

# Gewerbemiete Und Teileigentum

**10-12/12**

**12. Jahrgang**

**Heft 66**

**Sept./Okt./Nov. 2012**

**S. 433-508**

**Erscheinungsort Bonn**

**Mit Beilage  
GuT-W Heft 1**

## **Beiträge**

**C. R. Cymutta: Insolvenzverwalterkündigung für Mitmieter  
Bundespräsident beim Antrittsbesuch im Bundesverfassungsgericht  
K. E. Heinz: Die Bodenverwertungs- und -Verwaltungs-GmbH**

## **Wirtschaft und Verbände**

**K. Schröder: Familienpolitik  
W. E. Joachim: Lehrreiche (Launige) Lebens-Leitlinien  
Akademie für Raumforschung und Landesplanung (ARL)**

## **Gewerbemiete**

**Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr (BGH)  
Wertsicherungsklausel (BGH)  
Verletzung der Konkurrenzschutzklausel (BGH)  
Modernisierungsmaßnahme, unzumutbare Härte (BGH)  
Barkaution; Insolvenz des Vermieters (BGH)  
Ladenlokal im EKZ; Betriebskosten (BGH)  
Untermiete im EKZ (BGH)  
Überlassungsverträge nach Zivilgesetzbuch (BGH)  
Erbengemeinschaft; Verwaltung des Nachlasses (BGH)  
Kfz-Miete; Verhalten bei Unfall (BGH)**

## **Teileigentum**

**Beschreibungen im Aufteilungsplan (BGH)**

## **Wettbewerb**

**D. Dingeldey: Internet - Umschau Dezember 2012  
Unverbindliche Preisempfehlung (BGH)  
Preisverzeichnis über Bildschirm bei Mietwagenangebot (BGH)**

## **Besteuerung**

**Aufwendungen für Handwerkerleistungen (BFH)  
Vorlage an BVerfG; Erbschaftsteuergesetz (BFH)**

## **Magazin**

# Inhalt

## Editorial

Dezember 2012 – gen Ende von Epochen 437

## Beiträge

C. R. Cymutta,  
**Wann beendet eine Insolvenzverwalterkündigung das Mietverhältnis auch für Mitmieter? Eine Anmerkung zu OLG Hamburg, Urteil vom 29.3.2012 – 8 U 78/11 – GuT 2012, 372** 438

**Ansprache von Bundespräsident Dr. h. c. Joachim Gauck beim Antrittsbesuch im Bundesverfassungsgericht am 18. Oktober 2012 in Karlsruhe** 439

K. E. Heinz,  
**Die Bodenverwertungs- und -Verwaltungs-GmbH der Bundesrepublik Deutschland (BVVG) Eine unendliche Geschichte der „Privatisierung von Alteigentum in den neuen Bundesländern** 440

## Wirtschaft und Verbände

K. Schröder,  
**Das ist moderne Familienpolitik! Rede zum Haushaltsgesetz 2013 vor dem Deutschen Bundestag am 22. November 2012** 445

W. E. Joachim,  
**Lehrreiche (Launige) Lebens-Leitlinien** 446

**Über die Akademie für Raumforschung und Landesplanung (ARL)** 451

## Gewerbemiete

Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr; Buchung einer Flugreise (BGH) 452

Verbrauchsgüter-Kauf; Nacherfüllung; Aus- und Einbaukosten bei Ersatzlieferung für mangelhafte Sache; richtlinienkonforme Gesetzesauslegung (BGH Leits. u. a.) 454

Versorgungsvertrag über Wasserlieferung und Abwasserbeseitigung; Vertragskündigung seitens des Grundstückseigentümers anlässlich der Grundstücksvermietung (BGH) 454

Geschäftsraummiete; Wertsicherungsklausel; Mieterhöhung nach Fortfall des vereinbarten Index; Anwendung des Verbraucherpreisindex VPI nach Fortfall des Lebenshaltungskostenindex eines 4-Personen-Arbeitnehmerhaushalts; Basisjahr 2000; Übergangszeit zum VPI; ergänzende Vertragsauslegung; Warenkorb-Inhalte; Wägungsschema (BGH) 456

Gewerberaummierte; Mangel der Mietsache bei Verletzung der mietvertraglichen Konkurrenzschutzklausel; Minderung; Ärztehaus; Praxisklinik; Facharzt (BGH) 459

Gewerberaummierte; Räume für medizinische Massagepraxis; Mängelrüge wegen im Gebäudekomplex geführter Massagepraxis ungeklärter Seriosität eines Dritten (BGH) 463

Gewerberaummierte; Praxis für Neurologie und Psychiatrie; angekündigte Modernisierungsmaßnahmen im Gebäude; unzumutbare Härte; Aufhebung der Tauglichkeit der Mieträume; Entziehung des vertragsgemäßen Gebrauchs; Recht zur fristlosen Kündigung; Schadensersatzanspruch des Mieters (BGH) 465

Wohnraummierte; (Folge)Schaden des Vermieters infolge Verletzung der Mängelanzeigespflicht; Darlegungslast und Beweislast (BGH – nur Leits.) 468

Gewerberaummierte; abredewidrige Nichteinzahlung vereinnahmter Barkautions auf ein insolvenzfestes Sonderkonto; Insolvenz des Vermieters; Mietzinszurückbehaltung des Mieters; Aufrechnung gegen den Rückgewähranspruch; Insolvenzforderung; Abgrenzung zur Zwangsverwaltung (BGH) 468

Geschäftsraummiete; Ladenlokal im Einkaufszentrum EKZ; Betriebskosten; Nebenkosten; Kosten „Verwaltung“, „Versicherungen“, „Centermanager“, „Hausmeister“, „Wartung und Instandhaltung“; Formularvertrag; Intransparenz; unangemessene Benachteiligung; Verzugszinsen auf Nebenkosten-vorauszahlungen nach Abrechnungsreife (BGH) 470

Gewerberaummierte; verspätete Betriebskostenabrechnung; Verzinsung eines Betriebskostenthabens des Mieters (BGH) 474

Wohnraummierte; Kündigung; berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietvertrags; Nutzung der Mietwohnung ausschließlich zu beruflichen Zwecken; im Haus wohnender Vermieter; Interessenabwägung nach der Sozialklausel (BGH Leits u. a.) 476

Untermiete im Einkaufszentrum EKZ; Schutzbereich des Hauptmietvertrags; fehlerhafte Bewerbung mit Besucherzahlen durch konzernangehörige Vermietungsgesellschaft; Verschulden bei Vertragsschluss (BGH) 477

DDR; Neue Bundesländer; Überlassungsverträge nach Zivilgesetzbuch; Vertrag zur gewerblichen Nutzung eines Grundstücks; Überlassung volkseigener Grundstücke durch Nutzungsverträge eines zuständigen volkseigenen Betriebs VEB; Überlassung vor Scheitern des Restitutionsantrags; Recht zum Besitz ohne vereinbarte Zahlungspflicht (BGH) 479

Erbengemeinschaft; ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses; Mehrheitsprinzip; Einziehung von Mieten; Stimmenmehrheit eines Teilhabers, Miterben; Minderheitenschutz; Interessenkollision (BGH) 480

Geschäftsraummiete; Geschäftsversicherungsvertrag des Mieters; Regress des Versicherers gegen den Vermieter; Brandstiftung; Brandschaden infolge Fürsorgepflichtverletzung des Vermieters (BGH) 481

Kfz-Miete; Wegfall der Haftungsfreistellung des Mieters; Allgemeine Geschäftsbedingung Miet-AGB zum Verhalten bei einem Unfall; Aufgabe des Alles-oder-Nichts-Prinzips bei Obliegenheitsverletzung (BGH) 484

Immobilienmakler; Nachweistätigkeit; erneute Zeugenvernehmung zur Maklerleistung; rechtliches Gehör (BGH) 486

Kurzfassungen / Leitsätze Gewerbemiete etc. 487

## Teileigentum

Teileigentum; Zweckbestimmung der Räume; Nutzungsbestimmung in der Gemeinschaftsordnung; Beschreibungen im Aufteilungsplan; Laden; Gaststätte; Räume nicht zu Wohnzwecken (BGH) 488

## Wettbewerb

D. Dingeldey, Internet – Umschau Dezember 2012 489

Domainname; zum Rechtserwerb durch Registrierung; Inhaberschaft; DENIC; gewinn.de (BGH – nur Leits.) 492

Domain-Registrierung; DENIC; Domainvertrag; Providerwechsel; gewinn.de (BGH – nur Leits. mit Anm. Dingeldey) 492

Wettbewerb; Universaldienst der Deutsche Post AG; Postwurfsendung; Landtagsfraktion; NPD-Fraktion im Sächsischen Landtag (BGH Leits u. a.)

Wettbewerb; unverbindliche Preisempfehlung; Gespräch des produzierenden Lieferanten mit Händlern über deren Preisgestaltung; Internet-Vertrieb (BGH - mit Anm. d. Red.)

Wettbewerb; Unionsrecht; Zugänglichkeit des Preisverzeichnisses über Bildschirm bei Mietwagenangebot (BGH)

Wettbewerb; irreführende Werbung; Firma; durchschnittlich informierter Verbraucher; „Stadtwerke“; Stadtwerke Wolfsburg (BGH)

Internet; Suchmaschinen Recherche; Schlüsselwort; Anzeigen-Anzeige; Keyword-Advertising; Adword; Trefferliste; getrennter Werbeblock; MOST-Pralinen (BGH Leits. u. a.)

Kurzfassungen / Leitsätze Wettbewerb etc.

492

493

494

496

499

499

## Besteuerung

Einkommensteuer des Wohnraummieters; Steuerermäßigung; Aufwendungen für Handwerkerleistungen; Mietzins-Zahlung von Pauschalen für Schönheitsreparaturen; Handwerkerleistungen in Wohnungseigentümergeinschaften (BFH)

500

Vorlage an das Bundesverfassungsgericht BVerfG; Erbschaftsteuergesetz; Fehlbesteuerungen; grundgesetzlicher Schutz der Familie nur als Gemeinschaft von Eltern und Kindern (BFH Leits. u. a.)

501

Kurzfassungen / Leitsätze Steuerrecht etc.

502

## Magazin

Politik und Recht

503

Impressum

506

## Editorial

Bonn, 17. Februar 2013

### Das Projekt „Gewerbemiete und Teileigentum“

Sehr geehrte Damen und Herren,

seit dem Druck des Heftes 65 der GuT als Ausgabe August/September 2012 am 8./9. Oktober und der Einlieferung zum Postversand am 19. Oktober 2012 sind vier Monate vergangen, bis morgen, Montag 18. Februar 2013, die neue Ausgabe Oktober/November/Dezember 2012 als Heft 66 gedruckt wird.

Es war mir deutlich geworden, dass die Fachzeitschrift „Gewerbemiete und Teileigentum“ und das mit ihr verbundene Projekt der Publikation und Hinwendung an das interessierte Publikum sowohl einer fortentwickelten Ordnung im Interesse der heutigen und zukünftigen Abonnenten bedurfte als auch die Umsetzung des „missing link“ zum interessierten Publikum erforderte.

Diese Neuordnung hat viel Kraft und viel Zeit verlangt. Darüber ist auch die Erstellung des für Frühling 2012 vorgesehenen GuT-Registers 2010-2011 nur stockend vorangekommen, es wird jetzt abdiktiert; die buchstäbliche Schreibblockade ist vorbei. Für die Geduld und für die langjährige Begleitung - oft seit der Erstausgabe 2001 - bei der Entwicklung der Zeitschrift und dem „Projekt GuT“ danke ich Ihnen, den Abonnenten der GuT, herzlich.

### Die Zeitschrift GuT

Die bisherigen Rubriken werden beibehalten.

- Unter „Wirtschaft und Verbände“ finden sich weiterhin Veröffentlichungen, die Zusammenhänge der Politiken verdeutlichen.
- Unter „Wettbewerb“ werden auf die Wettbewerbssituation der Betriebe sich auswirkende Themen vermehrt berücksichtigt. Dazu wird ab Heft 68 auch der Bereich ‚Arbeit‘ gelegentlich aufgegriffen.

Die Dokumentation von Pressemeldungen (PM) wird verändert. Unmittelbar gewerblich/betrieblich/sachlich relevante PM oder andere Meldungen finden weiterhin eine Dokumentation durch Aufnahme in die aktuellen Hefte.

Pressemeldungen sind öffentlichkeitsorientierte Meinungsäußerungen. Unser Beitrag als (Fach)Presse ist deren weitere Verbreitung im Rahmen unserer Möglichkeiten und Ziele. Zur Veröffentlichung in GuT vorgesehene Pressemeldungen werden ggf. mit weiterem Material zu Schwerpunktthemen (z. B. Landwirtschaft und Ernährung; Infrastruktur; Handel; Tourismus; Energie und Modernisierung; Sonderimmobilien; Maritime Wirtschaft) zusammengeführt.

Veröffentlichungen von PM bedeuten nicht, dass die gemeldete Auffassung geteilt wird. Allerdings: PM sollen eine kompetente und vernünftige, möglichst auch Nachhaltigkeit als Konzept überzeugend zum Ausdruck bringende Bemühung um Lösung der anstehenden Probleme erkennen lassen. Insofern:

Neu sind ab sofort die Erfordernisse ernsthaften Bemühens nicht um das Trennende, sondern um das Verbindende und eines positiven Denkansatzes in der ggf. (kulturelle) Alternativen aufzeigenden Kritik einer PM.

Selbstverständlich sind nicht alle Facetten und auch nicht alle Sachgebiete darzustellen oder gar zu behandeln. Viele Informationen können wir daher gar nicht weiterverarbeiten und sie werden auch nicht vorgehalten. Weitere Informationen wiederum können oder sollen nicht in GuT dokumentiert werden, bilden jedoch nach redaktioneller Einschätzung den Fortgang der kulturellen, politischen und gesetzgeberischen Entwicklung ab und sollten deshalb in der Form des Abrufs veröffentlicht werden. Sie werden *zum Abruf* aus dem Printangebot *ausgeschieden*.

Ausgeschiedene Meldungen halten wir auf Abruf zeitgleich zu den drei nächsten Ausgaben nach drei verschiedenen Mustern vor: Heft 66 mit PM überwiegend bis Dezember 2012: ohne Kategorisierung; Heft 67 mit PM überwiegend aus Januar 2013: differenziert nach ‚Substanzmangel‘, ‚Thema interessant‘, ‚Wahlkampf‘; Heft 68 mit PM überwiegend ab Februar 2013 bis Erscheinungstermin: differenziert nach ‚Außen‘, ‚Innen‘, ‚Substanzmangel‘.

Sofern sich ein Interesse der GuT-Bezieher erweisen wird, könnte das Angebot ausgeschiedener Meldungen ab Heft 69 bis auf Weiteres in geeigneter Form beibehalten werden.

Im Übrigen werden die Pressemeldungen zukünftig möglichst nach Sachnähe laufend auch den Rubriken - Wirtschaft und Verbände - Gewerbemiete - Teileigentum - Wettbewerb - Steuern und weiterhin der Rubrik Magazin unmittelbar zugeordnet.

- Pressemeldungen der Gerichte werden daher neben der bisherigen Veröffentlichungspraxis neue Zuordnungen in GuT finden können.

- Die Dokumentation von Pressemeldungen der Parteien, Fraktionen oder Mandatsträger soll die aus dem Mandat erwachsene Pflicht zum Bemühen um „wirksame verfassungsmäßige Opposition“ (K. Hesse) erkennen lassen. (Weder gedruckt noch zum Abruf vorgehalten werden ab GuT-Jahrgang 2013 Pressemeldungen in gehässigem Umgangston, in denen von schal-

lenden Ohrfeigen, die von den Kirchen verteilt würden oder von Entscheidungen der deutschen oder europäischen Justiz ausgingen, ausgestellten Armutszuzeugnissen, schamloser Begünstigung oder Absicht der Diskriminierung durch Verfassungsorgane oder ähnlichem Unfug oder in entsprechendem Tonfall die Rede ist.)

Die vorgehaltenen Pressemeldungen eines Berichtszeitraumes können nur in jeweiligem Gesamtpaket und nur von den Abonnenten der GuT in einer Übergangszeit jeweils nach Erscheinen einer Ausgabe der GuT bei der Redaktion zur Zusendung per email angefordert werden.

- Pressemeldungen aus der Exekutive / von Regierungsmitgliedern werden ebenfalls den Rubriken zugeordnet. Aber auch hier werden Pressemeldungen zum Abruf vorgehalten, die nach redaktioneller Einschätzung den Fortgang der kulturellen, politischen und gesetzgeberischen Entwicklung dokumentieren und veröffentlicht werden sollten.
- Pressemeldungen aus Verbänden, Unternehmen, Forschung und Lehre sowie von Dritten werden ebenfalls sorgfältig zur Kenntnis genommen und entsprechend auf eine Veröffentlichung in GuT bzw. auf ein Vorhalten zum Abruf hin geprüft.

### Die Beilage GuT-W

Mit der neuen Beilage „Gewerbemiete und Teileigentum - Wohnraum professionell“ (GuT-W) wird in wichtigen Bereichen des Wohnraummobilien bezogenen Rechts die Publikationsarbeit fortgesetzt. Die Alleinstellungsmerkmale der Sachgebiete „Arbeit/Betrieb“ und „Wohnen“ werden akzentuiert, dabei verbinden GuT und GuT-W die Gemeinsamkeiten der Themen „Gewerbe“ und „Wohnraum“ in Recht, Wirtschaft und Kultur.

Mit der Veröffentlichung der obergerichtlichen Rechtsprechung des VIII. und XII. Senat sind wir im Wesentlichen mit GuT 66 und GuT-W als Beilage 66a up to date zum Stand Jahresende 2012, und mit Heft 67 und Beilage 67a werden wir es zum Stand des Erscheinens sein und weitere, bereits uns vorliegende Rechtsprechung berücksichtigen können.

Parallelzitate erlauben auch Beziehern anderer Zeitschriften eine Orientierung. Für eine Übergangszeit werden ab GuT-W Heft 1 nicht flächendeckend, aber in erweitertem Umfang parallele Fundstellen auch aus WuM (DMB-Verlag), ZMR (Wolters Kluwer), NZM/NJW (C.H. Beck) und anderen redigiert.

Das in Entscheidungen oder Literatur verwendete Zitat WM (= WPM = Wertpapiermitteilungen) wird ab GuT-W Heft 1 stehengelassen und nicht mehr mit WPM redigiert.

Gleiches erfolgt ab GuT Heft 67.

### Die online-Zeitschrift Gemeinsames Beiblatt gmbbl.de

Das Gemeinsame Beiblatt GmBB1 bzw. gmbbl.de, die allgemein den Verlagen angebotene online-Ergänzung für gedruckte (Fach)Zeitschriften, wird ab 2013 auch für GuT-W genutzt.

### GuT - online gestellt

In 2012 haben werktäglich 150-250, an Wochenenden tgl. ca. 100 Besucher unsere Homepage prewest.de besucht und knapp 115.000 Zugriffe getätigt. Soweit erkennbar, kommen die User weit überwiegend über ‚Favoriten‘, um gezielt auf das Angebot zuzugreifen. Die User kommen aus Universitäten, öffentlichen Verwaltungen, Anwaltskanzleien, Immobilienwirtschaft, und - insofern zielgemäß und besonders willkommen - aus dem Bereich des nachfragenden Publikums. Die Verweildauern steigen konstant.

Das Angebot der im Regelfall im Jahresturnus online gestellten GuT halten wir bei: Wir wollen, dass dem Publikum die Zugangsschwelle zum Wissen niedrig ist. Wir wollen, dass unseren Abonnenten ein rund um die Uhr bundesbahn-, gerichtssaal- oder weltweit-erreichbares Werkzeug ohne Brimborium neben ihrer klassischen Fachzeitschrift zur Verfügung steht.

Leider wird insbesondere von denen, die es von Berufs wegen besser wissen müssten und über den kostenfreien Zugriff den klas-

sischen Trittbrettfahrer abgeben, verkannt, dass eine win-win-Situation nicht erreicht wird, wenn die Kuh, die gemolken wird, nicht auch gefüttert wird; davon abgesehen, dass Ausdrücke nicht praktikabel sind. Das Prinzip „Wikipedia“, das wir persönlich seit Jahren befolgen, schließt einen Sachkosten-Obulus an die Organisatoren diverser kostenfreier Online-Anbieter ein; oft gibt es eine Spendenquittung; von uns gäbe es eine Rechnung über ggf. beruflich veranlasste Betriebskosten. In Zeiten des Zeitungssterbens lässt sich ein anderes, von uns als kostenträchtig betrachtetes System der Beitragsleistung z. B. bei der TAZ nachlesen.

### „Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum“ – GuT-Netzwerk

Das GuT-Netzwerk steht im Grundsatz GuT-Abonnenten offen. Erforderlich ist die Aufnahme in eine Liste. Der Aufnahme korrespondiert die Möglichkeit der Streichung aus der Liste.

Sinn des GuT-Netzwerks ist zunächst die Verbindung in einer kulturellen Veranstaltung der Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur Gesellschaft mbH.

Lesen Sie zu unserer Netzwerk-Idee dazu, bitte, auch auf unserer Homepage und jetzt zur struktur-ähnlichen Netzwerkidee in „Über die Akademie für Raumforschung und Landesplanung (ARL)“ in diesem Heft GuT 2012, Seite 451.

Das GuT-Netzwerk soll dazu verhelfen, auf der Grundlage entwickelter z. B. anthropologischer oder juristischer Erkenntnisse wirtschaftliche Verbindungen und Grundlagen zu nachhaltig reibungsverlustarmer Bewirtschaftung eines Unternehmenszwecks einzugehen und aufrechterhalten zu können.

Diese Kulturarbeit tritt für ein neues Markenbewusstsein (Nachhaltigkeit; Vernunft; Partnerschaft und weitere Inhalte der corporate Identity) der Beteiligten an Wirtschaftsprozessen ein.

Dieses ist die interne Netzwerk-Kulturarbeit.

Für die regionale Konfliktberatung und -bereinigung z. B. unter Geschäftsraumvermietern und -mietern oder mit Lieferanten, Kunden oder Kommunen bieten sich damit neue Ansätze. Gleiches gilt im Bereich der weiteren Immobilienwirtschaft.

Zugunsten der (in der Liste geführten, gleichsam berufsständisch organisierten) Unternehmer / Selbständigen bzw. Betriebe wird nur nach den Grundlagen des GuT-Netzwerks und mit den Personen aus der internen Netzwerk-Kulturarbeit eine Unternehmensberatung hinsichtlich Konfliktvermeidung und -bereinigung unter den Beteiligten angeboten.

Für die Beteiligten bzw. die Betriebe bietet sich die Chance, mit der Teilnahme am GuT-Netzwerk ein Gütesiegel zu vertreten.

Anders ist die externe Netzwerk-Kulturarbeit:

Für z. B. juristische Dienstleister / Diensteanbieter besteht die (kostenfreie) Möglichkeit der schlichten Präsentation auf unserer Homepage im Bereich gut-netzwerk.de. Voraussetzung ist die Aufnahme in die Liste. Das Prozedere bleibt unverändert. Die Aufnahme in die Liste birgt umgekehrt die Streichung aus der Liste.

Die Diensteanbieter im GuT-Netzwerk handeln - vom konzeptionellen abgesehen - grundsätzlich nicht innerhalb der internen Netzwerk-Kulturarbeit: Sie treten hinter die interne Netzwerk-(Betriebs-)Unternehmens- und Konfliktberatung zurück und stehen den Beteiligten erst nach Abschluss der internen Beratungen/Hilfen zur Seite, wenn eine einvernehmliche Konfliktlösung nicht möglich geworden ist.

Von Neuabonnenten der GuT ab 1.1.2013 wird erwartet, dass im Interesse aller ein vollständiger Bestand der Zeitschrift vorgehalten wird, wenn die Aufnahme in die Liste der Diensteanbieter erfolgen soll.

Ulrich von Schoenebeck

Prewest Verlag  
Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Bonn

## Dezember 2012 – gen Ende von Epochen

### *Fratres carissimi*

Non solum propter tres canonizationes ad hoc Consistorium vos convocavi, sed etiam ut vobis decisionem magni momenti pro Ecclesiae vita communicem. Conscientia mea iterum atque terum coram Deo explorata ad cognitionem certam perveni vires meas ingravescente aetate non iam aptas esse ad munus Petrinum aequè administrandum.

Bene conscius sum hoc munus secundum suam essentiam spiritualem non solum agendo et loquendo exsequi debere, sed non minus patiendo et orando. Attamen in mundo nostri temporis rapidis mutationibus subiecto et quaestionibus magni ponderis pro vita fidei perturbato ad navem Sancti Petri gubernandam et ad annuntiandum Evangelium etiam vigor quidam corporis et animae necessarius est, qui ultimis mensibus in me modo tali minuitur, ut incapacitatem meam ad ministerium mihi commissum bene administrandum agnoscere debeam. Quapropter bene conscius ponderis huius actus plena libertate declaro me ministerio Episcopi Romae, Successoris Sancti Petri, mihi per manus Cardinalium die 19 aprilis MMV commissum renuntiare ita ut a die 28 februarii MMXIII, hora 20, sedes Romae, sedes Sancti Petri vacet et Conclave ad eligendum novum Summum Pontificem ab his quibus competit convocandum esse.

Fratres carissimi, ex toto corde gratias ago vobis pro omni amore et labore, quo mecum pondus ministerii mei portastis et veniam peto pro omnibus defectibus meis. Nunc autem Sanctam Dei Ecclesiam curae Summi eius Pastoris, Domini nostri Iesu Christi confidimus sanctamque eius Matrem Mariam imploramus, ut patribus Cardinalibus in eligendo novo Summo Pontifice materna sua bonitate assistat. Quod ad me attinet etiam in futuro vita orationi dedicata Sanctae Ecclesiae Dei toto ex corde servire velim.

*Ex Aedibus Vaticanis, die 10 mensis februarii MMXIII*

**BENEDICTUS PP. XVI**

Quelle: [http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/speeches/2013/february/documents/hf\\_ben-xvi\\_spe\\_20130211\\_declaratio\\_lt.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2013/february/documents/hf_ben-xvi_spe_20130211_declaratio_lt.html)

### *Liebe Mitbrüder!*

Ich habe euch zu diesem Konsistorium nicht nur wegen drei Heiligsprechungen zusammengerufen, sondern auch um euch eine Entscheidung von großer Wichtigkeit für das Leben der Kirche mitzuteilen. Nachdem ich wiederholt mein Gewissen vor Gott geprüft habe, bin ich zur Gewißheit gelangt, daß meine Kräfte infolge des vorgerückten Alters nicht mehr geeignet sind, um in angemessener Weise den Petrusdienst auszuüben.

Ich bin mir sehr bewußt, daß dieser Dienst wegen seines geistlichen Wesens nicht nur durch Taten und Worte ausgeübt werden darf, sondern nicht weniger durch Leiden und durch Gebet. Aber die Welt, die sich so schnell verändert, wird heute durch Fragen, die für das Leben des Glaubens von großer Bedeutung sind, hin- und hergeworfen. Um trotzdem das Schifflein Petri zu steuern und das Evangelium zu verkünden, ist sowohl die Kraft des Körpers als auch die Kraft des Geistes notwendig, eine Kraft, die in den vergangenen Monaten in mir derart abgenommen hat, daß ich mein Unvermögen erkennen muß, den mir anvertrauten Dienst weiter gut auszuführen. Im Bewußtsein des Ernstes dieses Aktes erkläre ich daher mit voller Freiheit, auf das Amt des Bischofs von Rom, des Nachfolgers Petri, das mir durch die Hand der Kardinäle am 19. April 2005 anvertraut wurde, zu verzichten, so daß ab dem 28. Februar 2013, um 20.00 Uhr, der Bischofssitz von Rom, der Stuhl des heiligen Petrus, vakant sein wird und von denen, in deren Zuständigkeit es fällt, das Konklave zur Wahl des neuen Papstes zusammengerufen werden muß.

Liebe Mitbrüder, ich danke euch von ganzem Herzen für alle Liebe und Arbeit, womit ihr mit mir die Last meines Amtes getragen habt, und ich bitte euch um Verzeihung für alle meine Fehler. Nun wollen wir die Heilige Kirche der Sorge des höchsten Hirten, unseres Herrn Jesus Christus, anempfehlen. Und bitten wir seine heilige Mutter Maria, damit sie den Kardinälen bei der Wahl des neuen Papstes mit ihrer mütterlichen Güte beistehe. Was mich selbst betrifft, so möchte ich auch in Zukunft der Heiligen Kirche Gottes mit ganzem Herzen durch ein Leben im Gebet dienen.

*Aus dem Vatikan, 10. Februar 2013*

**BENEDICTUS PP XVI**

Quelle: [http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/speeches/2013/february/documents/hf\\_ben-xvi\\_spe\\_20130211\\_declaratio\\_ge.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2013/february/documents/hf_ben-xvi_spe_20130211_declaratio_ge.html)

Siehe dazu Meldungen der Bundestagsfraktionen in diesem Heft S. 503 f.

# Wann beendet eine Insolvenzverwalterkündigung das Mietverhältnis auch für Mitmieter?

Eine Anmerkung zu OLG Hamburg, Urteil vom 29.3.2012 – 8 U 78/11 – GuT 2012, 372

Störungen eines Gewerberaummietverhältnisses durch die Insolvenz des Mieters oder Vermieters können verschiedenste Abwicklungsfragen aufwerfen – umso mehr, wenn das Mietverhältnis von mehreren Mietern abgeschlossen wurde, von denen nur einer in die Insolvenz fällt. Der Fall des OLG Hamburg zählt auf den ersten Blick auch zu den „Mitmieter“-Fällen, die die Rechtsprechung in der Vergangenheit mit einem Verweis auf die Einheitlichkeit des Mietvertrags gelöst hat.<sup>1</sup> Und doch sollte die Lösung über die genaue Prüfung der Vertragsverhältnisse führen.

## 1. Sachverhalt

Im Falle des OLG Hamburg hatten zwei Mitmieter Gewerberäume gemietet, in denen sie eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts betrieben. Obwohl der spätere Beklagte dem Vermieter im Jahr 2003 mitteilte, dass er aus der GbR ausscheide und um Entlassung aus dem Mietvertrag bat, erfolgte eine Entlassung nicht. Allerdings wurde eine spätere Mieterhöhung im Jahr 2007 nur von dem verbleibenden Mieter, nicht vom Beklagten unterzeichnet. Beide Mieter kündigten das Mietverhältnis zum 31. Dezember 2009. Während der Kündigungsfrist wurde am 4. Februar 2009 über das Vermögen des verbliebenen Mieters (im Folgenden: Insolvenzschnldner) das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Insolvenzverwalter des Insolvenzschnldners kündigte das Mietverhältnis nach § 109 Abs. 1 S. 1 InsO zum 31. Juli 2009. Der Vermieter forderte den Beklagten in der Folge auf, Miete für September 2009 zu zahlen. Zwischen den Parteien ist streitig, ob das Mietverhältnis mit Wirkung für beide Mieter zum 31. Juli 2009 beendet wurde.

## 2. Lösung des OLG Hamburg

Das OLG Hamburg sieht den Mietvertrag zum 31. Juli 2009 als beendet an. Wegen der Einheitlichkeit des Mietvertrags müsse die Rechtsfolge der Kündigung für beide Mitmieter gelten, so dass der Vertrag durch die Verwalterkündigung insgesamt beendet werde.<sup>2</sup> Zwar diene das Kündigungsrecht dem Schutz der Insolvenzmasse. Der Mietgebrauch könne jedoch nur einheitlich gewährt und auch einheitlich beendet werden, so dass die Einheitlichkeit des Mietvertrags zu einer Beendigung des Mietverhältnisses insgesamt führe. Diese Schlussfolgerung ist durchaus mit der Rechtsprechung zur Einheitlichkeit des Mietvertrags vereinbar, nach dem in einem Mietvertrag einheitliche Erklärungen abgegeben werden müssen, die zu einheitlichen Rechtsfolgen führen.

## 3. Stellungnahme

Das OLG Hamburg zäumt mit seiner Schlussfolgerung allerdings das Pferd von hinten auf. Denn um – wie hier – eine einheitliche Rechtsfolge herzuleiten, muss zunächst eine wirksame rechtsgestaltende Erklärung (Kündigung zum 31. Juli 2009) abgegeben werden, die ebenfalls den Grundsätzen der Einheitlichkeit des Mietvertrags genügt. Der Beklagte und der spätere Insolvenzschnldner kündigten den Mietvertrag zwar gemeinsam und wirksam zum 31. Dezember 2009. An einer einheitlichen Kündigung zum 31. Juli 2009 jedoch fehlt es.

### a) Wirksame Kündigung?

Aus dem Urteil des OLG Hamburg wird nicht abschließend klar, ob der Mietvertrag mit dem Insolvenzschnldner und dem Beklagten – den Gesellschaftern der in den Räumen betriebenen GbR – als Mitmieter oder von der GbR geschlossen wurde. In beiden Fällen ist eine Kündigung des Mietvertrags jedoch nur durch beide GbR-Gesellschafter möglich.

### aa) GbR als Mieterin

War die GbR Mieterin des Mietvertrags, müsste der Insolvenzverwalter bei seiner Kündigung zum 31. Juli 2009 eine Erklärung für die Gesellschaft abgegeben haben. Zwar war die Gesellschaft nach der Mitteilung an den Vermieter im Jahr 2003, spätestens aber mit Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Insolvenzschnldners, aufgelöst (§ 728 Abs. 1 S. 1 BGB). Solange der streitgegenständliche Mietvertrag bestand, war die GbR jedoch noch nicht vollständig auseinandergesetzt, so dass sie bis zur endgültigen Auseinandersetzung als fortbestehend galt (§ 730 Abs. 2 S. 1 BGB). Die Geschäftsführung und die Vertretung der GbR standen während der Auseinandersetzung allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu (§§ 730 Abs. 2 S. 2, 2. HS, 714 BGB). Die Kündigung nur des Insolvenzschnldners wäre damit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens unwirksam gewesen.

Dem Insolvenzverwalter des Insolvenzschnldners stand auch kein eigenes Kündigungsrecht zu. Denn mit Insolvenzeröffnung geht zwar die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Insolvenzschnldners auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 InsO), der Mietverträge mit dem Sonderkündigungsrecht des § 109 Abs. 1 S. 1 InsO beenden kann. War jedoch die GbR Mietvertragspartei, so greift § 109 Abs. 1 S. 1 InsO nicht, denn dort wird nur dem Insolvenzverwalter des insolventen Mieters ein Sonderkündigungsrecht eingeräumt, nicht jedoch dem Insolvenzverwalter eines insolventen Gesellschafters der Mieterin. Ein originäres Kündigungsrecht des Insolvenzverwalters von Gesellschaftern der Mieter ist auch nicht nötig, da das Gesellschaftsrecht ausreichend Mittel zum Schutz der Insolvenzmasse bietet. Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern gebietet es, dass der Mitgesellschafter die Belange der anderen Gesellschafter nicht ungerechtfertigt beeinträchtigt. Der Mitmieter muss daher die Insolvenzmasse schützen, indem er entweder eine Kündigung mit unterzeichnet oder die Insolvenzmasse nach Ablauf der Kündigungsfrist von den Mietforderungen freistellt.

Spiegelbildlich würde es eine Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten durch den Insolvenzverwalter darstellen, wenn er das Mietverhältnis ohne Rücksprache mit dem Mitgesellschafter und ohne Rücksicht auf dessen Belange kündigt, obwohl der Mitgesellschafter das Mietverhältnis womöglich fortsetzen will – insbesondere, wenn der Vermieter nicht zum Abschluss eines Folgevertrags bereit ist. Ein dem Mitgesellschafter entstehender Schadensersatzanspruch (§ 280 BGB) könnte die Insolvenzmasse als Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 InsO belasten.

Die Kündigung des Insolvenzverwalters könnte danach nur wirksam sein, wenn er vom Beklagten zur Kündigung bevollmächtigt gewesen wäre. Hierzu ist aus dem Urteil des OLG Hamburg jedoch nichts ersichtlich.

### bb) Beide Gesellschafter als Mieter

Handelte es sich um einen Mietvertrag mit den beiden Gesellschaftern als Mitmieter,<sup>3</sup> so gilt auch bei der Frage nach der

1) LG Neubrandenburg, 14.8.2001, 1 S 114/01, WuM 2001, S. 551, 552; OLG Hamm, 1.2.2011, I-7 U 27/10, ZInsO 2012, S. 1021.

2) OLG Hamburg, GuT 2012, S. 372 ff.; Az. der Revision: BGH – XII ZR 43/12.

3) Wobei auch hier durch den gemeinsamen Abschluss des Mietvertrags zumindest eine Innen-GbR gegründet wurde.

Wirksamkeit der Kündigung der Grundsatz der Einheitlichkeit des Mietvertrags. Mehrere Mitmieter können das Kündigungsrecht nur einheitlich ausüben.<sup>4</sup>

Im Falle des OLG Hamburg war der Beklagte jedoch an der Kündigung des Insolvenzverwalters nicht beteiligt; eine Bevollmächtigung des Insolvenzverwalters ist nicht ersichtlich. Der Insolvenzverwalter hätte sich auch in dieser Konstellation zunächst an den Mitmieter halten müssen, um aus den aus der Innen-GbR resultierenden Treue- und Schutzpflichten eine Zustimmung zur Kündigung oder eine Freistellung der Masse zu erreichen. Es fehlte daher bereits an einer wirksamen Kündigung des Mietvertrags zum 31. Juli 2009, so dass der Mietvertrag entgegen der Ansicht des OLG Hamburg im September 2009 noch fortbestand.

#### b) Beendigung des Mietvertrags zum 31. Juli 2009

Eine Beendigung des Mietvertrags zum 31. Juli 2009 durch die isolierte Kündigung des Insolvenzverwalters wäre nur begründbar, wenn der streitgegenständliche Mietvertrag nicht durch die GbR, sondern durch die zwei Gesellschafter als separate Mieter geschlossen wurde und es sich rechtlich nicht um einen einheitlichen Mietvertrag, sondern um zwei Mietverträge gehandelt hätte, die nur in einem Dokument zusammengefasst wurden.<sup>5</sup> Dann würde die Einheitlichkeit des Mietvertrags

der Wirksamkeit der Verwalterkündigung nicht entgegenstehen, die Rechtsfolge der Kündigung könnte aber auch nicht wegen der Einheitlichkeit des Mietvertrags für beide Mieter eintreten. Da die beiden Mitmieter jedoch ursprünglich eine GbR in den Mieträumen betrieben, ist von einer solchen Konstellation jedoch nicht auszugehen, da die Geschäftstätigkeit eine einheitliche und gemeinsame Nutzung der Räume voraussetzte.

