I. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist die Tilgung einer fremden Schuld als unentgeltliche Leistung anfechtbar, wenn die gegen den Dritten gerichtete Forderung des Zuwendungsempfängers wertlos war; dann hat der Zuwendungsempfänger wirtschaftlich nichts verloren, was als

Gegenleistung für die Zuwendung angesehen werden kann (BGH, Urteil vom 22. Oktober 2009 – IX ZR 182/08, WPM 2009, 2283 Rn. 8; vom 17. Juni 2010 – IX ZR 186/08, WPM 2010, 1421 Rn. 7 jeweils mwN). Diese Grundsätze gelten lediglich in Fällen einer freiwilligen Drittleistung, hingegen nicht auch, wenn den Dritten gegenüber dem Zahlungsempfänger eine eigene Verbindlichkeit trifft. Denn dann tilgt er mit der fremden Schuld zugleich eine eigene. In dem Freiwerden von der eigenen Schuld liegt der Ausgleich, der die Anwendung des § 134 Abs. 1 InsO ausschließt (BGH, Urteil vom 5. Juni 2008 – IX ZR 163/07, WPM 2008, 1459 Rn. 13).

36 II. Die Zahlungsverpflichtung der Schuldnerin folgt hier aus § 73 AO, der einen eigenständigen gesetzlichen Anspruch gegen die Organgesellschaft begründet. Die Tilgung von Ansprüchen aus gesetzlichen Schuldverhältnissen ist jedoch nicht unentgeltlicher Natur (BGH, Urteil vom 18. März 2010 – IX ZR 57/09, WPM 2010, 851 Rn. 9). Ließe man in Fällen der Zahlungsunfähigkeit des Organträgers die Anfechtung des Insolvenzverwalters der Organgesellschaft nach § 134 Abs. 1 InsO durchgreifen, würde der Zweck des § 73 AO, eine umfassende Sicherung des Steueranspruchs zu gewährleisten (BFH, Urteil vom 23. September 2009, aaO, S. 397), insolvenzrechtlich verfehlt, weil die Organgesellschaft wie ein bloßer Drittzahler behandelt würde. Eine Entgeltlichkeit der Leistung der Schuldnerin kann hingegen nicht daraus hergeleitet werden, dass sie im Innenverhältnis zu dem Organträger verpflichtet war, für die aus ihrer eigenen Geschäftstätigkeit herrührende Steuerschuld aufzukommen (vgl. BGH, Urteil vom 22. Oktober 1992 – IX ZR 244/91, BGHZ 120, 50, 54 ff), weil für die Beurteilung, ob eine nach § 134 Abs. 1 InsO anfechtbare Rechtshandlung vorliegt, allein auf das Rechtsverhältnis zwischen dem verfügenden Insolvenzschuldner und dem Zuwendungsempfänger abzustellen ist (BGH, Urteil vom 4. März 1999 – IX ZR 63/98, BGHZ 141, 96, 100).

37 C. Danach ist die Revision gemäß § 561 ZPO zurückzuweisen, weil sich das angefochtene Urteil als zutreffend darstellt. Der Senat kann in der Sache entscheiden, ohne im Blick auf das Urteil des Bundesfinanzhofs vom 23. September 2009 (VII R 43/08, BFHE 226, 391) den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes anzurufen. Der vorliegende Sachverhalt ist im Vergleich zu der von dem Bundesfinanzhof entschiedenen Sache in wesentlichen Punkten anders gelagert: Es handelt sich im Unterschied zu dem von dem Bundesfinanzhof entschiedenen Fall nicht um eine freiwillige Zahlung der Organgesellschaft vor Fälligkeit der Steuerschuld, sondern um eine im Wege des Lastschrifteinzugs von der Finanzverwaltung selbst ausgelöste Zahlung. Das Finanzamt hat in den Tatsacheninstanzen eingeräumt, durch den Lastschrifteinzug gegen die Schuldnerin den Haftungsanspruch durchgesetzt zu haben. Kann die Zahlung mithin allein dem Haftungsanspruch zugeordnet werden, ist die Anfechtung gegen die Finanzverwaltung begründet.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

<b>Kurzfassungen/Leitsätze (KL)</b>
<b>Steuerrecht etc.</b>

### §§ 20, 44 KostO – Notarkosten; Grundstücksverkauf; Umsatzsteuer zum Kaufpreis; Verzicht auf Umsatzsteuerbefreiung

Die bei einem Grundstücksverkauf anfallende Umsatzsteuer ist seit der Änderung des Umsatzsteuergesetzes durch das Haushaltsbegleitgesetz 2004 nicht mehr Teil des Kaufpreises, wenn keine abweichende Vereinbarung getroffen wurde.

Ein Grundstückskauf und der dazu erklärte Verzicht des Verkäufers auf Umsatzsteuerbefreiung (§ 9 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 UStG) haben denselben Gegenstand.

(BGH, Beschluss vom 2. 12. 2010 – V ZB 52/10)



# Magazin

## Politik und Recht

### FDP-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 9. 2. 2012

#### Kompromiss beim Kreislaufwirtschaftsgesetz ist erster Schritt zu mehr Wettbewerb und besserem Recycling

Zur gestrigen Einigung im Vermittlungsausschuss beim Kreislaufwirtschaftsgesetz erklärt der stellvertretende Vorsitzende im Umweltausschuss und zuständige Berichterstatter der FDP-Bundestagsfraktion Horst Meierhofer:

Die FDP war beim Kreislaufwirtschaftsgesetz die treibende Kraft für verbesserten Wettbewerb und mehr Recycling. Die Bundesratsmehrheit wollte mit den Stimmen von Rot-Grün und Schwarz-Rot den privaten Unternehmen den Zugang zum Altpapiermarkt verbieten. Der gefundene Kompromiss lässt wesentlich leistungsfähigere private Altpapiersammlungen jetzt zu. Falls keine Verbesserung des Wettbewerbs eintritt, werden wir innerhalb eines Jahres Korrekturen durchführen.

Mit der neutralen Stelle haben wir ein wichtiges Element für einen geregelten Wettbewerb in das Gesetz eingeführt. Durch die von uns geforderte Nutzungskaskade wird jeder Stoff künftig maximal recycelt – und zwar solange, bis es Sinn macht, ihn zu verbrennen. Mit der Wertstofftonne werden wir bürgerfreundliches Sammeln ermöglichen.

Das Ziel der Bundesregierung beim Wertstoffgesetz ist stärkerer Wettbewerb und besseres Recycling – das haben wir in einer Protokollnotiz zum Vermittlungsausschuss festgeschrieben.

### CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 9. 2. 2012

#### Endlich Weg für Abfallrecht frei Kommunale Verantwortung für die Abfallbeseitigung bleibt gesichert

Der Vermittlungsausschuss hat gestern mit einer geringfügigen Änderung in Artikel 1, § 17, Absatz 3 den Weg für eine Neufassung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes freigemacht. Dazu erklärt der kommunalpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Götz:

„Endlich ist im Vermittlungsausschuss ein Weg gefunden worden, wie die von der Koalition im Bundestag beschlossene Änderung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes umgesetzt werden kann.

Rosinenpickerei wird weiterhin rechtssicher ausgeschlossen, und die kommunale Verantwortung für die Abfallbeseitigung bleibt gesichert. Für die Kommunen war es von Anfang an wichtig, dass es klare Definitionen gibt, unter welchen Voraussetzungen gewerbliche Abfallsammlungen zugelassen werden können, ohne die Verantwortung der Kommunen als öffentlich-rechtliche Entsorger und die Entsorgungssicherheit zu gefährden.

Aus kommunalpolitischer Sicht muss das gute Gesetz jetzt zügig in Kraft treten. Die Kommunen als öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger brauchen ebenso Rechtssicherheit wie die von ihnen beauftragte Dritten.“

### Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 9. 2. 2012

#### Abfallgesetz: Erfolg für Umwelt und Kommunen

Zum Abschluss des Vermittlungsverfahrens zum neuen Abfallgesetz erklärt Dorothea Steiner, Sprecherin für Umweltpolitik:

Die FDP scheidet mit dem hartnäckigen Versuch, den privaten Entsorgern den Zugriff auf alle Wertstoffe aus dem Hausmüll zu verschaffen. Dies konnte verhindert werden – allen voran durch den unermüdlichen Einsatz jener Länder, mit grüner Regierungsbeteiligung.

Die dreiste Unterstellung der FDP, nur private Entsorger seien Garanten für eine ökologische Abfallwirtschaft, diskreditierte die jahrelangen Bemühungen vieler Städte und Kommunen, die Abfallwirtschaft umweltverträglich und ressourcenschonend voranzubringen.

Der Vermittlungsausschuss von Bund und Ländern einigte sich jetzt auf eine Regelung, die privaten Entsorgern lediglich dann Zugriff auf Wertstoffe im Hausmüll zugesteht, wenn sie ein wesentlich umweltfreundlicheres Recycling sicherstellen.

Nach Vorstellung der schwarz-gelben Mehrheit im Bund sollte es privaten Dienstleistern ermöglicht werden, je nach Marktpreis parallele kommerzielle Sammlungen zusätzlich zu denen der Städte und Gemeinden durchzuführen. Die Gewinne aus den Wertstoffen im Abfall wären dann den kommunalen Betrieben verloren gegangen. Dies hätten Bürgerinnen und Bürger unvermeidlich als Gebührenerhöhung direkt im Portemonnaie gespürt.

Die private Entsorgungswirtschaft kündigt bereits jetzt Klagen gegen das neue Abfallgesetz an – das zeigt: Es geht um mehr als Hausmüll, es geht um die neue Wertstofftonne – und da steckt viel Geld drin.

Die Frage, die sich die privaten Entsorger stellen lautet: Wie kommen sie mit geringen Investitionen an die wertvollen Rohstoffe im Müll, wie Gold und Kupfer in Elektro- und Elektronikgeräten? Bereits jetzt beginnen einzelne Unternehmen ausgediente Handys einzusammeln, die in der Summe große Mengen wertvoller Metalle enthalten. Es ist unerlässlich, dass das Bundesumweltministerium schnell verlässliche Rahmenbedingungen schafft, anstatt wieder den Trittbrettfahrern das Feld zu überlassen. Sonst geht „Wildwest“ in der Abfallwirtschaft in die nächste Runde – und zwar schlimmer als zuvor.

### SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 9. 2. 2012

#### Rosinenpickerei verhindert – Angriff auf die kommunalen Entsorger gescheitert

Anlaesslich der gestrigen Einigung zum Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz im Vermittlungsausschuss erklärt der zuständige Berichterstatter der SPD-Bundestagsfraktion Gerd Bollmann:

In der gestrigen Sitzung des Vermittlungsausschusses haben die Koalitionsfraktionen einem Kompromissvorschlag zur künftigen Ausgestaltung der gewerblichen Sammlung zugunsten der Kommunen zugestimmt. Mit dieser Regelung hat die SPD-Bundestagsfraktion gemeinsam mit kommunalen Spitzenverbänden, öffentlich-rechtlichen Entsorgern, Umweltverbänden und der Gewerkschaft ver.di den Angriff der privaten Entsorger auf die Zuständigkeit der Kommunen bei der Haushaltssammlung und somit eine Rosinenpickerei abgewehrt. Vor allem FDP und private Entsorger hatten auf eine Ausweitung der gewerblichen Sammlung gedrängt.

Gewerbliche Sammlungen bei Haushaltsabfällen sind demnach nur noch zulaessig, wenn die Kommunen die jeweiligen

# GuT

*Dokumentation, Analyse, Entwicklung*

Abfallsorten nicht selber getrennt sammeln und eine gewerbliche Sammlung wesentlich leistungsfähiger ist. Dabei bezieht sich die Leistungsfähigkeit auf Ökologie, Recycling und die gemeinwohlorientierte Servicegerechtigkeit. Direkte Zahlungen an Haushalte oder geringfügig besserer Service erlauben keine gewerblichen Sammlungen. Eine örtliche Begrenzung auf lukrative Sammelbezirke ist ausgeschlossen.

Im Interesse von Verbrauchern, Beschäftigten und der Umwelt bleibt es bei der kommunalen Zuständigkeit. Die Planungssicherheit für Kommunen, öffentlich-rechtliche Entsorger und von Kommunen beauftragte private Betriebe ist damit vorläufig gesichert. Auch die Beschäftigten bei den öffentlich-rechtlichen Entsorgern können aufatmen. Eine weitere Arbeitsplatzgefährdung durch Dumpinglöhne bei gewerblichen Sammlern wird verhindert.

Andererseits muss die Privatwirtschaft die Ausweitung kommunaler Entsorgungsdienstleistungen nicht befürchten, da auch weiterhin ein Großteil der kommunalen Sammelaufträge an die private Entsorgungswirtschaft geht. Wettbewerb ist daher weiterhin möglich. Bemerkenswert ist auch, dass die Bundesregierung mit den jetzigen Regelungen zur gewerblichen Sammlung, die europarechtlichen Gebote erfüllt sieht. Damit bestaetigt sie die Auffassung der SPD-Bundestagsfraktion, dass weitere Privatisierungen europarechtlich nicht zwingend seien.

Die SPD-Bundestagsfraktion haelt das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz in der jetzigen Form für zustimmungsfähig, obwohl es ökologisch immer noch nicht der große Wurf ist wie die unambitionierten Recyclingquoten oder die mangelnde Umsetzung der fünfstufigen Abfallhierarchie zeigen.

Die Bundesregierung ist nun gefordert, schnellstens die im Gesetz angekuendigten Verordnungen vorzulegen. Beim angekuendigten Wertstoffgesetz muss, wie jetzt beim Kreislaufwirtschaftsgesetz, die kommunale Zuständigkeit bewahrt bleiben. Aus dem Verfahren beim Kreislaufwirtschaftsgesetz sollte die Bundesregierung und die sie tragenden Parteien lernen, ökologisch notwendige Verbesserungen in der Abfallwirtschaft und beim Ressourcenschutz nicht durch Klientelpolitik zu verzögern.

## **DStGB-Pressemitteilung vom 9. 2. 2012**

### **Vermittlungsausschuss**

#### **Rosinenpickerei privater Entsorger wird im Kreislaufwirtschaftsgesetz erschwert**

Die kommunalen Spitzenverbände sowie der Verband kommunaler Unternehmen (VKU) begrüßen die im Vermittlungsausschuss beschlossene Präzisierung der so genannten Gleichwertigkeitsklausel im Kreislaufwirtschaftsgesetz. „Damit ist die Möglichkeit verbessert worden, dass eine Rosinenpickerei privater Entsorgungsunternehmen erschwert bzw. sogar verhindert werden kann. Die Kommunen können somit weiterhin anfallende Wertstoffe verwerten und dem Stoffkreislauf wieder zuführen. So können die Gebühren für die Abfallentsorgung durch die erzielten Wertstofflöse stabilisiert werden“, betonten heute die Präsidenten des Deutschen Städtetages, des Deutschen Landkreistages und des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Oberbürgermeister Christian Ude (München), Landrat Hans Jörg Duppré (Südwestpfalz) und Bürgermeister Roland Schäfer (Bergkamen) sowie des Verbandes kommunaler Unternehmen (VKU), Oberbürgermeister Stephan Weil (Hannover).

Durch die Einigung im Vermittlungsausschuss und den nun zu erwartenden Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens werde Planungssicherheit für die Kommunen und die Entsorgungswirtschaft geschaffen. Dies sei die Basis, um die Abfallwirtschaft im Sinne von Bürgern und Umwelt weiterentwickeln zu können.

Der Bundesrat hatte den Vermittlungsausschuss allein mit dem Ziel angerufen, die sogenannte Gleichwertigkeitsklausel bei der gewerblichen Sammlung zu streichen. Die Frage nach

den Regelungen zur gewerblichen Sammlung war im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens immer wieder Gegenstand vieler Diskussionen. Die Kommunen haben sich dafür eingesetzt, dass alle Abfälle aus Haushalten – außer Verpackungen – weiterhin überlassungspflichtig an die Kommunen bleiben, um dem Rosinenpickerei privater Entsorger nicht Vorschub zu leisten.

Die Präsidenten fügten hinzu, dass es im Sinne der ökologischen Ziele geboten sei, sich nun auf die Weiterentwicklung der Wertstofffassung zu konzentrieren: „Die Ausgestaltung einer bürgerfreundlichen und nachhaltigen Wertstofffassung erfordert die Einbeziehung der Erfahrungen und der bestehenden Erfassungsstrukturen der Kommunen. Eine Vorfestlegung auf eine Wertstofftonne ist im abgeschlossenen Vermittlungsverfahren nicht erfolgt. Die Kommunen werden sich daher auch in die Erarbeitung eines Wertstoffgesetzes konstruktiv einbringen.“

## **Deutscher Städte- und Gemeindebund DStGB-Pressmitteilung vom 13. 9. 2011**

### **Energiewende**

#### **Bundeskommunalwald-Kongress 2011**

- **Ohne Wald keine Energiewende**
- **Bürgermeister fordern neuen Typ „Nationalpark“**
- **Schutz mit Holznutzung verbinden statt Einschränkung der Forstwirtschaft in den Wäldern**

Die Wälder in Deutschland sollen vom Standort für Windräder über die Nutzung des Rohstoffes Holzes bis hin zur Erzeugung von Bioenergie eine tragende Rolle bei der Energiewende spielen, fordern Bürgermeister Wald besitzender Kommunen aus ganz Deutschland. Erforderlich ist ein Umdenken und eine neue „Vorwärtsstrategie“ in der nationalen Waldpolitik. Statt immer mehr Wälder stillzulegen und neue Nationalparke auszuweisen, in denen die Holznutzung Tabu ist, schlagen sie jetzt einen neuen Typ „Nationalpark“ vor. Sie fordern eine Erweiterung des gesetzlichen Nationalparkbegriffes dahingehend, dass - anders als bisher - zukünftig auch in Nationalparks eine naturverträgliche und umweltschonende Forstwirtschaft zugelassen wird, damit diese Wälder ihren wichtigen Beitrag zur Energiewende leisten. Im Rahmen einer naturnahen Waldbewirtschaftung können die meisten ökologischen Ziele flächendeckend erreicht werden, so der Vorsitzende des Gemeinsamen Forstausschusses „Deutscher Kommunalwald“, Verbandsdirektor Winfried Manns (Mainz) anlässlich des Bundeskommunalwald-Kongresses 2011 in Koblenz-Lahnstein.

Auf dieser Tagung diskutierten vor dem Hintergrund der Atomkatastrophe in Japan und der beschlossenen Energiewende rd. 200 Vertreter des Kommunalwaldes mit Fachexperten über die Frage „Welchen Wald braucht Deutschland in der Zukunft?“

#### *Waldstilllegung schadet Energiewende*

Ohne die forstliche Nutzung des Waldes drohe die Energiewende zu scheitern. Der von der EU, Teilen der Politik und des Umwelt- und Naturschutzes geforderte Totalschutz und „Null-Nutzung“ großer Waldgebiete schade dem Ziel, Deutschland soweit wie möglich von fossiler Energie abzukoppeln. So habe auch die EU-Kommission bereits in ihrem Grünbuch zum Waldschutz festgestellt, dass langfristig eine nachhaltige Waldbewirtschaftung zur Erhaltung oder Verbesserung der CO<sub>2</sub>-Speicherkapazität der Wälder und eine nachhaltige Produktion von Nutzholz, Holzwerkstoffen und Brennholz den größten Beitrag zum Klimaschutz leisten. Ideologisch und politisch motivierte pauschale Stilllegungen der heimischen Wälder seien somit weder ökonomisch noch ökologisch sinnvoll.

#### *Natur- und Klimaschutz durch Waldnutzung*

In Deutschland müsse wieder ein Gefühl dafür entstehen, dass in den Wäldern hohe Werte wachsen, deren Nutzung zur Wertschöpfung beitrage und gleichzeitig der Naturschutz hiervon profitiere. So habe die traditionelle, weltweit vorbildliche deut-



sche Forstwirtschaft die heutigen wertvollen Waldökosysteme geschaffen, über die der Naturschutz nun vielerorts eine Käseglocke stülpen wolle.

In Zeiten knapper Energie- und auch Geldressourcen und der Verschuldung öffentlicher Haushalte ständen zudem zukünftig immer weniger Transferleistungen zum Schutz und der Weiterentwicklung der Wälder zur Verfügung. Umso mehr seien die Forstbetriebe auf Einnahmen aus dem Holzverkauf angewiesen, um überhaupt noch Naturschutzmaßnahmen im Walde finanzieren zu können. Warum die Gelder für den Naturschutz also nicht durch die schonende, naturverträgliche Nutzung des Waldes verdienen?

Hier setzten die kommunalen Vertreter auch wieder mehr auf die über Jahrhunderte gewachsene Innovationskraft der Forstwirtschaft. Dieser grünen Fachkompetenz könne anvertraut werden, neue Waldstrategien in Zeiten knapper Kassen nicht nur fachlich, sondern auch unter finanziellen und betriebswirtschaftlichen Aspekten intelligent zu lösen.

#### *Internationale Verantwortung Deutschlands*

Der Verzicht auf den wichtigen Rohstofflieferanten Wald sei auch mit Blick auf die internationale Verantwortung Deutschlands und der prognostizierten Holzlücke problematisch. EU-weit zeichne sich bereits heute bis zum Jahr 2020 eine Unterversorgung bis zu 400 Millionen, in Deutschland bis zu 20 Millionen Kubikmeter Holz ab. Das Holz, das die Waldbesitzer im Rahmen der schonenden Pflege ihrer Wälder nicht mehr nutzen dürften, müsste dann in anderen Ländern mit oftmals katastrophalen Folgen für die Umwelt und das Klima eingeschlagen werden. Mit einer stärkeren Nutzung der heimischen Wälder könnten die Waldbesitzer einen aktiven Beitrag zur Entlastung der Wälder in anderen Teilen der Welt leisten, wo nachhaltige Waldbewirtschaftung nicht immer sichergestellt sei.

#### *Energiewende: Waldbesitzer mit ins Boot nehmen*

Manns: „Die Forstwirtschaft in Deutschland hat unter Beweis gestellt, dass nachhaltige Holznutzung und Umweltschutz kein Widerspruch sind, sondern eine Symbiose. Deshalb darf die Energiewende am Wald, der mit Abstand stärksten Ressource als nachwachsende Rohstoff- und Energiequelle, nicht enden. In Deutschland werden deshalb umweltbewusste Kommunen auch zukünftig bei kommunalen Bauprojekten und der Energieerzeugung auf Holz setzen. Damit wollen die rund 11.500 Wald besitzenden Städte und Gemeinden ihren wichtigen Beitrag zum Klimaschutz, zur Versorgungssicherheit, zur lokalen Wertschöpfung und Beschäftigung und insbesondere zur Stärkung des ländlichen Raumes leisten.“ Es würde der Politik und dem Wald Schaden zufügen, die Waldbesitzer jetzt als Akteure und Träger der Energiewende nicht mit ins Boot zu nehmen.“

Was die neue „Vorwärtsstrategie“ für den Wald und den Dialog mit der Naturschutzseite anbelange, sei der Kommunalwald zuversichtlich. Gemeinsam mit dem NABU habe man bereits ein Projekt „Zukunftsfähiger Kommunalwald“ auf den Weg gebracht. Hier werde man sich in Fachgespräche den aktuellen Herausforderungen stellen und innovative Lösungen entwickeln.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 8. 2. 2012**

##### **Waldbewirtschaftung in Deutschland vorbildlich Bundesregierung stellt Waldstrategie 2020 vor**

Im Bundestagsausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz fand am Mittwoch eine Anhörung zur Waldstrategie 2020 der Bundesregierung statt. Dazu erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Franz-Josef Holzenkamp, und der zuständige Berichterstatter Cajus Caesar:

„Knapp ein Drittel der Fläche Deutschlands besteht aus Wald. Der Wald hat für unser Land elementare ökonomische und öko-

logische Bedeutung. So liefert er jährlich über 100 Millionen Kubikmeter Holz, bindet 80 Millionen Tonnen Kohlendioxid und bietet über 10.000 Tieren und Pflanzen Lebensraum. Mit 100 Kubikmetern Holz ist in der Wertschöpfungskette ein Arbeitsplatz verbunden. Darüber hinaus ist der Wald ein wichtiges Naherholungsgebiet für die Bevölkerung.

Umso wichtiger ist eine stringente Strategie zur nachhaltigen wirtschaftlichen Weiterentwicklung und zum Schutz unserer Waldgebiete. Die jüngst von der Bundesregierung vorgestellte Waldstrategie 2020 gibt hierbei die richtige Richtung vor.