#### 4. Fazit

Um eine Rosinenpickerei zu vermeiden, sollte auch bei Mietverträgen mit mehreren Mietern eine Lösung innerhalb der zugrunde liegenden gesellschaftsrechtlichen und zivilrechtlichen Rechtsverhältnisse angestrebt werden, da nur so rein interessegeleitete Einzelfalllösungen vermieden werden können. Es bleibt abzuwarten, wie der BGH den besprochenen Fall lösen wird.

4) Vgl. zur Kündigung nur eines von mehreren Zwangsverwaltern OLG Hamm, 1.2.2011, I-7 U 27/10, ZInsO 2012, S. 1021 ff.

5) Diese Lösung kann etwa bei einer Bürogemeinschaft angenommen werden, bei der auch Braun/Kroth, InsO, § 109 Rn. 27, nur den Insolvenzschuldner analog § 425 BGB aus dem Mietvertrag ausscheiden lässt, obwohl er in Rn. 24 das Mietverhältnis grundsätzlich als insgesamt durch die Verwalterkündigung beendet ansieht.

## Ansprache von Bundespräsident Dr. h. c. Joachim Gauck beim Antrittsbesuch im Bundesverfassungsgericht am 18. Oktober 2012 in Karlsruhe

Herzlichen Dank für die überaus freundliche Begrüßung. Es ist eine schöne Tradition, dass sich nach Amtswechseln die Verfassungsorgane auch persönlich kennenlernen. Nicht nur deshalb bin ich heute gerne nach Karlsruhe gekommen. Natürlich kannte ich im Grundsatz schon früher die Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts. Aber im Vorfeld des Besuches hat die politische Situation, die ganz aktuelle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mir sehr nachdrücklich bewusst gemacht: Ohne Bundesverfassungsgericht wäre unsere Verfassungsordnung unvollkommen.

So komme ich zu Ihnen mit großer Freude und tiefer Wertschätzung.

Ich selbst bin in einem Gesellschaftssystem groß geworden, in dem die Verfassung zwar einige Grundrechte und staatliche Garantien enthielt. Aber in der DDR konnten die Bürger ihre Rechte gegenüber der Staatsmacht nicht durchsetzen. Es gab keine Instanz, vor der Bürger gegen den sozialistischen Staat klagen konnten.

Deshalb wusste schon die Demokratiebewegung von 1989: Unabhängige Gerichte – allein dem Recht verpflichtet, keiner Staatsführung, auch keiner Ideologie oder Idee – sind unverzichtbarer Teil eines Rechtsstaates.

Für diese Unabhängigkeit und den Rechtsstaat insgesamt ist aber auch ein zweites Element ganz wesentlich, wichtiger vielleicht als ein fein ziseliertes Rechtsschutzsystem: Ich möchte es einmal mit „Haltung“ charakterisieren. Es sind dies die Rechtstreue der Bürger und die Rechtstreue der Rechtsanwender – der Richter, der Staatsanwälte, der Rechtsanwälte und der Verwaltungsbeamten. Es ist ihr Ethos, das geltende Recht richtig anzuwenden. Das ist deshalb so wichtig zu erwähnen, weil wir in Deutschland eine zweifache Geschichte des Rechtsverlustes zu konstatieren haben. Wir haben in Deutschland erlebt, wie Juristen zu Handlangern der herrschenden Macht wurden – wie Recht pervertiert wurde. Und noch etwas will ich hier benen-

nen: Menschen aus Staaten, in denen das Rechtsbewusstsein weniger stark ausgeprägt ist, fragen nicht umsonst: Warum werden in Deutschland Ge- und Verbote befolgt?

Vielleicht liegt eine Antwort auf diese Frage darin, dass der Rechtsstaat in Deutschland älter ist als die Demokratie. In der alten Bundesrepublik – sicher in einem längeren Prozess – ist richterliche Kontrolle in über 60 Jahren selbstverständlich geworden. So krönt das Bundesverfassungsgericht unseren Rechtsstaat. Es hat mit seiner Rechtsprechung das Versprechen des Grundgesetzes und seiner grundrechtlichen Gewährleistungen eindrucksvoll erfüllt. Wer wie die Ostdeutschen – und die Osteuropäer – einmal alles verloren hat, was die Subjekthaftigkeit eines Staatsbürgers garantiert, die Freiheit, die Demokratie, die Rechtssicherheit, wer all das verloren hat, der weiß die rechtsstaatlichen Garantien zu schätzen, die unsere Verfassung enthält. Und deshalb werde ich überall, wo es erforderlich ist, daran erinnern, welch hoher Wert es ist, sein Recht auch gegen den Staat vor Gericht geltend machen zu können.

Von Gustav Radbruch stammt der Satz: „Nichts ist so entscheidend für den Stil eines Rechtszeitalters wie die Auffassung vom Menschen, an der es sich orientiert.“

In diesem Sinne war und ist das Bundesverfassungsgericht stilbildend und in vielem Vorbild für andere Verfassungsgerichte: Die Freiheits- und Gleichheitsrechte binden nicht nur Exekutive und Judikative, sondern sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch Maßstab für die Gesetzgebung. Mit dieser Rechtsprechung stellt das Gericht den Menschen in den Mittelpunkt und nicht mehr den Staat oder die Klasse, wie es oft genug verhängnisvoll in Deutschland geschehen ist. Das Gericht hat so das Staatsverständnis der Bundesrepublik maßgeblich mitgeprägt. Es hatte entscheidenden Einfluss darauf, dass Rechtsstaatsbewusstsein und die Rechtstreue in Deutschland im Bewusstsein der Bürger fest verankert sind.

Wessen Aufgabe es ist, die anderen Verfassungsorgane, Verwaltung und Gerichte zu kontrollieren, der zieht zwangsläufig Kritik auf sich. So konstant die Zustimmung und das Vertrauen der Deutschen in ihr Bundesverfassungsgericht ist, so konstant tritt Kritik an ihm auf – teilweise in harscher Form geäußert. Aber Kritik können Sie – da bin ich sicher – aushalten.

Nicht nur in der gegenwärtigen Krise empfindet die Politik Karlsruher „Einmischungen“ bisweilen als überflüssige Last. Auch in Nachbarstaaten ist man zum Teil erstaunt über die Rolle der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit. Das ändert nichts daran: Ihre Entscheidungen werden aufmerksam gelesen, in Berlin, im ganzen Land, bei unseren Nachbarn, in Brüssel, in Luxemburg und Straßburg; übrigens auch in anderen Erdteilen.

Ich habe an anderer Stelle gesagt, wir dürfen nicht als Präzeptoren von ganz Europa auftreten. Das gilt natürlich auch für das Bundesverfassungsgericht. Aber wir dürfen unsere Erfahrungen auch nicht leugnen. Wir können unsere Erfahrung mit Demokratie, mit Debatte, mit einem Rechtsstaat durchaus europaweit zeigen und sagen: So kann es gehen. Und zu den positiven Leistungen zählen gerade auch das Bundesverfassungsgericht und seine Rechtsprechung.

Denn selbst ablehnende Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts erfüllen eine wichtige Funktion: Befriedung! Karlsruhe vergibt eine Art „Gütesiegel“. „Wenn das Bundesverfassungsgericht nichts auszusetzen hat, dann muss es in Ordnung sein.“ So war es – meinem Eindruck nach – auch nach Ihrer Entscheidung zum ESM.

Bei meiner Vorbereitung ist mir auch klar geworden, dass das Bundesverfassungsgericht und der Bundespräsident eine institutionelle Nähe aufweisen. Unsere Unabhängigkeit hat – so meine ich – eine besondere Verantwortung zur Folge: Sie garantieren in besonderem Maße die Freiheit der Bürger einerseits und das Gleichgewicht der Gewalten andererseits – etwa wenn Ihre Rechtsprechung für wichtige staatliche Entscheidungen stärkere parlamentarische Mitwirkung verlangt. Meine Aufgabe sehe ich darin, das Vertrauen in unsere demokratischen Institutionen zu stärken, in ihre Prozesse und Entscheidungen. Dem dient mein Besuch hier und heute.

Ihnen allen – den Richterinnen und Richtern – möchte ich nochmals für die herzliche Aufnahme danken. Einen speziellen Dank sage ich den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Hauses und allen, die unsere Verfassungsrichter in ihrer so wichtigen Arbeit unterstützen. Ich freue mich auf die Gespräche und viele neue Erkenntnisse.

Dr. jur. utr. Karl Eckhart Heinz, Bonn

## Die Bodenverwertungs- und -Verwaltungs-GmbH der Bundesrepublik Deutschland (BVVG)

### Eine unendliche Geschichte der „Privatisierung“ von Alteigentum in den neuen Bundesländern

Als die Deutsche Demokratische Republik sich im Jahre 1990 mit der Bundesrepublik Deutschland vereinte, ging das Staatseigentum an Grund und Boden, das ein Überbleibsel der „Bodenreform“ in den deutschen Ländern der Sowjetischen Besatzungszone war, auf die Bundesrepublik Deutschland über und weckte bei den Beratern des damaligen Bundeskanzlers Helmut Kohl rasch den Gedanken, mit Hilfe eines Verkaufs dieser umfangreichen land- und forstwirtschaftlichen Flächen die Mittel zum Aufbau der maroden Wirtschaft in den neuen Bundesländern zu gewinnen. Hierdurch sollten die Kosten der Wiedervereinigung möglichst weitgehend bezahlbar gemacht werden, indem diese Ländereien zum freien Verkauf ausgeschrieben wurden. Seit 1992 widmet sich die BVVG, eine nach Weisungen des Bundesfinanzministeriums arbeitende Gesellschaft mit beschränkter Haftung, dieser Aufgabe; hinzu kamen Aufgaben nach dem „Entschädigungs- und Ausgleichleistungsgesetz“ (EALG)<sup>1</sup>, das sich mit staatlichen Ausgleichsleistungen für Enteignungen auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage beschäftigt, die angeblich „nicht mehr rückgängig gemacht werden können“.

Während Berechtigte nach dem EALG Ländereien zu vergünstigten Konditionen erwerben konnten, zogen die Preise für frei angebotene Grundflächen erheblich an, sodass es für Landwirte immer schwerer wurde, angrenzende Flächen zur Vergrößerung ihres Betriebs zu erwerben. Die Folge war, dass diese Flächen von Landfremden oder sogar von Firmen als *Kapitalanlage* erworben wurden, was den Zusammenhalt der dörflichen Gemeinschaften empfindlich zu stören begann. Bedenken der Landwirtschaftsminister in den neuen Bundesländern blieben jedoch ohne Resonanz, weil das Bundesfinanzministerium an möglichst hohen Einnahmen aus dem als *Privatisierung* bezeichneten Verkauf des Staatseigentums interessiert ist.

Am meisten benachteiligt waren jedoch jene „Alteigentümer“, die nach den Regeln des EALG von der Rückgabe ihres einstigen Besitzes ausgeschlossen sind. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht schon im Jahre 1974 festgestellt, dass enteigneter Besitz bei einem Wegfall des Enteignungszwecks an die ehemaligen Besitzer zurückzugeben ist und nicht etwa beliebig verkauft werden darf<sup>2</sup>; doch wendet die deutsche höchstgerichtliche Rechtsprechung diesen Grundsatz auf die im Wege der deutschen Wiedervereinigung erlangten Grundstücke nicht an, weil die Bodenreformmaßnahmen in der Sowjetischen Besatzungszone *auf Weisung der sowjetischen Militäradministration erfolgt* – oder zumindest *der sowjetischen Besatzungshoheit zuzurechnen* – seien und damit von deutscher Seite hingenommen werden müssten.

Diese den Interessen des deutschen Fiskus sehr entgegenkommende Interpretation der sowjetischen Belange erscheint jedoch fragwürdig, denn sie behandelt die Rückgabe der mit der Bodenreform in den Jahren 1945/46 enteigneten Grundstücke als ein angebliches *Tabu*, ohne die Verantwortlichkeit für die Bodenreformmaßnahmen noch näher zu untersuchen. Hinzu kommt, dass in Deutschland überhaupt eine *Theorie des Eigentums* fehlt<sup>3</sup>, auch dass es keine dogmatische Erklärung für

1) Gesetz über die Entschädigung nach dem Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen und über staatliche Ausgleichsleistungen für Enteignungen auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage (Entschädigungs- und Ausgleichleistungsgesetz - EALG) vom 27. September 1994 (BGBl. I S. 2624; 1995 I S. 110), zuletzt geändert durch Artikel 4 Absatz 38 des Gesetzes vom 22. September 2005 (BGBl. I S. 2809).

2) BVerfGE 38, 175.

3) Karl Eckhart HEINZ Glanz und Elend der deutschen Rechtsphilosophie am Beispiel des Eigentumskonzepts, RECHTSTHEORIE 1993, 435; ders. Der Besitz als Rechtsverhältnis, in: Holzwege der deutschen Zivilistik (Bonn 2008) Seite 59.



die offenbar bestehenden Unterschiede zwischen „Rechten an Grundstücken“<sup>4</sup> und Rechte an anderen Gegenständen gibt. Soweit sich demnach die höchsten deutschen Gerichte – einschließlich des Bundesverfassungsgerichts – mit den Ansprüchen der sogenannten „Alteigentümer“ beschäftigten, bewegten sie sich auf sehr dünnem Eis, ohne die Tiefe des Abgrunds darunter auch nur zu erahnen<sup>5</sup>. Von Seiten der *Rechtswissenschaft* erhielten sie in dieser Lage jedoch keinerlei Unterstützung, was auch auf die heutige deutsche Rechtswissenschaft – die sich angewöhnt hat, auf höchstrichterliche Erkenntnisse zur Fortentwicklung ihrer Dogmatik zu warten – kein gutes Licht wirft; die Zeiten, in denen die deutsche Rechtswissenschaft einmal führend in der Welt war, sind lange vorbei.

### Der Anteil der Sowjetunion an der Bodenreform in der Sowjetischen Besatzungszone

Am Ende des Zweiten Weltkriegs waren die Flüchtlingsströme nach Innerdeutschland ein Problem, das die Behörden aller Besatzungsmächte beschäftigen musste. Eine Umverteilung des Bodens war dringlich, jede Besatzungszone löste dieses Problem auf ihre Weise, und weil es sich um eine Folge des Krieges handelte, die das gesamte deutsche Volk betraf, kam eine Entschädigung für den Verlust durch diese Umverteilung nicht in Betracht.

In der Sowjetischen Besatzungszone wurde die Lösung dieses Problems mit sozialistischen Zielen unter der Parole „Junkerland in Bauernland“ verknüpft und Landbesitz über 100 ha grundsätzlich in *Staats Eigentum* überführt, obgleich die „Bodenreform“ lediglich die über 100 ha hinausgehenden Flächen für eine Umverteilung erfassen sollte<sup>6</sup>. Die Vorlage dieser Bodenreform kam aus Moskau, wurde aber in den einzelnen Ländern der Sowjetischen Besatzungszone *unterschiedlich umgesetzt*. Schon dies deutet darauf, dass es sich bei diesen Bodenreformregelungen *um deutsches Recht*, nicht etwa um Recht der Sowjetischen Militäradministration handelte.

Wir sind über die Umstände der Bodenreform in der Sowjetischen Besatzungszone sehr gut durch den Altkommunisten und späteren Kritiker des Sozialismus *Wolfgang Leonhard* informiert, der jene Vorlage aus Moskau übersetzen musste und über die Bodenreform in seinen Erinnerungen „Die Revolution entlässt ihre Kinder“ ausführlich berichtete<sup>7</sup>. Deutlich wird, dass die „Verordnung über die Bodenreform der Provinz Sachsen“ zwar einen sowjetischen Text zur Vorlage hatte, aber vom *deutschen Gesetzgeber in Sachsen* ausging und dass für die ähnlichen Verordnungen der übrigen Provinzen der Sowjetischen Besatzungszone das gleiche galt. Die Bodenreformmaßnahmen in den Ländern der Sowjetischen Besatzungszone Deutschlands waren daher kein „Besatzungsrecht“.

Diese Bodenreformmaßnahmen konnten aber auch nicht „besatzungshoheitlich“ der Sowjetischen Militäradministration „zugerechnet“ werden. Zwar waren die Bodenreformen in der sowjetischen Besatzungszone ein Anliegen der Besatzungsmacht und ihrer mutmaßlichen sozialistischen Ziele in Deutschland, die sich mutmaßlich auch die deutschen Länder in der Sowjetischen Besatzungszone zu eigen gemacht hatten, doch kann hieraus nicht etwa geschlossen werden, dass die Maßnahmen der deutschen Behörden in der Verantwortung der Sowjetischen Militäradministration und nicht in der Verantwortung der deutschen Behörden lagen. Selbst wenn man davon ausgehen muss, dass die deutschen Länder noch über keine eigene Souveränität verfügten<sup>8</sup>, sondern unter der Souveränität der Besatzungsmächte standen und von diesen kontrolliert wurden, hatten die deutschen Länder von den Besatzungsmächten Befugnisse erhalten, die sie *eigenständig* ausüben konnten; denn das Verhältnis zwischen der Besatzungsmacht und dem jeweiligen deutschen Land stellte einen typischen *Delegationszusammenhang*<sup>9</sup> dar. Die deutschen Länder waren daher keinesfalls bloße Ausführungsgehilfen der Besatzungsmacht. Die deutschen Länder als bloße Befehlsempfänger der Besatzungsmächte zu betrachten, wie es die herrschende Lehre bezüglich des Verhältnisses zwischen den Besatzungsmächten und den deutschen Ländern

annimmt, widerspricht auch wesentlich der demokratischen Organisation der deutschen Länder nach der Wiederherstellung der Eigenständigkeit der Länder im Unterschied zu ihrer Einordnung in die zentralisierte politische Organisation des Dritten Reichs<sup>10</sup>. In einem Delegationszusammenhang kann der Delegierende aber nicht mehr die übertragene Befugnis selbst ausüben, solange er die Befugnis delegiert lässt; will der Delegierende wieder selbst die Befugnis wahrnehmen, dann bedarf es *zuvor einer Rücknahme der Delegation*, was im Fall der Bodenreformmaßnahmen nicht behauptet werden kann, obgleich die Vorlage dazu aus Moskau kam. Denn es war gerade die Absicht der Sowjetischen Besatzungsmacht, dass die Bodenreformen in ihrer Besatzungszone von den dortigen deutschen Ländern angeordnet wurden.

Die Bodenreformmaßnahmen der deutschen Länder in der Sowjetischen Besatzungszone sind daher weder als „Besatzungsrecht“ anzusehen, noch können sie einer sowjetischen „Besatzungshoheit“ zugerechnet werden. Vielmehr handelte es sich um Maßnahmen, für die allein die deutschen Länder in der Sowjetischen Besatzungszone verantwortlich waren.

### „Bodenreform“ im Osten und im Westen

Die Dringlichkeit der Bereitstellung landwirtschaftlicher Flächen für Flüchtlinge aus den Gebieten östlich von Oder und Neiße war als gerechte Folge eines alle Bürger treffenden Krieges unmittelbar einsichtig. Anderes gilt dagegen für die Einnahme von „Bodenreform“-Flächen durch den Staat für dessen politische Ziele, hier: kommunistische Ziele der Bildung von „Staats Eigentum“; dies war durch den Gemeinwohlgedanken keinesfalls gerechtfertigt. „Enteignungen“ durften im Interesse des Gemeinwohls nur insoweit zulässig sein, als sie dem Ausgleich für die Verluste der Flüchtlinge und Vertriebenen dienten. Das konnte mit einer schematischen Beschneidung von Großgrundbesitz sehr wohl geschehen, soweit die gewonnenen Flächen dem Bedürfnis von Flüchtlingen und Vertriebenen dienen sollten. Wenn also die Sowjetunion bei den Verhandlungen über die Wiedervereinigung der beiden deutschen Staaten auf der Rechtmäßigkeit der Bodenreformen beharrte, so ist dies durchaus verständlich.

### Grundbesitz als öffentlichrechtliches Lehen

Seit über einhundert Jahren – seit dem Inkrafttreten des *Bürgerlichen Gesetzbuchs* in Deutschland – ist die deutsche Zivilistik mit einer Dogmatik des Zivilrechts beschäftigt, die sich wesentlich auf die Auslegung dieses Gesetzes richtet und im übrigen praktische Erkenntnisse der Zivilgerichtsbarkeit erwartet. Eine theoretische Beschäftigung mit den Grundlagen des Rechts – und insbesondere mit den Grundlagen des Zivilrechts – die einst der deutschen Rechtsphilosophie weltweite Anerkennung brachte, ist heute an den rechtswissenschaftlichen Fakultäten in Deutschland nicht mehr zu finden. Der sogenannte „Bologna-Prozess“, der mit seiner technologischen Ausrichtung der Studiengänge das Ende der humboldtschen Ideale einer Hochschulausbildung in Deutschland bedeutet<sup>11</sup>, hat diese Tendenz endgültig besiegelt. Dabei ist allerdings festzustellen, dass auch die Rechtsphilosophie eine Lösung grundlegender Fragen, zumal des Eigentumsbegriffs, nicht zuwege

4) §§ 873 ff. BGB.

5) Karl Eckhart HEINZ „Alteigentum“ und Vertriebenenrechte. Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht zu Eigentumsfragen, GuF 2010, 407.

6) Karl Eckhart HEINZ Zur Rechtslage des Eigentumsentzugs in der Sowjetischen Besatzungszone Deutschlands, Betriebs-Berater 1993, 733.

7) Köln/Berlin 1955 (1960) S. 417.

8) HEINZ (FN 5) ebd.

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

10) Karl Eckhart HEINZ Staatsverfassungen Deutschlands vom Alten Reich bis zur Mitgliedschaft in der Europäischen Union (Veröffentlichung in Vorbereitung).

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

brachte<sup>12</sup>; der Gedanke, dass die Gewährung von Eigentum überhaupt nur die Leistung eines staatlichen Gesetzgebers sein könnte, war naheliegend und fand im Versuch einer „Theorie der rechtlichen Institution“ scheinbar eine plausible Erklärung<sup>13</sup>, die sich jedoch letztlich nicht halten ließ. Heute wissen wir, dass der „absolute“ Charakter des Eigentums – die Ausschließlichkeit der Zuordnung einer Sache zu einer Person, dem „Eigentümer“ – in gleicher Weise entsteht wie die Ausschließlichkeit etwa von Ehe, Familie und Erbrecht, jenen existentiellen Grundwerten<sup>14</sup>, die unser Verfassungsgeber ausdrücklich zu den sogenannten „Grundrechten“ zählt, die aber nicht etwa dem „Willen des Verfassungsgebers“ entspringen sind – also auch *keinen Rechtscharakter* tragen – sondern das Ergebnis des Bestehens einer *Friedensordnung* sind und insofern nur als *moralische Regeln* betrachtet werden können<sup>15</sup>. Das schließt keineswegs aus, dass solche Regeln in einer Gesellschaft nicht nur verbindlich sind, sondern in ihrem Vollzug auch *erzwingen* werden können, womit sie sich in ihrer Wirkung von Rechtsregeln nicht wesentlich unterscheiden<sup>16</sup>, aber eine andere theoretische Grundlage haben.

Hinsichtlich des Eigentums verweist unsere Verfassung auf die *Sozialpflichtigkeit* des Gebrauchs der moralischen Befugnisse durch den Eigentümer<sup>17</sup>, eine Regel, die leicht missverstanden werden kann – und selbst vom deutschen Bundesverfassungsgericht missverstanden wurde.<sup>18</sup>

Einem Irrtum unterlag auch der deutsche Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs, als er glaubte, auf die Unterscheidung zwischen faktischer „Inhaberschaft“ und rechtlichem „Besitz“ verzichten zu können, ein Fehler, der von den Gesetzgebern etwa des *Schweizerischen Zivilgesetzbuchs* oder des *Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs* nicht begangen wurde. In Deutschland führt dieser Fehler zu sehr schwierigen, ganz überflüssigen Abgrenzungsproblemen<sup>19</sup>.

Dagegen ist richtig, wenn das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch zwischen Regeln für den Umgang mit *Grundstücken* und Regeln für den Umgang mit *beweglichen Sachen* unterscheidet. Allerdings erklärt die Zivilrechtsdogmatik diesen Unterschied nicht, außer dass sie praktische Gründe für den notwendigen Eintrag von *Rechten an einem Grundstück* in das „Grundbuch“<sup>20</sup> nennt.

Dabei berücksichtigt die Zivilrechtsdogmatik nicht, dass Grundstücke aus ganz anderen Quellen herrühren als bewegliche Sachen. Während bewegliche Sachen stets einen *Urheber* haben, der sie hergestellt, gefunden oder auf andere Weise in seinen Gewahrsam gebracht hat, sind Grundstücke nur dadurch verfügbar, dass ein *Staat* für das Vorhandensein eines „Staatsgebietes“ sorgt, sei es im Wege der Ausübung *faktischer Macht* oder durch eine *Friedensordnung* mit anderen Staaten, die den Gewahrsam des Staates an dem von ihm beanspruchten Gebiet anerkennen, oder auch wenn das Gebiet durch rechtliche Vereinbarung von anderen Staaten erworben wurde. Diese (internationale) Friedensordnung, die auch die Grundlage für einen (völker-) rechtlichen Erwerb darstellt, gewährt heute die „Souveränität“ der Staaten, die somit als Parallele zum Konzept der Ausschließlichkeit des „Eigentums“ innerhalb der Friedensordnung einer Bürgerlichen Gesellschaft erscheint<sup>21</sup>.

Auf welche Weise auch ein Staat sein Staatsgebiet erlangt hat, so handelt es sich dabei stets um eine Form des *öffentlichen* Gewahrsams oder Eigentums und unterscheidet sich damit von dem *privaten* Gewahrsam oder Eigentum eines Bürgers, und es ist auch klar, dass dieser öffentliche Gewahrsam oder dieses öffentliche Eigentum nicht „privatisiert“ werden kann in dem Sinn, dass Bürger einen privaten Gewahrsam oder Eigentum daran erlangen. Vielmehr können Bürger stets nur einen *Besitz* am öffentlichen Gewahrsam oder Eigentum erhalten – einen „Grundbesitz“ – denn nur der Staat ist in der Lage, einen Gewahrsam oder ein internationales Eigentum am Staatsgebiet zu gewährleisten. Und es versteht sich, dass der Staat über diesen Grundbesitz „Buch führen“ muss, damit Klarheit

hinsichtlich dieser öffentlichen Besitzverhältnisse besteht. Das „Grundbuch“ dient also zunächst dem staatlichen Interesse.

Die Gewährung von Grundbesitz aus der Hand des Staates ist jedoch kein neuzeitlicher Vorgang, der erst mit einer internationalen Friedensordnung entstanden sei. Denn auch der Staat, der einst mit Gewalt sein Staatsgebiet behauptet hat, vergab Grundbesitz, der als „Lehen“ bezeichnet wurde<sup>22</sup>. Hieran hat sich seither nichts geändert, und wenn die heutige Rechtswissenschaft die Lehnordnung nicht mehr kennt, so sind gleichwohl deren Regeln immer noch auf den Grundbesitz anzuwenden.

Erlangt der Grundbesitzer aber einen *öffentlichrechtlichen Besitz*, so fragt sich, ob die Vorschriften über Grundstücke überhaupt in das – *private Rechtsverhältnisse* regelnde – Bürgerliche Gesetzbuch gehören.

### Grundbesitz und Gemeinwohl

Nach einer Definition des Preußischen Allgemeinen Landrechts<sup>23</sup> gewährt das Lehen die „Nutzung einer Sache“ unter der Bedingung, dass der Lehenträger dem Lehengeber „Treue“ erweist und vom Lehengeber dafür „Schutz“ erhält. Diese Definition, die im Jahre 1794 in Kraft trat – also noch in der altertümlichen Gedankenwelt des Heiligen Römischen Reichs deutscher Nation, die bereits mit der neuen Zeit nach der Französischen Revolution schon kaum mehr zusammenzustimmen schien – ist als Modell einer vertraglichen Regelung nicht so abwegig, wie dies vielleicht heute erscheinen mag. Denn es geht um die Vereinbarung eines *Besitzverhältnisses bei gegenseitigen Interessen*, die auf der Seite des Lehengebers in der Erwartung bestehen, dass der Lehenträger alle Erfordernisse der Lehnsache wahrnimmt („Treue“), während der Lehenträger andererseits erwarten darf, dass ihn der Lehengeber bei der Nutzung der Lehnsache „schützt“. Es handelt sich somit um die Vereinbarung einer *Kollektivität zwischen Lehengeber und Lehenträger*<sup>24</sup>, deren Struktur nicht notwendigerweise eine hierarchische Form aufweisen muss, wie der Begriff des „Lehensherrn“ für den Lehengeber nahelegt, und entspricht deshalb der Kollektivität des *Mietverhältnisses*<sup>25</sup> im Unterschied zu den individuellen Verhältnissen der *Pacht*<sup>26</sup> oder des *Darlehens*. Vom *Mietverhältnis*, das die Nutzung der Mietsache an periodische *Geldleistungen*

12) HEINZ Glanz (FN 3) ebd.

13) Karl Eckhart HEINZ Zur Theorie der rechtlichen Institution, RECHTS-THEORIE 1992, 106.

14) Karl Eckhart HEINZ Begriff der „Grundrechte“ und „Menschenrechte“ am Beispiel der Garantien für Ehe und Familie (Veröffentlichung in Vorbereitung).

15) Karl Eckhart HEINZ Theorie und Dogmatik der sogenannten „absoluten Rechte“, GuT 2011, 489.

16) HEINZ (FN 14) ebd.; *ders.* Bürgerliche Gesellschaft, Bürgerliches Recht und Recht des politischen Gemeinwesens (Veröffentlichung 2013 in GuT Heft 68 vorgesehen).

17) Artikel 14 Absatz 2 GG.

18) Karl Eckhart HEINZ Zur Dogmatik der „Sozialpflichtigkeit“ des Eigentums gemäß Artikel 14 Abs. 2 GG. Die Haltung des Bundesverfassungsgerichts zur Belegstückabgabepflicht und die gesetzliche Begrenzung und Gebührenpflichtigkeit von Urheberrechten (AfP 2007, 94); *ders.* Der Sozialbegriff im deutschen Grundgesetz, VR 2011, 151.

19) HEINZ Besitz (FN 3) ebd.

20) § 873 BGB.

21) HEINZ (FN 9) ebd.; *ders.* (FN 15) ebd.

22) Karl Eckhart HEINZ Lehen - Amt - Dienst. Zur Organisation staatlicher Aufgaben, RECHTS-THEORIE 2009, 533.

23) II, 18, § 13 PrALR.

24) Das Wesen der Kollektivität ist wenig erforscht; so spricht die Arbeitsrechtswissenschaft von „Kollektivverträgen“, meint damit aber nicht etwa Verträge, die zu einer Kollektivität führen, sondern gegenseitige Verträge zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmervereinigungen, also Verträge, deren Partner Kollektive darstellen, wobei es aber um einen Ausgleich individueller Interessen geht. Mit dem Unterschied zwischen Individualität und Kollektivität hat sich erstmals Friedrich Nietzsche beschäftigt; Karl Eckhart HEINZ Apollinisch und Dionysisch. Friedrich Nietzsches Denken über Kollektivität, in: *ders.* Erläuterung und Kritik deutscher Staatsordnung (Bonn 2008) S. 132.

25) Karl Eckhart HEINZ Der Mietvertrag, GuT 2006, 111.

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

des Mieters bindet, welche einerseits der *Erhaltung der Mietsache* und andererseits der *Verzinsung des Aufwands für die Herstellung der Mietsache* dienen – hiernach lässt sich ein „gerechter Mietzins“ bestimmen – unterscheidet sich das Lehnverhältnis dadurch, dass die Nutzung der Lehn Sache zu einem *persönlichem Einsatz des Lehnträgers* für die Erhaltung der Lehn Sache verpflichtet, wobei sich Art und Umfang dieses Einsatzes grundsätzlich aus dem *Wert des Lehens* bestimmen lassen<sup>27</sup>.

Berücksichtigt man jedoch, dass die Gewährung des Lehens aus historischer Sicht eine *Belohnung für geleistete Treue* war, dann lässt sich nicht aufrechterhalten, dass das Lehen ein „persönliches“ Verhältnis darstellte<sup>28</sup>; die Lehnvergabe erfolgte zwar im Rahmen einer persönlichen Kollektivität, in der Treue *geschuldet* war, übertrug jedoch *Befugnisse an einer Sache*, was ein sachenrechtlicher Vorgang war, wobei die Frage zu stellen ist, ob diese Befugnisübertragung in der Form des *Mandats* (individual) oder in der Form der *Delegation* (kollektiv) erfolgte<sup>29</sup>, und nachdem die Lehnbefugnis auch im Interesse des Lehngebers wahrzunehmen war, kommt hier nur die delegative Form einer Befugnisübertragung in Betracht, die eine *Kontrollbefugnis des Lehngebers* über das Handeln des Lehnträgers begründete. Ursprünglich ging also einer Lehnvergabe die Treueleistung voraus – die auch weiterhin erwartet werden durfte – und im Rahmen dieses bestehenden Kollektivverhältnisses konnte das Lehen kollektiv – durch *Delegation* – vergeben werden. Damit erscheint die Vergabe des Lehens nicht abhängig von einer *Verpflichtung zur Treue*. Erst für einen *erbrechtlichen Nachfolger des Lehnträgers* wurde die vertragliche Treueverpflichtung erforderlich, weil ihm die Treueleistung des Lehnvorgängers nicht zugerechnet werden konnte<sup>30</sup>. Deshalb war die „Kommentation“<sup>31</sup> eine notwendige Ergänzung zur Lehnvergabe nach einem Erbfall des Lehens, wobei der Anspruch auf diesen Erbgang eine spätere Entwicklung darstellte, denn ursprünglich fiel ein Lehen mit dem Tod des Lehnträgers an den Lehngeber zurück<sup>32</sup>, musste allerdings wieder an einen Lehnträger vergeben werden und durfte nicht beim Lehngeber verbleiben<sup>33</sup>.

An diesem Verhältnis zwischen dem Inhaber eines Staatsgebiets – einst das *Kollektiv der Krieger*, heute das Kollektiv des Staates, der zugleich das Staatsgebiet garantiert und Grundbesitz gewähren kann – hat sich nichts geändert; noch immer ist der Einzelne auf die Unterstützung eines politischen Kollektivs angewiesen, wenn er Grund und Boden für seine individualen Zwecke nutzen will, doch muss er sich dabei einer *Kontrolle* durch das Gemeinwesen des politischen Kollektivs unterwerfen.

Wendet man die Lehnregeln auf den Grundbesitz an, so ergeben sich hieraus zwanglos Pflichten zur Pflege und zur allgmeinverträglichen Nutzung eines Grundstücks, wie sie im *Gemeinwohlbegriff* des Artikels 14 GG formuliert und durch den Treueaspekt begründet sind. Gleichzeitig erhellt, dass dieser Gemeinwohlbegriff nur auf den *Grundbesitz* anwendbar ist; denn *Eigentum an beweglichen Sachen* unterliegt der Garantie des Artikels 2 GG, der einem Bürger erlaubt, nach Belieben mit den in seinem Eigentum stehenden Sachen zu verfahren, also sie beispielsweise auch zu zerstören.

Es erhellt auch, warum der Grundbesitzer vielfältigen Regelungen des Staates unterliegt, die seinen Umgang mit dem Grundbesitz begrenzen, seien es Bauvorschriften, die Beschränkung der Nutzung auf die Erdoberfläche oder auch die „Enteignung“, wenn das öffentliche Wohl der Nutzung seines Grundbesitzes bedarf.

### „Enteignung“

Obwohl die Inanspruchnahme von bürgerlichem Grundbesitz zugunsten der Allgemeinheit lediglich die *Aufhebung eines öffentlichrechtlichen Besitzverhältnisses* bedeutet, steht ein solches Verhältnis doch ebenfalls unter der Verfassungsgarantie des *Eigentumsschutzes*<sup>34</sup> und kann seitens des Staates nicht beliebig aufgehoben werden. Nur wenn das „Wohl der Allgemeinheit“ eine Aufhebung dieses Verhältnisses erfordert, kann der

Staat über den öffentlichrechtlichen Besitz der Bürger verfügen. Insofern konnte in den westdeutschen Besatzungszonen der Großgrundbesitz zu einer *Abgabe von Grundstücken für Flüchtlinge und Vertriebene* gezwungen werden. Richtigerweise liegt in einem solchen Fall jedoch keine „Enteignung“ vor, denn der Staat macht hier nur von seinem souveränen – faktischen oder (völker-) moralischen – *Eigentumsanspruch* Gebrauch.

Dagegen kann der Staat *bewegliche Gegenstände*, die sich im Eigentum von Bürgern befinden, für das Wohl der Allgemeinheit niemals enteignen, weil die *Garantie der Privatautonomie der Bürger*<sup>35</sup> einen solchen Eingriff des Staates verbietet. Der Staat kann zugunsten der Allgemeinheit lediglich solche Gegenstände *sequestrieren* – hierdurch erlangt der Staat einen Nutzungsbesitz hinsichtlich des sequestrierten Gegenstands, während das *Eigentum des Bürgers* an diesem Gegenstand bestehen bleibt – oder der Staat kann solche Gegenstände *konfiszieren*, wenn die Voraussetzungen für eine solche (Straf-) Maßnahme gegeben sind<sup>36</sup>. Im letzteren Fall geht das private Eigentum auf den Staat über, und der Gegenstand ist dann jedenfalls nur für die Zwecke der Allgemeinheit zu verwenden.

Richtigerweise kann deshalb von „Enteignung“ nur im Fall einer *Konfiskation beweglicher Sachen* gesprochen werden.

Auch *Grundbesitz* kann sequestriert und konfisziert werden, wobei aber im Fall der Sequestration der *Besitzanspruch* erhalten bleibt, während die Konfiskation den *Besitz entzieht und auf den Staat überleitet*. Insoweit handelt es sich um *rechtliche Argumente*, nach denen die Entziehung eines Grundbesitzes zulässig ist, wobei sich die Überleitung auf den Staat aus dem (völker-)moralischen) *Eigentum des Staates an seinem Staatsgebiet* – der sogenannten „staatlichen Souveränität“ – ergibt.

### Wegfall des „Enteignungszwecks“

Benötigt der Staat einen Zugriff auf Grundbesitz oder auf bewegliche Sachen seiner Bürger, dann setzt dies stets das Vorhandensein von *Sequestrationsgründen* voraus, sei es im Kriegsfall oder in Fällen der Verwirklichung friedlicher staatlicher Ziele, wie etwa dem Straßenbau oder dem Bau von Flughäfen oder anderer öffentlicher Einrichtungen, zu denen auch die Endlagerung für Atommüll oder die Ausbeutung von Kohlelagerstätten gehören, wobei es gleichgültig ist, ob das staatliche Ziel durch einen privaten Unternehmer oder durch die öffentliche Hand selbst verwirklicht werden soll.