Das haben auch die Experten in der öffentlichen Anhörung am Mittwoch mehrheitlich bestätigt: So ist die naturschonende und nachhaltige Waldbewirtschaftung in Deutschland weltweit vorbildlich. Die Verwendung von umweltfreundlich erzeugtem Holz als Rohstoff und für die energetische Nutzung bringt außerdem Wertschöpfung vor Ort. Zudem sind naturschonend und nachhaltig bewirtschaftete Waldflächen in der Regel artenreicher als stillgelegte Flächen. Weitere Flächenstilllegungen im Wald hält die große Mehrheit der Experten deshalb für falsch.

Kernpunkte der Waldstrategie 2020 sind unter anderem die natürliche Verjüngung der Wälder, der Einsatz von qualifiziertem Forstpersonal zur nachhaltigen Bewirtschaftung der Wälder sowie die einvernehmliche Lösung des Wald/Wild-Konfliktes zwischen Jägern und Waldbesitzern. Wichtig ist nun, die Waldstrategie mit Erfolg in die Praxis umzusetzen. Hierfür ist ein konstruktives Miteinander aller gesellschaftlicher Gruppen nötig.“

#### **FDP-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 16. 1. 2012**

##### **Rückzug der BASF-Gentechnikforschung ist Verlust für den Hightechstandort Deutschland**

Zur Ankündigung des Chemiekonzerns BASF, wegen der großen Widerstände in Deutschland seine Forschungsaktivitäten zur Grünen Gentechnik aus Deutschland ins Ausland zu verlagern, erklären die Sprecherin für Ernährung und Landwirtschaft Christel Happach-Kasan und der forschungspolitische Sprecher der FDP-Bundestagsfraktion Martin Neumann:

Die Verlegung der BASF-Forschung zur Grünen Gentechnik in die Vereinigten Staaten. Dies ist ein Weckruf für den Industrie- und Forschungsstandort Deutschland und muss mit einem gesellschaftlichen Bekenntnis zur verantwortungsvollen Forschung der Grünen Gentechnik erwidert werden. Forschung ohne die Möglichkeit der Anwendung der erzielten Ergebnisse kann sich kein Unternehmen leisten. Daraus zieht die BASF, wie zuvor schon andere Unternehmen, die Konsequenz, Forschungskapazität in andere Länder zu verlagern. Die Pflanzenbiotechnologie nimmt somit dieselbe Entwicklung wie die inzwischen breit akzeptierte Rote Gentechnik: Forschung und Produktion wandern ab, ihre Produkte werden importiert. Wir brauchen in Deutschland eine zukunftsorientierte, wissensbasierte Diskussionskultur. Gut ausgebildeten jungen Menschen wird in Deutschland die Chance genommen, zukunftsfrüchtige Berufe zum Beispiel in der Biotechnologie zu ergreifen. Auch diese jungen Menschen werden Deutschland verlassen.

Es ist ein falsches Signal, dass das von der schwarz-roten Koalition ausgesprochene Anbauverbot für die gentechnisch veränderte Maissorte MON810 in Deutschland weiterhin gilt. Es gibt dafür keine wissenschaftlichen Gründe. Eine Aufhebung des Verbots, so wie es auch das CDU-geführte Ministerium für Bildung und Forschung fordert, wäre deshalb überfällig.

In den letzten Jahren haben kriminelle Feldzerstörungen und Angriffe gegen Wachpersonal die verbliebenen Forschungsversuche von Wissenschaft und Unternehmen massiv beeinträchtigt. Dabei sind sich Wissenschaftler weltweit einig, dass die Herausforderungen durch den Klimawandel, eine steigende Weltbevölkerung und den zunehmenden Bedarf an nachwachsenden Rohstoffen ohne große Fortschritte bei der Pflan-

zuzüchtung nicht zu bewältigen sind. Die Grüne Gentechnik ist ein weltweiter Erfolg. Jährlich steigen die Anbauzahlen und wissenschaftliche Studien belegen ihren großen Nutzen. Dennoch steht die Züchtungsmethode Gentechnik erst am Anfang ihrer Entwicklung. Sie ist eine wichtige Option, die Landwirtschaft nachhaltig und zukunftsfähiger aufzustellen. Mit neuen Techniken kann es gelingen, die Landwirtschaft nachhaltiger und zukunftsfähiger aufzustellen.

Wir benötigen einen von allen politischen Fraktionen getragenen Kommunikationsprozess, der der gesellschaftlichen Abwehrhaltung mit Aufklärung begegnet. Insbesondere muss kenntlich gemacht werden, dass die Vorteile und der Nutzen einer Anwendung der Gesellschaft zugute kommen und nicht ausschließlich Privaten. Die Forschenden vertreten dieselben moralischen Werte wie die Kritiker der Grünen Gentechnik. Die beste Sicherheit vor möglichen Risiken ist nicht Ablehnung, sondern Auseinandersetzung mit dem Thema.

### **Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 16. 1. 2012**

#### **Keine Zulassung für giftige Gen-Soja**

Zur morgigen Abstimmung im neuen EU-Berufungsausschuss in Brüssel über die Zulassung von vier gentechnisch veränderten Sojabohnensorten als Futter- und Lebensmittel in der EU erklärt Harald Ebner, Sprecher für Agrogentechnik:

Schon in der Vorabstimmung im ständigen EU-Ausschuss im November hatte die Bundesregierung hinter verschlossenen Türen für die Zulassung der Gen-Bohnen gestimmt. Das belegt einmal mehr das skandalöse doppelte Spiel von Agrarministerin Aigner, die sich in der Öffentlichkeit gerne Gentech-kritisch und verbrauchernah gibt, um dann, wenn es auf EU-Ebene zur Sache geht, entgegengesetzt zu handeln. Will sie sich einen Rest verbraucherpolitischer Glaubwürdigkeit bewahren, muss Deutschland morgen gegen die Zulassung der giftigen Bohnen stimmen.

Die „Basta-Bohnen“ von Bayer sollen erstmals in der EU als Lebens- und Futtermittel zugelassen werden. Sie sind resistent gegen das Unkrautvernichtungsmittel Glufosinat. Dieser Stoff schädigt selbst nach Ansicht von EU-Experten die Fruchtbarkeit, gefährdet ungeborene Kinder und soll deshalb in der EU ab 2017 vollständig verboten werden. Es wäre also komplett widersinnig, wenn jetzt eine Sojabohnensorte für zehn Jahre als Lebens- und Futtermittel zugelassen würde, die garantiert Rückstände dieses Gifts enthält. Auf unsere kritische Nachfrage im Bundestag, warum Deutschland dennoch zugestimmt habe, wick Agrar-Staatssekretär Beter Bleser aus und muschelte, der Anbau dieser Pflanzen sei „nicht zwingend“ mit der Anwendung „dieses Glyphosates“ verbunden. Dabei ist die Kombination von Pestizid und Gen-Pflanze gerade der „Sinn“ solcher herbizidtoleranter Sorten:

Roundup-Ready-Soja von Monsanto wird beim Anbau vor allem in Südamerika massiv mit dem Alles-Killer-Unkrautvernichter Glyphosat behandelt. In den importierten Sojabohnen sind hohe Rückstandswerte des Pflanzengifts zu befürchten, die bisher in Deutschland aber noch nicht einmal kontrolliert werden. Eine Verlängerung der Roundup-Ready-Zulassung darf es daher auf keinen Fall geben.

### **SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 17. 1. 2012**

#### **Keine Patentierung von gezüchteten landwirtschaftlichen Nutztieren und -pflanzen**

Zum interfraktionellen Antrag, der die Patentierung von konventionell gezüchteten landwirtschaftlichen Nutztieren und -pflanzen ausschließen soll, erklärt der umweltpolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion Matthias Miersch:

Seit mehr als einem Jahr haben die Berichterstatter aller Parteien an einem gemeinsamen Antrag zu Biopatenten gearbeitet und nun hatten auch die Rechtspolitiker der Regierungskoalition ein Einsehen und haben grünes Licht gegeben. Wir sind erleichtert, dass es nun endlich einen interfraktionellen Antrag gibt, der die Patentierung von konventionell gezüchteten landwirtschaftlichen Nutztieren und -pflanzen ausschließen soll.

Gemeinsam wollen wir nach der Entscheidung zum Biopatent im nationalen Patentrecht und der Biopatentrichtlinie klarstellen, dass keine Patente auf konventionelle Zuchtungsverfahren, mit diesen gezüchtete landwirtschaftliche Nutztiere und -pflanzen sowie deren Nachkommen und Produkte erteilt werden können. Das erst kürzlich erteilte Melonenpatent zeigt, dass weiterhin Produkte patentiert werden, die mit herkömmlichen Zuchtungsverfahren erzeugt wurden. Hier müssen wir dringend einen Riegel verschieben, denn nur so können wir die Interessen der Verbraucher, Landwirte und Züchter schützen. Problematisch wird auch die Verabschiedung des Europäischen Gemeinschaftspatents. Hier ist noch nicht gewährleistet, dass die in der Biopatentrichtlinie gegebenen Möglichkeiten bei der nationalen Ausgestaltung auch erhalten bleiben. Deswegen fordern wir in unserem Antrag die Bundesregierung auf, sich dafür entsprechend in Brüssel einzusetzen.

Zudem fordern wir, ein staatliches Biopatentmonitoring aufzubauen und einen Dialog mit den von Biopatenten betroffenen gesellschaftlichen Gruppen zu führen.

Dies alles sind wichtige Punkte hin zu einer Änderung der Biopatentrichtlinie auch auf europäischer Ebene. Zu den Forderungen, die die Koalition nicht mittragen wollte, gehört der Vorschlag, ein Prozesskostenhilfemodell vorzulegen, welches eine wirkungsvolle Interessenvertretung nicht nur öffentlicher Belange im Rahmen der Einspruchsverfahren vor den Patentämtern ermöglicht und das Finanzierungsmodell des Europäischen Patentamts zu prüfen, das sich zur Zeit durch die Einnahmen aus Gebühren der Patentanmeldungen finanziert. Diese und weitere Forderungen legen wir nicht zu den Akten, sondern werden sie in zukünftigen Anträgen wieder einbringen.

### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 19. 1. 2012**

#### **Keine Patentierung von Nutztieren und -pflanzen Staatliches Biopatent-Monitoring aufbauen**

Der Deutsche Bundestag berät am Donnerstag den fraktionsübergreifenden Antrag „Keine Patentierung von konventionell gezüchteten landwirtschaftlichen Nutztieren und -pflanzen“. Dazu erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Franz-Josef Holzenkamp, und der zuständige Berichterstatter Max Lehmer:

„Auf Initiative der CDU/CSU-Bundestagsfraktion ist es gelungen, einen Antrag zum Thema Biopatente im Deutschen Bundestag einzubringen, den neben der christlich-liberalen Koalition auch die Fraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen mittragen. In dem Antrag wird gefordert, dass es auf konventionelle Zuchtungsverfahren, auf mit diesen Verfahren gezüchtete landwirtschaftliche Nutztiere und -pflanzen sowie deren Nachkommen und Produkte keine Patente geben darf. Der gemeinsame Antrag stärkt die Bundesregierung in ihren Bemühungen, auf europäischer Ebene die erforderlichen Rechtsänderungen zu erreichen.“

Bei der weiteren Nutzung von Biotechnologie müssen wir stets zwei Ziele im Auge behalten: den Schutz des geistigen Eigentums einerseits und den Grundsatz der allgemeinen Verfügbarkeit natürlicher genetischer Ressourcen andererseits. Technische Verfahren sollten patentierbar bleiben, herkömmliche Zuchtungsverfahren dagegen dürfen ebenso wie die damit erzeugten Nutztiere und -pflanzen nicht patentierbar sein. Die



Rechtsprechung der Großen Beschwerdekammer des Europäischen Patentamtes geht hier zwar in die richtige Richtung, lässt aber noch wichtige Fragen offen. Daher setzen wir uns für Präzisierungen auf allen Rechtsebenen ein. Wir wollen alle Hintertüren schließen.

Darüber hinaus fordern wir in dem Antrag den Aufbau eines staatlichen Biopatent-Monitorings. Unter anderem soll alle zwei Jahre ein Bericht über die Auswirkungen des Patentrechts im Bereich der Biotechnologie vorgelegt werden. Die Bundesregierung soll sich ferner dafür einsetzen, dass die EU-Kommission in ihren jährlichen Berichten über die Entwicklungen von Patenten im Bereich der Biotechnologie auch die ethischen Aspekte sowie die Folgen für die Innovations- und Wettbewerbsfähigkeit und für die Forschung berücksichtigt.“

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 20. 1. 2012**

##### **Mehr Rechtssicherheit für konventionelle Züchtungen und Biopatente Gemeinsame parlamentarische Initiative**

Der Deutsche Bundestag hat gestern Abend einen Antrag mit dem Titel „Keine Patentierung von konventionell gezüchteten landwirtschaftlichen Nutztieren und -pflanzen“ debattiert. Hierzu erklären die rechtspolitische Sprecherin der CDU/CSU Bundestagsfraktion Andrea Voßhoff und der zuständige Berichterstatter im Rechtsausschuss Dr. Stephan Harbarth:

„Anlässlich der heute beginnenden Internationalen Grünen Woche Berlin wollen wir mit einer parlamentarischen Initiative Rechtsunsicherheit für die konventionelle Züchtung von landwirtschaftlichen Nutztieren und Nutzpflanzen beseitigen.

Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion bekennt sich zum Schutz des geistigen Eigentums durch das Patentrecht. Patente bilden den rechtlichen Rahmen für Innovationen und Erfindungen, die für die Zukunfts- und Wettbewerbsfähigkeit unserer deutschen Wirtschaft von entscheidender Bedeutung sind.

Zugleich findet das Patentrecht richtigerweise seine Grenzen, soweit es um konventionelle Züchtungsverfahren und die auf diese Weise erzeugten Nutztiere und -pflanzen geht. Dies entspricht im Grundsatz der geltenden Rechtslage in Deutschland und Europa und wurde auch von der Großen Beschwerdekammer des Europäischen Patentamts bestätigt. In Grenzbereichen gibt es jedoch weiterhin Rechtsunsicherheit, die wir durch gesetzliche Änderungen im deutschen und europäischen Patentrecht beseitigen wollen. Vor diesem Hintergrund begrüßen wir, dass sich auch die Oppositionsfraktionen von SPD und Grünen im Sinne einer gemeinsamen Initiative dem Antrag angeschlossen haben.“

#### **SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 8. 2. 2012**

##### **Regierung muss Tatenlosigkeit bei Biopatenten beenden**

Heute hat der Rechtsausschuss dem interfraktionellen Antrag „Keine Patentierung von konventionell gezüchteten landwirtschaftlichen Nutztieren und -pflanzen“ zugestimmt, der am morgigen Donnerstag im Plenum beschlossen wird. Dazu erklärt der zuständige Berichterstatter im Rechtsausschuss der SPD-Bundestagsfraktion Matthias Miersch:

Nach einem langen Prozess haben wir es geschafft, die Bundesregierung endlich zum Handeln zu zwingen. Alle Parteien im Bundestag fordern nun das Justizministerium auf, seine Tatenlosigkeit in Sachen Biopatente aufzugeben. Der Einspruch von Greenpeace gegen das kuerzlich erteilte Melonenpatent zeigt, dass die Gefahr keineswegs gebannt ist. Weiterhin werden Patente auf konventionell gezuechtete Pflanzen erteilt.

Wir freuen uns, dass der von SPD und Gruenen initiierte Antrag nun so zuegig beschlossen werden kann. Damit haben wir

der Bundesregierung einen klaren Auftrag gegeben: Sie muss beim Gemeinschaftspatent, beim nationalen Patentrecht und bei einer Aenderung der Biopatentrichtlinie 98/44/EG taetig werden.

Beim EU-Gemeinschaftspatent ist die Bundesregierung gefordert, sich vehement fuer die Beibehaltung des Zuechterprivilegs und die entsprechende Unberuehrbarkeitsklausel einzusetzen. Zudem muss nun auf nationaler Ebene eine Aenderung des Patentgesetzes gepueft und vorangebracht werden, die Patente auf konventionelle Zuechtungsverfahren, mit diesen gezuechtete landwirtschaftliche Nutztiere und -pflanzen sowie deren Nachkommen und Produkte ausschliesst. Entsprechend erwarten wir auch einen Einsatz der Bundesregierung fuer eine Aenderung der Biopatentrichtlinie auf EU-Ebene. Wir werden unsere Forderungen im Antrag kritisch und ausdauernd im Auge behalten, insbesondere die Forderung nach einem Biopatent-Monitoring, um problematische Entwicklungen fruehzeitig zu erkennen.

Zu den Forderungen, die die Koalition nicht mittragen wollte, gehoert der Vorschlag ein Prozesskostenhilfemodell vorzulegen, welches eine wirkungsvolle Interessenvertretung nicht nur oeffentlicher Belange im Rahmen der Einspruchsverfahren vor den Patentaemtern ermoeeglicht, und die Forderung, das Finanzierungsmodell des Europaeischen Patentamts zu pruefen, das sich zur Zeit durch die Einnahmen aus Gebuehren der Patentanmeldungen finanziert. Diese und weitergehende Forderungen, keine Patente auf Pflanzen und Tiere zuzulassen, werden wir intensiv in weiteren Initiativen und Antraegen voranbringen.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 10. 2. 2012**

##### **Koalitionsfraktionen sind bei Biopatenten auf einem guten Weg Patente auf landwirtschaftliche Nutztiere und -pflanzen lehnen wir ab**

Der Deutsche Bundestag hat gestern Abend einen Antrag mit dem Titel „Keine Patentierung von konventionell gezüchteten landwirtschaftlichen Nutztieren und -pflanzen“ verabschiedet. Hierzu erklären die rechtspolitische Sprecherin der CDU/CSU-Bundestagsfraktion Andrea Voßhoff und der zuständige Berichterstatter im Rechtsausschuss Stephan Harbarth:

„Wir lehnen Patente auf landwirtschaftliche Nutztiere und Nutzpflanzen ab.

Dass gestern nach langen Verhandlungen eine gemeinsame parlamentarische Initiative beschlossen werden konnte, zeigt, dass es sich um ein Anliegen handelt, das auf breite Zustimmung stößt. Erfreulich ist vor allem, dass sich die Fraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen dem Antrag der christlich-liberalen Koalition angeschlossen haben. Dass die SPD-Fraktion nun nach der abschließenden Ausschussberatung die Ebene der konstruktiven und sachlichen Verhandlungen verlässt, muss sie selbst verantworten. Fakt ist, dass die Koalitionsfraktionen richtig gehandelt haben, die Entscheidungen der Großen Beschwerdekammer des Europäischen Patentamts abzuwarten, um gezielte Maßnahmen zu beschließen. Die im Jahre 2010 geforderten Maßnahmen der Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen (Drs. 17/2016, 17/2141) haben sich nach den später ergangenen Entscheidungen des Europäischen Patentamts als gegenstandslos und überflüssig herausgestellt. Die Äußerungen der SPD sind umso überraschender, als die damalige rot-grüne Bundesregierung die Umsetzung der Biopatentrichtlinie, die Biopatente beschränkt, erst fünf Jahre nach Ablauf der Umsetzungsfrist vorgenommen hat.

Beim EU-Patent setzt sich die Bundesregierung selbstverständlich seit langem für die Interessen Deutschlands ein – dazu muss sie nicht von der SPD-Fraktion aufgefordert werden.“

## **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 19.1.2012**

### **Charta für Landwirtschaft und Verbraucherschutz vorgestellt**

Nach Monaten intensiver Diskussionen mit allen gesellschaftlichen Gruppen hat die Bundesministerin für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Ilse Aigner, am Donnerstag ihre Charta für Landwirtschaft und Verbraucherschutz vorgestellt. Dazu erklärt der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Franz-Josef Holzenkamp:

„Die Charta für Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz stellt die Grundlage für einen fairen gesellschaftlichen Dialog zur nachhaltigen Weiterentwicklung der deutschen Landwirtschaft dar. Diese Chance zum Dialog sollten alle gesellschaftlichen Gruppen nutzen. Die unterschiedlichen Wirtschaftsformen in der Landwirtschaft sollten künftig nicht mehr gegeneinander ausgespielt werden.

Die deutsche Land- und Ernährungswirtschaft produziert im weltweiten Vergleich auf Basis höchster Tierschutz-, Umwelt- und Naturschutzstandards. Gleichwohl muss es Ziel aller Beteiligten sein, diese beständig zum Wohle von Mensch, Tier und Umwelt weiterzuentwickeln. Dazu bietet die Charta als Dialogplattform gutes Rüstzeug. Allerdings gilt für alle Schritte, die aus der Charta heraus entwickelt werden: Nur eine sachgerechte, wissenschaftsbasierte Folgenabschätzung einzelner Maßnahmen schafft die Grundlage für deren Erfolg und Akzeptanz in der Gesellschaft.

Insbesondere vor dem Hintergrund der Entfernung vieler Menschen von der tagtäglichen landwirtschaftlichen Produktion kann die Charta positive Impulse für eine Wiederannäherung von Landwirtschaft und Verbrauchern liefern. Wenn die Menschen die Notwendigkeiten der landwirtschaftlichen Arbeit wieder kennen- und verstehen lernen, werden sie diese auch besser akzeptieren.“

## **FDP-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 19.1.2012**

### **Charta vermittelt realistisches Bild moderner Landwirtschaft**

Anlässlich der Vorstellung der „Charta für Landwirtschaft und Verbraucher“ durch Bundesministerin Aigner, erklärt die agrar- und ernährungspolitische Sprecherin der FDP-Bundestagsfraktion Christel Happach-Kasan:

Die Charta vermittelt ein realistisches Bild der modernen Landwirtschaft. Sie kann helfen, dies auch in der Gesellschaft zu verankern und für mehr Akzeptanz zu werben. So stellt die Charta nicht nur die Leistungsfähigkeit unserer deutschen Landwirtschaft dar, sondern greift auch kritische Fragen der Verbraucherinnen und Verbraucher zu modernen Produktionsmethoden, intensiven Tierhaltungssystemen und Lebensmittelqualität auf. Allein der Charta-Prozess mit seinen offenen Dialogen, der Weg hin zum Abschlussdokument, ist deshalb schon ein Erfolg.

Die FDP setzt sich seit langem dafür ein, dass die politischen Rahmenbedingungen den Landwirten eine höhere Wertschöpfung ihrer Produkte aus dem Markt ermöglichen. Es ist gelungen, dies auch in der Charta festzuschreiben. Allerdings hätten wir uns einige profiliertere Aussagen zur Zukunft der Landwirtschaft gewünscht. Um eine nachhaltige Intensivierung der Produktion und die erforderlichen Effizienzsteigerungen zu erreichen, brauchen wir eine stärkere Wissenschaftsorientierung. Das gilt für die moderne Landwirtschaft genauso wie für den Öko-Landbau, für die Pflanzenzüchtung genauso wie für die Tierhaltung. Nur so kann eine unternehmerische Landwirtschaft im Wettbewerb bestehen und den vielfältigen Anforderungen genügen.

Die Themen der Charta sind nicht abschließend. Sie machen Vorschläge für künftige Debatten. Berücksichtigt werden müssen dabei insbesondere der Einzelhandel mit seiner erheblichen Marktmacht. Dieser Bereich kommt bisher noch zu kurz.

## **Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 19.1.2012**

### **Aigners Ankündigungen werden durch Wiederholen nicht besser**

Zur Vorstellung der Charta für Landwirtschaft und Verbraucher erklären Friedrich Ostendorff, Sprecher für Agrarpolitik, und Nicole Maisch, Sprecherin für Verbraucherschutz:

Aigners Charta für Landwirtschaft und Verbraucher ist ein reines Sammelsurium ihrer Ankündigungen. Dies als innovativen Erfolgsprozess verkaufen zu wollen, ist dreist.

Bei der Reform der EU-Agrarpolitik wiederholt Aigner ihre Blockadeposition und übergeht die Forderungen der Opposition, der Verbraucher- und der Umweltverbände aus dem Charta-Prozess vollständig. Stattdessen wiederholt die Charta die Positionen des Bauernverbandes. Wer positive Ansätze zur Ausgestaltung der Agrarreform erwartet hatte, wird enttäuscht.

Der Verbraucherschutz geht in der Charta völlig unter. Hier hat Aigner nichts Neues zu bieten. Weitere Prüfungen und Forschungen zum Beispiel zu gesunder Ernährung und zu Informationen auf Lebensmittelpackungen werden nur angekündigt. Doch die Zeit ist reif, zu handeln. Aigner kündigt seit über einem Jahr die Veröffentlichung von Hygienekontrollen in Form von Smiley oder Kontrollbarometer an. Doch wenn es darum geht, Gesetzesregelungen, wie bei der Novelle des Verbraucherinformationsgesetzes zu schaffen, steht sie nicht zu ihrem Wort. Wir erwarten konkrete Maßnahmen zur Stärkung der Lebensmittelsicherheit und -überwachung auch im Internet sowie die Vorlage verständlicher Nährwertangaben und bessere Verbraucherinformation und -aufklärung.