Wird aber in einem späteren Zeitpunkt das staatliche Ziel aufgegeben, bevor es endgültig erreicht ist oder vielleicht bevor seine Verwirklichung überhaupt erst begonnen hat, dann entfällt das rechtliche Argument, das die Sequestration von Grundbesitz oder von beweglichen Sachen der Bürger zuließ, mit der Folge, dass die rechtliche Zulässigkeit der Sequestrierung entfällt.

Soweit danach noch ein Interesse des Bürgers am verbliebenen Rest des Grundbesitzes oder der beweglichen Sache besteht, kann der Bürger seinen ursprünglichen Anspruch auf den Grundbesitz oder auf das Eigentum an seiner sequestrierten Sache wieder geltend machen und die *Rückgabe* an sich verlangen. Denn im Fall der Sequestrierung von Grundbesitz besteht immer noch der Anspruch des Bürgers auf diesen Besitz, ebenso wie der Bür-

27) Heinrich MITTEIS Der Staat des hohen Mittelalters. Grundlinien einer vergleichenden Verfassungsgeschichte des Lehnzeitalters (11. unveränd. Aufl. 1986) S. 55 ff.

28) Heinrich MITTEIS Lehnrecht und Staatsgewalt. Untersuchungen zur mittelalterlichen Verfassungsgeschichte (1. Aufl. 1933; Nachdr. Darmstadt 1958) S. 16.

29) HEINZ (FN 9) ebd.

30) HEINZ (FN 22) S. 538.

31) MITTEIS (FN 27) S. 57.

32) MITTEIS (FN 28) S. 400.

33) „Leihzwang“; MITTEIS (FN 28) S. 401.

34) Arg. BVerfGE 89, 1 = WuM 1993, 377.

35) Artikel 2 GG.

36) HEINZ (FN 6) ebd.

ger seinen Eigentumsanspruch an sequestrierten beweglichen Sachen erheben kann. Es ist also keine Frage der „Gerechtigkeit“, dass der Wegfall des Sequestrationsarguments zur Rückgabe der betreffenden Sache an den ursprünglichen Besitzer oder Eigentümer der Sache führen muss, vielmehr stehen diesen Bürgern unmittelbar *Ansprüche auf die Rückgewährung* der sequestrierten Sachen, sei es aus Besitz oder aus Eigentum, zu.

Es ist daher ausgeschlossen, dass der Staat Werte, die er den Bürgern im Wege einer Sequestrierung entzogen hat, nach seinem Belieben veräußern kann. Erst wenn der Bürger auf eine Rückgewährung solcher Werte verzichtet, ist eine solche freihändige Veräußerung durch den Staat möglich. Insofern war die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem 38. Band im Ergebnis richtig, auch wenn die Begründung dieses Ergebnisses nicht auf die erforderlichen Gesichtspunkte einging.

#### **Nutzungsersatz für sequestrierte Gegenstände**

Solange Grundbesitz oder bewegliche Sachen der Bürger für Zwecke der Allgemeinheit sequestriert sind, ergibt sich ein Nutzungsausfall und damit ein *Schaden* für den Bürger, sodass sich die Frage nach einer Entschädigung stellt.

Maßgebend für eine solche Entschädigung ist, ob die Sequestrierung auf Bedürfnissen beruht, die von allen Bürgern die Hinnahme von Sequestrationen verlangt – also etwa im Kriegsfall oder in ähnlichen Fällen gemeiner Not – oder ob es sich um ein *Sonderopfer* handelt, das nur von einzelnen Bürgern verlangt wird. Allein in Fällen des Sonderopfers kann der Bürger eine Entschädigung für den Verlust der Nutzung seines Grundbesitzes oder seiner beweglichen Sache vom sequestrierenden Staat beanspruchen; bei gemeiner Not ist die Entschädigung dagegen grundsätzlich ausgeschlossen. Sind einzelne Bürger jedoch von einer allgemeinen Sequestration nicht betroffen, dann müssen sie zur Entschädigung der betroffenen Bürger beitragen; der Staat selbst kann zur Entschädigung des Nutzungsausfalls nicht verpflichtet werden, es sei denn, es liegen Fehler bei der Sequestration vor.

#### **Ersatz von Schäden an sequestrierten Sachen**

Werden Grundstücke oder bewegliche Sachen nach ihrer Sequestration wieder zurückgegeben, dann sind zumeist infolge der Nutzung für die Interessen der Allgemeinheit Schäden an diesen Sachen entstanden, und die Frage stellt sich, wer eventuell für diese Schäden aufzukommen hat. Sind die Schäden aufgrund einer Notlage entstanden, die alle Bürger gleichmäßig betroffen hat, dann entfällt eine Entschädigung des einzelnen Bürgers; andernfalls ist ein Ausgleich für die Schäden unter den übrigen Bürgern zu finden, der von Seiten des Staates zu regeln ist. Das heißt, der Staat ist hier stets der Gegner für Ansprüche eines durch Sequestration geschädigten Bürgers, ungeachtet wer zuletzt für die Entschädigung aufzukommen hat.

Wurden Fehler bei der Sequestration bürgerlichen Grundstückbesitzes oder bürgerlichen Eigentums an beweglichen Sachen begangen, dann ist der *Staat* aber selbst für eine Entschädigung des Bürgers verantwortlich und kann nicht weniger betroffene Bürger für einen Schadensausgleich heranziehen.

#### **Die Ansprüche der „Alteigentümer“**

Im Rechtsstreit um die Grundstücke, die aus dem „Staatseigentum“ der Deutschen Demokratischen Republik an die Bundesrepublik Deutschland gefallen sind, wie im Rechtsstreit um sequestrierte Industriebetriebe müssen daher folgende Schlussfolgerungen gezogen werden:

1. Die Bodenreformmaßnahmen der deutschen Länder in der Sowjetischen Besatzungszone entsprachen den rechtsstaatlichen Anforderungen an eine Sequestration, obgleich sie unter der sozialistischen Parole „Junkerland in Bauernhand“ geschahen. Denn die Bedürfnisse der deutschen Flüchtlinge und Vertriebenen am Ende des Zweiten Weltkriegs rechtfertigten den staatlichen Zugriff auf Großgrundbesitz, um Flächen zur Befriedigung der kriegsbedingten Bedürfnisse zu gewinnen. Eine Entschädigung der Grundbesitzer war nicht erforderlich.

2. Soweit der Zugriff auf Grundbesitz nicht den Bodenreformregelungen entsprach, war er fehlerhaft und führte zu keiner rechtsgültigen Sequestration.

3. Für eine *Sequestration von Industriebetrieben* bestand kein Bedürfnis. Diese sozialistischen Maßnahmen waren nur unter dem Gesichtspunkt einer *Konfiskation* zulässig und setzten notwendig eine entsprechende strafrechtliche Verurteilung der Industriebesitzer voraus.

4. Die Einweisung von Neubauern in Bodenreformland war als kriegsbedingte Maßnahme zulässig, wobei unbeachtlich ist, dass Neubauern zunächst nicht jene Rechte erhielten, die traditionell mit dem Grundbesitz – „eigentumsähnlich“ – verbunden sind. Die vollen Rechte konnten vor dem Ende der Deutschen Demokratischen Republik noch erworben werden<sup>37</sup>. Doch erscheint fraglich, ob für den Verkauf ein Entgelt verlangt werden durfte, denn ebenso wie die Sequestration von Grundbesitz für die Zwecke einer Bodenzuteilung an Flüchtlinge und Vertriebene *entschädigungslos* erfolgen durfte, musste auch die Zuteilung an Bedürftige *kostenfrei* sein, und es bestand kein Anlass, den späteren *Erwerb des Vollrechts* mit Kosten zu belasten.

5. Fehlerhaft sequestrierter Grundbesitz und fehlerhaft sequestriertes Industrieigentum konnte von Seiten der Länder in der Sowjetischen Besatzungszone so wenig wie von der Deutschen Demokratischen Republik veräußert werden, weil der Staat nicht über fremde Gegenstände verfügen durfte. Auch ein gutgläubiger Erwerb dieser Gegenstände war nicht möglich, weil eine Sequestration die Rechte der Betroffenen nicht aufhebt. Die veräußerten Gegenstände sind daher an die berechtigten Besitzer und Eigentümer herauszugeben; für den Schaden der Käufer muss die Bundesrepublik Deutschland aufkommen.

6. Der Verkauf von Landflächen oder von Industriebetrieben durch die BVVG ist einzustellen.

7. Soweit Bodenreformland noch nicht an Neubauern ausgegeben wurde, ist es wegen Wegfall des Sequestrationszwecks an die ursprünglichen Grundbesitzer oder an deren Nachkommen bedingungslos zurückzugeben.

8. Die geltenden Gesetze – wie das EALG – dürfen nicht mehr angewandt werden, soweit sie solchen Ansprüchen entgegenstehen.

9. Die Bundesrepublik Deutschland ist als Rechtsnachfolgerin der Deutschen Demokratischen Republik (die Rechtsnachfolgerin der Länder in der Sowjetischen Besatzungszone war) zu Schadensersatzleistungen für den rechtswidrigen Entzug von Grundbesitz und industriellem Eigentum verpflichtet. Das gilt auch für einen Ersatz des Nutzungsausfalls.

10. Im übrigen bedürfen die Alteigentümeransprüche keiner gesetzlichen Regelung, weil diese Ansprüche von der *Verwaltungsgerichtsbarkeit* nach rechtsstaatlichen Gesichtspunkten zu lösen sind.

<sup>37</sup>) „Modrow-Gesetz“ vom 7. März 1990.

# Wirtschaft und Verbände

Bundesministerin für Familie, Senioren, Frauen und Jugend Dr. Kristina Schröder, Berlin

## Das ist moderne Familienpolitik!\*

Rede zum Haushaltsgesetz 2013 vor dem Deutschen Bundestag am 22. November 2012

Herr Präsident!

Liebe Kolleginnen und Kollegen!

Unsere Gesellschaft ist darauf angewiesen, dass Menschen in der Familie Verantwortung füreinander übernehmen. Der erneute Mittelaufwuchs im Einzelplan 17 auf knapp 6,9 Milliarden Euro im Haushalt 2013 stärkt die Verantwortungsgemeinschaft Familie.

Ich danke den Kolleginnen und Kollegen im Haushaltsausschuss und im Familienausschuss für die konstruktiven Beratungen, insbesondere den Berichterstattern im Haushaltsausschuss, Herrn Bockhahn, Herrn Mattfeldt, Herrn Dr. Toncar, Herrn Schwanitz und Herrn Kindler.

Der größte Posten im Einzelplan 17 bleibt das Elterngeld, und das aus guten Gründen. Das Elterngeld ermöglicht etwas, was sich nahezu alle Familien in Deutschland wünschen, nämlich nach der Geburt eines Kindes eine Auszeit aus dem Beruf nehmen zu können. Heute früh hat das Statistische Bundesamt neue Zahlen zur Väterbeteiligung veröffentlicht: Sie liegt jetzt bei stolzen 27,3 Prozent. Die 4,9 Milliarden Euro, die wir 2013 für das Elterngeld ausgeben, sind also nicht nur in familienpolitischer, sondern auch in gleichstellungspolitischer Hinsicht gut angelegtes Geld. Eltern haben damit mehr Wahlfreiheit.

Zur Wahlfreiheit tragen auch das Betreuungsgeld und der Kitausbau bei. Mit dem Betreuungsgeld, für das im Jahr 2013 55 Millionen Euro vorgesehen sind, unterstützen wir Eltern, die die Betreuung ihrer ein- oder zweijährigen Kinder selbst organisieren wollen. Genauso unterstützen wir mit Milliardeninvestitionen in den Kitausbau diejenigen Eltern, die für ihr Kind Betreuung wollen oder brauchen.

Die Eltern verlassen sich auf unsere Zusagen. Auch deswegen wird in der christlich-liberalen Koalition nicht am Rechtsanspruch auf einen Kitaplatz gerüttelt.

Wir, der Bund, unterstützen die Länder bei der Mammutaufgabe des Kitaausbaus, wo wir nur können. Die zusätzlich von uns zur Verfügung gestellten 580 Millionen Euro können von den Kommunen rückwirkend zum 1. Juli eingesetzt werden. Sie ermöglichen Ländern und Kommunen die Einrichtung von 30.000 zusätzlichen Betreuungsplätzen.

Ich freue mich, dass wir uns mit den Ländern darauf geeinigt haben, dass sie in Zukunft deutlich häufiger über den Ausbaufortschritt berichten. Wichtig war auch, dass wir in Bezug auf die neuen Gelder die parallele Gemeinschaftsfinanzierung festgeschrieben haben. Zur Erinnerung: Bisher hatten wir die sogenannte serielle Gemeinschaftsfinanzierung. Die serielle Gemeinschaftsfinanzierung war ein vornehmer Ausdruck für das Prinzip „Erst zahlt der Bund, dann zahlen die Länder“. Was als Tempomacher gedacht war, wurde von einigen Ländern allerdings missverstanden. Sie haben serielle Gemeinschaftsfinanzierung übersetzt mit „Erst einmal alle Bundesgelder verbraten, und dann schauen wir mal“.

Frau Marks, Sie hatten vorhin Rheinland-Pfalz und Kurt Beck erwähnt. Die rheinland-pfälzischen Kommunen haben gestern öffentlich die Verweigerungshaltung ihres Landes kritisiert. Ich möchte den Geschäftsführer des Gemeinde- und Städtebundes Rheinland-Pfalz zitieren: „Vom Land kam bisher nicht einmal ein Cent.“ Deshalb rate ich Ländern wie Rheinland-Pfalz dringend, einen Blick in die schriftlich fixierten Abmachungen von vor fünf Jahren zu werfen. Dort heißt es wörtlich:

„Die Länder werden ebenfalls finanzielle Voraussetzungen dafür schaffen, dass die vereinbarten Ziele erreicht werden.“

Im Klartext heißt das: Der Bund hilft den Ländern beim Ausbau. Es heißt aber nicht: Die Länder dürfen zuschauen, wie der Bund für sie die Arbeit macht.

Bei allem Engagement für den Kitausbau sollten wir nicht vergessen, dass die Bedürfnisse von Eltern unterschiedlich sind. Der Anteil der Eltern, die ihre Kinder im Alter von einem oder zwei Jahren in einer Kita betreuen lassen wollen, liegt bei knapp 40 Prozent. Wir wollen, dass die Eltern selbst entscheiden, was gut für ihre Kinder und was gut für ihr Familienleben ist, und wir wollen, dass diese Entscheidungen respektiert werden.

Ich sehe es deshalb mit Sorge, dass sich in der Familienpolitik zunehmend eine Allianz aus Volkswirten und Volkserziehern gebildet hat, der es nur darum geht, dass möglichst alle Mütter und Väter schnellstmöglich nach der Geburt eines Kindes wieder Vollzeit arbeiten. BDA-Präsident Hundt hat das mit seinem Vorschlag, die Elternzeit zu verkürzen, ganz deutlich gemacht. Mir macht diese Haltung Sorge, weil sie die Bedürfnisse von Eltern und Kindern komplett ignoriert oder sie nur als Sand im Getriebe der ökonomischen Effizienz wahrnimmt, den man loswerden muss, damit Mütter und Väter dem Arbeitsmarkt als Humankapital zur Verfügung stehen. Familien sind aber nicht der Steinbruch der Wirtschaft zur Fachkräftesicherung.

Bis zu Peer Steinbrück scheint sich das leider noch nicht herumgesprochen zu haben; denn Herr Steinbrück hat kürzlich allen Ernstes erklärt, das Betreuungsgeld gefährde das Recht der Frau auf berufliche Selbstbestimmung. Da frage ich mich: Was hat Herr Steinbrück eigentlich für ein Frauenbild? Glaubt er ernsthaft, nur weil man uns Frauen 100 Euro hinhält, würden wir sofort sämtliche Ambitionen und Wünsche vergessen und töricht in irgendwelche Fallen tappen? Wenn das das Bild ist, das Herr Steinbrück von Frauen in Deutschland hat, dann zeigt das: Er hat wirklich ein Problem mit Frauen.

Herr Hundt und Herr Steinbrück sind Brüder im Geiste. Beide denken, sie wüssten besser, was gut für Familien ist. Beide haben nicht verstanden, worum es in der Familienpolitik geht. Es geht um die Frage, wie sich Eltern ein gutes und erfülltes Familienleben vorstellen. Sie dabei zu unterstützen, das ist Aufgabe von Familienpolitik.

Eine Verkürzung der Elternzeit wird es mit mir daher nicht geben. Die Wirtschaft hat es selbst in der Hand, für familienfreundliche Arbeitsbedingungen zu sorgen: Sie kann Betriebskitas schaffen – diesbezüglich startet im nächsten Monat ein neues Programm -; sie kann die Arbeitszeiten familienfreundlicher gestalten; sie kann sich von der unseligen Präsenzkultur – bester Mitarbeiter ist, wer am längsten hinterm Schreibtisch sitzt – verabschieden. Die Wirtschaft kann selbst genug dafür tun, damit Mütter und Väter gerne an den Arbeitsplatz zurückkehren.

Zum Schluss komme ich auf einen Punkt zu sprechen, den Sie, Herr Kindler, angesprochen haben, nämlich auf die Präventionsprogramme gegen Extremismus. Ich habe im Haushaltsausschuss klar und deutlich gesagt, dass die bestehenden Programme zur Prävention von Extremismus auf jeden Fall wei-

\*) Titel der Redaktion GuT

terlaufen werden. Ich habe immer wieder betont – das ist der politische Wille von uns allen –, dass wir 24 Millionen Euro für die Bekämpfung des Rechtsextremismus und fünf Millionen Euro für die Bekämpfung des Linksextremismus und des Islamismus – so viel zu Ihrem Vorwurf der Gleichmacherei – zur Verfügung stellen und dass es unser aller Wille ist, dass diese Mittel auch für das Jahr 2014 bereitstehen. Deswegen kann ich nur sagen: Dieses Versprechen steht. Hören Sie auf, die Menschen, die sich gegen Extremismus engagieren, zu verunsichern! Ihr Engagement ist viel zu wertvoll, um im Wahlkampf als Spielball zu dienen.

Mit dem Einzelplan 17 – es ist ein vergleichsweise kleiner Etat – geben wir Antworten auf eine Vielfalt von gesellschaftlichen Herausforderungen. Wir haben unsere knappen Mittel gut investiert: in die Unterstützung des familiären Zusammenhalts, insbesondere durch das Elterngeld; in die Vereinbarkeit

von Familie und Beruf, insbesondere durch den Kitausbau; in die frühkindliche Bildung, insbesondere durch die „Offensive Frühe Chancen“; in einen besseren Kinderschutz, insbesondere durch das neue Kinderschutzgesetz; in die Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements – ich nenne den Bundesfreiwilligendienst und die Jugendfreiwilligendienste –; in den Zusammenhalt zwischen Alt und Jung durch die Fortführung des Programms für die Mehrgenerationenhäuser; in Unterstützung für Frauen in Notlagen, insbesondere durch das neue Hilfetelefon „Gewalt gegen Frauen“.

Das ist eine breite Vielfalt an gesellschaftspolitischen Maßnahmen, die für faire Chancen sorgen, die die Übernahme von Verantwortung unterstützen, die den gesellschaftlichen Zusammenhalt stärken und die den Menschen dabei die Freiheit lassen, so zu leben, wie sie selbst leben wollen. Das ist moderne Familienpolitik.

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

## Lehrreiche (Launige) Lebens-Leitlinien

### I. Problemaufriss: Aktueller Anlass

Im Leben stellen sich immer wieder aktuelle Anlässe, um „Lebens-Leitlinien“ in ernster, besser und einprägsamer, in „launiger Form“ zu präsentieren. Sie kommen für den Betrachter lehrreich mitunter vielleicht „leerreich“ daher. Bei bewusstem Bedenken: Er kann davon – auch für sein eigenes Leben – „lernen“. Oft stehen sie im Zusammenhang mit „(Zwischen-) Bilanz ziehen“, eine Übersicht, Abhandlung, Schlussfolgerung zu präsentieren. Berufliche und/oder private „Krisen“, d.h. Konfliktsituationen mit dem Keim der Besserung bzw. Heilung, mögen verstärkt dazu beitragen, nicht nur „gedanklich mit sich selbst schwanger zu gehen“, sondern vielmehr nach vorne zu sehen und auf dem Papier „Farbe zu bekennen“. Eine berufliche und/oder private „Veränderung“ mag konkreter Anlass für einen solchen „Bilanz-Stichtag“ sein.

Aus der Energie schöpfenden Mischung aus Lust, Last und Lebensenseiten sollen einige „Geist – reiche Gedankensplitter“ als „Lebens-Leitlinien“ vorgespurt werden. In ihnen mag der gewogene Leser seine eigene „Lebens-Bahn“ wieder zu erkennen und zukünftig – hoffentlich – noch eleganter ziehen zu können. Sie mögen „launig“ formuliert und vom – wie in der Juristerei stets maßgeblichen – „Empfängerhorizont“ entsprechend aufgefasst werden.

### II. Kern-Gedanken

#### 1. „Non Regret – Strategie“

Uns allen ist der kategorische Imperativ von Kant geläufig, zumindest in seiner Grundausrichtung bekannt. Frei nach Kant heißt es: „Handle so, dass Deine Handlungsweise zugleich Maßstab für ein allgemein gültiges Gesetz sein könnte!“<sup>1</sup> Aktuell fordert der kategorische Imperativ in Zeiten der Wirtschafts-, Finanz- und „Euro“-Krise von den Menschen, mit Verstand und Tugend zu handeln, und zwar in Verantwortung, Mündigkeit und Kraft zur Freiheit zu leben, nach Maßstäben, die sich verallgemeinern lassen.<sup>1</sup> Überspitzt gesagt: Wir sollen uns vorbildlich, beispielgebend verhalten. Diesen Gedanken greift die „Goldene Regel“ auf, welche – sinngemäß – in ihrer negativen Ausprägung besagt: „Was Du nicht willst, dass man Dir tu“, das füg auch keinem anderen zu!“<sup>2</sup> In positiver Ausrichtung sagt sie in etwa: „Was Du willst, dass man Dir tu, das tu auch anderen gegenüber!“ Also, „wie Du mir, so ich Dir!“ Das Aufeinander-

Bezogenheit klingt an und ist in allen Gesellschaften prägendes Motiv und Leit(d)prinzip zugleich.

Diesen Gedanken macht sich die neumoderne und sich in Anglizismen ergehende „Non Regret – Strategie“ zunutze. Sie propagiert beispielsweise Klaus Töpfer als Vorsitzender der Ethikkommission, welche damit verantwortlich und Leitbild setzend befasst ist, den Atomausstieg in Deutschland als Reaktion auf die Fukushima-Katastrophe in Japan im März 2011 zu formulieren und Konsens begründend in Deutschland zu vermitteln. Diese Strategie besagt im wesentlichen:<sup>2</sup> „Entscheide so, dass selbst dann, wenn die auslösende Größe nicht richtig ist, Deine Entscheidung immer noch sinnvoll war und ist.“ Sie besagt mithin, dass die Grundrichtung einer getroffenen Entscheidung „stimmen“ muss, selbst wenn (einige/viele?) Auswirkungen sich als unzutreffend erweisen sollten. Auf die eigene Denk- und Verhaltensweise bezogen heißt das: „Du machst viel Mist – achte darauf, wer Du bist und was letztlich übrig ist, selbst wenn man Dich und Dein Verhalten vergisst!“ Oder anders gewendet: „Was immer Dich auch treibt, achte darauf, was bleibt!“ Also, die Grundrichtung muss stimmen und im Rahmen einer gesellschaftlichen Auseinandersetzung mehrheitlich, zumindest Konsens stiftend getragen sein. Bei unserem Handeln sollten wir uns auch von den Konsequenzen leiten lassen. Wir sollten in einer „Folgediskussion“ uns klar werden, ob die Handlung positive (End)Folgen bzw. Ergebnisse hat, selbst wenn der intendierte Zweck sich nicht verwirklichen lassen sollte. Es überwiegt letztlich das Positive; nicht alles ist schlecht.

\* Der Autor ist zugelassener Rechtsanwalt. Als Professor unterrichtet er Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialrecht, auch Medienrecht, Hotel- und Reiserecht an der International School of Management, ISM, in Dortmund, Frankfurt, München sowie an der Euro Business College Hochschule, EBC HS, in Hamburg und Berlin; als Direktor Leiter des Euro Business College, EBC, in Bielefeld. Juristischer Berater in der (Immobilien-)Projektentwicklung, schwerpunktmäßig für Hotels, Shopping Center und Multifunktions-Immobilien sowie im (Hochschul)Bildungsbereich, hier u. a. bei der Verbindung zwischen der Theorie mit der Praxis, z. B. bei der sog. Dualen Ausbildung. Seinen LL.M.-Grad hat er in Dallas/Texas/USA erworben. Zusätzlich hat er die Prüfung als vereidigter Buchprüfer, vBP, abgelegt.

1) Paul Kirchhof, Ohne Maß, in: Die Zeit vom 15. 9. 2011, S. 59. Plädoyer für eine verantwortete Marktwirtschaft.  
2) Klaus Töpfer, DJournal 2011, S. 100.

## 2. Deutsche De-Mut

Die Deutschen – wenn man denn so verallgemeinernd argumentieren kann – handeln oft nach dem „sinn(ent)stellenden Handlungsmuster“:

Wir wollen das Bessere von morgen nicht verpassen,  
erfüllen deshalb das Gute von heute nicht,  
so dass das Schlechte von gestern bleibt!

Als „Basis demokratische Bedenkenträger“ gerieren, (selten) genieren, oft blockieren wir uns. Dem sollten wir – in bewährter US-amerikanischer Denktradition – entgegen setzen: Go for it!

Man muss den Wurf auch wagen und nicht sogleich verzagen! Aber, bitte mit Demut. Gemeint ist eine der vier Kardinal- bzw. Kerntugenden, welche bereits von den griechischen Denkern Platon und Aristoteles formuliert worden sind. Es handelt sich um die personifizierten Handlungsanweisungen für ein gutes, gewünschtes Verhalten, und zwar: Tapferkeit, Klugheit, Gerechtigkeit und Bescheidenheit bzw. Maßhalten bzw. Demut.<sup>3</sup>

Man handle mit mehr Demut, im Sinn von beharrlicher Bescheidenheit, man agiere durch „dauerhaftes Dranbleiben“ und um so die Sachen „weiter voran zu treiben“! Nicht nur bestimmt von Höflichkeit und vorausweisendem Gehorsam, bis hin zur Unterwürfigkeit, sondern vielmehr mit Herz und Verstand, also „beherzt“, die Sache machen, und zwar mit mehr Mut – nur dann wird es gut!

Vor allen anderen Staaten: Deutschland steht Demut gut; vielleicht sogar zugespitzt in dem übertragenen Sinn: De Mut, Deutschland mit (mehr) Mut. Hier soll nicht dem Übermut das Wort geredet werden; vielmehr soll dem Defätismus, dem alle und alles stets und ständig in Frage stellen und problematisieren entgegengetreten werden.

## 3. „Zeit-Vernichtungsmaschine“

Man nehme sich Zeit, mehr Zeit als bisher, zum Nachdenken, noch besser zum Vordenken. „Viele denken nach – ich denke vor!“ (Udo Lindenberg). Im Leben, vor allem im Berufsleben, prägt uns der Alltag. Ständig steigende Anforderungen an Arbeitszeit und -inhalt bestimmen unseren Arbeitsablauf. Man ist bzw. fühlt sich oft im „Hab-Acht-Hamsterrad“, welches sich unablässig dreht und bewegt, ohne voranzukommen, geschweige denn an das Ziel zu gelangen. Der Zeit- und Leistungsdruck, gepaart mit Hektik und getriebener Oberflächlichkeit, Schnelligkeit und Kurzatmigkeit nehmen unaufhörlich zu.

Der publikumswirksam agierende Philosoph Peter Sloterdijk diagnostiziert einen „Zeitvernichtungsgeist“. Stress und Hektik erscheinen als Signaturen, als Kennzeichen unserer Zeit. Wir haben uns Wohlstand, Luxus und Freiheit durch „Zeit-Notstand“, unsere intensive Lebensfülle durch „Zeit-Knappheit“ erkaufte. Passend erklingt der Evergreen:

„If I only had time, precious time...“

Schon zu Kolonialzeiten grenzte man Europa und Afrika auch auf diese Weise ab:

„Europa hat die Uhr, doch Afrika hat die Zeit!“

Was folgt daraus als „lernende Lebens-Leitlinie“?

Zeit ist ein allzu kostbares „Lebenelixier“. Zeit hat man oftmals nicht, man sollte sich Zeit nehmen, und zwar für das „wirklich Wichtige“ und nicht nur für das „dauernd Dringliche“.

Bewusst, besser: bewusster (er)leben! Irrelevantes und Relevantes erkennen und bewusst voneinander trennen. Prioritäten setzen: Was ist wirklich wichtig? Was ist dauernd dringlich? Was muss sofort behandelt, was kann später behandelt werden? Was kann delegiert werden?<sup>4</sup>

### a) „Take your time – only then you feel fine“!

In Anlehnung an die „Lebenseinstellungs- und Iss-Langsam-Bewegung“: „Slow Food“ sollte man sich bewusst und gewollt „Zeit nehmen“. Selbst unter äußerem und innerem Druck gilt:

„Take your time – only then you feel fine“! So erreicht man Glück, und zwar in Form des Zufriedenheitsglücks.<sup>5</sup> Zugespitzt gilt: „Wenn Du es eilig hast, gehe langsam!“

### b) Zeit – unendlich viele „Sandkörner in der Zeit-Eieruhr“

Wie viel Zeit wird mit – relativ – unwichtigen Angelegenheiten, Gewohnheiten und Nichtigkeiten vertan? Die (Lebens)Zeit ist wie die Fülle des Eieruhrsands: Man hat unendlich viel davon, kann kaum alles in die Hand nehmen, doch es quillt unaufhörlich zwischen den Fingern hindurch. Man kann es, d.h. den „Sand- bzw. Zeitverfall“ weder stoppen noch festhalten.

### c) Zeit – „Verdaddelung“

„Zeitvernichtung“ treffen wir in zweifacher Ausprägung an, und zwar einmal als Zeitfülle, die wir nutzlos „totschlagen“, die wir – oft: sinnlos – „verdaddeln“.

Manchmal wünscht man sich, die Lebenszeituhr zurückdrehen zu können, um der (ge-/ver-)lebten Lebenszeit im Nachhinein einen Sinn beimessen zu können.

### d) Zeit – „Verknappung“

Zum einen „vertun“ wir so viel an Zeit, an wertvollen Lebens- und Energieressourcen.

Zum anderen bedrängt uns das sich ständig an uns stellende und sich vermehrende Zeit-Anforderungs-Profil, welches uns immer mehr beherrscht und vereinnahmt. Man kennt es hinlänglich: Soll ein Gut kostbar und begehrenswert sein, muss es knapp und nur vereinzelt sowie gesteuert verfügbar sein. „Künstliche Verknappung“ wirkt als effektives Steuerungs- und Verteilungs-Instrument. Viele leiden unter „Zeitknappheit“, wenn nicht gar „Zeitnot“ – gleichsam als die Vorstufe zum „tatsächlichen Tod“!

Letzteres äußert sich oft eklatant in der modernen Kommunikations- und Informations-Technologie. „Die Welt entwickelt sich zunehmend zu einem Kommunikations-Dorf“.

### e) „Stand-by“ – als „dynamischer Dauerzustand“

Die dauernde Erreichbarkeit ist für viele Ziel, vielleicht sogar „Standing bzw. Status Symbol“. Nur, merke wohl: So verwischt die Grenze zwischen Arbeit und Freizeit. Man ist und bleibt ständig „arbeitsbereit“. Man ist dauernd auf „stand-by“ geschaltet und kann so niemals abschalten. Der von vielen Geschäftsleuten als „trendy“ erachtete „dynamische Dauerzustand“ der ständigen Erreichbarkeit kann mitunter auch als moderne Versklavung empfunden und erlitten werden. Ist ständige Erreichbarkeit und Verfügbarkeit wirklich erstrebenswert? Warum muss man stets „online“ sein? Wer zu häufig „offline“ ist, meint demnächst „out“ bzw. „outdated“ zu sein. Warum diese (oft: unnötige) Pein?

Auch seine Mitmenschen, die ihn nicht erreichen können, nehmen es so wahr.

Was für eine „Welt der Nicht-Erreichbarkeit“. Frust macht sich breit! Gebiete Einhalt!

### f) Statt „Hektik“, besser: „Eklektik“

Wir fordern: An die Stelle von Hektik tritt von nun an Eklektik! Was bedeutet das konkret?

3) Zu Werten und Tugenden ausführlich in letzter Zeit unter Hervorhebung aktueller Bezüge: Joachim, Der ehrbare (ordentliche) Kaufmann, GuT 2012, S. 5-13; ders., „Tugend-Turbo“, GuT 2011, S. 361-371; ders., Wichtiges, wahrnehmbares Wertemanagement, GuT 2010, S. 328-333; ders., Werte – Welche Werte wiegen wie viel in einer wechselhaften Welt? – Eine thesehafte Sinnsuche!, GuT 2009, S. 283-289; ders., „Aufrüttelnder Aufruf“, GuT 2007, S. 427-432; ders., Wichtige Werte, International School of Management, ISM, Discussion Paper Nr. 1, Dortmund 2007, S. 1-42.

4) Anlehnend an die bekannte „Eisenhower-Matrix“: Wichtiges und Dringliches miteinander gut in Einklang zu bringen! Siehe dazu: Mikael Krogerus, Roman Tschäppeler, 50 Erfolgsmodelle, 14. Aufl., Zürich 2010, S. 10 f.

5) Joachim, GuT 2008, S. 415, 416 ff; ders., GuT 2011, S. 361, 370 ff.

Es muss feste Grenzen und Zeiten geben, in welchen man nicht dauernd und ständig erreichbar ist. Wir müssen selbst die Wege aus der „Stressfalle“ suchen, finden und anwenden. Dieses „persönliche Pfadfindertum“ beginnt mit dem bekennenden Bewusstmachen. Daran schließt sich die bewusste und gewollte Verhaltensveränderung an. Man sollte sich die persönlichen „Zeitfenster“ bewusst schaffen und diese konsequent für das „wirklich Wichtige“ offen halten. Eine bewusste und gewollte Wahl wirkt Wunder und wider die „zeitfressende Qual“!

#### 4. „No Mo-Phobie“

##### a) „No Mobile Phone Call“

Das Mobiltelefon und seine technischen Fortentwicklungen hin zum „Smart Phone“ stehen für die dauernde Kommunikation(smöglichkeit). Über Funktionen, die sich lohnen, aber auch über die Fehlleitungen und Missbrauchsmöglichkeiten sollte man sich stets im Klaren sein.

Anschließend an die allgemeine Bewusstseinsmachung von soeben tritt eine „moderne Krankheit“, welche aus der zeitgemäßen Kommunikations- und Informationsgesellschaft stammt. Sie kann mit „No Mo-Phobie“ gekennzeichnet und abgekürzt werden und bedeutet: „No Mobile Phone available – Crisis“. Die Rede ist von der „plötzlichen Panik, wenn das Mobiltelefon fehlt und/oder nicht funktioniert“. Viele Nutzer/„User“ werden unruhig, geraten regelrecht in Panik, wenn sie feststellen, dass ihr „Handy“ (die Anglo-Amerikaner können mit diesem Begriff nichts anfangen, sondern sprechen von ihrem „Mobile (Phone)“) fehlt. Manche verspüren bereits Unruhe, wenn der „Kommunikations-Knochen“ nicht schellt, kein Gespräch oder keine SMS ankündigt. „Handy-Hell“ erscheint in unterschiedlichen Ausprägungen. Gemeinsam ist ihnen: Die Inanspruchnahme des Menschen mit Zeit und Aufmerksamkeit, bis hin zu krankhaften Verhaltensformen.

##### b) Unter „Zug-Zwang“

Zugreisende können die vorstehend skizzierten (Miss)Verhaltensweisen an sich und anderen „hautnah“ und „hörbar“ tagtäglich feststellen. „Handy Haltlosigkeit“ zeigt sich im modernen Bahnverkehr. Charakteristisch erscheinen Hektik und Oberflächlichkeit im Bahnverkehr.

Nach dem Motto:

„Das Mobile stets am Ohr, bist Du richtig wichtig, – zumindest kommst Du Dir so vor!

Du agierst lautstark und mächtig; für die Mitreisenden ist es ob des aufgedrängten Wortschwall mehr als lästig!“

Viele geraten so regelrecht „unter Zugzwang“, und zwar die ständig Kommunizierenden, aber auch die gezwungenermaßen mit einbezogenen anderen Bahnreisenden.

Fahren Sie häufig Bahn, erleben Sie stets und ständig diesen „(Kommunikations-)Wahn“!

Nicht nur in dieser sozialen Interaktion sind gegenseitiger Respekt, Höflichkeit und Rücksichtnahme vonnöten. Die altbewährten Umgangsformen und Tugenden sind aktuell.

##### c) „Verkehrter Verkehr“

Oft telefonieren die Verkehrsteilnehmer im Straßenverkehr mobil und zeigen so ihre Mobilität, wiederholt in durchaus gefahrenträchtigen Situationen. „Multi-tasking“, eine „angesagte“ Verhaltensweise kennzeichnet sie; so sind viele Verkehrsteilnehmer unterwegs.

Die Gefährlichkeit solcher Verhaltensmuster liegt auf der Hand; sie ist mittlerweile als sozial-schädlich anerkannt und vom Gesetzgeber als Ordnungswidrigkeit eingestuft und mit Geldbuße belegt.

##### d) „Multi-Tasking“ – in Wahrheit: ein „mediokres Masking“!

Viele Vorgänge gleichzeitig anzugehen und zu erledigen, scheint heute nicht nur „schick“, sondern „Zeitgeist“ zu sein. „Multi-Tasking“ ist ein weiteres Charakteristikum unserer Zeit. Statt Dauerbeschäftigung, welche allzu leicht von der Hand geht, steht dahinter nur allzu oft ein mittelmäßiges Maskieren,

chaotisches Changieren, um die Wahrheit zu negieren.<sup>6</sup> Neueste Gehirnforschungen belegen: Das menschliche Gehirn ist nicht für „Multi-Tasking“ geschaffen.

Daraus folgt als zugespitzter Appell: „Bitte rafften: Weniger agieren, mehr produzieren!“

Auf den Punkt gebracht: „Multi-Tasking“ ist häufig nur „mediokres Masking“.

Es gilt das Motto:

„(Zu) Vieles anrühren und versuchen – verdirbt leider allzu oft den Kuchen! Weniger kann mehr sein. Zu viel wollen kann letztlich leer sein!“

Also, von Zeit zu Zeit das „Handy“ abschalten, dann kann man besser abschalten und die eigene Gedankenwelt anschalten und in Gang setzen, ohne seine Mitmenschen spürbar zu belästigen, zu gefährden oder gar zu verletzen; denn dann hilft kein „cleveres Vernetzen“!

#### 5. „Facebook Friends“

Ein Student prahlt vor seinen Kommilitonen, dass er rund zweitausend „Facebook“ Freunde hat, – aber keinen kennt. Was ist das für eine absurde, paradoxe „Freundschafts-Welt“ und noch gravierender: Welches Verständnis von sozialer Beziehung und vor allem Freundschaft mit Kenntnis und Vertrauen liegt dem zugrunde? Abgründe eröffnen sich! Aus der zahlenmäßigen Fülle entspringt zugleich die inhaltliche, werthaltige Leere.

Viele Internet-User verkümmern; sie werden psychisch krank, zuletzt auch physisch. Neue Krankheits- und Sozialprobleme erscheinen, und zwar derzeit (noch) ungelöst!

„Post it“, verkünde Deine Nachrichten und Mitteilungen sofort weltweit. Macht sich da kein Zweifel breit? Besser: „Host it“ – kümmer Dich sorgsam um Deine Freunde und Deine Infos, welche Du Deiner „Community“= Gemeinschaft zugänglich zu machen gedenkst.

Viele haben ein dauerhaftes und gesteigertes Geltungs- und Mitteilungsbedürfnis. Sie wollen sich aufschwingen, wichtig machen und (er)scheinen. Man will dazu gehören. Dazu mag „Facebook“ das richtige Medium sein. Die weiteren Entwicklungen in der Informations- und Kommunikationstechnologie eröffnen zukünftig ungeahnte Nutzungs- und Kontaktmöglichkeiten. Weltweite Austausch- und Begegnungsmöglichkeiten zeigen sich. Die positiven Errungenschaften sollen nicht in Abrede gestellt werden. Vor latenten und offenen Gefahren und Missbrauchsmachenschaften ist gleichwohl nachdrücklich zu warnen.

Eine vermeintlich leichte Täuschungsform sei kurz skizziert. Frei nach Andy Warhol gilt: „Jeder kann für 15–20 Minuten sich sputen und weltberühmt sein“. Kaum zu glauben, dennoch wahr: Für kurze Zeit ein Star! Und dann? Kommt der Absturz irgendwann!

Ohne sich gleich als „abgekoppelter, weltfremder Kommunikations-Banause“ zu „outen“, stellen wir dem entgegen: Ich habe lieber Zeit zu zweit, bevorzuge zwei, vielleicht zwanzig „Bezugs-Personen“, die ich auch ausgewählt und abgestimmt als Freunde empfinde, erlebe und zu recht so bezeichnen kann. Diese Personen kenne ich „leiblich (oft auch leidvoll)“, nicht nur („mal ganz schnell“) so „virtuell“; mit diesen Personen kann ich in Beziehung stehen, kann sie öfters sehen und zumeist verstehen.

#### 6. „Sustainability“ = Nachhaltigkeit

Nachhaltigkeit taucht in letzter Zeit häufiger und in verschiedenen Zusammenhängen auf.

Ein zweifacher Sinn wird bei diesem etwa aus der Umweltdiskussion entlehnten Begriff entfaltet:

6) Martin Korte, Konzentriert Euch! Wenn ihr es noch könnt, in: Financial Times Deutschland (FTD) vom 14. 10. 2011, S. 30.



(a) Wir wenden uns gegen Schnelllebigkeit, gegen Oberflächlichkeit, gegen Unwichtigkeit! Nicht nur „anpieken“ und „quaddeln“, schon gar nicht Zeit und Energie nutzlos „verdadeln“!

(b) Es kann nicht nur alles „mal eben“ oder „grad mal“ gehen; man muss genauer und schlauer hinsehen! Wie oft erledigen wir Wichtiges nur so „Zwischendurch“ oder „Nebenbei“!

Was fordern wir auf allen Ebenen, also vor allem im Berufs- und Privatleben? „Sustainability“, kurz und knapp übersetzt mit: Nachhaltigkeit. Was bedeutet das? Eine weitere „Modebezeichnung bzw. -droge“? Nein, nicht so oder nicht nur! Man soll sich selbst einbringen, sich und andere ernst und wichtig nehmen. An Personen und Sachen, die einem wichtig und wertvoll sind, muss man „dauerhaft dran bleiben.“

Es gilt: „Lebensstrukturen“ anzulegen, um dereinst „Lebensspuren“ zu hinterlassen. Die Frage stellt sich: Was ist von Dauer? Die Zeitdimension ist wichtig. Zudem: Was bleibt – am Ende des Tages? Sagt man: Ja, so war es ...!? Das (Zwischen-/End-)Ergebnis rückt in das Blickfeld. Man soll sich einbringen, ohne sich vom glatten, manchmal schlüpfrigen Tugendpfad und knappen Zeitreservoir abbringen zu lassen! In einer schnelllebigen, abwechslungsreichen Zeit brauchen wir mehr denn jemals zuvor Orientierung, Halt, und zwar durch Werte und Tugenden. Dabei knüpft man an altbewährte Erkenntnisse an und spitzt sie modern und „alltagstauglich“ zu. So kann man in einer bewegten Zeit Orientierungs- und Handlungsmuster anbieten, welche sich ausrichten an wichtigen Werten und Tugenden<sup>7</sup>.

## 7. Wider „Burn-Out“ und „Bore-Out“

### a) „Burn-Out-Syndrom“ als Krankheit

Eine weitere Zeiterscheinung tritt in allen Gesellschaftsschichten zutage: Der (berufliche) Erschöpfungszustand, neu-modern als „Burn-Out-Syndrom“ bezeichnet. Durch den ständigen Zeit- und Anforderungsstress zeigen zunehmend mehr Menschen, auch und gerade exponierte Vertreter aus Politik, Wirtschaft, Sport und Gesellschaft Ausprägungen von Anspannung, Ausgebranntsein, Angst-, Ausweglosigkeitszustände. So heißt es lapidar, treffend und demaskierend zugleich:<sup>8</sup>

„Herr/Frau ... ist sich nicht sicher, ob er/sie die beruflichen Herausforderungen in den nächsten ... Jahren erfolgreich bestehen kann. Er/sie braucht eine Auszeit!“

Als „Selbst-Bekanntnis bzw. Eingeständnis“ hört man oft: „Ich fühl mich leer und verbraucht, bei jeder klein(st)en Anstrengung total ausgelaut; alles tut mir weh; seht endlich her: Ich kann nicht mehr!“

### b) Stress- Nervenzusammenbruch

„Burn-out“ ist „chic“, tritt oft als Modekrankheit zutage.<sup>9</sup> Zu allen Zeiten erfahren und erleiden Menschen in beruflicher und/oder privater Sphäre mehr oder weniger stark ausgeprägte, wahrgenommene und zugelassene Erschöpfungszustände. Sie gipfeln seit jeher in – „nervenden“ – „Nervenzusammenbrüchen“. Treffend heißt es im anglo-amerikanischen Sprachgebrauch: „Nervous breakdown“.<sup>10</sup>

Zugespitzt, vielleicht zu ironisch ausgedrückt: Bevor etwas „ausbrennen“ kann, sollte es zunächst „angezündet sein“, dann „brennen“, bis hin zum „abbrennen“. Man muss erst selbst brennen, von einer Sache angesprochen, begeistert, überzeugt sein, bevor man an- und abbrennt. Die Erschöpfungszustände oder -grade spüren Menschen in unterschiedlicher Form und Ausprägung zu allen Zeiten. Gegenwärtig wird mehr kommuniziert, mehr in sich selbst hineingehört, mehr wissenschaftlich erkannt und bekannt gemacht sowie allgemein ins Bewusstsein gerückt und medienwirksam formuliert. Ausdrucksform der erwähnten „Stress- und Zeitvernichtungsmaschine“ sind die tendenziell vermehrten Burn-Out-Krankheitsbilder.

### c) „Bore-Out-Syndrom“ als Krankheit

Der erhebliche Erschöpfungszustand kann zudem auf chronische Unterforderung zurückzuführen sein. Nicht nur dauernde Über-, sondern Unterforderung laugt aus, lässt Gleichgül-

tigkeit zu, weckt Desinteresse und macht letztlich krank. Arbeit hilft gegen alle menschlichen Laster (Voltaire). Im Vordergrund steht: Sinnstiftende, ausfüllende, befriedigende und wertgeschätzte Arbeit, auch, um glücklich zu sein, und zwar in der maßgeblichen Form des Zufriedenheitsglücks.<sup>11</sup>

Am Arbeitsplatz ziehen sich betroffene Mitarbeiter zurück. Sie verrichten „Dienst nach Vorschrift“, tauchen ab oder engagieren sich als „Meinungs- und Miesmacher“ im Betrieb. Sie reagieren irgendwann auf ihr „Bore-Out“ mit einer „inneren Kündigung“. Manche sprechen vom „negativen Kick“ und meinen die „Kündigung im Kopf“. Arbeitsenergie verpufft, Zeit und Geld wendet das Unternehmen vergeblich auf, ohne dies exakt feststellen zu können. Dem ist beherzt entgegen zu wirken: „Niemals mehr: Verweile mit Langeweile!“ „Bore-Out“ ist „out“! Arbeitgeber und Arbeitnehmer können nur gemeinsam (re)agieren. Denn nur, wer sich traut, dagegen anzugehen, kann wieder nach vorne sehen. Man muss Meldung machen, Hilfe vorhalten und annehmen. Nur dann gilt: Der Job bleibt bestehen.

Die Krankheits- und Erschöpfungszustände sind sicherlich Zeichen unserer gesellschaftlichen Erscheinung, vor allem im Berufsleben. Dies können und wollen wir als wichtig und richtig ansprechen, ohne die Einzelheiten hervorzuheben. Sie sind und werden weit verbreitet; in Zeiten der Wirtschafts- und Finanzkrise, einer zunehmenden Inflation wird das gesellschaftliche und wirtschaftliche Umfeld tendenziell herausfordernder und schwieriger. Damit einher gehen Verunsicherungen und Existenzängste der betroffenen Menschen; auch die Mitmenschen sind häufig (mit)betroffen.

Man mag es zeitweise verdrängen, überwinden kann man die Krankheit nur gezielt und gemeinsam, andernfalls bleibt man dauerhaft einsam!

## 8. „Light my Fire!“

Es mag trivial daherkommen, enthält gleichwohl ein „Wahrheitskorn“, das den alten, kreativen Kern des menschlichen Grundoptimismus betont. Dem zuvor grob skizzierten Burn- & Bore-Out wollen wir in musikalischer Form entgegenhalten:

„Burn Baby, burn, when you got to learn; it’s time to light my fire and, thus, you take me higher ...“

Nun denn, es greift der alte „Doors-Titel“, wenn auch in der Interpretation von Jose Feliciano:

„Come on, Baby, light my fire, ...“ Etwas ergänzt: „Inspire my desire, take me higher.“

Das Berufs- und Privatleben soll Spaß machen. Sachen, die wir mit Freude, vielleicht sogar mit Begeisterung angehen und erledigen, gelingen, zumindest besser als das „professionelle Pflichtprogramm“! Also, nur dann, wenn ich selbst brenne, kann ich andere anzünden, sprich mitreißen und von meinen Ideen, von meinem Auftrag überzeugen, selbst zu Höchstleistungen anspornen, besser überzeugen motivieren. Zugespitzt lautet das Programm: „Zieh den richtigen „Trigger“, erscheine als „dynamischer Digger“, so wirkst Du und bist – „at the end of the day“, „just unique and bigger“!“

## 9. Gesundheit & Wellness

Man mag es drehen und wenden, wie man will: Gesundheit, d.h. körperliches und geistiges Wohlbefinden, zumindest in den wesentlichen und vitalen Körperfunktionen schmerzfrei und leidensfrei zu sein und aktiv, teilnehmend zu (er)leben, ist die wesentliche Lebensgrundlage. Gesundheit war, ist und bleibt die

7) Vgl. dazu die Nachweise bei Joachim, oben in Fn. 3.

8) „Bertelsmann tauscht den Chef aus“, in: Handelsblatt (HB) vom 10.10.2011, S. 1, 20: „Auch private Gründe gibt es für den Wechsel.“

9) Katrin Bauernfeind, Burn-out ist chic, in: Focus vom 16.10.2011, S. 136.

10) „Stress“-Sonderveröffentlichung des Reflex-Verlags, in: FTD Oktober 2011, S. 1-16.

11) Wider das Unglücklichsein, Neue Westfälische (NW) vom 27.10.2012; zum Glück und zu Glücksgedanken näher Joachim, Glücksgedanken – Gedanken über das Glück, GuT 2008, S. 415-427 m.w.N.

wichtige, ganz große und grundsätzliche (Lebens)Grundlage, ohne die gar nichts geht! Vor-, Für- und Nachsorge sind individuelle, zugleich auch gesellschaftliche Herausforderungen und Pflichtprogramme!

Die alte Sentenz gilt noch immer und mehr denn je; sie findet sich beispielsweise in markanter Form am Eingang zum Heil- und Kurpark von Bad Pyrmont: „Mens sana in corpore sano!“

Also, in einem gesunden Körper steckt ein gesunder Geist! Ganzheitliches Training ist wichtig.

Damit klingt an, dass Gesundheit in einem ganzheitlichen Sinn begriffen wird. Es geht nicht nur um die zentralen Körper- und Geistesfunktionen, sondern um das allgemeine Wohlbefinden des Menschen. Trivial und abgedroschen, gleichwohl greift der „Wellness“- , also Wohlgefühlgedanke nach wie vor. Richtig dosierte Ernährung und beständige Bewegung kommen hinzu. Aktive Teilnahme am Arbeits-, Berufs- und Privatleben erfordert „Wellness“ in Abgrenzung zu Krankheit als „Sickness“. Man achte selbst auf seinen Körper und seine geistige Befindlichkeit. Aber, rechtzeitig gilt es, die passenden Hilfestellungen und Helfer anzusprechen und einzuschalten. So kann man ein erfülltes, gesundes Leben gestalten.

Was heißt das konkret?! Neuzeitlich bedeutet es: Ein eigenes Handlungs- und Heilungs- bzw. Coachingprogramm – ggf. mit „helfenden Händen“ – aufstellen und dauerhaft umsetzen!

„Coaching ist in“.<sup>12</sup> Vielleicht ist auch für Sie der richtige „Coach“, Handlungshelfer mit drin!

### 10. „Health & Happiness“

Wie soeben dargelegt: Gesundheit ist die ganzheitliche Grundlage. Wenn sie dauerhaft gegeben ist, stellt sich Glück ein. „Health“ and „Happiness“ gehören wie zwei siamesische Zwillinge zusammen. Das Glück begreifen wir in seinen drei wesentlichen Ausprägungen, welche wir alle grundsätzlich begrüßen. Man steht hingegen auf Dauer auf sicheren Füßen, wenn man sich die drei Formen vergegenwärtigt und in steigender Form auf das wirklich Wichtige setzt, und zwar auf das dauerhafte Glück, welches man anstreben sollte. Dieser Idealzustand wird selten dauerhaft erreicht. Zumindest sollte man sich die verschiedenen Formen bewusst machen, danach leben und streben. Im wesentlichen kennen wir folgende Glücksausprägungen:<sup>13</sup>

#### a) Zufallsglück

Das Glück kommt beispielsweise als „Lottogewinn“ daher. Man landet einen Glückstreffer.

#### b) Wohlfühlglück

Man spürt Lust und Zufriedenheit, etwa nach einem intensiven (Zwie/Zwei)Gespräch, einem opulenten Mahl. Mit den Beatles könnte man singen: „I feel fine!“ Man könnte hinzufügen: „Perhaps it’s just the heat of the moment!“ Also, das Wohlfühlglück kann von kurzer Dauer sein. Umso mehr sollte man es hier und jetzt genießen.

#### c) Zufriedenheitsglück

Langfristig stellt sich Zufriedenheit ein, wenn man mit sich, den Mitmenschen, den Lebensumständen „im Reinen“ ist. Hier ist eine Bilanzierung angesprochen, die dazu führt, dass man ausgeglichen ist. Man (er)kennt und spürt die Balance. Auf Dauer ist man schlauer: Man erfährt, (er)lebt das Glück der Zufriedenheit genauer. Man hat seinen Frieden. Darauf gründet sich die ganze Lebensenergie – erkenne und handle so, und zwar jetzt oder nie!

### III. „Anmachender Ausblick“: Aufmunternde Aufforderung!

Statt vieler (un)passender Schlussworte und Handlungsempfehlungen sei auf das praktisch Machbare und (Er)Lebbare hingewiesen. Man schaue auf sich selbst und seinen eigenen „wesentlichen Wirkungskreis“, d.h. auf sich selbst und seine unmittelbare Umgebung in der beruflichen und privaten Sphäre. Man beziehe sich auf das Feld und die Personen, welche man tatsächlich ansprechen, erreichen und – im positiven Sinne – beeinflussen kann.

Was folgt daraus?

Wie sollen die „Lebens-Leitlinien“ in Anbetracht vorstehender Erkenntnisse und Anregungen zukünftig gezogen werden?

Zwar ist – in Anlehnung an Erich Kästner – das Leben lebensgefährlich, und es endet meistens (?) tödlich. Jedoch sollte man sich stets von neuem klar machen und sein Denken und Handeln danach ausrichten. Als aufmunternde, zugleich sinnstiftende Aufforderung gilt:

Man kann dem Leben nicht mehr Tage geben,  
aber den Tagen mehr Leben geben – eben!  
Gemeint ist das sinnvolle, erfüllte Leben.

Gehe gelassener mit Dir und Deinen Mitmenschen um.

Handle dabei auch, wenn Du kannst, nach den Maximen des „Serenity-Prayers“, und zwar in deutscher Übersetzung wie folgt:<sup>14</sup>

1. Gib mir die Gelassenheit, die Dinge hinzunehmen, die ich nicht zu ändern vermag.
2. Gib mir den Mut, die Dinge zu ändern, die ich ändern kann.
3. Gib mir die Weisheit, das eine vom anderen zu unterscheiden.

Vernunft und Einsichtsfähigkeit stellen die Basis dar, dieses in der aktuellen Wertediskussion herangezogenen „Popular Prayers“. Man sollte es erkennen, abwägen, sich zu Herzen nehmen und sein künftiges Verhalten – auch – daran ausrichten, zumindest die Handlungsalternativen daran gewichten.

So gelangen wir – am Ende dieser Betrachtung – und am Anfang der weiteren, individuellen Lebensgestaltung zu den Kardinal-Tugenden, hier in Ausprägung der Weisheit, im Sinn von Lebenserfahrung, (Alters)Weisheit dominiert dauerhaft.<sup>15</sup>

Über allem steht die Liebe, die klassische religiöse Tugend, und zwar in Ausprägung von Eigen- und Nächstenliebe, vor allem zwischenmenschlicher Liebe. Die Erscheinungsformen der Liebe sind und bleiben die Sinn machenden Antriebskräfte des Lebens.

Zu guter Letzt, ein Zuruf, welcher zugleich Aufruf sein möge:

Lebe bewusst und mit „lernender Liebe und Lust“, so überwindst, zumindest bekämpfst Du nachhaltig den „Alltags-Frust“!

12) Dazu Joachim, „Coaching for Retirement“, GuT 2010, S. 419-423.

13) Zum Glück und Erscheinungsformen in neuerer Zeit: NW vom 27.10.2012; Joachim, GuT 2008, S. 415-427 m.w.N.

14) So Dick des Vos, Rediscovering American Values, S. 82, 83 ff; weitere Nachweise bei Joachim, GuT 2008, S. 415-418; ders., GuT 2010, S. 328, 330 f mit den jeweiligen Übersetzungen des „Serenity Prayers“.

15) Joachim, „Jugend-Turbo“, GuT 2011, S. 361, 362 ff.

**GuT**

*Dokumentation, Analyse, Entwicklung*



# Über die Akademie für Raumforschung und Landesplanung (ARL)

Die Akademie für Raumforschung und Landesplanung (ARL) untersucht die Wirkung menschlichen Handelns auf den Raum und analysiert die Möglichkeiten einer nachhaltigen Raumentwicklung. Dies geschieht auf den Feldern Wirtschaft, Soziales, Ökologie und Kultur.

Die ARL ist das zentrale, disziplinübergreifende Netzwerk von Expertinnen und Experten, die in der Raumforschung und Raumplanung arbeiten. Damit bietet sie die ideale Plattform für den raumwissenschaftlichen und raumpolitischen Diskurs. Forschungsgegenstand sind räumliche Ordnung und Entwicklung in Deutschland und Europa.

Die Akademie ist eine selbstständige und unabhängige raumwissenschaftliche Einrichtung öffentlichen Rechts von überregionaler Bedeutung und gesamtstaatlichem wissenschaftspolitischen Interesse. Sie wird gemeinsam von Bund und Ländern finanziert und gehört der Leibniz-Gemeinschaft an.

Sie vereint Fachleute aus Wissenschaft und Praxis in ihrem Netzwerk. Dadurch können Grundlagenforschung und Anwendung eine direkte Verbindung eingehen – eine wichtige Voraussetzung für eine fundierte Beratung von Politik und Gesellschaft.

Dank ihrer Netzwerkstruktur und der Arbeitsweise in fachübergreifenden Gruppen ermöglicht die ARL den effizienten Informations- und Erfahrungsaustausch zwischen allen Akteuren. So sind erfolgreiche Kommunikation und Wissenstransfer auf allen Ebenen gewährleistet.

Auf der Basis des personellen Netzwerks fungiert die ARL als Mittlerin zwischen Wissenschaft, Verwaltung, Politik, Wirtschaft und Öffentlichkeit.

Nähere Informationen über die ARL finden Sie unter [www.arl-net.de](http://www.arl-net.de).

Akademie für Raumforschung und Landesplanung (ARL(r))  
Leibniz-Forum für Raumwissenschaften  
Hohenzollernstraße 11, 30161 Hannover

## Neues Präsidium der Akademie für Raumforschung und Landesplanung (ARL)

### ARL-Pressemitteilung vom 21. 11. 2012

Die Mitgliederversammlung der Akademie für Raumforschung und Landesplanung (ARL), Hannover, hat Ende November ihr vierköpfiges Präsidium neu gewählt. Vergangene Woche wurden die Kandidaten vom Kuratorium berufen. Neuer Präsident der ARL für die Amtszeit 2013/2014 ist Prof. Dr. Klaus Joachim Beckmann, Wissenschaftlicher Direktor und Geschäftsführer des Deutschen Instituts für Urbanistik gGmbH, Berlin.

Prof. Dr. Klaus J. Beckmann, Jahrgang 1948, ist seit 2000 Ordentliches Mitglied der ARL und hat in dieser Zeit manches Akademie-Projekt vorangebracht. Besonders hervorzuheben sind seine Arbeiten auf dem Gebiet der Infrastrukturplanung und der Mobilität. Beckmann vereint in seiner Person die Erfahrung des langjährigen Praktikers und die Expertise des Wissenschaftlers, eine Doppelqualifikation, die ihn für den transdisziplinären Ansatz der Akademie prädestiniert. Nach Jahren als Bauingenieur und später Beigeordneter in der Verwaltung der Stadt Braunschweig lehrte er ab 1985 zunächst an der Universität Karlsruhe. 1990 wurde er Professor und Institutsleiter am Institut für Stadtverkehr an der RWTH Aachen. 2006 übernahm er die Leitung des Deutschen Instituts für Urbanistik in Berlin. Er ist Mitglied in zahlreichen Gremien u. a. im Beirat für Raumentwicklung und im wissenschaftlichen Beirat für Verkehr des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS).

Im Amt der Vizepräsidentin bestätigt ist Prof. Dr.-Ing. Sabine Hofmeister. Die 1954 geborene Professorin für Umweltpla-

nung im Institut für Umweltstrategien der Leuphana Universität Lüneburg, Vizepräsidentin der ARL 2011/2012, gehört der Akademie bereits seit 2001 an. Sie begann ihre berufliche Laufbahn nach der Promotion an der TU Berlin als Leiterin des Umweltamtes im Berliner Bezirk Steglitz. Nach der Habilitation (1997) und einiger Zeit als Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der TU Berlin wurde sie an die Leuphana Universität Lüneburg berufen, wo sie bis heute lehrt und forscht. Ihre inhaltlichen Schwerpunkte liegen in den Bereichen nachhaltige Raumentwicklung, Geschlechterverhältnisse und Nachhaltigkeit sowie Soziale Ökologie.

Der bisherige Präsident, Ministerialdirigent i.R. Dr. Bernhard Heinrichs, Jahrgang 1943, bleibt dem Gremium als Vizepräsident erhalten. Er war langjähriger Leiter der Abteilung „Raumordnung und Landesplanung“ im Ministerium für Verkehr, Bau und Landesentwicklung des Landes Mecklenburg-Vorpommern, Schwerin. Der promovierte Bau- und Wirtschaftsingenieur ist der Akademie viele Jahre verbunden, zunächst als Kuratoriumsmitglied, Leiter der nordostdeutschen Landesarbeitsgemeinschaft und seit 2009 als Präsidiumsmitglied. Den erfahrenen Praktiker hatte der Beruf erst in die Staatskanzlei Rheinland-Pfalz, später ins Wirtschafts- bzw. Bauministerium Mecklenburg-Vorpommern geführt. Internationale Erfahrungen sammelte er in acht Jahren Auslandseinsatz in unterschiedlichen Ländern.

Neu ins Präsidium gewählt wurde Prof. Dr. Rolf-Dieter Postlep. Der amtierende Präsident der Universität Kassel gehört der ARL seit 1994 als ordentliches Mitglied an. Doch schon seit den 1970er Jahren war er in zahlreichen Gremien und Projekten der Akademie aktiv und wirkte an zahlreichen Veröffentlichungen und Kongressen mit. Der heute 66-Jährige promovierte im Fach Volkswirtschaft an der Universität Marburg, wo er zunächst als wissenschaftlicher Mitarbeiter blieb. Eine Gastprofessur führte ihn 1991 an die Universität Gesamthochschule Kassel. 1992 wurde er Abteilungsleiter am Deutschen Institut für Wirtschaft (DIW) in Berlin und nahm parallel einen Lehrauftrag an der Universität Potsdam wahr. 1996 ging er als Leiter des Fachgebietes Allgemeine Wirtschaftspolitik zurück nach Kassel. Seit September 2000 ist er Präsident der Universität Kassel – inzwischen für die dritte Amtszeit.

-----  
**Ehrenamt - Wie viel Wissenschaft ist unentgeltlich? Grundsatzfragen und empirische Untersuchung am Beispiel der Akademie für Raumforschung und Landesplanung.** Von Horst Zimmermann (Hrsg.), Autoren: Dr. Andreas Klee, Dr. Kai Masser, Prof. Dr. Dr. h.c. Horst Zimmermann. Akademie für Raumforschung und Landesplanung, ARBEITSMATERIAL DER ARL Nr. 315, Hannover 2005.

Die ARL - eine Institution unter den Einrichtungen der Wissenschaftsgemeinde Gottfried Wilhelm Leibniz (WGL) - ist ein Netzwerk aus Wissenschaftlern und Praktikern. „Die ARL regt ... Forschung an und organisiert sie“ - „Verbundforschung im personellen Netzwerk“ - es „wird durch gemeinsame Arbeit in den Gremien der ARL vorhandenes Wissen unter raumwissenschaftlichen Aspekten zusammengeführt, ausgewertet und zu neuen Erkenntnissen weiterentwickelt“ - „Die Mitwirkung in der ARL ist ehrenamtlich“.

Vorstellungen von Ehrenamt als unbezahlte Tätigkeit außerhalb des eigenen Berufsfeldes passen hier nicht, weil das Netzwerk der ARL gerade auf der beruflichen Qualifikation aufbaut, auf deren Nutzung abzielt und seine Tätigkeit folglich Bestandteil der beruflichen Aktivität der Mitwirkenden ist. Wir würden sagen: „Gebe Deines hinein - und nehme Unseres zu Dir.“

Das Ehrenamt bzw. die unentgeltliche Tätigkeit innerhalb der Wissenschaft ist Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Ihre Ergebnisse können als Arbeitsmaterial der ARL Nr. 315 von der dortigen Homepage heruntergeladen werden.

Seit den ersten Ausgaben der GuT in 2001/2002 wird für eine struktur-ähnliche, praxis- und disziplinübergreifende Netzwerk-Verbindung (Mach' mit!; Denk' mit!; seit 2005: „Netzwerk GuT“) geworben. (vS)

# Gewerbemiete

## §§ 130, 133, 145, 146, 154, 157, 312g BGB Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr; Buchung einer Flugreise

a) Der Inhalt eines unter Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel über ein automatisiertes Buchungs- oder Bestellsystem an ein Unternehmen gerichteten Angebots und einer korrespondierenden Willenserklärung des Unternehmens ist nicht danach zu bestimmen, wie das automatisierte System das Angebot voraussichtlich deuten und verarbeiten wird. Maßgeblich ist vielmehr, wie der menschliche Adressat die jeweilige Erklärung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte verstehen darf.

b) Gibt ein Flugreisender in die über das Internet zur Verfügung gestellte Buchungsmaske eines Luftverkehrsunternehmens, die den Hinweis enthält, dass eine Namensänderung nach erfolgter Buchung nicht mehr möglich sei und der angegebene Name mit dem Namen im Ausweis übereinstimmen müsse, in die Felder für Vor- und Zunamen des Fluggastes jeweils „noch unbekannt“ ein, kommt ein Beförderungsvertrag regelmäßig weder durch die Buchungsbestätigung noch durch die Einziehung des Flugpreises zustande.

(BGH, Urteil vom 16.10.2012 – X ZR 37/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger verlangt von dem beklagten Luftfahrtunternehmen Rückzahlung des Preises für eine nicht angetretene Flugreise, eine Ausgleichszahlung wegen Nichtbeförderung nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. b, Art. 4 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91 (ABl. EU Nr. L 46 vom 17. Februar 2004 S. 1 ff.; nachfolgend: Verordnung oder Fluggastrechteverordnung) sowie Ersatz außergerichtlicher Kosten.

2 Der Kläger buchte am 7. September 2009 über das Internetportal der Beklagten Flüge von Dresden über Frankfurt am Main nach Larnaca und zurück für zwei Personen. In die Buchungsmaske gab er unter der Rubrik „Person 1“ seinen Vor- und Zunamen ein. Unter der Rubrik „Person 2“ trug er in die Felder für die Eingabe des Vor- und Zunamens jeweils „noch unbekannt“ ein. Die Buchungsmaske der Beklagten enthielt folgenden Hinweis:

„Bitte beachten Sie, dass eine Namensänderung nach erfolgter Buchung nicht mehr möglich ist und der Name mit dem Namen in Ihrem Ausweis übereinstimmen muss.“

3 Die Beklagte übermittelte dem Kläger am selben Tag eine Buchungsbestätigung und zog den Preis für zwei Hin- und Rückflüge in Höhe von insgesamt 365,42 € per Lastschrift vom Konto des Klägers ein. Als der Kläger der Beklagten telefonisch den Namen der zweiten mit ihm reisenden Person angeben wollte, teilte ihm die Beklagte mit, dass die Nachbenennung eine zu diesem Zeitpunkt nicht mehr mögliche Namensänderung darstelle; der Kläger könne lediglich die Buchung stornieren und für die zweite Person neu buchen. Von dieser Möglichkeit machte der Kläger keinen Gebrauch. Er trat die Reise alleine an und verlangt wegen der zweiten Buchung Rückzahlung des Flugpreises sowie eine Ausgleichszahlung für Nichtbeförderung.

4 Das Amtsgericht Dresden hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben.

5 Mit seiner vom Berufungsgericht [LG Dresden] zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter. Die Beklagte tritt dem Rechtsmittel entgegen.

6 **Aus den Gründen:** Die zulässige Revision des Klägers hat nur zum kleineren Teil Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet.

7 I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, dass dem Kläger weder ein Anspruch auf Rückzahlung des Entgelts für den von ihm unter der Bezeichnung „noch unbekannt“ gebuchten Flug noch ein Anspruch auf die in der Fluggastrechteverordnung für den Fall der Nichtbeförderung vorgesehene Ausgleichszahlung zustehe.

8 Ein vertraglicher Anspruch auf Rückzahlung des Reisepreises gemäß §§ 631 Abs. 1, 280 Abs. 1 BGB wegen Nichterbringung der vertraglich vereinbarten Leistung scheidet aus, weil zwischen dem Kläger und der Beklagten kein Vertrag zustande gekommen sei, der für die Beklagte die Verpflichtung begründet habe, die vom Kläger nach Abschluss der Buchung als Fluggast benannte Person zu befördern. Bei der Buchungsmaske der Beklagten handle es sich um eine Aufforderung zur Abgabe von Angeboten (invitatio ad offerendum), deren Inanspruchnahme erfordere, dass für den ausgewählten Flug auch der Name des Passagiers eingegeben werde. Dies ergebe sich aus der Ausgestaltung der Eingabefelder für den Vor- und Nachnamen als Pflichtfelder sowie den Hinweisen, dass nach erfolgter Buchung eine Namensänderung nicht mehr möglich sei und der eingegebene Name mit dem Namen im Ausweis übereinstimmen müsse. Der Kläger habe nicht davon ausgehen dürfen, dass ein hiervon abweichendes Angebot von der Beklagten als solches erkannt und mit abweichendem Inhalt angenommen würde. Die Eingabe „noch unbekannt“ in das Namensfeld sei nach dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont der Beklagten in der Weise zu verstehen gewesen, dass es sich hierbei um den Namen des zu befördernden Passagiers handelte. Daher ergebe sich ein Anspruch auf Rückzahlung des Reisepreises auch nicht aus Bereicherungsrecht.

9 Schließlich könne der Kläger auch keinen Anspruch auf Ausgleichszahlung nach Art. 4 i.V.m. Art. 7 FluggastrechteVO geltend machen. Ungeachtet dessen, dass ein Anspruch auf Beförderung der vom Kläger nachträglich benannten Person von vorneherein nicht entstanden sei, stehe ein derartiger Anspruch nach der Fluggastrechteverordnung nur dem Fluggast selbst, nicht aber der Vertragspartei des Beförderungsvertrags zu.

10 II. Dies hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

11 1. Das Berufungsgericht hat zwar im Ergebnis zutreffend angenommen, dass dem Kläger ein vertraglicher Rückzahlungsanspruch wegen der verweigerten Beförderung des vom Kläger nachträglich benannten zweiten Passagiers nicht zustehe. Allerdings kann der Kläger gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB Erstattung des insoweit ohne Rechtsgrund gezahlten Reisepreises verlangen.

12 a) Ein vertraglicher Anspruch scheidet aus, da entgegen der Auffassung der Revision zwischen den Parteien kein Beförderungsvertrag zustande gekommen ist, der dem Kläger ein nachträgliches Bestimmungsrecht hinsichtlich des Namens des zweiten Fluggastes eingeräumt hätte.

13 aa) Im Streitfall sollte der Beförderungsvertrag unter Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel abgeschlossen werden. Mit der über das Internet bereit gestellten Buchungsmaske für ihr Flugangebot bedient sich die Beklagte eines Tele- oder Mediendienstes, den potentielle Kunden individuell elektronisch zum Zwecke einer Bestellung abrufen können und mit dem diese ihre Bestellung auch wiederum elektronisch an den Anbieter übermitteln können. Damit ist der Anwendungsbereich des § 312g BGB eröffnet. Diese Bestimmung regelt allerdings lediglich die Pflichten eines Unternehmers, der am elektronischen Geschäftsverkehr teilnimmt. Das Zustandekommen eines Ver-

trages auf elektronischem Weg richtet sich mangels einer besonderen Regelung nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 145 ff. BGB.

14 bb) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass es sich bei den über die Buchungsmaske der Beklagten buchbaren Flügen nicht um ein verbindliches Angebot gemäß § 145 BGB handelt, sondern dass die Beklagte insoweit lediglich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert hat (vgl. Grigolet, NJW 2002, 1151, 1158). Erst in dem Ausfüllen der Buchungsmaske durch den Kläger am 7. September 2009 ist ein Angebot zum Abschluss eines Vertrages über die Luftbeförderung des Klägers und einer weiteren Person von Dresden nach Larnaca und zurück zu sehen.

15 cc) Das Berufungsgericht meint zu Unrecht, dass die Beklagte das Angebot des Klägers auch hinsichtlich des für einen „noch unbekannt(en)“ Passagier gebuchten Flugs angenommen hat. Das Berufungsgericht hat insoweit ausgeführt, dass durch die Annahme des Angebots des Klägers durch die Beklagte ein Beförderungsvertrag mit den vom Kläger eingegebenen Passagierdaten, d.h. mit der Namensangabe „noch unbekannt“ zustande gekommen sei, ohne jedoch im Einzelnen festzustellen, wann und mit welcher Handlung die Beklagte das Angebot des Klägers angenommen haben soll. Insbesondere fehlt es an einer Feststellung, dass die Buchungsbestätigung der Beklagten vom 7. September 2009 mit einer Annahmeerklärung verbunden worden ist. Der Kläger hat einen Ausdruck der Buchungsbestätigung im Verfahren vorgelegt. Da somit weitere tatsächliche Feststellungen im Zusammenhang mit einer möglichen Annahmeerklärung nicht zu erwarten sind, kann der Senat die Auslegung der Buchungsbestätigung selbst vornehmen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 2005 – VIII ZR 79/04, NJW 2005, 976 [= GuT 2005, 72 KL]).

16 dd) Die Buchungsbestätigung der Beklagten vom 7. September 2009 bezüglich eines zweiten, für einen „noch unbekannt(en)“ Fluggast gebuchten Fluges kann nicht als Annahme gemäß § 147 BGB ausgelegt werden, die zum Abschluss eines Beförderungsvertrags hinsichtlich des zweiten Fluggastes geführt hätte.

17 Die von dem Kläger und der Beklagten unter Einsatz deren Computersystems abgegebenen Erklärungen stimmen zwar nach ihrem äußeren Anschein überein. Der Kläger hat in die Namensfelder für den zweiten Fluggast zweimal die Worte „noch unbekannt“ eingetragen und die Beklagte hat in der von ihr übersandten Buchungsbestätigung diese Angabe übernommen. Für die Auslegung dieser Erklärungen ist aber nicht auf die automatisierte Reaktion des Computersystems abzustellen, dessen sich die Beklagte für die Abwicklung des Buchungsvorgangs bediente. Nicht das Computersystem, sondern die Person (oder das Unternehmen), die es als Kommunikationsmittel nutzt, gibt die Erklärung ab oder ist Empfänger der abgegebenen Erklärung. Der Inhalt der Erklärung ist mithin nicht danach zu bestimmen, wie sie das automatisierte System voraussichtlich deuten und verarbeiten wird, sondern danach, wie sie der menschliche Adressat nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte verstehen darf. Allein ein solches Verständnis steht mit den §§ 133, 157 BGB und den hierzu entwickelten Auslegungsgrundsätzen in Einklang.