Auch beim Tierschutz wiederholt Aigner lediglich ihre lang bekannten Ankündigungen und spielt weiter auf Zeit, etwa bei Tiertransporten und Ferkelkastration.

Auch bei der Antibiotika-Diskussion verfährt sie nach dem Motto „Tue nichts und spreche darüber“. Keine der aufgeführten Maßnahmen wird zu einer wirksamen Reduktion des Antibiotikaverbrauchs in der Nutztierhaltung führen.

Lediglich unsere Forderung nach Beschränkung der Stallbauförderung auf artgerechte Haltungssysteme wurde endlich übernommen. Wir werden genau beobachten, ob Aigner dies auch durchzusetzen vermag.

## **Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 20.1.2012**

### **Aigner will EU-Agrarreform mit Tricks im Kleingedruckten kaputt machen**

Zur Antwort der Bundesregierung auf unsere Kleine Anfrage zur Positionierung der Bundesregierung bei der Reform der EU-Agrarpolitik (Bt-Drucksache 17/8217) erklärt Friedrich Ostendorff, Sprecher für Agrarpolitik:

Nachdem es Bundesministerin Aigner nicht gelungen ist, die ökologische Reform der EU-Agrarpolitik zu verhindern, versucht die Bundesregierung nun, die Reform heimlich über Ausnahmeregelungen im Kleingedruckten kaputt zu machen. Das geht aus der Antwort der Bundesregierung auf unsere Kleine Anfrage hervor. Anstatt mit einer vorwärts gewandten Strategie zu den Verhandlungen nach Brüssel zu reisen und sich den großen Herausforderungen bei Klimaschutz, Biodiversität und Ernährung zu stellen, bleibt Frau Aigner die destruktive Bremse in Europa.

Insbesondere das Greening, das heißt die ökologische Qualifizierung der Direktzahlungen versucht Aigner mit Schlupf-



löchern auszuhebeln und zu verwässern. So sollen beispielsweise windelweiche Nachhaltigkeitskriterien ausreichen, um Betriebe ganz vom Greening auszunehmen. Die von der EU-Kommission vorgeschlagenen 7 Prozent ökologische Vorrangflächen will Aigner dadurch aushebeln, dass der Flächenanteil nicht auf betrieblicher, sondern auf regionaler Ebene erbracht werden darf. Das Ziel eines flächendeckenden Netzes ökologischer Vorrangflächen würde dadurch vollständig konterkariert.

Aigners Ablehnung der Kappung der Direktzahlungen oberhalb von 300.000 Euro erweist sich als Lobbygeschenk für eine Handvoll Großbetriebe, obwohl die Bundesregierung zugehen muss, dass kleine und mittlere Betriebe die weitaus größere Last zu schultern haben werden.

### **SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 8. 2. 2012**

#### **Aigners Agrarstrategie: ohne eigene Mehrheit**

Zur Diskussion um die Charta fuer Landwirtschaft und Verbraucherschutz im Ausschuss fuer Ernaehrung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz erklart der agrarpolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion Wilhelm Priesmeier:

Die SPD fordert Bundesministerin Ilse Aigner auf, in der Diskussion um die Ausrichtung der europaischen Agrarpolitik endlich das umzusetzen, was sie selber als notwendig formuliert hat. Wir unterstuetzen eine breite Diskussion ueber eine zukunftsfaeheige und moderne Agrarpolitik in Deutschland und Europa. Alle gesellschaftlichen Gruppen muessen an einen Tisch. Gemeinsam muessen sie einen breiten gesellschaftlichen Konsens erarbeiten, wie die zukuenftige Agrarpolitik aussieht.

Der von Bundesministerin Ilse Aigner angestossene Charta-Prozess ist ein wichtiger Baustein in diesem Diskussionsprozess. In ihrer Charta fuer Landwirtschaft und Verbraucherschutz hat Aigner die bestehenden Defizite ausfuehrlich beschrieben. Im Ergebnis jedoch bleibt der Charta-Prozess mangelhaft und unzureichend. Die Ministerin soll endlich umsetzen, was sie vollmundig angekuendigt hat. Das kann sie allerdings nicht: Der Ministerin fehlt naemlich im eigenen Lager eine klare und deutliche Mehrheit. Fuer wichtige Vorhaben wie etwa die Aenderungen der Duengeverordnung oder notwendige Verbesserungen im Tierschutz versagen ihr die schwarz-gelben Koalitionnaire die Gefolgschaft. Angesichts des jetzigen Zustands der schwarz-gelben Koalition sind intelligente und weiter fuehrende Akzente im Bereich der Agrarpolitik nicht zu erwarten. Loesungen fehlen ebenfalls.

Die SPD will die deutsche und europaische Agrarpolitik weiterentwickeln. Unsere Vorstellungen dazu haben wir in den vergangenen Monaten im Deutschen Bundestag vorgestellt. Wir unterstuetzen das Greening der europaischen Agrarpolitik, ein effektives Antibiotika-Reduktionsprogramm, die Einfuehrung eines Tierschutz-TUEV und die Novelle des Baurechts, um die landwirtschaftliche Tierhaltung umwelt- und tieregerechter zu gestalten. Wir muessen nicht mehr ueber die Herausforderungen reden, sondern sie endlich anpacken.

### **Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 9. 2. 2012**

#### **EU-Indien-Gipfel: Moratorium für das Freihandelsabkommen**

Zum morgigen EU-Indien-Gipfel erklaren Uwe Kekeritz, Vorsitzender des Unterausschusses Gesundheit in Entwicklungsländern, und Thilo Hoppe, Sprecher für Welternährung:

Im Mittelpunkt des Gipfels steht der Abschluss eines Freihandelsabkommens zwischen der EU und Indien. Es ist jedoch zu befürchten, dass durch das Abkommen viele Menschenleben gefährdet und Existenzen bedroht werden. Wir fordern daher ein Moratorium für das Freihandelsabkommen, bis eine um-

fassende menschenrechtliche Folgenabschätzung vorliegt, die besonders die sozialen, ökologischen und wirtschaftlichen Auswirkungen des Abkommens untersuchen.

Indien ist die „Apotheke der Armen“. Die indische Generikaproduktion deckt den Großteil des Medikamentenbedarfs in Entwicklungs- und Schwellenländern ab. Die europäischen Bestrebungen Regelungen durchzusetzen, die den Zugang zu Medikamenten erheblich erschweren würden, müssen endlich vom Tisch. Trotz der vielen Proteste aus Politik und Zivilgesellschaft scheint die umstrittene Datenexklusivität aber wieder auf dem Verhandlungstisch zu liegen – das wäre ein Skandal.

Die Streichung von Schutzzöllen für Milchpulver und Geflügelfleisch sowie die Liberalisierung des Einzelhandels würde das Menschenrecht auf Nahrung großer Teile der indischen Bevölkerung massiv gefährden. Zusammen sind in diesen Branchen rund 130 Millionen Menschen tätig, vor allem Kleinbäuerinnen und -bauern und Straßenhändlerinnen und -händler. Sie könnten der europäischen Konkurrenz nur schwer standhalten, viele würden ihr ohnehin geringes Einkommen verlieren. In einem Land, in dem mehr als die Hälfte der Bevölkerung unter der Armutsgrenze lebt und 225 Millionen Menschen chronisch unterernährt sind, ist dies unverantwortlich. Das katholische Hilfswerk Misereor und die Heinrich-Böll-Stiftung warnen schon seit längerem eindringlich vor den negativen Auswirkungen des Abkommens, was die Bundesregierung aber nicht davon abhält, in den Verhandlungen weiterhin auf eine radikale Marktöffnung zu drängen. Wir rufen die Bundesregierung auf, von dieser Position abzurücken und sich stattdessen für entwicklungsfördernde und faire Handelsbeziehungen mit Indien einzusetzen.

Wir unterstützen die lautstarken Proteste tausender indischer HIV-Infizierter und Straßenhändler und kritisieren, dass die Zivilgesellschaft nicht an den Verhandlungen zum Abkommen teilnehmen durfte.

### **Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 18. 1. 2012**

#### **Lebensmittelverschwendung stoppen**

Zu unserem Beschluss eines Maßnahmenplans gegen Lebensmittelverschwendung erklärt Nicole Maisch, Sprecherin für Verbraucherschutz:

Ankündigungsministerin Aigner muss endlich aktiv werden. Der Verweis auf ihre seit langem angekündigte Studie zur Lebensmittelverschwendung in Deutschland wird langsam langweilig. Wieder einmal hinkt Deutschland hinter unseren europäischen Nachbarn hinterher, die wie Österreich oder Großbritannien schon lange wissenschaftliche Erhebungen und politische Maßnahmenpläne gegen Nahrungsmittelverschwendung vorzuweisen haben. NRW hat in einem Runden Tisch den Dialog mit allen relevanten Akteuren entlang der Lebensmittelkette gesucht – daran sollte sich Aigner ein Beispiel nehmen und den Dialog mit Erzeugern, Handel und Lebensmittelwirtschaft suchen, um die klima- und ressourcenschädliche Verschwendung einzudämmen.

Wir haben einen klaren Forderungskatalog vorgelegt, um die Lebensmittelverschwendung vom Acker bis zum Teller zu reduzieren. Dazu gehören die Aufhebung unsinniger Handelsnormen, die nichts mit der Ernährungsqualität von Lebensmitteln zu tun haben, die Abschaffung schädlicher Subventionen, die auf Masse statt Klasse bei der Nahrungsmittelherstellung setzen und eine deutlich verbesserte Ernährungsbildung in Kindergarten und Schule. Was am Ende im Supermarkt übrig bleibt, sollte den Tafeln oder Mülltauchern zugänglich gemacht werden: Wer Lebensmittel aus dem Müll holt, soll dafür nicht bestraft werden.

Die Lebensmittelverschwendung muss eingedämmt werden. Die Berge an Lebensmitteln, die allein in Europa und Nordamerika weggeworfen werden, würden ausreichen, um den Hun-

ger auf der Welt zu verhindern. Zudem könnte ein durchschnittlicher Haushalt mit vier Personen im Jahr rund 1300 Euro sparen, wenn sorgsamer mit den Lebensmitteln umgegangen würde.

### **Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 20.1.2012**

#### **Deutsches Billigfleisch mindert den Hunger in der Welt nicht, Frau Aigner**

Zu den Attacken von Agrarministerin Aigner während der Eröffnung der Grünen Woche gegen die Demonstration „Wir haben es satt“ erklären Thilo Hoppe, Sprecher für Welternährung, und Harald Ebner, Sprecher für Agro-Gentechnik.

Frau Aigners Angriffe sind voller Zynismus und Hohn gegenüber den Hungernden der Welt und verdrehen die Tatsachen ins Gegenteil. Deutschlands und Europas industrielle Landwirtschaft und Agrarpolitik sind nicht die Lösung, sondern Teil des Problems.

Die EU-Überproduktion von Hähnchen und Milchpulver und deren Export zu Dumpingpreisen nach Afrika treibt die dortigen Bauern in den Ruin und hat zu noch mehr Hunger und Armut geführt. Die Abschaffung direkter Exportsubventionen ist zwar überfällig, dennoch machen diese nur einen sehr geringen Teil der 40 Milliarden Euro schweren jährlichen EU-Direktzahlungen aus, die vor allem an Großbetriebe fließen. Stattdessen muss der lokale Anbau von Nahrungsmitteln in Entwicklungsländern gefördert werden, damit diese unabhängig sind von Importen zu stark schwankenden Weltmarktpreisen.

40 Millionen Tonnen Futtermittel, meist aus Gen-Soja, werden aus Südamerika in die EU importiert. Für die Sojafelder werden wertvolle Naturgebiete zerstört, Kleinbäuerinnen und -bauern und Indigene von ihrem Land vertrieben und durch Pestizide wie Glyphosat vergiftet. Krebserkrankungen und Missbildungen haben dramatisch zugenommen, in der argentinischen Provinz Gran Chaco um das Drei- bis Vierfache. Diese indirekten Folgen des EU-Agrarmodells blendet Frau Aigner komplett aus.

Im Jahr 2010 flossen alle Fördermittel des Bundesforschungsministeriums zum Bereich „Welternährung“ in Agrotechnik-Projekte. Die Bundesregierung setzt damit weiterhin auf eine Technologie, die sich auch nach Meinung fast aller Entwicklungsexperten als vollkommen untauglich erwiesen hat. Immer mehr Studien belegen stattdessen, dass dem Hunger- und Armutproblem nur durch ökologische und standortangepasste Anbaumethoden sowie gezielte Förderung von Kleinbäuerinnen und -bauern in Entwicklungsländern beizukommen ist.