18 (1) Nach §§ 133, 157 BGB ist bei der Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen der wirkliche Wille der Erklärenden zu erforschen. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärung auszugehen (BGH, Urteil vom 19. Januar 2000 – VIII ZR 275/98, NJW-RR 2000, 1002 Rn. 20 mwN; MünchKomm.BGB/Busche, 6. Aufl. 2012, § 133 Rn. 56) und demgemäß in erster Linie dieser und der ihm zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille zu berücksichtigen. Bei der Willensforschung sind aber auch der mit der Erklärung verfolgte Zweck, die Interessenlage der Parteien und die sonstigen Begleitumstände zu berücksichtigen, die den Sinngehalt der gewechselten Erklärungen erhellen können (BGH, Urteil vom 16. November 2007 – V ZR 208/06, NJW-RR 2008, 683 [= WuM 2008, 160

= GuT 2008, 216 KL] Rn. 7 mwN). Dabei sind empfangsbedürftige Willenserklärungen, bei deren Verständnis regelmäßig auch der Verkehrsschutz und der Vertrauensschutz des Erklärungsempfängers maßgeblich ist, so auszulegen, wie sie der Empfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 24. Februar 1988 – VIII ZR 145/87, BGHZ 103, 275, 280; Urteil vom 18. Dezember 2008 – I ZR 23/06, NJW 2009, 774 Rn. 25; Urteil vom 27. Januar 2010 – VIII ZR 58/09, NJW 2010, 2422 Rn. 33 – insoweit nicht in BGHZ 184, 128, 137 abgedruckt; MünchKomm.BGB/Busche, aaO, § 133 Rn. 12 mwN).

19 (2) Diese Auslegungsgrundsätze gelten auch, wenn bei der Abgabe und dem Empfang von Willenserklärungen elektronische Kommunikationsmittel genutzt werden. Dafür spricht die gesetzliche Regelung der Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr. § 312g Abs. 1 Nr. 3 BGB sieht für den Fall, dass ein Vertrag unter Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel geschlossen werden soll, vor, dass der Unternehmer den Zugang der Bestellung unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen hat. Diese Bestätigung der Bestellung stellt in der Regel eine reine Wissens- und keine Willenserklärung dar (Staudinger/Thüsing, BGB, Neubearb. 2005, § 312e (aF) Rn. 46; MünchKomm.BGB/Wendehorst, 6. Aufl. 2012, § 312g Rn. 95; Erman/Saenger, BGB, 13. Aufl. 2011, § 312g Rn. 17). Gleichwohl ist nicht ausgeschlossen, dass der Unternehmer diese Wissenserklärung mit einer Willenserklärung, sei es mit der Annahme oder sei es mit der Ablehnung des Angebots, verbindet (Staudinger/Thüsing, aaO, § 312e (aF) Rn. 46). Der Charakter der Erklärung ist entsprechend den allgemeinen Regeln in §§ 133, 157 BGB nach dem objektiven Empfängerhorizont zu bestimmen (MünchKomm.BGB/Wendehorst, aaO, § 312g Rn. 96; Staudinger/Thüsing, aaO, § 312e (aF) Rn. 47). Eine automatisierte Erklärung kommt daher grundsätzlich auch als Annahme des Angebots in Betracht, wenn es sich nicht nur um die Bestätigung des Eingangs einer Bestellung im Sinne von § 312g Abs. 1 Nr. 3 BGB handelt, sondern mit ihr die vorbehaltlose Ausführung der Bestellung angekündigt wird (MünchKomm.BGB/Busche, aaO, § 147 Rn. 4). Ebenso kann auch im elektronischen Geschäftsverkehr die Annahme konkludent erklärt werden, so wenn die gewünschte Leistung bewirkt wird oder sonstige dem Antrag entsprechende Handlungen vorgenommen werden (Erman/Armbrüster, BGB, 13. Aufl. 2011, § 147 Rn. 2).

20 (3) Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Die Beklagte musste die Buchung des Klägers für einen zweiten Fluggast mit der Angabe in den Namensfeldern „noch unbekannt“ zwar dahin verstehen, dass sich der Kläger das Recht vorbehalten wollte, die mitreisende Person nachträglich zu bestimmen. Aus der Sicht des Klägers war in dem automatisierten Verfahren die Eingabe der Wörter „noch unbekannt“, die nach allgemeinem Verständnis keinen Namen einer Person darstellen, akzeptiert worden. Darüber musste sich auch die Beklagte, die nach unbestrittenem Vortrag wegen des damit verbundenen hohen Kostenaufwands keine Prüfungsroutine bezüglich der Namensangaben in ihrem Computersystem installiert hatte, im Klaren sein. Gleichwohl hat die Beklagte dieses Angebot des Klägers aber nicht angenommen und diesem durch die Absendung der Buchungsbestätigung nicht das Recht eingeräumt, die Person des zweiten Fluggastes nachträglich zu bestimmen. Denn die Beklagte hatte die nachträgliche Bestimmungsmöglichkeit durch den Hinweis in der Buchungsmaske ausdrücklich ausgeschlossen und damit deutlich gemacht, dass für sie die Benennung der Person des Reisenden, die zudem durch Vorlage eines Ausweises identifizierbar sein sollte, ein wesentlicher Punkt des Beförderungsvertrages war, über den bei Vertragsabschluss Klarheit bestehen sollte. Davon musste auch der Kläger bei Erhalt der Buchungsbestätigung bei objektiver Betrachtung ausgehen. Er hatte keinen Anlass für die Annahme, mit der – entsprechend der von ihm offenbar nicht veränderten Voreinstellung – auf einen männlichen Passagier „Mr. Noch unbekannt“ lautenden Buchungsbestätigung nicht nur die automatisierte Reaktion des Buchungssystems, sondern die Erklärung der Beklagten zu er-

halten, dass sie ihm das mit der zweckwidrigen Verwendung der Buchungsmaske nachgefragte Bestimmungsrecht tatsächlich einräumen wollte.

21 Nach alledem haben die Parteien mit den abgegebenen Erklärungen jedenfalls hinsichtlich des für „noch unbekannt“ gebuchten Flugs keinen Beförderungsvertrag geschlossen, da sie sich nicht über die Person des oder der zweiten Reisenden und damit nicht über alle Punkte geeinigt hatten, über die nach Erklärung auch nur einer (Vertrags)Partei – hier der Beklagten – eine Vereinbarung getroffen werden sollte (§ 154 Abs. 1 Satz 1 BGB).

22 ee) Der Umstand, dass die Beklagte den Reisepreis für zwei Hin- und Rückflüge vom Konto des Klägers eingezogen hat, führt zu keiner anderen Beurteilung. Auch die Abbuchung des Reisepreises kann jedenfalls deshalb nicht als Annahmeerklärung der Beklagten gewertet werden, weil eine Willensübereinstimmung hinsichtlich des Inhalts des Beförderungsvertrags insoweit nicht erzielt worden ist. Weder durfte der Kläger nach den Angaben in der Buchungsmaske der Beklagten annehmen, dass ihm die Beklagte die nachträgliche Benennung eines Mitreisenden gestatten wollte, noch musste er die Abbuchung dahin verstehen, dass die Beklagte sich zur Beförderung eines Passagiers mit dem Namen „Noch unbekannt Noch unbekannt“ verpflichten wollte.

23 b) Da die Beklagte mithin den Reisepreis für eine zweite Person ohne Rechtsgrund erlangt hat, kann der Kläger gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB insoweit Rückzahlung verlangen. Für einen Gegenanspruch der Beklagten, der etwa in Betracht kommen könnte, wenn der Beklagten durch die vom Kläger vorgenommene Eintragung in der Buchungsmaske eine anderweitige Buchung entgangen oder Kosten entstanden wären, ist nichts dargetan.

24 c) Im Hinblick auf die Weigerung der Beklagten, den Flugpreis zu erstatten, kann der Kläger ferner die anteilige Erstattung der ihm zur vorgerichtlichen Geltendmachung der Klageforderung entstandenen Anwaltskosten sowie die gesetzlichen Verzugszinsen beanspruchen (§§ 280, 286, 288 Abs. 1 BGB).

25 2. Demgegenüber hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen, dass dem Kläger ein Anspruch nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. b, Art. 4 Abs. 3 FluggastrechteVO nicht zusteht. Ein solcher Anspruch setzt voraus, dass der Fluggast über eine bestätigte Buchung für einen Flug verfügt und ihm gleichwohl die Beförderung verweigert wird. Bereits an der ersten Voraussetzung fehlt es nach dem zu 1. Ausgeführten. Die weitergehende Klage bleibt daher abgewiesen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### § 439 BGB

**Verbrauchsgüter-Kauf; Nacherfüllung;  
Aus- und Einbaukosten bei Ersatzlieferung  
für mangelhafte Sache;  
richtlinienkonforme Gesetzesauslegung**

a) § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB ist richtlinienkonform dahin auszulegen, dass die Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ neben dem Ausbau und Abtransport der mangelhaften Kaufsache auch den Einbau der als Ersatz gelieferten Sache erfasst (im Anschluss an EuGH, Urteil vom 16. Juni 2011 – Rechtssachen C-65/09 und C-87/09, NJW 2011, 2269; Senatsurteil vom 21. Dezember 2011 – VIII ZR 70/08, NJW 2012, 1073).

b) Diese richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB ist auf den Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB) beschränkt und erstreckt sich nicht auf Kaufverträge zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern.

(BGH, Urteil vom 17. 10. 2012 – VIII ZR 226/11)

**Hinw. d. Red.:** Zur zitierten Entscheidung des EuGH siehe Meldung in GuT 2011, 449, li. Sp., sowie EuGH-Pressemittei-

lung Nr. 59/11 vom 16. 6. 2011 in GuT 2011, 449 f. mit Hinw. d. Red. Die BGH-Pressemitteilung Nr. 175/2012 vom 17. 10. 2012 zum Urteil vom 17. 10. 2012 – VIII ZR 226/11 – lautet:

»Richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 BGB (betr. Aus- und Einbaukosten bei Ersatzlieferung) gilt nicht für Kaufverträge zwischen Unternehmern

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass die aufgrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 16. Juni 2011 (C-65/09, C-87/09 – Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer; Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH) gebotene richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB („Lieferung einer mangelfreien Sache“) auf den Verbrauchsgüterkaufvertrag (b2c) beschränkt ist und nicht für Kaufverträge zwischen Unternehmern (b2b) oder zwischen Verbrauchern (c2c) gilt.

Die im Sportplatzbau tätige Klägerin kaufte bei der Beklagten EPDM-Granulat eines polnischen Produzenten zur Herstellung von Kunstrasenplätzen in zwei Gemeinden. Nach dem Einbau durch die Klägerin stellte sich heraus, dass das von der Beklagten gelieferte Granulat mangelhaft war. Die Beklagte lieferte kostenlos Ersatzgranulat, lehnte es aber ab, das mangelhafte Granulat auszubauen und das Ersatzgranulat einzubauen. Daraufhin ließ die Klägerin diese Arbeiten durch ein anderes Unternehmen durchführen.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin unter anderem die Zahlung der ihr für den Aus- und Einbau entstandenen Kosten begehrt. Das Landgericht Stuttgart hat die Klage insoweit abgewiesen. Das Oberlandesgericht Stuttgart hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg (Urteil vom 17. Oktober 2012 – VIII ZR 226/11).

Der unter anderem für das Kaufrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass das Urteil des Europäischen Gerichtshofs über den Umfang der Nacherfüllung beim Verbrauchsgüterkauf im Falle einer Ersatzlieferung keine Auswirkungen auf den hier vorliegenden Kaufvertrag zwischen Unternehmern hat. Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs hat der Verbraucher bei einer Ersatzlieferung gegenüber dem Unternehmen Anspruch darauf, dass der Unternehmer die mangelhafte Sache, die vom Verbraucher vor Auftreten des Mangels bestimmungsgemäß eingebaut worden war, ausbaut und die als Ersatz gelieferte Sache einbaut oder die hierfür anfallenden Kosten trägt. Dies gilt, wie der VIII. Zivilsenat ausgeführt hat, nur für den zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer geschlossenen Kaufvertrag (b2c; dazu BGH, Urteil vom 21. Dezember 2011 – VIII ZR 70/08). Bei Kaufverträgen zwischen Unternehmern (b2b) oder zwischen Verbrauchern (c2c) wird dagegen der Ausbau der mangelhaften Sache und der Einbau der Ersatzsache von der Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ (§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB) nicht erfasst.«

### § 32 AVBWasserV

**Versorgungsvertrag über Wasserlieferung und  
Abwasserbeseitigung; Vertragskündigung seitens  
des Grundstückseigentümers  
anlässlich der Grundstücksvermietung**

Teilt der Grundstückseigentümer, der Kunde des Versorgungsunternehmens (hier: Trinkwasser und Abwasser) ist, dem Versorgungsunternehmen mit, dass das Grundstück an einen Mieter überlassen werde und er seine Abbuchungsermächtigung beende, ist dies im Allgemeinen die Kündigung des Versorgungsvertrags.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 26. 10. 2011 – VIII ZR 108/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagten sind Eigentümer des Grundstücks T.-Strasse in B. Auf dem Miteigentumsanteil der Beklagten zu 2 lastet ein Nießbrauchsrecht, das zugunsten der

Beklagten zu 1 und ihres Ehemanns im Grundbuch eingetragen ist. Die Klägerin versorgt das Grundstück mit Trinkwasser und entsorgt das dort anfallende Schmutz- und Niederschlagswasser.

2 Mit Schreiben vom 22. Oktober 1999 teilten die Beklagte zu 1 und deren Ehemann der Klägerin mit, dass das Grundstück ab dem 1. November 1999 an die B. vermietet und eine der Klägerin erteilte Abbuchungsermächtigung gegenüber der kontoführenden Bank „somit beendet“ sei. Mit Schreiben vom 30. November 1999 bestätigte die Klägerin der Beklagten zu 1, dass sie die fällig werdenden Rechnungen künftig der B. zusenden werde. Weiter enthält das Schreiben folgenden Text:

„Vorsorglich möchten wir Sie darauf hinweisen, daß Sie uns als Eigentümerin des Grundstücks auch nach wie vor für alle entstehenden Forderungen verpflichtet bleiben. Sollte aus irgendwelchen Gründen der Ausgleich unserer Rechnungen nicht erfolgen, müssten wir Sie in Anspruch nehmen ...“

3 Die Klägerin nahm zum 31. Oktober 1999 eine Verbrauchsabgrenzung vor und ordnete der B. eine eigene Vertragskontonummer zu. Die in der Folgezeit entstandenen Versorgungskosten stellte sie der B. in Rechnung; so auch mit Schreiben vom 7. Februar 2005 die Leistungsentgelte für den Zeitraum 25. April 2002 bis 2. April 2004 (146.578,55 €) und für den Zeitraum 3. April 2004 bis 16. November 2004 (39.238,70 €). Die im Zusammenhang mit den Versorgungsleistungen stehende Korrespondenz führte die Klägerin mit der B.

4 Auf dem Grundstück war es zu einem nicht mehr feststellbaren Zeitpunkt zu einem Leitungsschaden gekommen, so dass Trinkwasser in nicht mehr feststellbarer Menge im Erdreich versickerte. Die Klägerin erteilte der B. daher eine Gutschrift für die Entwässerungskosten in Höhe von 92.484,85 €. Die B. zahlte auf die genannten Rechnungen 10.764,80 €; weitere Zahlungen lehnte sie ab.

5 Mit ihrer Klage nimmt die Klägerin die Beklagten auf Zahlung des für die genannten Abrechnungszeiträume noch offenen Betrags in Höhe von 82.564,90 € nebst Zinsen in Anspruch. Das Landgericht Berlin hat die Beklagten als Gesamtschuldnerin antragsgemäß verurteilt. Das Kammergericht hat auf die Berufung der Beklagten das erstinstanzliche Urteil nur hinsichtlich eines Teils des Zinsanspruchs zugunsten der Beklagten zu 2 abgeändert und das Rechtsmittel im Übrigen zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

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

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

8 Die Beklagten seien der Klägerin aus dem zwischen den Parteien bestehenden Versorgungsvertrag zur Zahlung verpflichtet. Die Beklagten seien als Eigentümer des versorgten Grundstücks Vertragspartner der Klägerin geworden.

9 Grundsätzlich sei in dem Leistungsangebot eines Versorgungsunternehmens ein Vertragsangebot in Form einer sogenannten Realofferte zum Abschluss eines Versorgungsvertrags zu sehen, das von demjenigen konkludent angenommen werde, der aus dem Leitungsnetz des Versorgungsunternehmens Leistungen entnehme. Empfänger der Realofferte sei typischerweise der Grundstückseigentümer beziehungsweise derjenige, der die Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss am Übergabepunkt ausübe. Diese Richtung komme einem Leistungsangebot des Versorgungsunternehmens nur dann nicht zu, wenn der Abnehmer der Versorgungsleistung bereits anderweitig feststehe, weil das Versorgungsunternehmen oder der Abnehmer zuvor mit einem Dritten eine Liefervereinbarung geschlossen hätten, aufgrund derer die Leistung in ein bestehendes Vertragsverhältnis eingebettet sei.

10 Ein solches anderweitiges Vertragsverhältnis bestehe im Streitfall entgegen der Auffassung der Beklagten mit der V. nicht. Denn das Versorgungsverhältnis zwischen den Parteien habe be-

reits vor dem Abschluss des Mietvertrags der Beklagten mit der V. bestanden. In diesem Vertragsverhältnis habe die Klägerin ihre Entgeltforderungen aufgrund einer von der Beklagten zu 1 erteilten Ermächtigung von deren Konto abbuchen können. In der Mitteilung des Widerrufs dieser Abbuchungsermächtigung an die Klägerin mit Schreiben vom 22. Oktober 1999 könne keine Kündigung des Versorgungsvertrags durch die Beklagten gesehen werden. Der Wortlaut der Mitteilung spreche dafür, dass die Beklagte zu 1 lediglich eine Änderung der Abbuchungsmodalitäten habe erreichen wollen. Auch sei ein neues Vertragsverhältnis mit der V. seitens der Klägerin nicht begründet worden. Denn die Klägerin habe in dem an die Beklagte zu 1 gerichteten Schreiben vom 30. November 1999 zwar die Änderung der Abrechnungsmodalitäten bestätigt, im Übrigen aber ausdrücklich darauf bestanden, dass die Beklagte zu 1 als Grundstückseigentümerin nach wie vor ihre Vertragspartnerin sei. Daraus ergebe sich, dass die Klägerin nicht bereit gewesen sei, die Beklagte zu 1 aus dem Vertragsverhältnis zu entlassen und einen neuen Versorgungsvertrag mit der Mieterin des Grundstücks zu schließen. Die Beklagte zu 2 sei als Grundstückseigentümerin ebenfalls Vertragspartnerin der Klägerin geworden und daher zur Zahlung verpflichtet.

11 II. Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist das Vertragsverhältnis der Parteien durch die Mitteilung des an die kontoführende Bank der Beklagten gerichteten Schreibens vom 22. Oktober 1999 an die Klägerin wirksam nach § 32 Abs. 1 AVBWasserV gekündigt worden. Der zwischen den Parteien bestehende Versorgungsvertrag war daher jedenfalls bereits vor den mit der Klage geltend gemachten Abrechnungszeiträumen beendet.

12 Die im Wesentlichen im Wege der Auslegung des Schreibens der Beklagten zu 1 vom 22. Oktober 1999 und des Schreibens der Klägerin vom 30. Oktober 1999 gewonnene Auffassung des Berufungsgerichts, das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis sei nicht gekündigt worden, ist von Rechtsfehlern beeinflusst. Der Senat ist an die Auslegung der vorgenannten Schreiben durch das Berufungsgericht nicht gebunden. Zwar handelt es sich hierbei um Individualerklärungen, deren tatrichterliche Auslegung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der Revisionsinstanz nur eingeschränkt darauf überprüft werden kann, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind oder wesentlicher Auslegungstoff außer Acht gelassen worden ist (vgl. nur Senatsurteil vom 7. Februar 2007 – VIII ZR 225/05, WPM 2007, 1227 Rn. 13 mwN).

13 Letzteres ist hier der Fall. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft seiner Auslegung der beiden genannten Schreiben einen im entscheidenden Punkt teilweise abweichenden Wortlaut zugrunde gelegt und für die Auslegung bedeutsame Umstände, die sich aus dem Verhalten der Parteien in der Zeit nach dem Schriftwechsel ergeben, unberücksichtigt gelassen.

14 1. Das Berufungsgericht meint, bereits der Wortlaut des Schreibens der Beklagten zu 1 vom 22. Oktober 1999 mache deutlich, dass die Beklagte zu 1 das Vertragsverhältnis nicht habe kündigen, sondern lediglich eine Änderung der Abrechnungsmodalitäten habe erreichen wollen. Auf welche Wendungen im Wortlaut dieses Schreibens das Berufungsgericht diese Auffassung stützt, ist weder dargelegt noch ersichtlich. Gegenstand der Erklärung der Beklagten zu 1 gegenüber der kontoführenden Bank war allein die Erklärung, die der Klägerin erteilte Abbuchungsermächtigung sei wegen der Vermietung des Anwesens an die B. „beendet“. Diese Formulierung bietet keinen Anhaltspunkt für die Deutung, die Beklagte zu 1 habe mit der Übersendung des Schreibens an die Klägerin nur eine Änderung der Abrechnungsmodalitäten erreichen wollen. Der Wortlaut der Erklärung lässt ebenso die Deutung zu, dass die Beklagte zu 1 das bis dahin bestehende Versorgungsverhältnis beenden und die Klägerin an die Mieterin des Anwesens verweisen wollte. Den Feststellungen des Berufungsgerichts ist auch nichts zu entnehmen, was dafür sprechen könnte, dass die

Beklagte zu 1 die Vertragsbeziehung mit der Klägerin – unter gleichzeitigem Widerruf der Abbuchungsermächtigung – hätte aufrechterhalten wollen.

15 Dem Antwortschreiben der Klägerin vom 30. November 1999 will das Berufungsgericht entnehmen, die Klägerin habe ausdrücklich darauf bestanden, dass die Beklagten weiterhin Vertragsparteien seien. Auch das trifft nicht zu. Der Hinweis der Klägerin lautet vielmehr ausdrücklich dahin, dass ihr die Beklagte zu 1 als Eigentümerin des Grundstücks verpflichtet bleibe.

16 Das Berufungsgericht hat es ferner versäumt, in seine Erwägungen zur Auslegung des Schreibens der Beklagten zu 1 vom 22. Oktober 1999 Umstände einzubeziehen, die dafür sprechen, dass die Klägerin selbst dieses Schreiben als Kündigung des Versorgungsvertrages verstanden hat. Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen hat die Klägerin im Anschluss an dieses Schreiben der V. eine eigene Vertragsnummer zugeteilt, weitere Korrespondenz – auch im Zusammenhang mit dem ungeklärten Wasserverlust im Jahre 2004 – allein mit der B. geführt und sich an die Beklagten erst gewandt, nachdem die B. weitere Zahlungen verweigert hatte.

17 2. Der Senat kann die gebotene Auslegung des Schreibens der Beklagten zu 1 vom 22. Oktober 1999 selbst vornehmen, weil weitere Feststellungen hierzu nicht zu treffen sind. Er legt die Erklärung als Kündigung des Versorgungsvertrages aus. Dem mit der Vermietung des Anwesens begründeten Widerruf der der Klägerin erteilten Abbuchungsermächtigung durch die Beklagte zu 1 liegt erkennbar die Vorstellung zugrunde, das Versorgungsverhältnis bestehe fortan zwischen der Klägerin und (der B.) der V. Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte zu 1 – für einen juristischen Laien fernliegend – das eigene Versorgungsverhältnis mit der Klägerin nicht beenden, sondern der Klägerin subsidiär als Vertragspartnerin verpflichtet bleiben wollte, sind aus der maßgeblichen Sicht der Klägerin nicht ersichtlich. Nicht zuletzt spricht für die Auslegung als Kündigung auch der Umstand, dass die Klägerin ab November 2009 die V. als ihren Vertragspartner behandelt, die Vertragsbeziehung mit den Beklagten mithin als beendet angesehen hat und nur noch von einer subsidiären Haftung der Beklagten als Grundstückseigentümer ausgegangen ist.

18 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). Da ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien für die geltend gemachten Abrechnungszeiträume nicht bestand, ist die Klage mangels Anspruchsgrundlage abzuweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

#### §§ 133, 157, 535 BGB

**Geschäftsraummiete; Wertsicherungsklausel;  
Mieterhöhung nach Fortfall des vereinbarten Index;  
Anwendung des Verbraucherpreisindex VPI nach Fortfall  
des Lebenshaltungskostenindex eines  
4-Personen-Arbeitnehmerhaushalts; Basisjahr 2000;  
Übergangszeit zum VPI; ergänzende Vertragsauslegung;  
Warenkorb-Inhalte; Wägungsschema**

a) Haben die Parteien eines Gewerberaummietvertrags vereinbart, dass bei einer bestimmten prozentualen Veränderung des „Lebenshaltungskostenindex eines 4-Personen-Arbeitnehmerhaushalts der mittleren Einkommensgruppe in der Bundesrepublik Deutschland“ die Miete zu ändern ist, entsteht durch den Wegfall dieses Index eine Regelungslücke, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden muss (im Anschluss an Senatsurteil vom 4. März 2009 – XII ZR 141/07 – ZMR 2009, 591 [= GuT 2009, 92]).

b) Jedenfalls wenn der der Anpassung zugrunde liegende Zeitraum ab dem 1. Januar 2000 beginnt, entspricht es

**dem Interesse der Vertragsparteien, für die automatische Anpassung der Miethöhe auf den allgemeinen Verbraucherpreisindex bereits ab dem Basisjahr 2000 abzustellen (im Anschluss an Senatsurteil vom 4. März 2009 – XII ZR 141/07 – ZMR 2009, 591 [= GuT 2009, 92]).**

(BGH, Urteil vom 7. 11. 2012 – XII ZR 41/11)

– Berufungsgericht OLG Schleswig in GuT 2011, 142 –

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin begehrt von der Beklagten Mieterhöhungsbeträge aus einem gewerblichen Mietverhältnis.

2 Der im Jahre 1985 geschlossene Mietvertrag enthält folgende Wertsicherungsklausel:

„Für die ersten drei Mietjahre nach Bezugsfertigkeit ist der in § 2 vereinbarte Mietzins fest vereinbart.

Nach Ablauf dieser Zeit kann sich auf Verlangen einer Seite der Mietzins um 60% der prozentualen Indexveränderung ändern, wenn nach dem dritten Mietjahr der Lebenshaltungskostenindex eines 4-Personen-Arbeitnehmerhaushalts der mittleren Einkommensgruppe in der Bundesrepublik Deutschland (Basis 1980 = 100) um 10 Prozent oder mehr steigt bzw. fällt. Die ersten drei Jahre (...) sind indexneutral. Feststellungsgrundlage dafür sind die monatlichen Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamtes in Wiesbaden. Die Mietzinsveränderung gilt ab dem zweiten Monatsersten, der dem begründeten Antrag folgt.

Jeweils frühestens drei Jahre nach der Mietzinsänderung kann sich der Mietzins erneut um 60% der prozentualen Indexveränderung verändern, wenn der genannte Lebenshaltungskostenindex abermals um 10 Prozent oder mehr steigt oder fällt.

Wenn sich entsprechend dieser Regelung der ursprüngliche Mietzins nach oben oder unten um mehr als insgesamt 50 Prozent verändert hat, hat bei Ermäßigung der Vermieter, bei Erhöhung der Mieter das Kündigungsrecht jeweils mit einer Frist von einem Jahr.“

3 Aufgrund eines ersten Mieterhöhungsverlangens vom 31. Juli 2000, das auf den Lebenshaltungskostenindex für Juni 2000 Bezug nahm, zahlte die Beklagte ab Oktober 2000 eine auf 13.005 € erhöhte Nettomiete.

4 Zum 1. Januar 2003 stellte das statistische Bundesamt die Herausgabe des Preisindex für die Lebenshaltung von 4-Personen-Haushalten von Arbeitern und Angestellten mit mittlerem Einkommen ein.

5 Mit Schreiben vom 15. Mai 2006 verlangte die Klägerin eine weitere Anpassung der Miete auf der Grundlage des an die Stelle der Lebenshaltungsindizes getretenen Verbraucherpreisindex, Basisjahr 2000. Dieser sei von 99,9 Punkten für Juni 2000 auf einen Indexstand von 109,9 Punkten im April 2006 gestiegen, was einer relativen Steigerung um 10,01% entspreche.

6 Das Landgericht Itzehoe hat der Klage auf Zahlung einer um monatlich 781,10 € zzgl. Umsatzsteuer erhöhten Miete stattgegeben. Das Oberlandesgericht Schleswig hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie den Standpunkt vertritt, dass bis Ende 2002 noch der vertraglich vereinbarte Lebenshaltungskostenindex anzuwenden sei und sich bei einer Verkettung mit dem Verbraucherpreisindex zum Jahreswechsel 2002/2003 der Indexstand von Juni 2000 bis April 2006 nur um 9,44% erhöht habe, somit die Mieterhöhungsvoraussetzungen nicht vorlägen.

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

8 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner in ZMR 2011, 635 [= GuT 2011, 142] veröffentlichten Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Es bestünde Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur, dass im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nach Fortfall des vertraglich vereinbarten Lebenshaltungskostenindex der Verbraucherpreisindex zur Anwendung komme. Hierbei sei nach dem hypothetischen Parteiwillen anzu-



nehmen, dass der Lebenshaltungsindex nicht so lange wie möglich heranzuziehen sei, sondern die Vertragsparteien die durchgehende Anwendung des Verbraucherpreisindex für die Zeit seit der letzten Mieterhöhung gewollt hätten. Nur so sei eine methodisch stimmige, die Preisentwicklung einheitlich widerspiegelnde Betrachtung möglich. Es sei davon auszugehen, dass die vertragschließenden Parteien eine leicht praktikable, in sich schlüssige Wertsicherungsklausel gewünscht hätten, die der Kostenentwicklung Rechnung trage. Dies spreche für eine durchgehende Anwendung des Verbraucherpreisindex für die Frage der Mieterhöhung.

9 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung stand.

10 1. Das Oberlandesgericht geht zutreffend davon aus, dass mit der fehlenden Fortschreibung des Index für die Lebenshaltung eines 4-Personen-Arbeitnehmerhaushalts eine Regelungslücke entstanden ist, die im Wege ergänzender Vertragsauslegung geschlossen werden muss.

11 Entgegen der Auffassung der Revision erstreckt sich die Regelungslücke nicht erst auf die Zeit nach dem 1. Januar 2003, ab der der Index für die Lebenshaltung eines 4-Personen-Arbeitnehmerhaushalts nicht mehr berechnet wurde, sondern auf den gesamten der Anpassung zugrunde liegenden Zeitraum ab Juni 2000. Denn die Parteien wollten einen durchgehenden, für den gesamten Betrachtungszeitraum nach einheitlichem Maßstab berechneten Index zur Grundlage einer möglichen Mietanpassung machen. Dies war für den gesamten Betrachtungszeitraum ab dem zuletzt vorangegangenen Anpassungsverlangen im Juni 2006 nicht mehr gegeben, weil der durch den Vertrag in Bezug genommene Lebenshaltungskostenindex eines 4-Personen-Arbeitnehmerhaushalts nicht bis zum Ende des Betrachtungszeitraums fortgeführt wurde.

12 2. Bei der Ausfüllung der Regelungslücke muss eine Regelung gefunden werden, welche die Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben getroffen hätten, wenn sie den von ihnen nicht geregelten Fall eines Wegfalls des gewählten Index bedacht hätten.

13 Wie der Senat bereits entschieden hat, hätten die Vertragsparteien, wenn sie den Fall bedacht hätten, dass der von ihnen in Bezug genommene und auf einen bestimmten Haushaltstyp (4-Personen-Arbeitnehmerhaushalt mit mittlerem Einkommen) zugeschnittene Lebenshaltungsindex nicht fortgeschrieben wird, wohl aber der für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland geltende Index (jetzt: „Verbraucherpreisindex“), redlicher Weise diesen Index als Maßstab für künftige Anpassungen des Mietzinses vereinbart (Senatsurteil vom 4. März 2009 – XII ZR 141/07 – ZMR 2009, 591 [= GuT 2009, 92] Rn. 19 mwN). Auch dagegen erinnert die Revision nichts.

14 3. Die Revision will jedoch die Frage, ob die Steigerung des Preisniveaus den im Mietvertrag geforderten Prozentsatz übersteigt, erst ab dem Zeitpunkt nach dem Verbraucherpreisindex beurteilen, von dem an der bisherige Index nicht mehr berechnet worden ist (Ende 2002); bis zu diesem Zeitpunkt soll sich diese Frage nach dem bisherigen Index beurteilen. Damit dringt sie nicht durch.

15 a) Das Oberlandesgericht hat eine ergänzende Auslegung des Mietvertrags dahin vorgenommen, dass für die automatische Anpassung der Miete bereits ab dem 1. Januar 2000 auf den allgemeinen Verbraucherpreisindex abzustellen ist.

16 Dies kann der Senat uneingeschränkt überprüfen. Die von den Parteien vereinbarte Prozentklausel stellt in dieser oder einer ähnlichen sinnensprechenden Fassung eine in Mietverträgen nicht seltene und nicht nur im Bezirk des Berufungsgerichts verwendete Vereinbarung dar. Sie unterliegt deshalb auch als Individualabrede im Interesse einer einheitlichen Handhabung einer vollen inhaltlichen Überprüfung durch das Revisionsgericht (vgl. Senatsurteil vom 4. März 2009 – XII ZR 141/07 – ZMR 2009, 591 [= GuT aaO] Rn. 17 und BGHZ 122, 256, 260).

17 b) Die ergänzende Auslegung des Mietvertrags durch den Senat führt indes zu keinem anderen als dem vom Oberlandesgericht gefundenen Ergebnis.

18 aa) Zwar erscheint vordergründig die Annahme plausibel, die Vertragsparteien hätten bei Kenntnis des notwendigen Indexwechsels die Fortdauer des bisherigen Index bis zum längst möglichen Zeitpunkt, hier also bis zu dessen endgültigem Wegfall zum Jahresende 2002 vereinbart mit der Folge, dass für die notwendige Umrechnung nicht auf das Verhältnis der im Zeitpunkt der Einführung des neuen Index (1. Januar 2000) maßgebenden Werte abzustellen wäre, sondern auf das Verhältnis der im Zeitpunkt des endgültigen Wegfalls des bisherigen Index (31. Dezember 2002) maßgebenden Werte. Eine solche Annahme beruhte jedoch auf einem Missverständnis der statistischen Grundlagen.

19 (1) Die Parteien haben die Möglichkeit eines Mietänderungsverlangens an den Lebenshaltungskostenindex eines 4-Personen-Arbeitnehmerhaushalts der mittleren Einkommensgruppe in der Bundesrepublik Deutschland (Basis 1980 = 100) gebunden. Dieser Index bezeichnet die Preisentwicklung eines im Jahre 1980 anhand der damaligen Verbrauchsgewohnheiten ermittelten Warenkorbs und Wägungsschemas für einen durchschnittlichen 4-Personen-Arbeitnehmerhaushalt der mittleren Einkommensgruppe.

20 (2) Bei der Berechnung der Teuerungsraten geht man von einem „Warenkorb“ aus, welcher sämtliche Waren und Dienstleistungen enthält, die für die Konsumwelt in Deutschland relevant sind. Der Warenkorb wird laufend aktualisiert, damit immer diejenigen Gütervarianten in die Preisbeobachtung eingehen, welche von den Konsumenten aktuell häufig gekauft werden. Die Auswahl von konkreten Produkten für die Preisbeobachtung erfolgt in Form von repräsentativen Stichproben. In der Regel werden zunächst repräsentative Städte, dort dann repräsentative Geschäfte und darin die am häufigsten verkauften Produkte ausgewählt. Ein einmal für die Preisbeobachtung ausgewählter Artikel wird dann gegen einen anderen ausgetauscht, wenn er nicht mehr oder nur noch wenig verkauft wird.

21 Im nächsten Schritt werden die Güter des Warenkorbs in rund 700 Güterarten eingeteilt. Für die Berechnung der gesamten Teuerungsrates wird die durchschnittliche Preisentwicklung für eine Güterart jeweils mit dem Ausgabenanteil gewichtet, den die privaten Haushalte im Durchschnitt für diese Güterart ausgeben. Das Ergebnis ist ein gewichteter Mittelwert für die Preisentwicklung in Deutschland. Die Gewichtungsinformationen sind im so genannten Wägungsschema enthalten. Im Gegensatz zum Warenkorb wird das Wägungsschema für den Verbraucherpreisindex nur etwa alle fünf Jahre aktualisiert, um innerhalb des Fünfjahreszeitraumes die reine Preisentwicklung, unbeeinflusst von Änderungen der Ausgabenanteile, darstellen zu können (Quelle: Statistisches Bundesamt, www.destatis.de, Zahlen & Fakten / Gesamtwirtschaft & Umwelt / Preise / Verbraucherpreisindizes / Warenkorb und Wägungsschema, Stand: 7. November 2012).

22 (3) Beginnend mit der Festlegung des Wägungsschemas für ein neues Basisjahr wird der Index für die Folgezeit nur noch auf der Grundlage der neu festgestellten Verbrauchsgewohnheiten und des daran angepassten neuen Wägungsschemas berechnet. In der Statistik der Lebenshaltungskosten und der Verbraucherpreise wird damit dem im Zeitablauf sich ändernden Konsumverhalten der privaten Haushalte Rechnung getragen. Somit ist der auf dem neuen Basisjahr beruhende Index anders zusammengesetzt als der vorherige und ein unmittelbarer Vergleich der Indizes, die auf unterschiedlichen Basisjahren beruhen, nicht möglich. Bereits publizierte Indexwerte früherer Basisjahre werden ab Januar des neuen Basisjahres unter Verwendung des aktualisierten Wägungsschemas neu berechnet. Die nachfolgend veröffentlichten Lebenshaltungskostenindizes spiegeln daher nicht nur eine reine Preissteigerung, sondern auch die geänderten Verbrauchsgewohnheiten.

23 Zwar werden die auf ein neues Basisjahr bezogenen Indexreihen in der Regel erst zwei bis drei Jahre später veröffentlicht. So wurde der Verbraucherpreisindex mit dem Basisjahr 2000 erst im Februar 2003 und der Verbraucherpreisindex mit dem Basisjahr 2005 erst im Januar 2008 veröffentlicht. Auch trifft es zu, dass in der Zwischenzeit bis zur Veröffentlichung der neuen Indexreihen noch Indizes auf der Grundlage des zuletzt gültigen Wägungsschemas berechnet und veröffentlicht werden. Diese stellen jedoch nur eine Behelfslösung dar, bis das neue Wägungsschema ermittelt ist. Die so ermittelten Indexwerte verlieren rückwirkend ihre Gültigkeit, sobald die nach dem neuen Wägungsschema berechneten Indexreihen veröffentlicht sind. Denn mit der Veröffentlichung der neuen Indexreihen gilt das Wägungsschema des neuen Basisjahres rückwirkend von dessen Beginn an; die in der Zwischenzeit veröffentlichten Werte verlieren, da sie auf einem überholten Wägungsschema beruhen, ihre statistische Berechtigung.

24 bb) Aus dem Vorstehenden folgt, dass der von den Parteien mit der vereinbarten Prozentklausel herangezogene Lebenshaltungskostenindex mit dem Basisjahr 1980 als solcher bereits seit Mitte der 1980er Jahre nicht mehr ermittelt ist. Denn in den Jahren 1985, 1991, 1995, 2000 und 2005 wurde das jeweils maßgebliche Wägungsschema anhand der geänderten Verbrauchsgewohnheiten umbasiert. Bereits seit der Einführung des Basisjahres 1985 wurde die Preissteigerung nach dem in 1980 festgelegten Wägungsschema, auf das die Parteien in ihrem Mietvertrag Bezug genommen haben, nicht mehr berechnet.

25 Vor diesem Hintergrund muss die von den Parteien getroffene Vereinbarung dahin umgedeutet werden, dass mit der Prozentklausel nicht der Lebenshaltungskostenindex nach dem fixen Wägungsschema und Basisjahr 1980 in Bezug genommen ist, sondern der Lebenshaltungskostenindex nach dem jeweils gültigen Basisjahr. Sind die Indexreihen für ein neues Basisjahr veröffentlicht, haben allein sie Gültigkeit für die Prozentklausel, während die früher veröffentlichten Indexreihen auf einem statistisch überholten Wägungsschema beruhen und allein deshalb nicht länger herangezogen werden können.

26 cc) Im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung muss außerdem für den Zeitpunkt des Übergangs vom früheren Lebenshaltungskostenindex zum heutigen Verbraucherpreisindex eine Regelung gefunden werden, welche die Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben getroffen hätten, wenn sie den von ihnen nicht geregelten Fall eines Wegfalls des gewählten Index bedacht hätten. Dabei ist zu beachten, dass die in den Jahren 2000 bis 2002 zunächst noch fortgeschriebenen Lebenshaltungskostenindizes nach dem für das Basisjahr 1995 ermittelten Wägungsschema bereits kein zutreffendes Abbild der Verbrauchsgewohnheiten in den Jahren 2000 bis 2002 mehr darstellten. Sie wären bei einer – der Parteienentscheidung entsprechenden – Fortschreibung des Lebenshaltungskostenindex mit einem neuen Basisjahr 2000 nachträglich ungültig geworden, weil sie auf einem statistisch überholten Wägungsschema beruhten. Allein die Tatsache, dass der Lebenshaltungskostenindex als solcher tatsächlich nicht umbasiert, sondern durch den Verbraucherpreisindex ersetzt wurde, macht diese statistische Ungenauigkeit nicht wett.

27 Auf eine fortdauernde Wirkung der noch für die Jahre 2000 bis 2002 ermittelten Lebenshaltungskostenindizes auf das Mietverhältnis hätten sich die Parteien jedoch redlicher Weise nur dann geeinigt, wenn feststände, dass das diesen noch zugrundeliegende Wägungsschema aus dem Basisjahr 1995 dem fiktiven Wägungsschema eines auf das Basisjahr 2000 fortgeschriebenen Lebenshaltungskostenindex für 4-Personenhaushalte näher käme als das Wägungsschema des neu eingeführten Verbraucherpreisindex mit dem Basisjahr 2000. Diese Feststellung kann jedoch schon deshalb nicht getroffen werden, weil das Wägungsschema für die Lebenshaltung eines 4-Personen-Arbeitnehmerhaushalts im Jahre 2000 nicht nachträglich ermittelbar ist. Hingegen spiegelt der Verbraucherpreisindex seit

seiner Einführung die aktuelleren Verbrauchsgewohnheiten wider, wenngleich nicht nach einzelnen Haushaltstypen differenziert.

28 Entscheidend kommt hinzu, dass mit der Einführung des Basisjahres 2000 auch methodische Weiterentwicklungen eingeflossen sind. Nach der vom Oberlandesgericht eingeholten Auskunft des statistischen Bundesamtes wurde die Erfassungspraxis bei Pauschalreisen, Ferienwohnungen, Flügen u.Ä. geändert. In der Vergangenheit konnte es vorkommen, dass bei ungünstiger Lage der Wochentage Reisen während der Weihnachtsfeiertage nicht in den Dezemberindex eingingen. Nach der nunmehr modifizierten Erhebungspraxis wird sichergestellt, dass die Saisonhöhepunkte Weihnachten und Silvester immer im Dezemberindex abgebildet werden. Dies verändert die Saisonfigur der Preisentwicklung ab dem Jahr 2000 und damit auch die monatlichen Veränderungsdaten, insbesondere für Dezember und Januar. Legt man für die Zeit ab 2000 einheitlich das neue Basisjahr zugrunde, werden die methodischen Änderungen nicht ergebnisrelevant. Demgegenüber würde eine selbst vorgenommene Verknüpfung, zum Beispiel zum Jahreswechsel 2002/2003, dazu führen können, dass die methodischen Unterschiede der miteinander verknüpften Preisindizes das Gesamtergebnis verfälschen.

29 Diese Verfälschung wird daran deutlich, dass sich bei einer Verkettung der Preisindizes zum Jahreswechsel 2002/2003 nur eine Steigerung von 9,4% errechnet anstelle der tatsächlichen Steigerung von 10%. Ohne die Verfälschung müsste sich nämlich auch bei einer Verkettung zum Jahreswechsel 2002/2003 eine Steigerungsrate von 10% ergeben. Denn der neu eingeführte Verbraucherpreisindex entspricht inhaltlich dem früheren „Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland“ (vgl. Statistisches Bundesamt, Eilbericht Juni 2005, Fachserie 17/Reihe 7, abgedruckt FamRZ 2005, 1406). Jener hatte im Juni 2000 einen Punktestand von 106,9 und im Dezember 2002 einen Punktestand von 110,8, hat also von Juni 2000 bis Ende 2002 eine prozentuale Steigerung um insgesamt 3,6% erfahren. Der mit dem Mietvertrag in Bezug genommene „Preisindex für die Lebenshaltung von 4-Personen-Haushalten von Arbeitern und Angestellten mit mittlerem Einkommen“ hatte im Juni 2000 einen Punktestand von 106,6% und im Dezember 2002 einen Punktestand von 110,4%, erfuhr also von Juni 2000 bis Ende 2002 ebenfalls eine prozentuale Steigerung um 3,6%. Nach den zuletzt gültigen Wägungsschemata für die Lebenshaltungskostenindizes (Basisjahr 1995) hatte sich somit eine gleich hohe Steigerungsrate des Lebenshaltungskostenindex für 4-Personen-Arbeitnehmerhaushalte wie für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte ergeben, der jetzt dem Verbraucherpreisindex entspricht. Daraus folgt, dass die unterschiedlichen Rechenergebnisse bei einer Verkettung zum Jahreswechsel 2002/2003 anstatt einheitlicher Berechnung nach dem Basisjahr 2000 nicht auf unterschiedliche Wägungsschemata und Warenkörbe der beiden Indizes, sondern allein oder ganz überwiegend auf die vom Bundesamt für Statistik aufgezeigte Ergebnisverfälschung aufgrund geänderter Methodik zurückzuführen sind.

30 dd) Hätten die Parteien dieses bedacht, hätten sie sich redlicher Weise bereits ab Einführung des neuen Verbraucherpreisindex auf die Geltung des aktuelleren Wägungsschemas ab dem Basisjahr 2000 geeinigt, anstelle der weiteren Mietentwicklung ein statistisch überholtes Wägungsschema zugrunde zu legen und weitere Verfälschungen durch einen Methodenwechsel in Kauf zu nehmen.

31 ee) Aus den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 12. Oktober 2007 (V ZR 283/06 – NJW-RR 2008, 251 [= WuM 2008, 48 KL]) und vom 31. Oktober 2008 (V ZR 71/08 – NJW 2009, 679 [= WuM 2009, 61]) ergibt sich für den vorliegenden Fall nichts Gegenteiliges. Zwar geht der Bundesgerichtshof in diesen Entscheidungen für die Anpassung einer Kaufpreissenze bzw. eines Erbbauzinses von einer Heranziehung des Verbraucherpreisindex anstelle des ursprünglich als Anpassungsmaßstab vereinbarten Lebenshaltungskostenindex erst ab dem

1. Januar 2003 aus, da erst ab diesem Zeitpunkt der vertraglich ursprünglich vereinbarte Maßstab nicht mehr zur Verfügung steht. Die den Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalte sind jedoch mit dem vorliegend zu entscheidenden Fall nicht vergleichbar. In den vom V. Zivilsenat entschiedenen Fällen war die vorangegangene Leistungsanpassung vor dem Basisjahr 2000 des neu eingeführten Verbraucherpreisindex erfolgt, während hier die letzte Leistungsanpassung und damit der gesamte Betrachtungszeitraum der Preisentwicklung in die Zeit nach Einführung des neuen Index fällt.

32 4. Zutreffend hat das Berufungsgericht die prozentuale Preissteigerung auch bereits ab Juni 2000 und nicht erst ab Oktober 2000 zugrundegelegt. Zwar enthält der Vertrag keine eindeutige Bestimmung darüber, ob als Bezugsmonat des weiteren Mietpreisänderungsverlangens der im vorherigen Erhöhungsverlangen genannte Indexmonat oder der Monat des Wirksamwerdens der vorherigen Mieterhöhung zu wählen ist. Jedoch ist der im vorherigen Erhöhungsverlangen genannte Indexmonat nicht nur für die Berechtigung zur Mietpreisänderung, sondern auch für die Bemessung des neuen Mietpreises maßgeblich. Das lässt es als sachgerecht erscheinen und entspricht redlicher Weise dem Parteiwillen, die weitere prozentuale Indexentwicklung von dieser Bezugsgröße aus zu bemessen.

33 5. In dem zugrunde zu legenden Zeitraum beträgt die Preissteigerung nach der Formel  $109,9 / 99,9 \times 100 - 100$  exakt 10,0%. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts kann eine zweite Nachkommastelle (10,01%) nicht berücksichtigt werden, da die zugrundeliegenden Indizes bereits auf eine Nachkommastelle gerundet sind. Das Ausweisen der Veränderungsrate mit mehreren Nachkommastellen stellte eine Scheingenaugkeit dar, die statistisch nicht gegeben ist.

34 Nach den Vertragsbestimmungen genügt es jedoch, wenn die prozentuale Steigerungsrate genau 10% beträgt. Daher ist das Mieterhöhungsverlangen vom 15. Mai 2006 begründet.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 536 BGB**  
**Gewerberaumiete;**  
**Mangel der Mietsache bei Verletzung**  
**der mietvertraglichen Konkurrenzschutzklausel;**  
**Minderung; Ärztehaus; Praxisklinik; Facharzt**

**Die Verletzung der in einem Gewerberaumietvertrag vereinbarten Konkurrenzschutzklausel durch den Vermieter stellt einen Mangel der Mietsache gemäß § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB dar, der zur Minderung der Miete führen kann.**

(BGH, Urteil vom 10. 10. 2012 – XII ZR 117/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger macht gegen die Beklagte Ansprüche wegen Verletzung einer mietvertraglich vereinbarten Konkurrenzschutzklausel geltend.

2 Der Kläger – ein Facharzt für Orthopädie – schloss am 26. April 2002 mit dem Rechtsvorgänger der Beklagten einen Mietvertrag über Räume in der „Praxisklinik am J.“ zur Nutzung als „Arztpraxis für die Fachdisziplin Orthopädie (Prävention, Erkennung und Behandlung von angeborenen und erworbenen Formveränderungen und Funktionsstörungen, Erkrankungen, Verletzungen und Verletzungsfolgen der Stütz- und Bewegungsorgane und die Rehabilitation) unter Einschluss der laut Sächsischer Weiterbildungsordnung damit verbundenen Zusatzqualifikationen“ (§ 1 Ziffer 1 Abs. 3 des Mietvertrages). Gemäß Ziffer 2 der Vorbemerkung des Mietvertrages beabsichtigte der Kläger operative Eingriffe in dem dafür im Projekt vorgesehenen OP-Zentrum durchzuführen. Der Mietvertrag wurde ab 1. Juni 2002 für zehn Jahre mit zweimaliger Verlängerungsoption von jeweils fünf Jahren zu Gunsten des Klägers abgeschlossen.

3 In § 9 des Mietvertrages heißt es zum Konkurrenzschutz:

„Der Vermieter gewährt für die Fachrichtung Orthopädie und den Schwerpunkt Chirotherapie des Mieters Konkurrenzschutz im Projekt, ausgenommen ist die Traumatologie für Kinder und Jugendliche und die Chirotherapie Kinder und Jugendlicher. Der Vermieter kann an einen Arzt derselben Fachdisziplin mit demselben Schwerpunkt, die bereits im Projekt vertreten ist, nur dann eine Vermietung an einen solchen Kollegen vornehmen, wenn der Mieter sein Einverständnis hierzu schriftlich erklärt hat. ...“

4 Im Sommer 2003 schloss der Rechtsvorgänger der Beklagten mit dem Facharzt für Chirurgie Dr. H. einen Mietvertrag über Räume im selben Haus zur Nutzung als Arztpraxis für die Fachdisziplin Chirurgie/Unfallchirurgie, in den im Sommer 2004 der Facharzt für Chirurgie mit Schwerpunktbezeichnung Unfallchirurgie Dr. S. als weiterer Mieter eintrat. Die Gemeinschaftspraxis Dr. H. und Dr. S. (im Folgenden: Gemeinschaftspraxis) bezeichnet sich in ihrem Internetauftritt als Schwerpunktpraxis für Arthroskopie und Gelenkchirurgie. Sie führt u. a. operative und nicht operative Behandlungen an den Stütz- und Bewegungsorganen durch. Darüber hinaus ist sie auf dem Gebiet der Unfallchirurgie tätig.

5 Der Kläger ist der Ansicht, die operativen und nicht operativen Behandlungen an den Stütz- und Bewegungsorganen fielen unter den in § 9 des Mietvertrages vereinbarten Konkurrenzschutz. Darüber hinaus umfasse die Konkurrenzschutzklausel die Traumatologie für Erwachsene, weshalb insoweit auch ein Konkurrenzverhältnis zu der von der Gemeinschaftspraxis angebotenen Unfallchirurgie bestehe.

6 Der Kläger hat im August 2005 einen Verstoß der Beklagten gegen die vertragliche Konkurrenzschutzklausel gerügt, sie zur Beseitigung der Konkurrenzsituation aufgefordert und erklärt, dass er Minderungsansprüche geltend mache und die Miete nur noch unter Vorbehalt zahle.

7 Mit der Klage verlangt der Kläger von der Beklagten Beseitigung der eingetretenen Konkurrenzsituation zum nächstmöglichen Zeitpunkt (Klageantrag zu 2) und Unterlassung der Vermietung weiterer Räumlichkeiten an die Gemeinschaftspraxis ohne den Konkurrenzschutz des Klägers wiederherzustellen (Klageantrag zu 3). Ferner begehrt er Feststellung, dass die Miete wegen der bestehenden Konkurrenzsituation um 50% der Warmmiete gemindert ist (Klageantrag zu 4) und verlangt Rückzahlung der infolge der Minderung überzahlten Miete für die Zeit von August 2005 bis September 2007 in Höhe von 23.334,93 € nebst Zinsen (Klageantrag zu 1), hilfsweise Schadensersatz in dieser Höhe für den ihm durch die Konkurrenz entgangenen Gewinn.

8 Die Beklagte hat das Grundstück, auf dem sich die Praxisklinik am J. befindet, nach Rechtshängigkeit an die W. Immobilien GbR veräußert, die mit Wirkung zum 1. Januar 2009 in den Mietvertrag eingetreten ist.

9 Das Landgericht Leipzig hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht Dresden das landgerichtliche Urteil teilweise abgeändert und die Klage hinsichtlich der Anträge zu 1 und 4 abgewiesen. Mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision erstrebt der Kläger die vollständige Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Beklagten verfolgen mit der Anschlussrevision ihren Klageabweisungsantrag weiter.

10 **Aus den Gründen:** Die zulässige Revision des Klägers hat Erfolg und führt insoweit zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Die zulässige Anschlussrevision der Beklagten ist dagegen unbegründet.

11 I. Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in NZM 2010, 818 veröffentlicht ist, ist davon ausgegangen, die Tätigkeit der Gemeinschaftspraxis falle, soweit sie operative und nichtoperative Behandlungen von Verletzungen und Verletzungsfolgen der Stütz- und Bewegungsorgane umfasse, in den Schutzbereich der Konkurrenzschutzklausel des § 9 des Miet-

vertrages. Zu der geschützten Fachrichtung Orthopädie gehören, wie sich aus § 1 Ziffer 1 Abs. 3 des Mietvertrages und der dort in Bezug genommenen Weiterbildungsordnung der Sächsischen Landesärztekammer in der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bis zum 21. Dezember 2005 geltenden Fassung ergebe, die Prävention, Erkennung und Behandlung von angeborenen und erworbenen Formveränderungen und Funktionsstörungen, Erkrankungen, Verletzungen und Verletzungsfolgen der Stütz- und Bewegungsorgane und die Rehabilitation. Ein Vergleich dieser Definition des Begriffes der Fachdisziplin Orthopädie mit der Definition der Chirurgie in derselben Weiterbildungsordnung ergebe, dass die Orthopädie im Vergleich zur Chirurgie nach der Weiterbildungsordnung die speziellere Fachdisziplin für die Prävention, Erkennung sowie operative und nichtoperative Behandlung von Verletzungen und Verletzungsfolgen der Stütz- und Bewegungsorgane sei. Soweit die Gemeinschaftspraxis auf diesem Gebiet Behandlungen durchführe, fielen diese deshalb in den Schutzbereich des dem Kläger gewährten Konkurrenzschutzes für die Fachrichtung der Orthopädie. Darüber hinaus spreche der Wortlaut von § 9 des Mietvertrages, nach dem die Traumatologie für Kinder und Jugendliche ausdrücklich von dem Konkurrenzschutz ausgenommen worden sei, dafür, dass dem Kläger für die Traumatologie (Unfallchirurgie) im Übrigen Konkurrenzschutz habe gewährt werden sollen.

12 Die Gemeinschaftspraxis werde auch in diesen Schutzbereichen tätig. Sie bezeichne sich selbst als Schwerpunktpraxis für Arthroskopie und Gelenkchirurgie und habe ausweislich ihrer eigenen Internetseite im Jahr 2007 eine große Anzahl von arthroskopischen Gelenkoperationen, Schulteroperationen, Kniegelenkoperationen sowie Operationen des Ellenbogens durchgeführt.

13 Das Eingreifen des Konkurrenzschutzes könne auch nicht mit der Begründung verneint werden, die Überschneidung der Tätigkeitsbereiche erstrecke sich nur auf ein Nebengebiet der klägerischen Tätigkeit und werde deshalb nicht vom Konkurrenzschutz erfasst. Die Umschreibung des Konkurrenzschutzes mit einer im Vertrag genau definierten Fachdisziplin spreche dafür, dass sich der Schutz vor Konkurrenz auf die gesamte Bandbreite der geschützten Fachrichtung habe erstrecken sollen. Dagegen spreche auch nicht das medizinische Grundkonzept der Praxisklinik, auf das in der Vorbemerkung zum Mietvertrag Bezug genommen worden sei. Zwar sehe dieses eine enge Zusammenarbeit der dort niedergelassenen Ärzte vor. Es gehe aber davon aus, dass die einzelnen Ärzte voneinander getrennte Fachrichtungen vertreten. Nach dem den Konkurrenzschutz beherrschenden Prioritätsprinzip genieße der Kläger demnach Konkurrenzschutz vor den dargestellten Behandlungen der Gemeinschaftspraxis an den Stütz- und Bewegungsorganen. Den Kläger treffe auch kein Mitverschulden an der eingetretenen Konkurrenzsituation. Denn er habe das in § 9 Satz 2 des Mietvertrages vorgesehene schriftliche Einverständnis zu einer Vermietung an Dr. H. nicht abgegeben.

14 Der Anspruch des Klägers auf Herstellung und Beibehaltung des Konkurrenzschutzes sei auch nicht wegen Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB erloschen. Denn die Beklagte habe weder dargelegt noch bewiesen, dass die Erfüllung ausgeschlossen sei. Dafür genüge ihre bloße Behauptung, es sei ihr nicht möglich, den mit der Gemeinschaftspraxis bestehenden befristeten Mietvertrag zu kündigen, nicht. Die auf Beseitigung der Konkurrenzsituation gerichteten Klageanträge zu 2 und 3 seien deshalb begründet.

15 Demgegenüber seien die auf Minderung gestützten Klageanträge zu 1 und zu 4 unbegründet. Die unter Verstoß gegen § 9 des Mietvertrages eingetretene Konkurrenzsituation sei kein Mangel der Mietsache im Sinne von § 536 BGB. Voraussetzung für einen Mangel sei eine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit bzw. eine unmittelbare Einwirkung auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache. Umstände, welche die Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch nur mittelbar berührten, seien demgegenüber nicht als Mängel zu qua-

lizieren. Danach falle die vertragswidrige Konkurrenzsituation nicht unter den Begriff des Mangels, weil sie nur zu einer mittelbaren Beeinträchtigung der Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch führe.

16 Soweit der Kläger hilfsweise gemäß § 280 Abs. 1 BGB Ersatz des Schadens verlange, der ihm durch den Verstoß der Beklagten gegen die vertragliche Pflicht zum Schutz vor Konkurrenz entstanden sei, habe er nicht schlüssig vorgetragen, dass ihm der geltend gemachte Schaden entstanden sei.

17 Das Oberlandesgericht hat die Revision zur Klärung der Frage zugelassen, ob die Verletzung eines vertraglich eingeräumten Konkurrenzschutzes als Sachmangel im Sinne von § 536 BGB anzusehen sei.

18 II. Zu Recht wendet sich die Revision dagegen, dass das Berufungsgericht die auf Minderung gerichteten Klageanträge abgewiesen hat.

19 1. Allerdings ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die Gemeinschaftspraxis in Bereichen tätig ist, für die die Beklagte dem Kläger gemäß § 9 des Mietvertrages Konkurrenzschutz gewährt hat.

20 a) Die Auslegung von § 9 des Mietvertrages durch das Berufungsgericht dahin, dass die Klausel den Kläger vor künftiger Konkurrenz auf dem Gebiet der operativen und nichtoperativen Behandlungen an den Stütz- und Bewegungsorganen, somit auch auf dem dem Fachbereich der Orthopädie zuzuordnenden Gebiet der orthopädischen Chirurgie durch einen Facharzt für Chirurgie schützt, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

21 Die Auslegung von Verträgen ist grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten. Dessen Auslegung ist für das Revisionsgericht bindend, wenn sie rechtsfehlerfrei vorgenommen worden ist und zu einem vertretbaren Auslegungsergebnis führt, auch wenn ein anderes Auslegungsergebnis möglich erscheint.

22 Die Auslegung durch den Tatrichter kann deshalb vom Revisionsgericht grundsätzlich nur darauf überprüft werden, ob der Auslegungstoff vollständig berücksichtigt worden ist, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder ob die Auslegung auf einem im Revisionsverfahren gerügten Verfahrensfehler beruht (Senatsurteil vom 21. September 2005 – XII ZR 66/03 – NJW 2006, 899, 900 [= GuT 2006, 19]).

23 Die Auslegung der Klausel durch das Berufungsgericht enthält keinen solchen relevanten Auslegungsfehler.

24 Bei seiner Auslegung geht das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit den Parteien davon aus, dass bei der Bestimmung des Umfangs der durch § 9 des Mietvertrages vor Konkurrenz geschützten Tätigkeiten des Klägers der in § 1 Ziffer 1 Abs. 3 des Mietvertrages beschriebene Vertragszweck heranzuziehen ist. Danach gehören zu der geschützten Fachrichtung Orthopädie die Prävention, Erkennung und Behandlung von angeborenen und erworbenen Formveränderungen und Funktionsstörungen, Erkrankungen, Verletzungen und Verletzungsfolgen der Stütz- und Bewegungsorgane und die Rehabilitation unter Einschluss der laut Sächsischer Weiterbildungsordnung mit der Fachdisziplin Orthopädie verbundenen Zusatzqualifikationen. Als solche Zusatzqualifikation sah die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bis zum 31. Dezember 2005 geltende Sächsische Weiterbildungsordnung die „spezielle orthopädische Chirurgie“ vor (Anl. 1 zur Sächsischen Weiterbildungsordnung 28. B. 1). Diese umfasste Operationen höherer Schwierigkeitsgrade bei angeborenen und erworbenen Formveränderungen und Funktionsstörungen sowie Erkrankungen, Verletzungen und Verletzungsfolgen der Stütz- und Bewegungsorgane.

25 b) Auch die Annahme des Berufungsgerichts, der von § 9 des Mietvertrages geschützte Bereich umfasse die Traumatologie für Erwachsene, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. In § 9 Satz 1 haben die Mietvertragsparteien von dem für die Fachrichtung Orthopädie und den Schwerpunkt Chirotherapie eingeräumten Konkurrenzschutz ausdrücklich die Trau-

matologie für Kinder und Jugendliche und die Chirotherapie Kinder und Jugendlicher ausgenommen. Unstreitig ist dies deshalb erfolgt, weil in der Praxisklinik am J. bereits ein Kinderchirurg auf diesem Gebiet tätig war. Ohne Rechtsfehler geht das Berufungsgericht davon aus, dass diese Vereinbarung dafür spreche, dass die Mietvertragsparteien den Tätigkeitsbereich der Traumatologie für Verletzungen und Verletzungsfolgen der Stütz- und Bewegungsorgane der Fachrichtung Orthopädie zugeordnet haben und dem Kläger – bis auf die Behandlung von Kindern und Jugendlichen – auch insoweit Konkurrenzschutz gewährt werden sollte.

26 c) Entgegen der Auffassung der Anschlussrevision wird das Auslegungsergebnis des Berufungsgerichts auch nicht durch § 9 Satz 2 des Mietvertrages, nach dem der Vermieter an einen Arzt derselben Fachdisziplin mit demselben Schwerpunkt ohne schriftliches Einverständnis des Klägers keine Räume im Projekt vermieten darf, in Frage gestellt. Vielmehr konnte das Berufungsgericht davon ausgehen, dass darin keine Einschränkung des Konkurrenzschutzes dahin liegt, dass nur der Schutz vor einer Vermietung an einen Facharzt für Orthopädie mit dem Schwerpunkt Chirotherapie, nicht aber für die in § 1 Ziffer 1 Abs. 3 und § 9 Satz 1 des Mietvertrages genannten Tätigkeiten gewährt werden sollte. Denn eine solche Einschränkung hätte zur Folge, dass der in § 9 Satz 1 des Mietvertrages gewährte Konkurrenzschutz nahezu bedeutungslos wäre. Zum einen wäre dem Vermieter lediglich die Vermietung an einen Facharzt für Orthopädie mit dem Schwerpunkt Chirotherapie verboten, nicht aber die Vermietung an Fachärzte für Orthopädie mit einem anderen oder keinem Schwerpunkt. Zum anderen wären wesentliche Tätigkeitsbereiche, nämlich die operativen und nichtoperativen Behandlungen an den Stütz- und Bewegungsorganen nicht vom Konkurrenzschutz umfasst.

27 Das Berufungsgericht ist danach rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass der in § 9 des Mietvertrages gewährte Konkurrenzschutz die von der Gemeinschaftspraxis angebotenen operativen und nicht operativen Behandlungen von Funktionsstörungen, Erkrankungen, Verletzungen und Verletzungsfolgen der Stütz- und Bewegungsorgane einschließlich der Traumatologie für Erwachsene umfasst.

28 2. Die Annahme des Berufungsgerichts, die vertragswidrige Konkurrenzsituation stelle keinen Mangel der Mietsache dar, der zur Minderung führe, hält jedoch einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

29 a) Nach § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB führt ein Mangel der Mietsache, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder mindert, zur Befreiung von der Miete bzw. zu deren Herabsetzung.

30 Ein Mangel im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB ist die für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache von dem vertraglich vereinbarten (st. Rspr. Senatsurteil vom 15. Oktober 2008 – XII ZR 1/07 – NJW 2009, 664, 666 [= GuT 2009, 24] mwN). Zu dem vertraglich vereinbarten Zustand der Mietsache gehören über deren physische Beschaffenheit hinaus auch die tatsächlichen Zustände und rechtlichen Verhältnisse, die mit der Mietsache zusammenhängen und ihre Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigen. Dazu gehören auch Störungen, die außerhalb der Mietsache liegen. Um eine Ausuferung des Fehlerbegriffs zu vermeiden, führen solche außerhalb der Mietsache selbst liegenden Umstände allerdings nur dann zu einem Mangel der Mietsache, wenn sie deren Gebrauchstauglichkeit unmittelbar beeinträchtigen (Senatsurteile vom 15. Oktober 2008 – XII ZR 1/07 – NJW 2009, 664, 665 [= GuT 2009, 24] zur Behinderung des Zugangs zu einem Geschäftslokal und zur Einhaltung eines bestimmten Mietermix; vom 21. September 2005 – XII ZR 66/03 – NJW 2006, 899, 900 [= GuT 2006, 19] zur Zusicherung einer Vollvermietung und bestimmten Mieterstruktur; vom 16. Februar 2000 – XII ZR 279/97 – NJW 2000, 1714, 1715 [= WuM 2000, 593] zur enttäuschten Gewinnerwartung in einem Einkaufszentrum; vom 11. Dezember 1991 – XII ZR 63/90 – WPM 1992, 583, 585

[= WuM 1992, 313] zu öffentlich-rechtlichen Hindernissen; BGH Urteile vom 1. Juli 1981 – VIII ZR 192/80 – NJW 1981, 2405 zur enttäuschten Gewinnerwartung bei geringer Kundenfrequenz; vom 9. Dezember 1970 – VIII ZR 149/69 – NJW 1971, 424, 425 zur Hochwassergefährdung des Mietobjekts; RGZ 95, 175 zur Zusicherung der Brauereifreiheit einer Gaststätte; Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 10. Aufl. § 536 BGB Rn. 13 f.; MünchKommBGB/Häublein 6. Aufl. § 536 Rn. 14 f.; Staudinger/Emmerich BGB <Neubearbeitung 2011> § 536 Rn. 7).

31 Maßgebend für die Beantwortung der Frage, ob eine unmittelbare Beeinträchtigung der Mietsache vorliegt, ist danach in erster Linie der von den Parteien vereinbarte vertragsgemäße Gebrauch (BGH Urteil vom 1. Juli 1981 – VIII ZR 192/80 – NJW 1981, 2405; Staudinger/Emmerich BGB <Neubearbeitung 2011> § 536 Rn. 5 mwN). Aus dem zur Erfüllung des vertragsgemäßen Gebrauchs erforderlichen Zustand der Mietsache ergibt sich deren geschuldeter Zustand.

32 b) Ob eine Verletzung des Konkurrenzschutzes, sei er vertragsimmanent oder vertraglich vereinbart, einen Mangel der Mietsache darstellt, ist höchstrichterlich noch nicht entschieden (offen gelassen im Senatsbeschluss vom 9. August 2006 – XII ZR 165/05 – NJW 2006, 3060, 3061 [= GuT 2006, 373] und im Senatsurteil vom 11. Januar 2012 – XII ZR 40/10 – juris [= GuT 2012, 30] Rn. 34).

33 Die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur geht davon aus, dass ein Verstoß gegen die Pflicht, Konkurrenzschutz zu gewähren, einen Sachmangel begründet (RGZ 119, 353, 355 f.; OLG Koblenz NZM 2008, 405; KG NZM 2007, 566 [= GuT 2007, 212]; OLG Frankfurt NZM 2004, 706, 707; OLG Düsseldorf NZM 2001, 1033 f., NZM 1998, 307 [= WuM 1997, 642 KL]; OLG Karlsruhe NJW-RR 1990, 1234, 1235; Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 10. Aufl. § 536 BGB Rn. 183; MünchKommBGB/Häublein 6. Aufl. § 536 Rn. 19, § 535 Rn. 143; Staudinger/Emmerich BGB <Neubearb. 2011> § 535 Rn. 23; Soergel/Heintzmann <Stand 2003> § 535 BGB Rn. 74; Neuhaus Handbuch der Geschäftsraummiete 3. Aufl. Rn. 1037; Kraemer in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. III B 1250; Jendrek NZM 2000, 1116, 1120; einschränkend für den vertragsimmanenten Konkurrenzschutz Hübner/Griesbach/Fuerst in Lindner/Figura/Oprée/Stellmann 3. Aufl. Geschäftsraummiete Kap. 14 Rn. 182 f. mwN; aA: Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rn. 729; Leo/Ghassemi-Tabar NZM 2009, 337, 342 ff.).

34 Der Bundesgerichtshof hatte bisher nur über die Frage zu entscheiden, ob es ein Mangel eines vermieteten Ladenraums ist, wenn der Vermieter zuvor dem Mieter eines anderen Ladens Konkurrenzschutz vor der von dem zweiten Mieter beabsichtigten Nutzung zugesagt hatte (Urteil vom 23. Dezember 1953 – VI ZR 244/52 – nur teilweise abgedruckt in BB 1954, 177). Er hat diese Frage mit der Begründung verneint, die Zusage von Konkurrenzschutz gegenüber einem anderen Mieter stelle keinen Sachmangel der dem zweiten Mieter vermieteten Räume dar. Ein Sachmangel sei eine Eigenschaft der Mietsache, die für jeden in gleichen Umständen befindlichen Mieter sich als Mangel darstelle, d. h. für jeden Mieter, der die Sache zu dem gleichen Zweck benutzen wolle. Die Wettbewerbschutzklausel bewirke aber nur eine schuldrechtliche Verpflichtung des Vermieters gegenüber dem anderen Mieter und betreffe nicht die Rechtssphäre des klagenden zweiten Mieters. Das von diesem gemietete Ladenlokal und dessen Wert würden von der Klausel nicht beeinflusst. Denn die auf der Klausel beruhenden Rechte des ersten Mieters richteten sich nicht gegen den zweiten Mieter, sondern nur gegen den Vermieter. Zu der Frage, ob der Verstoß des Vermieters gegen ein vertraglich vereinbartes Konkurrenzschutzgebot einen Sachmangel der vertragsgegenständlichen Mietsache darstellt, verhält sich die Entscheidung nicht.

35 c) Der Senat schließt sich der überwiegenden Auffassung an, nach der eine Verletzung der Konkurrenzschutzpflicht zu einem Mangel der Mietsache führt.

36 Sowohl die Verletzung des sogenannten vertragsimmanen als auch die des ausdrücklich vereinbarten Konkurrenzschutzes stellen Störungen dar, die außerhalb der Mietsache liegen und die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch unmittelbar beeinträchtigen können.

37 aa) Bei der Vermietung von Räumen zum Betrieb eines bestimmten Geschäfts gehört es auch ohne ausdrückliche vertragliche Vereinbarung zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs gemäß § 535 BGB, in anderen Räumen des Hauses oder auf unmittelbar angrenzenden Grundstücken des Vermieters kein Konkurrenzunternehmen zuzulassen (sogenannter vertragsimmanenter Konkurrenzschutz, BGHZ 70, 79 ff. = NJW 1978, 585 zur Vermietung von Arztpraxisräumen; BGH Urteil vom 24. Januar 1979 – VIII ZR 56/78 – NJW 1979, 1404, 1405 [= WuM 1979, 144]). Die Verpflichtung des Vermieters zum Schutz des Mieters vor Konkurrenz auch bei Fehlen einer vertraglichen Regelung beruht auf der Erwägung, dass es zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs gehört, dass der Vermieter den Mieter in dem vertraglich vereinbarten Gebrauch zum Betrieb des vereinbarten Geschäfts bzw. Gewerbes nicht behindert. Dabei ist der Vermieter allerdings nicht gehalten, dem Mieter jeden fühlbaren oder unliebsamen Wettbewerb fernzuhalten. Vielmehr ist nach den Umständen des einzelnen Falles abzuwägen, inwieweit nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Belange der Parteien die Fernhaltung von Konkurrenz geboten ist.

38 Zur Begründung des vertragsimmanen Konkurrenzschutzes für eine Arztpraxis hat der Bundesgerichtshof auf die Bedeutung des Umfelds für den Ertrag einer Arztpraxis abgestellt und ausgeführt, dass insbesondere dann, wenn eine Konkurrenz im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages im Haus oder in der Nachbarschaft noch nicht bestanden habe, die Annahme nahe liege, dass der bereits niedergelassene Arzt durch die Eröffnung einer Praxis im selben Hause erheblich beeinträchtigt werde. Deshalb gehöre es zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache, dass dem ersten Mieter auch ohne ausdrückliche vertragliche Regelung der Schutz vor Konkurrenz gewährt werde (BGHZ 70, 79, 84 f.).

39 In diesem vertragsgemäß geschuldeten Gebrauch wird der Mieter durch die Verletzung des sogenannten vertragsimmanen Konkurrenzschutzes unmittelbar beeinträchtigt. Die Beeinträchtigung stellt sich für jeden Mieter, der die Sache zu dem gleichen Zweck benutzen will, als Mangel dar.

40 bb) Für einen vertraglich vereinbarten Konkurrenzschutz kann nichts anderes gelten (aA Hübner/Griesbach/Fuerst in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete 3. Aufl. Kap. 14 Rn. 183). Durch die ausdrückliche Vereinbarung der Verpflichtung wird der geschuldete vertragsgemäße Gebrauch dahin konkretisiert, dass dem Mieter der von bestimmter Konkurrenz ungestörter Gebrauch der Mieträume eingeräumt wird. In diesem ausdrücklich vereinbarten vertragsgemäßen Gebrauch wird der Mieter durch die vertragswidrige Konkurrenz unmittelbar beeinträchtigt.