Wenn Frau Aigner angesichts dieser Politik und aktueller Skandale tatsächlich behauptet, die Landwirtschaft habe sich „stark verändert zugunsten der Verbraucher, der Tiere und der Umwelt“ dürfte sie damit eher zahlreiche weitere Teilnehmerinnen und Teilnehmer für die morgige Demonstration auf die Straße treiben. Insofern: Vielen Dank für die Unterstützung bei der Mobilisierung, Frau Agrarministerin.

### **FDP-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 20.1.2012**

#### **Wir wollen eine Landwirtschaftspolitik, die sich an der Wissenschaft orientiert**

Zur Eröffnung der weltgrößten Agrarmesse „Grünen Woche“ erklärt die Sprecherin für Ernährung und Landwirtschaft Christel Happach-Kasan:

Wir wollen eine Landwirtschaftspolitik, die sich stärker als bisher an den neusten wissenschaftlichen Erkenntnissen orientiert. Unsere gut ausgebildeten Landwirte können Hand in Hand mit der Wissenschaft nachhaltiger, effizienter und ressourcen-

schonender wirtschaften. Dafür gilt es in Zusammenarbeit mit der Ressortforschung noch bessere Rahmenbedingungen zu geben. Die Landwirtschaft steht global vor großen Herausforderungen. Ihr Aufgabenspektrum reicht von der Sicherung der Welternährung bis hin zum Anbau von Energiepflanzen. Deutschland kann hier Grundlagen schaffen, die nicht nur bei uns, sondern weltweit genutzt werden können. Wir sollten Fortschritt nicht allein den anderen überlassen.

In Deutschland werden gesunde Lebensmittel auf höchstem Qualitätsniveau produziert. Landwirte und Ernährungswirtschaft versorgen die Verbraucherinnen und Verbraucher das ganze Jahr mit leckeren, regionalen und internationalen Spezialitäten. Das Angebot und die Qualität ist so gut wie nie zuvor. Wir sollten die Leistungen unserer Erzeuger honorieren und uns verstärkt auf die Stärken unserer heimischen Produzenten besinnen. Konzentrieren wir uns auf regionale, saisonale und hochwertige Lebensmittel. Das hilft unseren Landwirten, unseren vielen mittelständischen Herstellern und nicht zuletzt auch der Umwelt.

### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 8.2.2012**

#### **Zweifel an der Zulassung von Glyphosat ungerechtfertigt Forderung der Grünen unbegründet**

Der Ausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz hat am Mittwoch einen Antrag der Grünen beraten, in dem sie fordern, die Zulassung des Pestizidwirkstoffs Glyphosat auszusetzen und ihn neu zu bewerten. Dazu erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Franz-Josef Holzenkamp, und der zuständige Berichterstatter Alois Gerig:

„Die Forderung der Grünen, die Zulassung des Pflanzenschutz-Wirkstoffes Glyphosat auszusetzen, ist unbegründet: Derzeit liegen keine wissenschaftlichen Erkenntnisse darüber vor, die eine Aussetzung der Zulassung rechtfertigen würden.“

In den vergangenen Monaten haben Umweltverbände und Grüne versucht, auf der Basis nicht unumstrittener Studien den wichtigen Wirkstoff Glyphosat in ein schlechtes Licht zu rücken. Die Zielsetzung ist offensichtlich: Die Anwendung von Pflanzenschutzmitteln soll schlechtergedeutet – Landwirte und Verbraucher sollen verunsichert werden. Wir stellen dem gegenüber fest: Bei bestimmungsgemäßer Anwendung von glyphosathaltigen Pflanzenschutzmitteln sind keine schädlichen Auswirkungen auf die Umwelt und die Gesundheit von Mensch und Tier zu befürchten.

Die Landwirtschaft braucht gute Pflanzenschutz-Wirkstoffe wie Glyphosat, denn nur so können hohe Erträge erzielt und die Versorgung mit bezahlbaren und gesunden Lebensmitteln gesichert werden. Bevor Pflanzenschutzmittel in Deutschland angewendet werden dürfen, durchlaufen sie ein strenges Zulassungsverfahren. Die Zulassung eines einzelnen Wirkstoffs wie Glyphosat fällt in die Zuständigkeit der EU, die diesen Wirkstoff – wie es die entsprechenden Richtlinien vorsehen – in den kommenden Monaten nochmals überprüfen wird. Sowohl die deutschen Fachbehörden als auch die der anderen EU-Mitgliedstaaten sehen gegenwärtig aber keinen Grund, die Zulassungsfähigkeit dieses Wirkstoffes in Frage zu stellen.

Neben wissenschaftlichen Erkenntnissen sprechen auch die praktischen Erfahrungen dafür, Glyphosat nicht vom Markt zu nehmen. Die Anwendung von glyphosathaltigen Pflanzenschutzmitteln hat sich bei der Unkrautbekämpfung im Pflanzenbau sehr bewährt. Ein Verzicht auf Glyphosat würde einen vermehrten Einsatz anderer Pflanzenschutzmittel sowie einen intensiveren Maschineneinsatz bei der Bodenbearbeitung nach sich ziehen. Glyphosat macht eine ökologisch sinnvolle, nichtwendende Bodenbearbeitung häufig erst möglich und trägt zum Erosionsschutz sowie zu einem geringeren Kraftstoffverbrauch bei.“



**SPD-Bundestagsfraktion  
Pressemitteilung vom 23. 1. 2012**

**Novelle des Tierschutzgesetzes: keine Verbesserung beim Tierschutz**

Zur Aeusserung von Bundesministerin Ilse Aigner, das Tierwohl staerken zu wollen, erklart der Tierschutzbeauftragte der SPD-Bundestagsfraktion Heinz Paula:

Vollmundig verkuendet Bundesministerin Ilse Aigner, dass sie im Rahmen des Charta-Prozesses das Tierwohl staerken sowie Maester von Gefluengel, Schweinen und Rindern zu mehr Tierschutz verpflichten will. Gleichzeitig legt sie einen Gesetzentwurf zur Aenderung des Tierschutzgesetzes vor, der diesem Anspruch nicht im Ansatz gerecht wird. Fuer landwirtschaftliche Nutztiere bringt er keinerlei Verbesserungen.

Die Aenderungen im Bereich Qualzucht greifen zu kurz und koennen das Leiden der Tiere durch schmerzhaftige Missbildungen nicht verhindern. Einzig die betaebungslose Ferkelkastration soll verboten werden - allerdings erst ab 2017. Das ist eine Farce. Schon jetzt stehen erprobte Alternativen zur Verfuegung. Einem sofortigen Verbot steht daher nichts im Wege.

In Sachen Tierschutzlabel will Aigner eine europaweite Loesung. Das ist prinzipiell eine gute Idee. Es bedeutet allerdings eine erhebliche Verzoegerung. In Deutschland wurde vom Deutschen Tierschutzbund bereits jetzt ein Konzept vorgestellt.

Die SPD-Bundestagsfraktion fordert die Bundesregierung eindruecklich auf, den grossen Worten von Aigner endlich Taten folgen zu lassen. Zur Verbesserung des Tierwohls ist eine grundlegende Novellierung des Tierschutzgesetzes erforderlich. Dazu gehoert auch ein Verbot saemtlicher Manipulationen an Masttieren, wie wir sie bereits im Juni 2011 in einem gefordert haben.

**SPD-Bundestagsfraktion  
Pressemitteilung vom 26. 1. 2012**

**Lobby der Agrarindustrie blockiert Novelle des Baugesetzbuchs**

Zum Streit in der Bundesregierung ueber die Beschraenkung der Intensivtierhaltung erklart der zustaendige Berichterstatter der SPD-Bundestagsfraktion im Ausschuss fuer Verkehr, Bau und Stadtentwicklung Hans-Joachim Hacker:

Die Bundesregierung fuehrt in Sachen Baurecht fuer Anlagen der Intensivtierhaltung einen wahren Eiertanz auf: Waehrend die Landwirtschaftsministerin Ilse Aigner auf der „Grueenen Woche“ medienwirksam Lippenbekenntnisse zur artgerechten Haltung abgibt, stellt ihr Haus intern die Ampel fuer einen Gesetzentwurf auf Rot, der die Auswuechse der Intensivtierhaltung in Deutschland verhindern soll.

Ein vom Bundesbauministerium kurz vor Weihnachten 2011 vorgelegter Referentenentwurf fuer eine Novelle des Baugesetzbuches wurde auf Druck des Landwirtschaftsministeriums, getrieben von der Agrarlobby, kaum einen Tag spaeter wieder einkassiert. Bis heute wurde kein neuer Entwurf verschickt. Dabei bietet das Baurecht durch Aufhebung der bisherigen Privilegierungsregelung fuer Anlagen der Intensivtierhaltung eine wirksame Moeglichkeit zur Staerkerung einer artgerechten und oekologischen Nahrungsmittelproduktion. Ein entsprechender Vorschlag zur Aenderung von Paragraph 35 des Baugesetzbuchs war im Referentenentwurf noch enthalten. Er haette den Kommunen durch Anknuepfung an das Gesetz ueber die Umweltvertraeglichkeitspruefung ein Instrument gegen die Errichtung grosser gewerblicher Anlagen der Intensivtierhaltung an die Hand gegeben.

Aber offenbar scheute die Bundesregierung so kurz vor der „Grueenen Woche“ den Konflikt mit der industriellen Landwirtschaft. Statt wirksamer Massnahmen wie die notwendige Beschraenkung der baurechtlichen Privilegierung hat die Landwirtschaftsministerin jetzt eine unkonkrete „Charta fuer Landwirtschaft und Verbraucher“ angekuendigt.

Die SPD-Bundestagsfraktion hatte schon im September 2011 in ihrem Antrag „Klare Regelungen fuer Intensivtierhaltung“ ein baurechtliches Vorgehen gegen die Intensivtierhaltung verlangt. Wir fordern daher eine entsprechende Regelung im Rahmen einer Novelle des Baugesetzbuches vorzunehmen. Die Union muss sich intern endlich einig werden. Die streitenden Ressorts muessen die Kuh vom Eis holen.

**Betrieb fuer Putenmast genehmigt  
Kreis Euskirchen erlaubt Hof mit 38 520 Tieren**

Der Grossbetrieb fuer Putenmast auf dem Meerhof in Euskirchen-Palmersheim an der Grenze zum Rhein-Sieg-Kreis ist bereits am 22. Dezember genehmigt worden. Das bestaetigte der Pressesprecher des Kreises Euskirchen, Walter Thomaß, gestern auf GA-Anfrage. Damit kann der Antragsteller Rainer von Meer mit der Schornbuscher Biogas GmbH & Co KG den Grossbetrieb an der Grenze zu Swisttal und Rheinbach bauen. Wann die Arbeiten beginnen, war nicht zu erfahren, von Meer war nicht zu erreichen.

„Alle planungsrechtlichen und emissionschutzrechtlichen Auflagen sind erfuellt“, sagte Thomaß. Genehmigt ist jetzt ein Mastbetrieb fuer 38 520 Tiere, die in einem geschlossenen Gebaude gehalten werden. Der anfallende Kot wird in der betriebseigenen Biogasanlage im geschlossenen System verwertet. Die Sorgen der Rheinbacher und Swisttaler beziehen sich vor allem auf die Anhaeufung mehrerer solcher Gross-Mastbetriebe in der Nachbarschaft. So soll in Kuchenheim, ebenfalls auf dem Gebiet der Stadt Euskirchen, ein bereits genehmigter Legehennenbetrieb fuer rund 15 000 Tiere in Freilandhaltung um Stallungen fuer die Bodenhaltung von etwa 260 000 Tieren erweitert werden. sax

Quelle: General-Anzeiger (Bonn) v. 25. 1. 2012, S. 19

**SPD-Bundestagsfraktion  
Pressemitteilung vom 18. 1. 2012**

**Bundesregierung bei Neuordnung der landwirtschaftlichen Sozialversicherung planlos**

Anlaesslich der politischen Diskussion um die Neuorganisation der landwirtschaftlichen Sozialversicherung erklaren der Sprecher der Arbeitsgruppe Ernaehrung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der SPD-Bundestagsfraktion Wilhelm Priesmeier und der zustaendige Berichterstatter Heinz Paula:

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neuordnung der landwirtschaftlichen Sozialversicherung ist unzureichend.