41 3. Neben dem Vorliegen eines Mangels setzt die Minderung der Miete voraus, dass dadurch der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird. Hierzu hat das Berufungsgericht – aus seiner Sicht folgerichtig – keine Feststellungen getroffen. Ob und gegebenenfalls in welcher Höhe der Anspruch auf Feststellung der Minderung der Miete und der Anspruch auf Rückzahlung der überzahlten Miete begründet sind, hängt dann davon ab, in welchem Umfang das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung durch das Bestehen der Konkurrenzsituation gestört ist (vgl. Senatsurteil vom 6. April 2004 – XII ZR 225/03 – NZM 2005, 455 [= GuT 2005, 166 KL = WuM 2005, 384]; Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 10. Aufl. § 536 BGB Rn. 183 mwN).

42 Der Senat kann deshalb nicht abschließend entscheiden. Die Sache ist zur Nachholung dieser Feststellungen an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

43 III. Die Anschlussrevision hat keinen Erfolg.

44 1. Der Zulässigkeit der Anschlussrevision (§ 554 Abs. 2 Satz 1 ZPO) steht die vom Berufungsgericht vorgenommene Beschränkung der Revisionszulassung auf den Ausspruch zur Mietminderung (Klageanträge zu 1 und 4) schon deshalb nicht entgegen, weil die Beschränkung jedenfalls insoweit unwirksam ist (vgl. allgemein zur Zulässigkeit der Anschlussrevision bei beschränkter Revisionszulassung: Senatsurteil vom 27. Mai 2009 – XII ZR 111/08 – FamRZ 2009, 1207, 1208).

45 2. Die Anschlussrevision ist jedoch nicht begründet.

46 a) Wie oben (unter II.) ausgeführt, ist das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte gemäß § 9 des Mietvertrages verpflichtet ist, dem Kläger Konkurrenzschutz für die operative und nichtoperative Behandlung von Verletzungen und Verletzungsfolgen der Stütz- und Bewegungsorgane zu gewähren.

47 Die Beklagte ist deshalb gemäß § 9 des Mietvertrages verpflichtet, diese Konkurrenzsituation zum nächstmöglichen Zeitpunkt zu beseitigen. Sie ist weiter verpflichtet, es zu unterlassen, die bestehende Konkurrenzsituation dadurch zu verstärken, dass sie weitere Räume an die Konkurrenten vermietet, ohne den Konkurrenzschutz des Klägers wiederherzustellen.

48 b) Zu Recht ist das Berufungsgericht auch davon ausgegangen, dass mit der Veräußerung des Grundstücks und dem Eintritt der Erwerberin gemäß § 566 BGB in den Mietvertrag die Passivlegitimation der Beklagten gemäß §§ 265, 325 ZPO nicht entfallen ist (vgl. RGZ 102, 177, 179 ff.; BGH Urteil vom 16. Dezember 2009 – VIII ZR 313/08 – NJW 2010, 1068 [= WuM 2010, 165] Rn. 20).

49 c) Entgegen der Ansicht der Anschlussrevision ist der Tenor des Berufungsurteils hinreichend bestimmt und vollstreckungsfähig und entspricht den in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht gestellten Anträgen.

50 Zu Recht hat das Berufungsgericht den Weg, auf dem die Beklagte die eingetretene Konkurrenzsituation beseitigen soll, dieser überlassen. Denn es ist von ihr zu entscheiden, wie sie den rechtswidrigen Zustand beseitigen will (vgl. BGH Urteil vom 12. Dezember 2003 – V ZR 98/03 – NJW 2004, 1035, 1037; Zöller/Greger ZPO 29. Aufl. § 253 Rn. 13 mwN). Es ergibt sich auch hinreichend deutlich aus den Gründen des Berufungsurteils, welche Tätigkeiten der Gemeinschaftspraxis unter den Konkurrenzschutz fallen.

51 Die Vollstreckung dieser unvertretbaren Handlung erfolgt nach § 888 ZPO (Senatsbeschluss vom 13. Dezember 1995 – XII ZR 161/95 – NJW-RR 1996, 460).

52 d) Der Anspruch auf Beseitigung der Konkurrenzsituation ist auch nicht wegen Unmöglichkeit der Erfüllung gemäß § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

53 Die für die Unmöglichkeit der Leistung darlegungs- und beweisbelastete Beklagte (MünchKommBGB/Ernst 6. Aufl. § 275 Rn. 162 mwN) hat, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, schon nicht hinreichend dargelegt, dass diese Leistung für sie oder für jedermann schlechthin unmöglich ist.

54 Aufgrund der Verurteilung der Beklagten zur Beseitigung der Konkurrenzsituation zum nächstmöglichen Zeitpunkt ist die Beklagte bzw. ihre Rechtsnachfolgerin gehalten, im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren darauf hinzuwirken, dass die Ärzte Dres. H. und S. in dem Mietobjekt bestimmte ärztliche Tätigkeiten unterlassen.

55 Zwar hat die Beklagte behauptet, dass der mit den Ärzten abgeschlossene Mietvertrag nicht aufgelöst werden könne, weil er langfristig abgeschlossen sei; auch seien die Ärzte nicht bereit, freiwillig auszuziehen. Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte jedoch mit

den beiden Ärzten bislang kein Gespräch darüber geführt, ob sie gegen Zahlung einer Entschädigung bereit wären, den Mietvertrag vorzeitig zu beenden. Eine Bereitschaft hierzu kann nicht von vorneherein ausgeschlossen werden. Nach dem Vortrag der Beklagten ist für die Dres. H. und S. eine Erweiterung ihrer Gemeinschaftspraxisräume von großer Bedeutung. Eine solche Erweiterung ist im Hinblick auf die Verurteilung der Beklagten bzw. ihrer Rechtsnachfolgerin zur Unterlassung der Vermietung weiterer Räume an die Gemeinschaftspraxis, ohne zuvor den klägerischen Konkurrenzschutz wieder herzustellen, nicht möglich. Es ist deshalb nicht unwahrscheinlich, dass die Dres. H. und S. Interesse an einer vorzeitigen Auflösung des Mietvertrages gegen Zahlung einer Entschädigung haben.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 536 BGB; Art. 103 GG**  
**Gewerberaumiete;**  
**Räume für medizinische Massagepraxis;**  
**Mängelrüge wegen im Gebäudekomplex geführter**  
**Massagepraxis ungeklärter Seriosität eines Dritten**

**Ein Mangel der in einem gewerblich genutzten Gebäudekomplex angemieteten Geschäftsräume kann nicht auf das schlichte Belegensein von anderen Gewerberäumen im Gebäudekomplex zurückgeführt werden. Wird die vereinbarte Sollbeschaffenheit der Mieträume gewährleistet, können äußere Einwirkungen auf die Mietsache nur dann zu einem Mangel führen, wenn sie sich unmittelbar auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache auswirken. Eine abstrakte Gefahr solcher Einwirkungen aus der Raumnutzung Dritter im Gebäude reicht zur Begründung eines Mangels der Mietsache nicht aus. Beweisangeboten zum Vorliegen einer solchen jedoch konkreten Gefahr muss das Gericht nachgehen.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BGH, Urteil vom 26. 9. 2012 – XII ZR 122/11)

**1 Zum Sachverhalt:** Der Kläger begehrt von den Beklagten rückständige Miete.

2 Die Beklagten mieteten im 3. und 5. Obergeschoss eines gewerblich genutzten Gebäudekomplexes Räume für eine heilgymnastische und rehabilitative medizinische Massagepraxis. Im 1. und 2. Obergeschoss befanden sich zwei Arztpraxen. In der 4. Etage vermietete der Kläger Räume an den Streithelfer, der dort das Massageinstitut „R.“ betreibt. Die Beklagten minderten ab Mai 2007 die monatliche Miete mit der Begründung, bei dem vom Streithelfer betriebenen Massageinstitut handele es sich um einen bordellartigen Betrieb mit sexuellen Dienstangeboten. Die Vermietung von Räumen an einen Bordellbetrieb in einem Gebäude, in dem sich außer der Praxis der Beklagten nur noch zwei Arztpraxen befinden, habe zu einem erheblichen Umsatzverlust geführt und stelle daher einen Mangel der Mietsache dar, der die Beklagten zu einer Mietminderung in voller Höhe berechtige.

3 Das Amtsgericht Wiesbaden hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hat zur Aufhebung des amtsgerichtlichen Urteils und zur Abweisung der Klage geführt. Auf die Revision des Klägers hat der Senat das Berufungsurteil aufgehoben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen. Im hier angefochtenen zweiten Berufungsurteil hat das Landgericht Wiesbaden die Klage erneut abgewiesen.

4 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

**5 Aus den Gründen:** Die Revision ist zulässig und begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an eine andere Kammer des Berufungsgerichts.

6 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, die Klagforderung sei aufgrund einer berechtigten Minderung der Miete und der zwischenzeitlich von den Beklagten erbrachten Zahlungen nicht (mehr) gegeben.

7 Zwar kämen im Hinblick darauf, dass der Mieter eines Geschäftsraums grundsätzlich das Verwendungsrisiko trage, als Mangel nur äußere Einwirkungen in Betracht, die sich unmittelbar auf die Brauchbarkeit der Mietsache auswirkten. Eine mittelbare Auswirkung reiche nicht. Im vorliegenden Fall liege jedoch eine unmittelbare Auswirkung vor. Hierbei stehe außer Frage, dass es sich bei dem vom Streithelfer betriebenen Massageinstitut um einen Bordellbetrieb handele. Es könne keine Rolle spielen, ob bei den dargestellten „Behandlungen“ des Massageinstituts der Geschlechtsakt nicht im eigentlichen Sinne vollzogen werde und dass die Ausgestaltung der „Behandlungen“ Elemente fernöstlicher erotischer Praktiken einbeziehe. Auch der Umstand, dass die „Behandlungen“ das körperliche Wohlbefinden der Kunden steigerten, mache aus dem Betrieb noch keinen gesundheitsorientierten Therapiebetrieb.

8 Das Vorhandensein eines Bordellbetriebs im gleichen Gebäude wie der Mietgegenstand führe nicht nur zu einer mittelbaren Beeinträchtigung. Vielmehr wohne einem Prostitutionsbetrieb die immanente Gefahr von Beeinträchtigungen inne. Aus diesem Grund würden schließlich Sperrbezirksverordnungen geschaffen. Dieses Verbot werde zum Schutz der Jugend und des Anstandes als erforderlich angesehen, ungeachtet dessen, ob Beeinträchtigungen sich konkret ereignen, da derartige Betriebe als potentiell störend und jugendgefährdend angesehen werden. Anders als etwa bei einem nicht florierenden Geschäftsumfeld seien daher Einnahmeeinbußen aufgrund eines benachbarten Bordellbetriebs naheliegend, die nicht bloß dem unternehmerischen Risiko zugeschrieben werden könnten.

9 Diese immanente Gefahr sei auch nicht angesichts der Darlegungen der Klägerseite ausgeschlossen. Zwar sei durch das Vorhandensein von zwei Treppenhäusern und Lifts auch ein kontaktfreier Zugang der jeweiligen Kundschaft denkbar, aber nicht garantiert. Auch bestehe die Gefahr der Verwechslung der Stockwerke durch Kunden der Beklagten.

10 Ungeachtet der Frage, ob sich konkrete Störungen ereignet und wie sich die Einnahmesituation der Beklagtenseite entwickelt hätten, sei eine Minderung angemessen. Denn es ließe sich ohnehin nicht mathematisch genau feststellen, inwieweit das vom Streithelfer betriebene Massageinstitut auf den Gewerbebetrieb der Beklagten Einfluss habe. Vielmehr sei davon auszugehen, dass ungeachtet eines Wertewandels in der Gesellschaft immer noch ein beachtlicher Prozentsatz in der Bevölkerung existiere, der die Prostitution sozialerisch negativ bewerte und Bereiche, in denen die Prostitution ausgeübt wird, meide.

11 Bestimmten Bevölkerungsteilen sei es bereits nicht recht, in die Nähe eines Prostitutionsbetriebs zu geraten. Nach der Lebenserfahrung sei davon auszugehen, dass sich beim Betrieb einer heilgymnastischen und rehabilitativen Praxis die Kundschaft zu einem nicht unerheblichen Prozentsatz aus älteren Personen und aus Kindern zusammensetze. Es sei überaus nachvollziehbar, dass gerade ältere Kunden, die in der Regel den Wertewandel seltener mitrügen, fürchteten, irrtümlich für Kunden des Massageinstituts gehalten zu werden. Ebenso sei davon auszugehen, dass auch Eltern aus Gesichtspunkten des Jugendschutzes jegliche Möglichkeit einer für ihre Kinder kompromittierende Situation ausschließen möchten. Im Hinblick darauf, dass zahlreiche alternative Möglichkeiten des Besuchs einer heilgymnastischen und rehabilitativen Praxis bestünden, liege es auf der Hand, dass der Betrieb der Beklagten unmittelbar eine nicht unbeachtliche Beeinträchtigung erleide, die mit 30% zu bewerten seien.

12 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat wesentlichen Parteivortrag und Beweisangebote des Klägers nicht berücksichtigt und damit seine Entscheidung unter Verletzung des Ver-

fahrensrechts getroffen. Zudem hat das Berufungsgericht keine hinreichenden Feststellungen zu den konkreten tatsächlichen Auswirkungen des Betriebs des Massageinstituts „R.“ auf den Mietgebrauch der Beklagten getroffen. Damit fehlt es auch an einer tragfähigen Grundlage für die tatrichterliche Beurteilung, ob ein nicht unerheblicher Mangel der Mietsache i. S. v. § 536 Abs. 1 Satz 1 und 3 BGB vorliegt.

13 1. Das Berufungsgericht hat, wie der Kläger zu Recht rügt, dessen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise dadurch verletzt, dass es dem Sachvortrag des Klägers und des Streithelfers zu den im Massageinstitut „R.“ angebotenen Dienstleistungen und den hierzu angebotenen Beweisen nicht nachgegangen ist.

14 a) Das Berufungsgericht hat zur Begründung eines Mangels der Mietsache entscheidend darauf abgestellt, dass es sich bei dem Massageinstitut „R.“ um einen bordellartigen Betrieb handele, ohne in den Urteilsgründen darzulegen, auf welchen Feststellungen diese Annahme beruht. Mit dem umfassenden und unter Beweis gestellten Vorbringen des Klägers und des Streithelfers zu den in dem Massageinstitut angebotenen Leistungen hat es sich nicht auseinandergesetzt. Beide haben behauptet, dass in dem Institut tantrisch-bioenergetische Massagen ohne sexuellen Hintergrund durchgeführt würden, der Streithelfer ausgebildeter Tantralehrer, Massagetherapeut sowie diplomierter Gesundheits- und Ernährungsberater sei und für den Betrieb des Massageinstituts eine behördliche Erlaubnis vorliege. Diesen ausreichend substantiierten Sachvortrag durfte das Berufungsgericht nicht unberücksichtigt lassen.

15 b) Zwar hat das Berufungsgericht seine Entscheidung auf der Grundlage der erstinstanzlich getroffenen Feststellungen zu treffen (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) und ist daher nicht stets zur Durchführung einer Beweisaufnahme verpflichtet. Kommt es indes aus der allein maßgeblichen Sicht des Berufungsgerichts für die Beurteilung des Streitfalles auf Tatsachen an, die in dem erstinstanzlichen Urteil trotz entsprechenden Parteivortrags nicht festgestellt worden sind, dann bestehen Zweifel an der Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen, die das Berufungsgericht gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 2 ZPO zu eigenen Feststellungen berechtigen und verpflichten (BGHZ 158, 295 = NJW 2004, 2152, 2155).

16 c) So liegen die Dinge hier. Das Amtsgericht ist bei seiner Entscheidung von dem Vorbringen der Beklagten, bei dem Massageinstitut „R.“ handele es sich um einen Bordellbetrieb, ausgegangen und hat unter Berücksichtigung der von den Beklagten behaupteten Auswirkungen auf ihre Praxis einen Mietmangel verneint. Daher konnte es von der Erhebung der vom Kläger angebotenen Beweise absehen. Das Berufungsgericht hat dagegen gerade mit der Annahme, bei dem Massageinstitut „R.“ handele es sich um einen bordellartigen Betrieb, der allein aufgrund seines Vorhandenseins in dem Gebäude zu Beeinträchtigungen des Praxisbetriebs der Beklagten führe, das Vorliegen eines Mietmangels begründet. Da der Kläger die entsprechenden Behauptungen der Beklagten jedoch substantiiert bestritten hat, durfte das Berufungsgericht nicht von der Durchführung einer Beweisaufnahme absehen.

17 d) Das angefochtene Urteil beruht auch auf dieser Gehörsverletzung. Denn es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht zu einem abweichenden Ergebnis gelangt wäre, wenn es die vom Beklagten und Streithelfer angebotenen Beweise erhoben hätte.

18 2. Auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Mietsache sei mit einem Mangel behaftet, ist nicht frei von Rechtsfehlern. Das Berufungsgericht hat den Begriff des Mangels verkannt, wenn es einen solchen allein in der Vermietung der Räume zum Betrieb des Massageinstituts „R.“ sieht.

19 a) Unter einem Mangel im Sinne von § 536 Abs. 1 BGB ist eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache von dem vertraglich geschulde-

ten zu verstehen, wobei sowohl tatsächliche Umstände als auch rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Mietsache als Fehler in Betracht kommen können. Erforderlich ist allerdings, um Ausuferungen des Fehlerbegriffs zu vermeiden, stets eine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit bzw. eine unmittelbare Einwirkung auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache, wohingegen Umstände, die die Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch nur mittelbar berühren, nicht als Mängel zu qualifizieren sind (Senatsurteile vom 15. Oktober 2008 – XII ZR 1/07 – NJW 2009, 664 [= GuT 2009, 24] Rn. 34; vom 21. September 2006 – XII ZR 66/03 – NJW 2006, 899, 900 [= GuT 2006, 19] und vom 16. Februar 2000 – XII ZR 279/97 – NJW 2000, 1714, 1715 [= WuM 2000, 593]).

20 Welche Soll-Beschaffenheit eine Mietsache aufzuweisen hat, bestimmt sich in erster Linie nach der Parteivereinbarung. Die Vertragsparteien bestimmen durch die Festlegung des dem Mieter jeweils geschuldeten vertragsgemäßen Gebrauchs, welchen Zustand die vermietete Sache spätestens bei Überlassung an den Mieter und von da ab während der gesamten Vertragsdauer aufweisen muss. Ist keine ausdrückliche Regelung zum „Soll-Zustand“ getroffen, muss anhand von Auslegungsregeln (§§ 133, 157, 242 BGB) geprüft werden, was der Vermieter schuldet. Dabei ist die Verkehrsanschauung als Auslegungshilfe heranzuziehen (Senatsurteil vom 7. Juni 2006 – XII ZR 34/04 – NJW-RR 2006, 1157 [= GuT 2006, 237] Rn. 13).

21 Deshalb hat ein Mieter ohne eine entsprechende vertragliche Vereinbarung in der Regel keinen Anspruch gegen den Vermieter, einen bestimmten „Mietermix“ oder ein bestimmtes „Milieuniveau“ zu bewahren (vgl. Senatsurteil vom 15. Oktober 2008 – XII ZR 1/07 – NJW 2009, 664 [= GuT 2009, 24] Rn. 26 f.). Da den Vermieter von Gewerberäumen jedoch auch ohne besondere Vereinbarung die vertragliche Verpflichtung trifft, den Mieter vor Störungen des vertragsgemäßen Gebrauchs zu schützen (vgl. hierzu Emmerich in Emmerich/Sonnenschein Miete 10. Aufl. § 535 BGB Rn. 11; MünchKommBGB/Häublein 6. Aufl. § 535 Rn. 132), muss er bei der Vermietung von weiteren Räumlichkeiten in derselben Gewerbeeinheit dafür Sorge tragen, dass der Mieter durch die Geschäftstätigkeit der Mitmieter nicht mehr als nur unerheblich in der Nutzung der von ihm angemieteten Gewerberäume beeinträchtigt wird. Daraus folgt, dass ohne eine konkrete Vereinbarung über einen bestimmten „Mietermix“, allein aus der Vermietung weiterer Räume in dem Mietobjekt an einen Gewerbebetrieb, von dem die abstrakte Gefahr ausgeht, dass andere Mieter im Gebrauch der Mietsache Beeinträchtigungen erfahren, nicht auf einem Mangel i. S. v. § 536 Abs. 1 BGB geschlossen werden kann. Erst wenn bei einem Mieter eine konkrete und mehr als nur unerhebliche (vgl. § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB) Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache eintritt, liegt ein Mangel der Mietsache vor, der gemäß § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Minderung der Miete führt.

22 b) Die Beurteilung, ob eine Abweichung der Mietsache von der vereinbarten Sollbeschaffenheit den vertragsgemäßen Mietgebrauch mehr als nur unwesentlich beeinträchtigt und welche Minderung des Mietzinses ein solcher Mangel gegebenenfalls rechtfertigt, obliegt in erster Linie dem Tatrichter. Das Revisionsgericht hat jedoch zu prüfen, ob der Tatrichter die Sollbeschaffenheit zutreffend beurteilt hat, den Begriff des Mangels nicht verkannt hat und auf entsprechende Rüge hin auch, ob seiner Beurteilung verfahrensfreier getroffene Feststellungen zugrunde liegen (Senatsurteil vom 15. Oktober 2008 – XII ZR 1/07 – NJW 2009, 664 [= GuT 2009, 24] Rn. 13).

23 c) Gemessen an diesen Voraussetzungen hat das Berufungsgericht zu Unrecht angenommen, dass die von den Beklagten angemieteten Räumlichkeiten aufgrund des Betriebs des Massageinstituts „R.“ mit einem Mangel behaftet seien.

24 Das Berufungsgericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass äußere Einwirkungen auf eine Mietsache nur dann zu einem Mangel i. S. v. § 536 Abs. 1 BGB führen, wenn sie



sich unmittelbar auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache auswirken. Es hat jedoch keine ausreichenden Feststellungen zu den konkreten Auswirkungen des Betriebs des Massageinstituts „R.“ auf die Praxistätigkeit der Beklagten getroffen. Das Berufungsgericht hat sich vielmehr darauf beschränkt, aus abstrakten Gefahren, die sich aus der Vermietung von Räumlichkeiten an einen Prostitutionsbetrieb für andere Mieter in dem Gebäude ergeben können, auf eine unmittelbare Beeinträchtigung des Mietgebrauchs der Beklagten zu schließen.

25 Das Berufungsgericht hat zur Begründung einer unmittelbaren Beeinträchtigung des Praxisbetriebs der Beklagten zunächst allgemein auf die Schaffung von Sperrbezirksverordnungen verwiesen und hierzu ausgeführt, dass das Verbot von Prostitutionsbetrieben in innerstädtischen Bereichen zeige, dass derartige Betriebe als potentiell störend und jugendgefährdend angesehen würden, ungeachtet dessen, ob sich Beeinträchtigungen konkret ereignet haben. Diese Erwägung trägt die Annahme einer konkreten Beeinträchtigung des Mietgebrauchs der Beklagten bereits deshalb nicht, weil das Massageinstitut „R.“ nach den getroffenen Feststellungen gerade in dem von der Sperrbezirksverordnung der Stadt W. nicht ausgenommenen Bereich liegt, aber trotzdem – jedenfalls nach dem Vortrag des Klägers – über eine behördliche Erlaubnis für seine Geschäftstätigkeit verfügt. Im Übrigen kann aus dem Zweck der abstrakt-generellen Regelung einer Sperrbezirksverordnung, die in bestimmten städtischen Bereichen zum Schutz öffentlicher Belange Prostitutionsbetriebe verbietet, ohne weitere Feststellungen nicht auf eine konkrete Beeinträchtigung des Mietgebrauchs eines gewerblichen Mieters in demselben Gebäude geschlossen werden, in dem sich – möglicherweise unter Verstoß gegen eine Sperrbezirksverordnung – ein Prostitutionsbetrieb befindet.

26 Unzutreffend nimmt das Berufungsgericht auch an, dass es für die Feststellung einer konkreten Beeinträchtigung des Mietgebrauchs nicht darauf ankomme, ob sich eine Verwechslung der Türen bereits ereignet habe oder noch bevorstehe. Die Beklagten wären nur dann im Gebrauch der von ihnen angemieteten Praxisräume konkret beeinträchtigt, wenn es tatsächlich zu entsprechenden Verwechslungen gekommen wäre und dies dazu geführt hätte, dass Patienten der Praxis der Beklagten ferngeblieben wären. Entsprechende Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

27 Schließlich bieten auch die weiteren Erwägungen des Berufungsgerichts keine tragfähige Grundlage, um einen Mangel der Mietsache zu begründen. Dies gilt insbesondere für die Annahme, nach der Lebenserfahrung sei davon auszugehen, dass gerade ältere Menschen aufgrund der Gefahr, mit Kunden des Massageinstituts „R.“ verwechselt zu werden, der Praxis fernbleiben würden und auch Eltern aus Gesichtspunkten des Jugendschutzes und um jede Möglichkeit einer für ihre Kinder kompromittierenden Situation zu vermeiden, nicht mehr die Praxis der Beklagten besuchen würden. Auch mit diesen Überlegungen hat das Berufungsgericht keine unmittelbare Beeinträchtigung des Praxisbetriebs der Beklagten festgestellt, sondern sich darauf beschränkt, aus den abstrakten Gefahren und Begleiterscheinungen, die sich durch die Vermietung von Räumlichkeiten zum Betrieb eines Bordells ergeben können, auf einen Mangel der Mietsache zu schließen. Dass tatsächlich Patienten der Beklagten wegen des Massageinstituts „R.“ ihrer Praxis ferngeblieben sind, ergibt sich aus den getroffenen Feststellungen nicht.

28 3. Das Berufungsurteil kann demnach keinen Bestand haben. Es ist nach §§ 562 Abs. 1, 563 Abs. 1 ZPO aufzuheben. Da weitere tatrichterliche Feststellungen erforderlich sind, ist der Senat daran gehindert, in der Sache selbst zu entscheiden. Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen; dabei macht der Senat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 536a, 543, 554, 578 BGB**  
**Gewerberaumiete;**  
**Praxis für Neurologie und Psychiatrie;**  
**angekündigte Modernisierungsmaßnahmen im Gebäude;**  
**unzumutbare Härte; Aufhebung der Tauglichkeit der**  
**Mieträume; Entziehung des vertragsgemäßen**  
**Gebrauchs; Recht zur fristlosen Kündigung;**  
**Schadensersatzanspruch des Mieters**

**Zur Verpflichtung des Gewerberaummieters Modernisierungsarbeiten gemäß § 554 Abs. 2 BGB zu dulden.**

(BGH, Urteil vom 31. 10. 2012 – XII ZR 126/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Kläger verlangen Schadensersatz, nachdem sie den mit der Beklagten abgeschlossenen Gewerberaummietvertrag wegen bevorstehender Umbauarbeiten fristlos gekündigt haben.

2 Im Mai 2002 schloss die Rechtsvorgängerin der Beklagten mit der Klägerin zu 1 einen Mietvertrag über Räume in einem Gebäudekomplex zur Nutzung als Praxis für Neurologie und Psychiatrie. Der Kläger zu 2 ist in den für die Zeit vom 1. Juli 2002 bis zum 30. Juni 2012 fest abgeschlossenen Mietvertrag am 1. Januar 2009 auf Mieterseite mit eingetreten.

3 In § 8 der Vertragsbestandteil gewordenen allgemeinen Vertragsvereinbarungen „Gewerbemietvertrag Büro (AVG)“ haben die Parteien für bauliche Maßnahmen des Vermieters vereinbart:

„1. Der Vermieter kann Arbeiten und bauliche Maßnahmen zur Erhaltung oder zur Verbesserung der Mietsache oder sonstiger Teile des Gebäudes, zur Einsparung von Energie oder Wasser oder zur Schaffung neuen Wohnraums, zur Abwendung drohender Gefahren oder zur Schadensbeseitigung auch ohne Zustimmung des Mieters vornehmen. Der Mieter hat die in Betracht kommenden Räume zugänglich zu halten und darf die Ausführung der Arbeiten nicht behindern oder verzögern. § 554 Abs. 3 Satz 2 BGB, wonach der Mieter in diesem Fall zur Kündigung berechtigt ist, ist ausgeschlossen.

2. Soweit der Mieter die Maßnahmen zu dulden hat, kann er Ersatz seiner Aufwendungen nicht verlangen. Schadensersatz kann der Mieter nur verlangen, wenn durch die Maßnahmen der Gebrauch der Mietsache nicht nur unerheblich beeinträchtigt oder unmöglich gemacht wird.

...“

4 Der Gebäudekomplex stammt aus den fünfziger/sechziger Jahren und umfasst 33 Gewerbe- und Wohneinheiten. Die Beklagte plante eine umfassende Sanierung und Aufstockung der Gebäude zur Schaffung neuen Wohnraums.

5 Ab Oktober 2009 kam es zwischen den Parteien zu Gesprächen hierüber, in deren Verlauf die Beklagte den Klägern den Abschluss eines Mietaufhebungsvertrages anbot, der auch eine Entschädigung vorsehen sollte.

6 Mit Schreiben vom 9. Dezember 2009 wies die Beklagte die Klägerin zu 1 darauf hin, dass mit Beginn des zweiten Quartals 2010 die vorhandenen Garagen und Stellplätze nicht mehr zur Verfügung stünden und durch die neu zu bauende Tiefgarage ersetzt würden. Am 4. Januar 2010 übersandte sie der Klägerin zu 1 den Entwurf einer Mietaufhebungsvereinbarung mit der Bitte um Mitteilung, wie hoch sie sich den Entschädigungsbetrag vorstelle. Einen Vertragsabschluss lehnte die Beklagte in der Folgezeit ab.

7 Mit Schreiben vom 5. März 2010 teilte sie der Klägerin zu 1 mit, dass der Baubeginn für Anfang Mai 2010 und das Bauende für Ende Januar 2011 vorgesehen sei. Die in dem Schreiben angekündigten Um- und Ausbaumaßnahmen umfassten den Abriss der bestehenden Garagenanlage, den Neubau einer Tiefgarage, den Anbau von Aufzugsanlagen, den teilweisen Abriss und Neubau der Balkone, den Abriss der bestehenden Dächer und deren Neubau und Erweiterung, die eventuelle Modernisierung der Fenster, die Anbringung eines Wärmeverbunds-

stems und die Neugestaltung der Fassade und des Treppenhauses sowie die Neuinstallation sämtlicher Versorgungsleitungen für Gas, Wasser und Strom. Die Baukosten wurden mit ca. 3,5 Mio. Euro beziffert.

8 Die Kläger suchten im Dezember 2009 Ersatzräume. Ende Januar 2010 schlossen sie einen am 1. April 2010 beginnenden Mietvertrag über andere Räume ab, in dem eine Mietzinsbefreiung der Kläger für die ersten fünf Monate und die entschädigungslose Duldung von Belästigungen, die durch den Ausbau noch nicht vermieteter Flächen in dem Gebäude entstehen könnten, vereinbart wurden.

9 Die Kläger kündigten mit Schreiben vom 12. März 2010 den Mietvertrag mit der Beklagten außerordentlich gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB wegen Gebrauchsentziehung zum 1. April 2010 und räumten das Mietobjekt. Zu diesem Zeitpunkt hatten die Baumaßnahmen noch nicht begonnen. Die Beklagte widersprach der Kündigung.

10 Mit der Klage verlangen die Kläger Ersatz des ihnen durch die vorzeitige Beendigung des Mietvertrages entstandenen Schadens, u. a. Ersatz der Umzugskosten, der Renovierungskosten und Erstattung der Mietdifferenz für die Restlaufzeit des Mietvertrages.

11 Das Landgericht Frankfurt am Main hat die Klage abgewiesen, weil zum Zeitpunkt der außerordentlichen Kündigung mit den Baumaßnahmen noch nicht begonnen worden sei und deshalb noch keine Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit vorgelegen habe. Auf die Berufung der Kläger hat das Oberlandesgericht Frankfurt am Main die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Mit der vom Oberlandesgericht zur Klärung der Frage zugelassenen Revision, ob Baumaßnahmen nach § 554 Abs. 2 BGB ein Recht zur außerordentlichen Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB geben können, verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

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

13 I. Das Berufungsgericht führt zur Begründung aus, die Kläger könnten Ersatz des ihnen durch die außerordentliche Kündigung entstandenen Schadens gemäß § 536 a BGB verlangen. Sie seien aufgrund der bevorstehenden Bauarbeiten gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB zur außerordentlichen Kündigung berechtigt gewesen. Denn der Umfang der angekündigten Bauarbeiten habe zwangsläufig zur Folge, dass in dem Gebäude der Betrieb einer Praxis für Neurologie und Psychiatrie nicht mehr in zumutbarer Weise möglich sei. Bei dem angekündigten Abriss der Garagenanlage, der Balkone und des bestehenden Daches müsse in dem gesamten Gebäude mit erheblichen Erschütterungen sowie Lärm- und Staubbelastigungen gerechnet werden, vor denen auch schallisolierte Türen, auf die die Beklagte verweise, erkennbar nicht schützen könnten. Der Neubau einer Tiefgarage, von Balkonen und eines erweiterten Dachgeschosses sowie der Anbau von Aufzugsanlagen und eines Wärmeverbundsystems mit einer neu gestalteten Fassade und die Neugestaltung des Treppenhauses seien tiefgreifende Eingriffe in die Substanz des Gebäudes, die sich zwangsläufig auf die dort befindliche Praxis der Kläger auswirken müssten. Auch die Modernisierung der Fenster und die Neuinstallation sämtlicher Versorgungsleitungen in den von den Klägern genutzten und in den anderen Räumen des Hauses hätten erhebliche Beeinträchtigungen des Praxisbetriebs zur Folge. Insgesamt han-

dele es sich bei den Arbeiten, für die ein Kostenvolumen von 3,5 Mio. Euro vorgesehen sei, um eine grundlegende Umgestaltung des gesamten Gebäudes, durch die dieses zwangsläufig insgesamt zu einer Baustelle werde. Dieser Zustand verträge sich erkennbar nicht mit einer gleichzeitigen Fortsetzung des Betriebs einer Praxis für Neurologie und Psychiatrie, die das Gegenteil von einer Baustellenatmosphäre erfordere. Bei den bereits von der Planung her auf einen Zeitraum von neun Monaten angesetzten Arbeiten sei auch nicht erkennbar, dass sie zeitlich so abgestimmt werden könnten, dass sie mit den üblichen Praxiszeiten der Kläger nicht kollidierten. Den Klägern werde deshalb durch die Bauarbeiten die vertragsgemäße Nutzung der angemieteten Räume entzogen.

14 Diese Gebrauchsentziehung stelle eine zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB berechtigende Pflichtverletzung der Beklagten dar, obwohl es sich bei den Arbeiten überwiegend um Maßnahmen zur Verbesserung der Mietsache und zur Schaffung neuen Wohnraums handele, für die grundsätzlich gemäß § 554 BGB eine Duldungspflicht des Mieters bestehe.

15 Die Duldungspflicht nach § 554 BGB schließe jedenfalls im vorliegenden Fall die Anwendbarkeit der allgemeinen Regelung des § 543 BGB nicht aus. Bei einer Abwägung der beiderseitigen Interessen gemäß § 543 Abs. 1 BGB sei allerdings mit zu berücksichtigen, dass § 554 BGB bestimmte Baumaßnahmen als zulässig definiere. Die Interessenabwägung führe im vorliegenden Fall dazu, dass das Ausmaß und die Auswirkungen der in die Substanz des Gebäudes eingreifenden Arbeiten für eine verhältnismäßig lange Zeit zu einer massiven Nutzungseinschränkung der Mieträume geführt hätten. Die Kläger hätten auf einer Baustelle praktizieren und das Risiko hinnehmen müssen, dass sich ihre Patienten angesichts der bestehenden Zumutungen von ihnen abwenden würden und so ein wirtschaftlicher Schaden eintrete, der existenzbedrohende Ausmaße erreichen könne. Auf ein solches Wagnis hätten die Kläger sich nicht einlassen müssen. Sie hätten deshalb, nachdem auf Grund der Umstände festgestanden habe, dass die Baumaßnahmen alsbald beginnen würden, nicht die Durchführung dieser Bauarbeiten abwarten müssen, sondern hätten die fristlose Kündigung bereits für den Beginn der die Gebrauchsgewährung entziehenden Maßnahme vorab aussprechen dürfen. Im Hinblick auf die feststehenden Baumaßnahmen sei auch eine vorherige Abmahnung gemäß § 543 Abs. 3 Nr. 1 BGB entbehrlich gewesen.

16 Die Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und den umzugsbedingten Schäden werde auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Kläger den neuen Mietvertrag bereits vor ihrer Kündigungserklärung abgeschlossen hätten. Seien die Mieter – wie hier – berechtigt gewesen, aufgrund der sicher bevorstehenden nicht duldungspflichtigen Gebrauchsbeeinträchtigung eine Kündigung bereits frühzeitig auszusprechen, so könne für die Kausalität nichts anderes gelten. Auch die frühzeitige Anmietung neuer Räume sei dann aufgrund der angekündigten Gebrauchsentziehung mit dem Ziel erfolgt, den Schaden infolge des durch die Pflichtverletzung der Beklagten erzwungenen Auszugs gering zu halten.

17 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Prüfung im Ergebnis stand.

18 1. Zu Recht geht das Berufungsgericht davon aus, dass § 554 Abs. 4 BGB, der gemäß § 578 Abs. 2 BGB anwendbar ist, als Anspruchsgrundlage für den geltend gemachten Schadensersatz ausscheidet. Aufwendungen im Sinne dieser Norm sind nicht die mit einem Umzug verbundenen Kosten, die dem Mieter entstehen, der kündigt und auszieht, weil er die Erhaltungs- oder Modernisierungsmaßnahmen nicht dulden möchte (vgl. BGH Beschluss vom 22. Juni 2010 – VIII ZR 192/09 – WuM 2010, 565 Rn. 10 mwN). Vielmehr erfasst § 554 Abs. 4 BGB nur die Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der Erfüllung der Duldungspflicht entstehen. Denn der Aufwendungsersatzanspruch knüpft von seinem Sinn- und Regelungsgehalt her an die Fortsetzung des Mietverhältnisses an.

**GuT**  
Immobilienverwaltung  
und  
Immobilienbewirtschaftung

19 Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung kann der Schadensersatzanspruch auch nicht auf § 8 Ziffer 2 AVG gestützt werden. Diese Klausel gewährt, wie sich aus dem Kontext ergibt, ebenfalls nur einen Schadensersatzanspruch für den hier nicht vorliegenden Fall, dass der Mieter eine Maßnahme, zu deren Duldung er verpflichtet ist, duldet.

20 2. Das Berufungsgericht hat auch zu Recht einen Anspruch der Kläger gemäß § 536 a Abs. 1 BGB auf Ersatz des ihnen durch die außerordentliche Kündigung des Mietvertrags entstandenen Schadens dem Grunde nach bejaht.