Bislang deckt der Bund zwei Drittel der Ausgaben der landwirtschaftlichen Sozialversicherungen. Wir wollen den Einfluss des Bundes in der landwirtschaftlichen Sozialversicherung staerken und seine Gestaltungshoehheit sichern. Hier geht der Gesetzentwurf der Bundesregierung nicht weit genug.

Gleichzeitig wollen wir das soziale Alterssicherungssystem attraktiver gestalten. Das bedeutet auch: Die Hofabgabeklausel muss weg. Sie ist nicht mehr zeitgemaess und hat ihre strukturelle Wirkung laengst verloren. Die Landwirte umgehen ideenreich die Hofabgabeklausel und schwaechen dadurch das System.

Wir muessen die finanziellen Mittel im Interesse der Versicherten effizienter nutzen. Das bedeutet auch, dass wir auf allen Ebenen sparen muessen. Die Beschaeftigten der Sozialversicherungen muessen zukuenftig mehr Kernaufgaben uebernehmen. Wir lehnen die Beauftragung Dritter grundsuetzlich ab. So koennen Verwaltungsaufgaben im Umfang von mehr als drei Millionen Euro jaehrlich eingespart werden. Dafuer muessen die Landesbauernverbaende die ihnen bisher uebertragenen Aufgaben an die landwirtschaftlichen Sozialversicherungstraeger zurueckgeben. Davon steht nichts im Gesetzentwurf der Bundesregierung.

## **FDP-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 8. 2. 2012**

### **Reform der landwirtschaftlichen Sozialversicherung großer Erfolg für ländlichen Raum**

Zur Beratung der Neuordnung der landwirtschaftlichen Sozialversicherung erklärt der Agrarexperte der FDP-Bundestagsfraktion Edmund Geisen:

Mit den heutigen Änderungsanträgen haben wir ein Gesetz vorgelegt, das die landwirtschaftliche Sozialversicherung auf ein solides, bezahlbares und zukunftsfestes Fundament stellt. Das ist ein großer Erfolg dieser Koalition für die Souveränität des ländlichen Raumes. Damit haben wir als FDP unser Ziel erreicht, eine eigenständige soziale Absicherung der „grünen Berufe“ zu erschwinglichen Beiträgen auch in Zukunft zu sichern. Ganz besonders erfreulich ist, dass wir die Anregungen und Verbesserungsvorschläge des Berufsstandes weitgehend aufnehmen konnten. Viele Ängste, auch seitens der Beschäftigten, konnten wir so entkräften. Ein besonderer Erfolg der FDP-Bundestagsfraktion ist es, die spezifischen Belange des Gartenbaus in die neue Struktur eingebracht zu haben. Seine vorbildliche Präventionsarbeit kann mithilfe eines eigenen Fachausschusses ebenso dauerhaft fortgeführt werden, wie die bundesweite fachliche Betreuung in Kassel und der besondere Beitragsbemessungsmaßstab.

Wir sind überzeugt: Wenn alle Gruppierungen nun auch in der Selbstverwaltung weiter auf Kompromiss statt auf Konfrontation setzen, ist die jetzige Reform eine echte Zukunftsperspektive für eine optimale agrarsoziale Absicherung. Nun geht es auch ein Stück weit um die Solidarität im ländlichen Raum.

## **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 9. 2. 2012**

### **Meilenstein für die soziale Absicherung in der Landwirtschaft Eigenständigkeit des landwirtschaftlichen Bereichs gewährleistet**

Der Bundestag hat am Donnerstag die Organisationsreform der landwirtschaftlichen Sozialversicherung beschlossen. Dazu erklären der arbeitsmarkt- und sozialpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Karl Schiewerling, und die zuständige Berichterstatterin Gitta Connemann:

„Die Neuordnung der landwirtschaftlichen Sozialversicherung ist ein wichtiger Meilenstein für die soziale Absicherung der Menschen und ihrer Familien in dieser bedeutungsvollen Branche. Unter dem Dach eines neuen Bundesträgers werden Alterssicherung sowie Unfall-, Kranken- und Pflegeversicherung für Landwirtschaft, Forsten und Gartenbau zusammengeführt. Diese Bündelung der Kräfte ist effektiv und macht die soziale Sicherung in der Landwirtschaft stark für die Aufgaben der Zukunft. Mit dem Gesetzesbeschluss sorgt die Koalition dafür, dass die Eigenständigkeit des landwirtschaftlichen Bereichs gewährleistet bleibt und zugleich mehr Beitragsgerechtigkeit geschaffen wird. Die Organisationsreform der Sozialversicherung ist die notwendige Antwort auf den Strukturwandel und geänderte Lebenssituationen in der Landwirtschaft. Die Union unterstreicht mit der Reform ihre besondere Verbundenheit mit den Menschen in der Landwirtschaft und den dortigen Berufsständen.

Ebenso wichtig ist, dass auch bei der neuen landwirtschaftlichen Sozialversicherung das bewährte Prinzip der Selbstverwaltung gewahrt bleibt. Selbstverwaltung und Eigenverantwortung sind eine Grundfeste unseres Sozialsystems. Mit der Neuorganisation wird den Interessen der Regionen und Berufsstände vollauf Rechnung getragen. Denn auch über 2017 werden die Sparten mit eigenen Fachgremien mit Vorschlagsrechten vertreten sein.

Bei dieser Reform haben die Akteure in Landwirtschaft, Sozialversicherung sowie in der Politik verantwortungsvoll zusammen gewirkt. Der Bund wird mit gut 150 Millionen Euro an der Organisationsreform beteiligen – ein klares Zeichen für die Menschen in der Landwirtschaft. Nun ist es Aufgabe der Selbstverwaltung, die Neuorganisation mit Augenmaß umzusetzen.“

## **Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 23. 1. 2012**

### **Selbstständige in die gesetzliche Rentenversicherung**

Zum öffentlichen Fachgespräch der Grünen Bundestagsfraktion „Selbstständige in die gesetzliche Rentenversicherung! Aber wie?“ erklärt Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, Sprecher für Rentenpolitik:

Bei dem heutigen Fachgespräch ist einmal mehr deutlich geworden, dass die Zeit drängt: Auch für Selbstständige muss dringend eine stabile soziale Sicherung im Alter geschaffen werden. Wir wollen langfristig alle Selbstständigen in die gesetzliche Altersvorsorge einbeziehen. Nicht zuletzt die Finanzkrise hat gezeigt, dass private Vorsorge nicht sicher ist. Es kann sein, dass Menschen privat vorsorgen und trotzdem keine ausreichende Absicherung im Alter haben. Außerdem kann auch das Erwerbsminderungsrisiko letztlich nur durch die gesetzliche Rentenversicherung abgesichert werden. Und: wer lange eingezahlt hat, soll durch eine Garantierente vor Altersarmut geschützt werden. Ohne Einbeziehung in die Rentenversicherung werden viele Selbstständige in der Grundsicherung landen.

In einem ersten Schritt wollen wir in der gesetzlichen Rentenversicherung die zwei Millionen Selbstständigen berücksichtigen, die nach heutigem Recht überhaupt nicht verpflichtet sind vorzusorgen. Diese sind besonders von Altersarmut bedroht. Das liegt zum einen daran, dass es keine gesetzlichen Regelungen gibt, die für alle Selbstständigen einheitlich und verständlich die Vorsorge für das Alter regeln. Zum anderen zählen auch viele Selbstständige zu den Geringverdienenden: Ihr finanzieller Spielraum ist begrenzt und sie fühlen sich oft von den hohen Beitragsbelastungen für Selbstständige überfordert. Wir brauchen hier Lösungen sowohl für selbstständige als auch für abhängig Beschäftigte mit geringen Einkommen. Langfristig streben wir auch in der Rente eine Bürgerversicherung an, in die alle einzahlen.

## **SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 7. 2. 2012**

### **Gesetzentwurf zu Whistleblowing staerkt endlich die Rechte von mutigen Arbeitnehmern**

Anlaesslich der Verabschiedung eines Gesetzentwurfes der SPD-Fraktion zum besseren Schutz fuer Hinweisgeber (Whistleblower) erklart die Sprecherin fuer Arbeit und Soziales Anette Kramme:

Unsere Gesellschaft profitiert von mutigen Arbeitnehmern, die auf Gammelfleischskandale oder Notstaende in Pflegeheimen hinweisen. Der Whistleblower selbst geht damit aber ein hohes Risiko ein und wird haeufig wegen Geheimnisverrat gekuendigt.

Es wird deshalb Zeit, dass die Rechte und Pflichten von Hinweisgebern endlich verbindlich geregelt werden. Als SPD wollen wir eine einheitliche rechtliche Regelung, wer unter welchen Umstaenden wen ueber Missstaende informieren darf.

Unser Gesetzentwurf beseitigt Rechtsunsicherheit, indem er ein Anzeigerecht fuer Hinweisgeber festlegt. Massreglungen, „Mobbing“ und Kuendigungen aufgrund von rechtmassigen Hinweisen sind kuenftig verboten. Flankierend und zur Durchsetzung des Benachteiligungsverbots stehen dem Hinweisgeber



Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche sowie unter bestimmten Voraussetzungen ein Leistungsverweigerungsrecht zu.

Dieser rechtliche Schutz muss allerdings flankiert werden von einem gesellschaftlichen Klima, in dem Hinweisgeber nicht als Denunzianten verleumdet werden, sondern ihre Zivilcourage anerkannt wird.

Der Gesetzentwurf wird noch diese Woche in den Bundestag eingebracht und Thema einer Sachverständigenanhörung am 27. Februar sein.

### **Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 3. 2. 2012**

#### **Zweifelhafte Werkverträge – Razzien ausweiten**

Zu den Razzien im Einzelhandel wegen zweifelhafter Werkverträge, um die Lohnkosten zu senken, erklärt Beate Müller-Gemmeke, Sprecherin für Arbeitnehmerrechte:

Die Spirale des Lohndumpings dreht sich weiter. Die Unternehmen werden immer kreativer. Viele begnügen sich nicht mehr mit Leiharbeitsarbeitsverträgen sondern nutzen Schein-Werkverträge, um die Lohnkosten noch weiter zu senken. Es gibt mittlerweile Branchen, in denen nicht nur das ständige Absenken von Löhnen gängige Unternehmensstrategie ist, sondern dafür auch jegliche gesetzlichen Schlupflöcher genutzt werden. Das ist nicht akzeptabel, denn jegliche Arbeit hat ihren Wert.

Es ist gut, dass sich die Finanzkontrolle Schwarzarbeit dem wachsenden Problem annimmt. Die Bundesregierung sollte sich ein Beispiel an den Kontrolleuren des Zolls nehmen und die Beschäftigten schützen. Sie muss gesetzliche Regelungen auf den Weg bringen, die Lohndumping mittels Werkverträgen erheblich erschweren. Wir haben bereits vergangenes Jahr einen Vorschlag dazu im Bundestag unterbreitet. Wir wollen eine klare Abgrenzung von Leiharbeit und Werkverträgen.

### **FDP-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 27. 1. 2012**

#### **Steuermehreinnahmen ohne Steuererhöhungen**

Zu dem Bericht über die Rekordsteuereinnahmen des Bundes, erklärt der finanzpolitische Sprecher und stellvertretende Vorsitzende der FDP-Bundestagsfraktion Volker Wissing:

Die wachstumsorientierte Politik von Union und FDP hat sich bewährt. Die Arbeitslosenzahlen sind gesunken, die Steuereinnahmen auf Rekordniveau gestiegen und auch im Bereich der Armutsbekämpfung gibt es Erfolge.

Das zeigt umso deutlicher, wie falsch die Politik von SPD und Grünen ist. Beide Parteien fordern massive Steuererhöhungen. Damit würde das Wirtschaftswachstum künstlich gebremst, Arbeitsplätze vernichtet und das Land ärmer werden. Die Steuererhöhungspolitik von SPD und Grünen wird die Steuereinnahmen des Bundes nicht erhöhen, sondern gefährden.

FDP und Union ist es gelungen, dem Staat Einnahmen durch Wachstum zu sichern, ohne dass der Einzelne stärker belastet wird.

### **FDP-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 2. 2. 2012**

#### **Steinmeier will Haushaltsrecht des Parlaments aushebeln**

Zu den Äußerungen von Frank-Walter Steinmeier zur Transaktionssteuer erklärt die Vorsitzende des Finanzausschusses Birgit Reinemund:

Die Vorschläge, die Einnahmen aus einer möglichen Transaktionssteuer in einen europäischen Topf zu leiten und auf EU-Ebene nach Dringlichkeit und nicht nach Proporz zu verteilen,

umgehen den gerade vereinbarten Parlamentsvorbehalt bei haushaltswirksamen Entscheidungen. Wir haben im Deutschen Bundestag durchgesetzt, dass die Rechte des Parlamentes gestärkt werden und nun fordert der SPD-Fraktionsvorsitzende, andere über die deutschen Steuergelder entscheiden zu lassen. Die Einnahmen einer möglichen Finanzmarktbesteuerung müssen in die nationalen Haushalte fließen. Wir akzeptieren keine europäische Steuer durch die Hintertür.

Gleichzeitig fordert die SPD, eine Transaktionssteuer notfalls auch im Alleingang einzuführen. In Kombination mit Steinmeiers Vorschlag hieße das: Deutsche Anleger zahlen, die EU verteilt – ohne Einfluss des deutschen Parlaments.

Während laufenden Verhandlungen, eine Finanzmarktbesteuerung möglichst in allen 27 Mitgliedsstaaten der EU einzuführen, sind solche Vorstöße kontraproduktiv. Sie verringern die Bereitschaft von Mitgliedsstaaten, sich auf eine Finanzmarktbesteuerung einzulassen. Hier wird wieder einmal versucht, das Fell des Bären zu verteilen, bevor dieser erlegt ist.

### **SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 19. 1. 2012**

#### **Ruestungswahn in Griechenland**

Zum Thema Ruestung erklärt der Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion fuer Abruestung, Ruestungskontrolle und Nichtverbreitung Michael Groschek:

Deutschland und seine neun Grenznachbarn ruesten seine Kampfpfanzter ab. Der Bestand des Kampfpfanzters Leopard 2 soll von 350 auf 225 reduziert werden. Von dem in Einfuehrung befindlichen Schuetzenpanzer Puma sollen statt 410 nur noch 350 beschafft werden.

Die Niederlande hat ihre Panzer komplett aus der Armee entfernt.

Ausgerechnet der Pleitestaat Griechenland will zur gleichen Zeit aufruesten. 400 ausgemusterte US-Kampfpfanzter sollen offensichtlich von Griechenland uebernommen werden. Im Jahr 2010 war Griechenland beim Verhaeltnis von Schulden und Ruestungsausgaben Spitze. Laut OECD flossen 4,3 Prozent des Bruttoinlandproduktes (BIP) in Militaerausgaben, der OECD Durchschnitt liegt bei 1,7 Prozent.

Waehrend Deutschland 20 Milliarden Schuldenhilfe fuer Griechenland leistet, hat Griechenland im letzten Jahrzehnt den Militaerhaushalt von 4,5 auf 7,6 Milliarden Euro aufgeblasen. Der Ruestungswahn ist zumindest mitverantwortlich fuer die Staatspleite.

Auch wenn Griechenland en gros deutsche Ruestungsgueter gekauft hat, darf dies nicht kommentarlos akzeptiert werden. Aktuell sollen fuer ueber eine Milliarde Euro neue franzoesische Krieggsschiffe beschafft werden.

Dass dieser Aufruestungswahn mit Blick auf die Ruestung der Tuerkei erfolgt, macht ratlos. Griechenland und die Tuerkei sind NATO-Mitgliedsstaaten. Das Verbuendete finanziell verantwortungslos gegeneinander aufruesten ist nicht nur in Zeiten der Finanzkrise ein Affront.

### **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!



# Deutscher Mietgerichtstag 2012

Kongresszentrum Westfalenhallen Goldsaal, Rheinlanddamm 200, Dortmund

## Gesellschaft im Wandel – Neue Fragen – Neues Mietrecht?

### Freitag, 16. März 2012

- 9.30 Begrüßung
- 9.45 **Der Stromverbraucher im Geflecht des Marktes**  
Festvortrag: Johannes Kindler, Vizepräsident der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Bonn
- 10.45 Kaffeepause
- 11.15 **Das Mietverhältnis als Dauerschuldverhältnis – Rechtsfolgen für Gewährleistung, Rücksichtnahmepflichten und Vertragsänderungen**  
Referent: Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Freiburg
- 13.00 gemeinsames Mittagessen
- 14.30 **Arbeitskreise**
- 1. Mietminderung und Betriebskostenabrechnung**  
Einführung von RiBGH Dr. Peter Günter, Karlsruhe; Leitung: VorsRiLG a.D. Dr. Hans Langenberg, Hamburg
- 2. Mietrechtliche Aspekte des Betreuten Wohnens**  
Einführung von RA Marcel Eupen, Berlin; Leitung: RA Jürgen Fritz, Düsseldorf
- 3. Beginn und Ende mietrechtlicher Verjährungsfristen**  
Einführung von Prof. Dr. Carl-Heinz Witt, Heidelberg; Leitung: Prof. Dr. Markus Artz, Bielefeld
- 4. Sanktionen bei Nichtzahlung der Kaution**  
Einführung von RA Dr. Hans Reinhold Horst, Hannover; Leitung: RiBGH Dr. Karin Milger, Karlsruhe
- 16.00 Kaffeepause
- 16.30 **Arbeitskreise**
- 5. Umsetzung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes**  
Einführung von VizPräsAG Dr. Beate Flatow, Kiel; Leitung: RA Jost Riecke, Magdeburg
- 6. Neue Medien und Mietrecht**  
Einführung von Dr. Peter Hitpaß, Hamburg; Leitung: Dr. Ulrike Kirchhoff, München
- 7. Räumungsklage bei Eigentümer- und Vermieterwechsel**  
Einführung von Prof. Dr. Beate Gsell, München; Leitung: Prof. Dr. Peter Derleder, Bremen
- 8. Nutzungsbeschränkungen bei Wohnungseigentum und Miete**  
Einführung von Prof. Dr. Florian Jacoby, Bielefeld; Leitung: RiBGH a.D. Hans-Jörg Kraemer, Bretten
- 19.00 gemeinsames Abendessen

### Samstag, 17. März 2012

- 9.00 **Schnittstellen von Mietrecht und Energierecht**  
Referent: Prof. Dr. Stefan Klinski, Berlin
- 9.45 **Contracting in der Wohn- und Gewerberaummieta**  
Referent: RiBGH a.D. Dr. Dietrich Beyer, Karlsruhe
- 10.30 Kaffeepause
- 11.00 **Die Hinterlegungsanordnung und die Räumungsverfügung**  
Referent: VorsRiLG Elmar Streyl, Krefeld
- 11.45 **Die Räumungsvollstreckung**  
Referent: VorsRiOLG a.D. Winfried Schuschke, Köln

### nichtöffentlicher Teil:

- 13.30 Mitgliederversammlung des Deutschen Mietgerichtstages e.V.

**Tagungsbeitrag:** 170,- € für Mitglieder des Deutschen Mietgerichtstages e.V., sonst 250,- €;  
inkl. Kaffeepausen sowie Mittag- und Abendessen am 16. 3. 2012.

**Anmeldung:** Online unter [www.mietgerichtstag.de](http://www.mietgerichtstag.de) oder schriftlich an Deutscher Mietgerichtstag e.V.,  
Postfach 02 10 41, 10121 Berlin; Fax 030/2232346. Anmeldung von Nichtmitgliedern  
erst ab 1. 2. 2012 möglich.

**Hotel:** 1. Im Parkhotel, Strobelallee 41, 44139 Dortmund, steht ein Zimmerkontingent zum Abruf bereit.  
Stichwort „Mietgerichtstag“. Telefon 02 31 / 12 04-230, Fax 02 31 / 12 04-555, [parkhotel@westfalenhallen.de](mailto:parkhotel@westfalenhallen.de).  
2. Steigenberger MAXX Hotel, Berswordtstr. 2, 44139 Dortmund, Stichwort „Mietgerichtstag“.  
Telefon 02 31 / 90 21-666, Fax 02 31 / 90 21-999.



# GuT

G 58438

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

## **Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 19. 12. 2011**

### **Keine Lieferung von elektronischen Fußfesseln nach Libyen**

Zur möglichen Lieferung von elektronischen Fußfesseln nach Libyen erklärt Katja Keul, Parlamentarische Geschäftsführerin:

Das Vorhaben der Bundesregierung, in ein Land am Scheideweg elektronische Fußfesseln liefern zu lassen, ist völlig inakzeptabel. Inwieweit sich Libyen rechtsstaatlich entwickeln wird, ist nicht absehbar. Daher dürfen keine Güter geliefert werden, die auch zur Repression genutzt werden können. Fußfesseln dienen einzig und allein dem Zweck, Bewegungsprofile aufzuzeichnen, und können somit gegen Andersdenkende eingesetzt werden. Solche Lieferungen in völlig zusammengebrochene Strukturen helfen nicht beim Aufbau eines Rechtsstaates.

Die Bundesregierung muss vorrangig Unterstützung bei der Entwaffnung der Milizen leisten. Aber es geht offenbar wieder einmal nicht darum, eine konsistente Außenpolitik zu betreiben, sondern einzig und allein darum, deutsche Wirtschaftsinteressen zu vertreten. Um der Wirtschaft die Tür zu öffnen, lässt die Bundesregierung wieder einmal die Menschenrechte außer Acht.

## **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 3. 2. 2012**

### **Scharia-Gerichte haben keinen Platz in Deutschland Falsch verstandene Toleranz**

Der rheinland-pfälzische Justizminister Hartloff kann sich bei zivilen Rechtsstreitigkeiten islamische Scharia-Gerichte in Deutschland vorstellen. Dazu erklärt der stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag, Günter Krings:

„Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion lehnt islamische Scharia-Gerichte in Deutschland zur Beilegung zivilrechtlicher Rechtsstreitigkeiten ab. Wenn es um Geld- oder Erbstreitigkeiten geht, dann sind bei uns die ordentlichen Gerichte zuständig.

Es ist falsch verstandene Toleranz, wenn der SPD-Justizminister Hartloff islamischen Scharia-Gerichten das Wort redet.

Die Errungenschaften unseres Rechtsstaates gelten für alle in Deutschland lebenden Menschen – unabhängig von ihrem Glauben. Dieses Prinzip werden wir nicht wegen der Scharia aufgeben.“

## **FDP-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 3. 2. 2012**

### **Keine Scharia-Gerichte in Deutschland**

Zu den Äußerungen des rheinland-pfälzischen Justizministers Jochen Hartloff (SPD), Scharia-Richter in Deutschland einzuführen, erklärt der rechtspolitische Sprecher und Parla-

mentarische Geschäftsführer der FDP-Bundestagsfraktion, Christian Ahrendt:

Der Vorschlag des rheinland-pfälzischen Justizministers Jochen Hartloff (SPD) in Deutschland Scharia-Richter einzuführen, ist so absurd wie gefährlich. Die Einführung eines Scharia-Gerichtes untergräbt die deutsche Rechtspflege und trägt zur Ausbildung und Vertiefung von Parallelgesellschaften bei. Der erprobte Rechtsstaat darf nicht zu Lasten falsch verstandener Toleranz unterwandert werden. Es hat in der Vergangenheit bereits zu erheblichen Missbilligungen geführt, wenn deutsche Gerichte bei beispielsweise Ehrenmorden zu in der Strafe gemilderten Urteilen mit Blick auf die kulturelle Prägung des Angeklagten gekommen sind.

Es verwundert, dass gerade ein SPD-Justizminister dafür plädiert, ein an sich frauenfeindliches Rechtssystem in Deutschland zu etablieren. Ein deutscher Justizminister, der zudem das auf hohem rechtsstaatlichen Niveau stehende deutsche Recht zu Gunsten der Scharia aufbrechen will, muss sich ernsthaft fragen, ob er nicht fehl am Platz ist.

Die Einbanddecke GuT-Jahrgänge 2008–2009

Preis: 15,00 EUR inkl. Versand zzgl. 7% MwSt

Die drei Einbanddecken

2001–2003, 2004–2005, 2006–2007

Paketpreis: 40,00 EUR inkl. Versand zzgl. 7% MwSt

Einzelpreis je 15,00 EUR inkl. Versand zzgl. 7% MwSt

Die vier Einbanddecken

2001–2003, 2004–2005, 2006–2007, 2008–2009

Paketpreis: 50,00 EUR inkl. Versand zzgl. 7% MwSt

Lieferung solange vorrätig.

Bestellungen an

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH

Postfach 30 13 45, 53193 Bonn

Tel 02 28 / 47 63 78, Fax 02 28 / 47 09 54, info@prewest.de



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