21 Es geht im Ergebnis zu Recht davon aus, dass den Klägern aufgrund der bevorstehenden Baumaßnahmen eine nicht duldungspflichtige Gebrauchsentziehung der Mieträume sicher bevorstand und sie aufgrund dieses Mangels auch ohne Fristsetzung oder Abmahnung gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB zur außerordentlichen Kündigung berechtigt waren.

22 a) Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, dass die mit dem Abriss der Garagen, der Balkone und des Daches sowie mit dem Neubau von Aufzugsanlagen, Balkonen, einer Tiefgarage, der Fassade, der Neugestaltung des Treppenhauses, der Erneuerung der Fenster und der Neuinstallation sämtlicher Versorgungsleitungen verbundenen Erschütterungen und Lärm- und Staubbelästigungen den zumutbaren Betrieb einer Praxis für Neurologie und Psychiatrie für einen längeren Zeitraum unmöglich machen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden und wird von der Revision auch nicht angegriffen.

23 Durch die beabsichtigte umfassende Neugestaltung des Gebäudes war danach die Tauglichkeit der Mieträume zum vertragsgemäßen Gebrauch für einen längeren Zeitraum aufgehoben.

24 b) Diesen Mangel hat die Beklagte zu vertreten. Denn die Kläger waren zur Duldung der Umbaumaßnahmen nicht gemäß §§ 554 Abs. 1 und Abs. 2, 578 Abs. 2 BGB verpflichtet.

25 Zwar handelt es sich bei den Umbauarbeiten, wovon das Berufungsgericht zutreffend ausgeht, überwiegend um Modernisierungsmaßnahmen und um Maßnahmen zur Schaffung von Wohnraum im Sinne von § 554 Abs. 2 BGB, die der Mieter grundsätzlich dulden muss. Dies gilt jedoch gemäß § 554 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht, wenn die Maßnahmen insbesondere unter Berücksichtigung der vorzunehmenden Arbeiten für ihn eine Härte bedeuten würden, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen sind.

26 Unter Zugrundelegung der Feststellungen des Berufungsgerichts stellen die Umbaumaßnahmen für die Kläger eine unzumutbare Härte im Sinne des § 554 Abs. 2 Satz 2 BGB dar. Die Kläger hätten für die mit zunächst neun Monaten angesetzte Dauer der Baumaßnahmen eine Nichtbenutzbarkeit der Mieträume zum vertragsgemäßen Gebrauch hinnehmen müssen. Das hätte für sie zur Folge gehabt, dass sie ihre Patienten hätten verlieren und keine neuen Patienten hätten gewinnen können.

27 Die Auferlegung eines solchen existenzbedrohenden wirtschaftlichen Risikos bedeutet für die Kläger eine Härte, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen der Beklagten an einer Steigerung der wirtschaftlichen Verwertbarkeit des Mietobjekts nicht zu rechtfertigen ist.

28 Entgegen der Ansicht der Revision spricht es nicht gegen die Annahme einer unzumutbaren Härte, dass die Kläger in ihrem neuen Mietvertrag Beeinträchtigungen der Mieträume durch Baumaßnahmen an einigen noch leer stehenden zu vermietenden Flächen im Mietobjekt unter Verzicht auf Minderungs- und sonstige Ansprüche akzeptiert haben. Zum einen hat die Vermieterin den Klägern zum Ausgleich den Nettomietzins für die ersten fünf Monate ab Mietbeginn erlassen. Zum anderen ist nicht ersichtlich, dass die zu erwartenden Baumaßnahmen von ihrem Umfang und ihrer Dauer den von der Beklagten geplanten Umbau- und Erneuerungsarbeiten des gesamten Anwesens vergleichbar sind.

29 c) Die Kläger waren aufgrund der pflichtwidrigen Entziehung des vertragsgemäßen Gebrauchs durch die Beklagte gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB zur außerordentlichen Kündigung des Mietvertrages berechtigt.

30 aa) Zu Recht geht das Berufungsgericht davon aus, dass die fristlose Kündigung der Kläger nicht deshalb unwirksam ist, weil zum Zeitpunkt der Kündigung mangels begonnener Bauarbeiten noch keine Gebrauchsentziehung vorgelegen hat.

31 Im Zeitpunkt der Kündigung stand aufgrund der Umstände fest, dass die Baumaßnahmen alsbald beginnen würden. Die Beklagte selbst hatte den Baubeginn für Mai 2010 angekündigt und ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auch tatsächlich so verfahren. Sie hat dadurch, dass sie den Abschluss des von ihr angebotenen Mietaufhebungsvertrages abgelehnt und sodann im März 2010 den Beginn der mit Kosten von 3,5 Mio. Euro geplanten Baumaßnahmen für Mai 2010 angekündigt hat, zum Ausdruck gebracht, dass sie zu einer Verschiebung oder Unterlassung der Modernisierungsarbeiten nicht bereit ist. Die Kläger mussten aufgrund dieses Verhaltens der Beklagten davon ausgehen, dass diese ohne Rücksicht auf die Beeinträchtigungen der Kläger die Baumaßnahmen durchführt. Sie durften deshalb, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, bereits vor Beginn der Baumaßnahmen die außerordentliche Kündigung aussprechen (OLG Brandenburg NJWE-MietR 1997, 224; Schmidt-Futterer/Blank Mietrecht 10. Aufl. § 543 Rn. 18; MünchKommBGB/Bieber 6. Aufl. § 543 Rn. 65).

32 bb) Entgegen der Ansicht der Revision ist die Kündigung auch nicht deshalb unwirksam, weil sie bereits zum 1. April 2010 erfolgt ist, obwohl der angekündigte Baubeginn erst für Anfang Mai 2010 vorgesehen war. Denn die Kläger waren, nachdem es ihnen gelungen war Ersatzräume ab dem 1. April 2010 zu finden, im Rahmen ihrer Schadensminderungspflicht berechtigt, diese zu mieten und zur Vermeidung einer doppelten Mietzahlungspflicht den Mietvertrag mit der Beklagten zum 31. März 2010 zu kündigen.

33 cc) Im Hinblick auf den sicher bevorstehenden Beginn der Baumaßnahmen und die fehlende Bereitschaft der Beklagten zur Verschiebung oder Unterlassung der Bauarbeiten bedurfte es gemäß § 543 Abs. 3 Nr. 1 BGB – wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat – für die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB keiner vorherigen Abmahnung oder Fristsetzung (OLG Brandenburg NJWE-MietR 1997, 224; Staudinger/Emmerich BGB «Neubearbeitung 2011» § 543 Rn. 80; Kraemer in NZM 2001, 553, 559).

34 Die Beklagte behauptet auch selbst nicht, zur Verschiebung oder Unterlassung der Bauarbeiten bereit gewesen zu sein. Ihre fehlende Bereitschaft hierzu wird durch ihr Widerspruchsschreiben vom 19. März 2010 gegen die außerordentliche Kündigung der Kläger bestätigt, in dem sie schon bestreitet, dass es durch die Bauarbeiten überhaupt zu den von den Klägern behaupteten Beeinträchtigungen kommen werde.

35 d) Die Kläger haben danach gemäß § 536 a BGB einen Anspruch auf Ersatz des ihnen durch die außerordentliche Kündigung entstandenen Schadens (vgl. MünchKommBGB/Häublein 6. Aufl. § 536 a Rn. 14; Staudinger/Emmerich BGB «Neubearbeitung 2011» § 543 Rn. 105 mwN).

36 Zu Recht geht das Berufungsgericht davon aus, dass auch die Kausalität zwischen der Pflichtverletzung der Beklagten und den umzugsbedingten Schäden der Kläger nicht dadurch in Frage gestellt wird, dass die Kläger den neuen Mietvertrag bereits vor ihrer Kündigungserklärung abgeschlossen haben. Steht, wie hier, eine alsbald eintretende Gebrauchsbeeinträchtigung, die den Mieter zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, sicher bevor, so darf der Mieter die erforderlichen Maßnahmen ergreifen. Er muss schon zur Schadensminderung damit nicht abwarten bis die Gebrauchsbeeinträchtigung tatsächlich eintritt.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 536c BGB****Wohnraummiete; (Folge)Schaden des Vermieters  
infolge Verletzung der Mängelanzeigepflicht;  
Darlegungslast und Beweislast**

**Im Rahmen eines Schadensersatzanspruches nach § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB trägt der Vermieter die Darlegungs- und Beweislast für die Verletzung der den Mieter treffenden Anzeigepflicht (im Anschluss an BGH, Urteil vom 17. Dezember 1986 – VIII ZR 279/85, NJW 1987, 1072 [= WuM 1987, 215]; Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 14. November 2001 – XII ZR 142/99, NJW-RR 2002, 515).**

(BGH, Urteil vom 5. 12. 2012 – VIII ZR 74/12)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in GuT-W 2012, 10 (Beilage zu GuT Heft 66).

**§§ 38, 108 InsO; §§ 273, 551 BGB****Gewerberaummiete; abredewidrige Nichteinzahlung  
vereinnahmter Barkaution auf ein insolvenzfestes  
Sonderkonto; Insolvenz des Vermieters;  
Mietzinszurückbehaltung des Mieters;  
Aufrechnung gegen den Rückgewähranspruch;  
Insolvenzforderung; Abgrenzung zur Zwangsverwaltung**

**In der Insolvenz des Vermieters steht dem Mieter gegen vor Insolvenzeröffnung fällig gewordene Mieten ein Zurückbehaltungsrecht wegen der vertragswidrig nicht insolvenzfest angelegten Barkaution nicht zu.**

(BGH, Urteil vom 13. 12. 2012 – IX ZR 9/12)

**1 Zum Sachverhalt:** Die P. GmbH (fortan: Schuldnerin) nutzte ein bebautes Grundstück zur gewerblichen Untervermietung aufgrund eines Nutzungsvertrages mit der A. GmbH K. (fortan: nur GmbH). Am 30. November 2007 vermietete sie eine auf dem Gelände stehende Werkhalle an den Beklagten auf unbestimmte Dauer weiter. Im Mietvertrag vereinbarten die Vertragsparteien, dass der Beklagte an die Schuldnerin eine Barkaution in Höhe von 1485 € zu zahlen habe. Die Schuldnerin verpflichtete sich, die Kaution auf ein auf den Namen des Beklagten lautendes Sonderkonto einzuzahlen. Sie vereinnahmte das Geld, zahlte es aber nicht auf ein Sonderkonto ein. Im Juli 2008 wurde sie rechtskräftig verurteilt, das Grundstück zu räumen und an die GmbH herauszugeben. Daraufhin stellte sie am 13. Oktober 2008 einen Insolvenzantrag. Das Amtsgericht bestellte den Kläger als vorläufigen Insolvenzverwalter. Dieser mahnte gegenüber dem Beklagten im Oktober 2008 offenstehende Mieten in Höhe von insgesamt 515 € für die Monate April und Oktober 2008 an und übergab das Grundstück am 5. November 2008 an die GmbH. Dabei waren sich der Kläger und die GmbH einig, dass diese in den Mietvertrag mit dem Beklagten eintrat. Die Mietzahlung für die Zeit vom 1. bis 5. November 2008 in Höhe von 82,50 € blieb der Beklagte ebenfalls schuldig. Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin wurde am 18. Dezember 2008 eröffnet und der Kläger als Insolvenzverwalter bestellt.

**2** Der Kläger verlangt vom Beklagten die Zahlung der rückständigen Mieten in Höhe von insgesamt 597,50 €. Der Beklagte hat mit dem Anspruch auf Rückzahlung der Mietkaution aufgerechnet und zudem ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht, bis die Kaution auf ein auf seinen Namen lautendes Sonderkonto eingezahlt sei. Das Amtsgericht Nauen hat den Beklagten zur Mietzahlung verurteilt. Auf die zugelassene Berufung des Beklagten hat das Landgericht Potsdam das amtsgerichtliche Urteil abgeändert und den Beklagten zur Mietzahlung Zug um Zug gegen die vom Kläger vorzunehmende Einzahlung der Mietkaution auf ein Sonderkonto verurteilt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

**3 Aus den Gründen:** Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Urteils des Berufungsgerichts und zur Zurückweisung der Berufung des Beklagten.

**4 I.** Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Kläger könne vom Beklagten Zahlung der eingeklagten Mieten verlangen, jedoch nur Zug um Zug gegen Einzahlung der Mietkaution auf ein Sonderkonto, weil dem Beklagten gemäß § 273 BGB ein Zurückbehaltungsrecht zustehe. Dieses Zurückbehaltungsrecht könne der Beklagte auch gegenüber dem Kläger in den Grenzen durchsetzen, in denen ein Mieter nach § 110 Abs. 3 InsO gegen Mietforderungen der Masse aufrechnen dürfe. Durch ihr vertragswidriges Verhalten habe die Schuldnerin vereitelt, dass der Beklagte an der Mietkaution nach § 47 InsO ein Aussonderrrecht erlangt habe.

**5 II.** Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

**6 1.** Allerdings hatte der Beklagte gegen die Schuldnerin gemäß § 6 Satz 3 des Gewerberaummietvertrages einen fälligen Anspruch darauf, dass die Mietkaution auf ein auf seinen Namen lautendes Sonderkonto eingezahlt wird. Danach war die Schuldnerin verpflichtet, die erhaltene Sicherheit von ihrem Vermögen getrennt anzulegen (für § 551 Abs. 3 BGB, der nur für Wohnraummietverträge gilt, vgl. Staudinger/Emmerich, BGB, 2010, § 551 Rn. 35). Damit wollten die Vertragsparteien sicherstellen, dass der Beklagte nach Beendigung des Mietverhältnisses auch in der Insolvenz seiner Vermieterin die Sicherheitsleistung ungeschmälert zurückerhält, soweit dieser keine gesicherten Ansprüche gegen ihn zustehen (vgl. BGH, Beschluss vom 23. August 1995 – 5 StR 371/95, BGHSt 41, 224, 228 f [= WuM 1996, 53]; Urteil vom 20. Dezember 2007 – IX ZR 132/06, ZIP 2008, 469 [= WuM 2008, 149] Rn. 8; vom 13. Oktober 2010 – VIII ZR 98/10, NJW 2011, 59 [= WuM 2010, 752] Rn. 19; vgl. Staudinger/Emmerich, aaO, § 551 Rn. 19). Dieser Anspruch ist entgegen den Ausführungen des Klägers in der Revisionsinstanz nicht deswegen erloschen, weil das Mietverhältnis beendet war. Eine Beendigung vor Insolvenzeröffnung hat das Berufungsgericht schon nicht festgestellt und ist vom Kläger in den Tatsacheninstanzen auch nicht behauptet worden. Vielmehr hat er sich dort immer darauf berufen, das Mietverhältnis sei mit der GmbH fortgesetzt worden.

**7 2.** Der Beklagte hätte ohne die Insolvenz seinen Anspruch auf Einzahlung der Mietsicherheit auf ein auf seinen Namen lautendes Sonderkonto gegenüber der Schuldnerin durchsetzen können, sei es im Wege einer Aktivklage, sei es durch Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts in Höhe des Kautionsbetrages an der laufenden Miete (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 2007, aaO; vgl. auch Urteil vom 13. Oktober 2010, aaO; Staudinger/Emmerich, aaO, § 551 Rn. 16; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 10. Aufl., § 551 Rn. 74). Er hätte die Zahlung der Kaution nach Vertragsschluss von der Benennung eines insolvenzfesten Kontos durch die Schuldnerin abhängig machen können (vgl. BGH, Urteil vom 13. Oktober 2010, aaO Rn. 15, 18 f). Gegebenenfalls bestehen auch Schadensersatzansprüche gegen die Schuldnerin. In deren Insolvenz kann der Beklagte die vorgenannten Ansprüche jedoch nur nach §§ 38, 87 InsO als Insolvenzforderungen verfolgen.

**8 a)** Ein Recht aus § 320 BGB, wie es die Revisionserwidderung geltend macht, steht dem Beklagten nicht zu. Der Anspruch auf vertragsgemäße Anlage der Mietkaution steht in keinem Gegenseitigkeitsverhältnis zum Anspruch der Schuldnerin auf Zahlung der rückständigen Mieten (vgl. OLG Celle, OLGR 1998, 76, 77; OLGR 2003, 221; OLG Düsseldorf, OLGR 2000, 277, 278). Deshalb geht der Bundesgerichtshof in gefestigter Rechtsprechung davon aus, dass dem Mieter, solange der Vermieter seiner Anlagepflicht nicht nachkommt, nur ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB zusteht (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 2007, aaO Rn. 8; vom 23. September 2009 – VIII ZR 336/08, NJW 2009, 3505 [= WuM 2009, 668] Rn. 10; siehe auch Urteil vom 13. Oktober 2010 – VIII ZR 98/10, NJW 2011, 59 [= WuM 2010, 752] Rn. 19).

9 b) Ein allein auf § 273 Abs. 1 BGB gestütztes Zurückbehaltungsrecht hat zugunsten bloßer Insolvenzgläubiger innerhalb des Insolvenzverfahrens keine Wirkung. Dies schließt diejenige Fälle ein, in denen sich das Zurückbehaltungsrecht auf eine eigene, nicht zur Insolvenzmasse gehörende Sache des anderen Teils bezieht (BGH, Urteil vom 20. Januar 1965 – V ZR 214/62, WPM 1965, 408, 410; vom 7. März 2002 – IX ZR 457/99, BGHZ 150, 138, 144 ff; vom 23. Mai 2003 – V ZR 279/02, ZIP 2003, 1406, 1407; vom 2. Dezember 2004 – IX ZR 200/03, BGHZ 161, 241, 252 f; vom 22. Januar 2009 – IX ZR 66/07, WPM 2009, 471 Rn. 8; vgl. RGZ 77, 436, 438 f; MünchKomm-BGB/Krüger, 6. Aufl., § 273 Rn. 56; MünchKomm-InsO/Ganter, 2. Aufl., § 51 Rn. 242; Jaeger/Henckel, InsO, § 51 Rn. 53; HK-InsO/Lohmann, 6. Aufl., § 51 Rn. 46). Der anders lautenden Ansicht von Marotzke (HK-InsO, 6. Aufl., § 103 Rn. 107 f; ders., Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht, 3. Aufl., Rn. 2. 46 ff und Rn. 2. 63 ff; ders., JA 1988, 117 ff), der sich das Berufungsgericht angeschlossen hat, ist der Senat bereits in der Vergangenheit wiederholt nicht gefolgt, weil das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB ein Zwangsmittel zur Durchsetzung einer rein persönlichen Gegenforderung darstellt, das im Insolvenzverfahren über die Regelung von § 51 Nr. 2, 3 InsO hinaus nicht zugelassen werden kann (BGH, Urteil vom 7. März 2002, aaO S. 145 f; vom 2. Dezember 2004, aaO; vgl. Henckel, ZZP 1986, 419, 422 f). Hieran hält der Senat fest.

10 c) Bei dem Anspruch des Beklagten auf vertragsgemäße Anlage der Mietsicherheit handelt es sich um eine einfache Insolvenzforderung nach § 38 InsO. Ansprüche aus einem gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO nach Insolvenzeröffnung fortbestehenden Mietverhältnis sind allerdings Masseverbindlichkeiten, wenn ihre Erfüllung für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muss (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO). Ansprüche für die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann der Mieter dagegen gemäß § 108 Abs. 3 InsO nur als Insolvenzgläubiger geltend machen (BGH, Urteil vom 3. April 2003 – IX ZR 163/02, NZI 2003, 373 [= WuM 2003, 338]). Die Ansprüche des Beklagten gegen die Schuldnerin wegen der vertragswidrigen Nichtanlage der Mietsicherheit waren vor Insolvenzeröffnung entstanden und fällig. Es handelt sich insoweit daher um einfache Insolvenzforderungen, selbst wenn der Mietvertrag durch den Kläger fortgesetzt wurde (vgl. § 108 Abs. 3, § 38 InsO).

11 aa) Daraus ergibt sich geradezu zwingend, dass in diesen Fällen sowohl der Rückgewähranspruch (ebenso OLG München, ZMR 1990, 413; OLG Hamburg, NJW-RR 1990, 213, 214 [= RE WuM 1990, 5]; Jaeger/Henckel, aaO; MünchKomm-InsO/Hefermehl, aaO, § 55 Rn. 149; MünchKomm-InsO/Eckert, aaO, § 108 Rn. 113; Uhlenbruck/Wegener, InsO, 13. Aufl., § 108 Rn. 25, FK-InsO/Schumacher, 6. Aufl., § 55 Rn. 30; HK-InsO/Marotzke, aaO, § 108 Rn. 39) wie auch der Anspruch des Mieters auf insolvenzfesten Anlage des Kautionsbetrags (HK-InsO/Marotzke, aaO) nur als einfache Insolvenzforderungen geltend gemacht werden können. Die anders lautenden Auffassungen von Derleder (NZM 2004, 568, 577 f) und Streyl (Gewerbemiete und Teileigentum [GuT] 2009, 368, 371), die eine Pflicht der Masse zur insolvenzfesten Anlage der Mietkaution auch dann annehmen, wenn der Vermieter seiner Pflicht zur insolvenzfesten Anlage der Mietkaution bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen noch nicht nachgekommen ist, übersehen die Zäsurwirkung des § 108 Abs. 3 InsO (vgl. auch MünchKomm-InsO/Eckert, aaO, § 108 Rn. 113; Zipperer, ZfIR 2007, 388, 390 f).

12 bb) Sogar der Fall, dass ein Vermieter das Entstehen eines Aussonderungsrechts an dem Kautionsbetrag nach § 47 InsO bewusst verhindert hat (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 2007 – IX ZR 132/06, NJW 2008, 1152 [= WuM 2008, 149] Rn. 7 f), ist nicht anders zu beurteilen (vgl. HmbKomm-InsO/Ahrendt, 4. Aufl., § 108 Rn. 13; § 110 Rn. 9; Tintelnot in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2007, § 108 Rn. 27, 31; Flatow, AnwZert MietR 10/2008, Anm. 1; Zipperer, ZfIR 2007, 388, 391; a.A. im Ergebnis mit unterschiedlicher Begründung HK-InsO/Ma-

rotzke, aaO, § 108 Rn. 39; MünchKomm-InsO/Eckert, aaO, § 110 Rn. 25; Derleder, aaO; ders., NJW 2008, 1153; Streyl, aaO; Kießling, JZ 2004, 1146, 1155). Der gegenteilige Standpunkt wertet schuldrechtliche Ansprüche aus einer nicht vollzogenen Treuhandaabrede zu Ansprüchen gegen die Masse auf und bevorzugt den Mieter gegenüber den anderen Gläubigern (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juni 2003 – IX ZR 75/01, BGHZ 155, 227, 234 f; vom 20. Dezember 2007, aaO Rn. 8).

13 Auf einen solchen besonderen Schutz in der Insolvenz des Vermieters ist der Mieter im Übrigen nicht angewiesen. Will er sich vor einem Verlust der Mietsicherheit in der Insolvenz seines Vermieters schützen, kann er von den ihm eingeräumten Möglichkeiten Gebrauch machen, den Anspruch auf Anlage der Kautions vor Eintritt der Insolvenz durchzusetzen, indem er seinen Vermieter durch geeignete Maßnahmen dazu zwingt, die Kautions auf ein insolvenzfestes Sonderkonto einzuzahlen (vgl. insbesondere BGH, Urteil vom 13. Oktober 2010 – VIII ZR 98/10, NJW 2011, 59 [= WuM 2010, 752] Rn. 19)

14 cc) Soweit die Gegenansicht auf den gesetzgeberischen Willen in § 551 Abs. 3 BGB (für das Wohnraummietverhältnis) abstellt, wird verkannt, dass der Gesetzgeber sogar dem Mieter von Wohnraum kein Aus- oder Absonderungs- oder sonstiges Vorrecht in der Insolvenz seines Vermieters in Bezug auf die Kautions eingeräumt hat, sondern nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen seinen Vermieter auf insolvenzfesten Anlage des Geldes.

15 Ebenso wenig rechtfertigt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Kautionsanspruch des Mieters gegen den Zwangsverwalter die Entscheidung des Berufungsgerichts. Allerdings kann danach der Mieter gegenüber dem an die Stelle des insolventen Vermieters getretenen Zwangsverwalter die Rückgewähr der Kautions und ihre insolvenzfesten Anlage beanspruchen und insoweit auch ein Zurückbehaltungsrecht an der laufenden Miete bis zu einem Betrag in Höhe der gezahlten Mietkaution nebst Zinsen geltend machen. Dies gilt auch dann, wenn der Verwalter die Kautions vom Vermieter nicht erhalten hat (BGH, Urteil vom 9. März 2005 – VIII ZR 330/03, NZM 2005, 596, 598 [= WuM 2005, 460]; vom 11. März 2009 – VIII ZR 184/08, NJW 2009, 1673 [= WuM 2009, 289] Rn. 8; vom 23. September 2009 – VIII ZR 336/08, NJW 2009, 3505 [= WuM 2009, 668] Rn. 11). Der Grund liegt in § 152 Abs. 2 ZVG, wonach der Mietvertrag auch dem Verwalter gegenüber wirksam ist. Demgegenüber unterscheidet § 108 Abs. 1 und 3 InsO ausdrücklich zwischen Ansprüchen für die Zeit vor und nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

16 Aus dem Urteil des Senats vom 20. Dezember 2007 (aaO Rn. 6 ff) ergibt sich auch nichts Anderes. Hier hat der Senat zwar auf die Möglichkeiten des Mieters hingewiesen, seinen Anspruch auf separate Anlage der Mietsicherheit gegenüber dem Vermieter durchzusetzen. Daraus ist jedoch nicht zu entnehmen, dass dem Mieter ein insolvenzfestes Zurückbehaltungsrecht gegenüber Ansprüchen der Masse eingeräumt wird.

17 III. Das angefochtene Urteil kann damit keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Aufhebung nur wegen einer Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf den festgestellten Sachverhalt erfolgt und die Sache nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zur Endentscheidung reif ist, hat der Senat eine ersetzende Sachentscheidung zu treffen (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Berufung des Beklagten gegen das erstinstanzliche Urteil ist zurückzuweisen, weil das Amtsgericht zutreffend der Klage stattgegeben hat.

18 Der Kläger hat gegen den Beklagten aus § 535 Abs. 2 BGB, § 80 Abs. 1 InsO einen Anspruch auf Zahlung der vor Insolvenzeröffnung fällig gewordenen Mieten für die Monate April, Oktober 2008 und für die Zeit vom 1. bis zum 5. November 2008 in geltend gemachter Höhe. Gegen diesen Anspruch konnte der Beklagte nicht mit seinem Anspruch auf Rückgewähr der von ihm an die Schuldnerin erbrachten Barkautions gemäß § 95 Abs. 1 Satz 3, § 110 Abs. 3 Satz 2 InsO aufrechnen, weil dieser Anspruch zum Zeitpunkt der Insolvenzer-

öffnung nicht fällig war (vgl. BGH, Urteil vom 22. September 2005 – VII ZR 117/03, BGHZ 164, 159, 164; vom 21. Dezember 2006 – IX ZR 7/06, NZI 2007, 164 [= GuT 2007, 135] Rn. 9 ff). Die Fälligkeit des Rückgewähranspruchs ist bis Vertragsende und Ablauf der Abrechnungsfrist hinausgeschoben (BGH, Urteil vom 18. Januar 2006 – VIII ZR 71/05, NJW 2006, 1422 [= WuM 2006, 197] Rn. 8 f; Staudinger/Emmerich, BGB, 2010, § 551 Rn. 26, 29). Dass der Mietvertrag mit Rückgabe des Grundstücks durch den Kläger an die GmbH beendet und die Abrechnungsfrist abgelaufen war, ist nicht festgestellt. Den Ausführungen des Amtsgerichts, die Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs liege nach der Insolvenzeröffnung, ist keine der Parteien entgegengetreten. Wegen fehlender Gleichartigkeit konnte der Beklagte auch nicht mit seinen Forderungen im Zusammenhang mit der vertragswidrigen Nichtanlage der Barkautiön auf ein auf seinen Namen lautendes Sonderkonto aufrechnen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### §§ 535, 307, 310, 286 BGB

#### Geschäftsraummiete;

**Ladenlokal im Einkaufszentrum EKZ; Betriebskosten; Nebenkosten; Kosten „Verwaltung“, „Versicherungen“, „Centermanager“, „Hausmeister“, „Wartung und Instandhaltung“; Formularvertrag; Intransparenz; unangemessene Benachteiligung; Verzugszinsen auf Nebenkostenvorauszahlungen nach Abrechnungsreife**

a) Die formularmäßig vereinbarte Klausel eines Mietvertrages über Geschäftsräume, die dem Mieter eines in einem Einkaufszentrum belegenen Ladenlokals als Nebenkosten nicht näher aufgeschlüsselte Kosten des „Centermanagers“ auferlegt, ist intransparent und daher unwirksam; die Wirksamkeit einer daneben ausdrücklich vereinbarten Übertragung von Kosten der „Verwaltung“ wird dadurch allerdings nicht berührt (Fortführung des Senatsurteils vom 3. August 2011 – XII ZR 205/09 – NJW 2012, 54 [= GuT 2011, 268]).

b) Zur Umlagefähigkeit von Hausmeisterkosten.

c) Gerät der Mieter mit Nebenkostenvorauszahlungen in Verzug, bleiben dem Vermieter die aus dem Schuldnerverzug folgenden Rechte grundsätzlich auch nach dem Eintritt der Abrechnungsreife erhalten; ihm sind deshalb für die Zeit bis zur Abrechnungsreife auch dann noch Verzugszinsen auf rückständige Vorauszahlungen zuzusprechen, wenn die Betriebskostenvorauszahlungen selbst wegen eingetretener Abrechnungsreife nicht mehr verlangt werden können.

(BGH, Urteil vom 26. 9. 2012 – XII ZR 112/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien sind durch einen Formularmietvertrag über ein Ladenlokal in einem Nahversorgungszentrum in H. miteinander verbunden, der von ihren Rechtsvorgängern im Jahre 1995 abgeschlossen wurde. Die Klägerin als Vermieterin verlangt – soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse – Nachzahlungen auf ihre Betriebskostenabrechnungen für 2004, 2005 und 2006 sowie ausgerechnete Verzugszinsen wegen der unvollständigen bzw. verspäteten Zahlung der monatlichen Betriebskostenvorauszahlungen durch die Beklagte in den Jahren 2004 und 2005. Hinsichtlich der von der Klägerin erstellten Betriebskostenabrechnungen ist zwischen den Parteien insbesondere streitig, ob und in welchem Umfang einzelne, die Gemeinschaftseinrichtungen des Nahversorgungszentrums betreffende Nebenkosten wirksam (anteilig) auf die Mieter umgelegt worden sind. Insoweit heißt es im Vertrag:

„§ 8/II:

1. Sämtliche Nebenkosten des Nahversorgungszentrums, insbesondere alle Kosten des Betriebes und der Instandhaltung der technischen Anlagen werden von allen Mietern anteilig getragen. Nebenkosten werden in ihrer tatsächlich nachgewiesenen

Höhe ohne Beschränkung auf die in der Anl. 3 zu § 27 Abs. 1 der II. Berechnungsverordnung aufgeführten Kosten auf die Mieter umgelegt. Insbesondere sind dies die Kosten für:

- Heizung, darin enthalten die Kosten des Betriebs, der Wartung und Pflege und die Instandhaltung sowie des Energieverbrauchs aller Einrichtungen, die Heizungs- und Lüftungsanlage betreffend ...
- Hausmeister, Betriebspersonal, Centermanager und Verwaltung ...
- die Wartung und Instandhaltung aller technischen Einrichtungen einschließlich der Kosten des Betriebes ...
- Versicherungen ...“

2 Das Landgericht Halle hat die Klage teilweise für begründet gehalten und die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 61.388,90 € nebst Zinsen zu zahlen. Gegen diese Entscheidung haben beide Parteien Rechtsmittel eingelegt. Während die Berufung der Klägerin erfolglos geblieben ist, hat das Oberlandesgericht Naumburg die angefochtene Entscheidung auf die Berufung der Beklagten abgeändert und diese lediglich für verpflichtet gehalten, an die Klägerin 17.924,76 € nebst Zinsen zu zahlen. Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Klägerin.

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

4 I. Das Oberlandesgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Die Übertragung der Nebenkosten für „Versicherungen“ sei wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam. Zur Auslegung dieses Begriffes könne insbesondere nicht auf die Anlage 3 zur II. Berechnungsverordnung zurückgegriffen werden, weil die Parteien bei Vertragsschluss eine Beschränkung auf die dort genannten Versicherungen gerade nicht vereinbaren wollten. Auch die Kosten für die Wartung der Brandschutz- und Lüftungsanlagen könnten nicht auf die Mieter umgelegt werden. Wartungskosten dienen der Erhaltung des bestimmungsmäßigen Gebrauchs. Zwar dürften solche Aufwendungen in gewerblichen Mietverträgen auch formularmäßig auf den Mieter übertragen werden. Die darin liegende Abweichung vom gesetzlichen Leitbild finde allerdings dann ihre Grenzen, wenn dem Mieter die Erhaltungslast für gemeinschaftlich genutzte Flächen und Anlagen auferlegt werde. In solchen Fällen sei die Übertragung der Kosten auf den Mieter nur in einem bestimmten, zumutbaren Rahmen zulässig; eine solche Kostenbegrenzung sei aber nicht vorgesehen.

5 Die Übertragung der Nebenkosten für den „Centermanager“ sei unwirksam, weil es diesem Begriff an jeglicher Transparenz fehle und nicht ersichtlich sei, welche Kosten einbezogen werden und welche Leistungen hiervon erfasst werden sollten. Darin sei auch bei einem Vertragsschluss vor endgültiger Fertigstellung des Objekts kein Eingriff in die Vertragsfreiheit zu sehen, weil es auch in diesen Fällen Aufgabe des Vermieters sei, die unter den Begriff des Centermanagements fallenden Kosten zur Vermeidung einer uferlosen Ausweitung genau zu bezeichnen. Auch die Klausel, mit der die Nebenkosten für die „Verwaltung“ des Objekts auf die Mieter umgelegt werden, sei nicht hinreichend transparent. Zwar sei in formularmäßigen Gewerberaummietverträgen die Umlage von Verwaltungskosten grundsätzlich zulässig. Dies gelte aber nicht, wenn neben Verwaltungskosten auch noch Kosten für den Centermanager in die Klausel aufgenommen werden. Der Begriff des Centermanagements sei für sich schon intransparent; werde er neben den Begriff der Verwaltung gestellt, erhebe sich zusätzlich die Frage, welche Tätigkeiten durch die beiden Begriffe jeweils bezeichnet werden sollen. Dies lasse sich durch Auslegung nicht ermitteln und auch Anhaltspunkte für ein übereinstimmendes Verständnis der Parteien von diesen Begriffen fänden sich nicht.

6 Auch die Kosten für den „Hausmeister“ seien wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot nicht wirksam übertragen worden. Zwar sei die Vergütung des Hausmeisters als Betriebskostenposition im Sinne der Betriebskostenverordnung

grundsätzlich umlagefähig. § 2 Nr. 14 BetrKV nehme jedoch ausdrücklich solche Vergütungen von den umlagefähigen Betriebskosten aus, die dem Hausmeister für die Instandhaltung, Instandsetzung, Erneuerung, Schönheitsreparaturen oder die Hausverwaltung gewährt werden. Eine solche Beschränkung sei von den Parteien in § 8/II des Mietvertrages gerade nicht vorgenommen worden, so dass der Mieter nicht vorhersehen könne, welche Tätigkeiten des Hausmeisters durch die umgelegte Vergütung abgegolten werden sollen. Zudem könnten in den Hausmeisterkosten auch solche Kosten enthalten sein, die eine Instandhaltung oder Instandsetzung von Allgemeinbereichen betreffen. Die Klausel sei daher auch deshalb unwirksam, weil sie der Beklagten ohne Kostenbegrenzung die Erhaltungslast der gemeinsam mit anderen Mietern genutzten Flächen und Anlagen auferlege.

7 Schließlich könne die Klägerin auch keine Verzugszinsen auf die zunächst rückständig gebliebenen Nebenkostenvorauszahlungen für die Jahre 2004 und 2005 verlangen. Nach Abrechnung der Nebenkosten bestehe allenfalls ein vertraglicher Anspruch des Vermieters auf Nachzahlung eines möglichen Abrechnungssaldos, nicht jedoch mehr auf Zahlung einer Vorauszahlung. Ein Nachzahlungsanspruch bestehe für die Klägerin indessen nicht, so dass sich die Beklagte auch nicht in Verzug befunden habe.

8 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

9 1. Ohne Erfolg wendet sich die Revision allerdings gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass die Nebenkosten für „Versicherungen“ und „Centermanager“ wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot nicht wirksam auf die Beklagte übertragen worden seien.

10 a) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Gerade bei Vereinbarungen zur Übertragung von Mietnebenkosten kommt diesem Transparenzgebot eine besondere Bedeutung zu. Mietnebenkosten sind Bestandteil der Miete. Die Angemessenheit und Marktgerechtigkeit der von ihm zu zahlenden Miete kann der Mieter nur dann verlässlich beurteilen, wenn er sich anhand einer ausdrücklichen und inhaltlich genügend bestimmten Umlagevereinbarung zumindest ein grobes Bild davon machen kann, welche zusätzlichen Kosten neben der Grundmiete auf ihn zukommen können (Senatsurteil vom 6. April 2005 – XII ZR 158/01 – NZM 2005, 863, 865 [= GuT 2005, 213]). Abzustellen ist dabei auf die Erkenntnismöglichkeit eines durchschnittlichen Mieters zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses (Senatsurteil vom 24. Februar 2010 – XII ZR 69/08 – NZM 2010, 279 [= GuT 2010, 96] Rn. 8 mwN).

11 An diesen Grundsätzen ändert auch die von der Revision hervorgehobene marktbeherrschende Stellung der Beklagten im Bereich des Einzelhandels nichts. Verstöße gegen das Transparenzverbot entsprechen nicht den Gebräuchen und Gepflogenheiten im Handelsverkehr (§ 310 Abs. 1 Satz 2 BGB). Es trifft sicherlich zu, dass ein marktmächtiger Vertragspartner auf Mieterseite eher in der Lage sein wird, seine Vorstellungen bei den Vertragsverhandlungen mit dem Vermieter durchzusetzen. Hieraus lässt sich aber nicht etwa eine Verpflichtung des marktmächtigen Mieters ableiten, bereits vor Vertragsschluss auf die Konkretisierung oder Beseitigung intransparenter oder sonst benachteiligender Klauseln zu dringen (vgl. Senatsurteil vom 3. August 2011 – XII ZR 205/09 – NJW 2012, 54 [= GuT 2011, 268] Rn. 16). Denn die Verantwortung für den Inhalt von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist im rechtlichen Ausgangspunkt stets vom Klauselverwender – und somit hier von der Vermieterin – zu übernehmen (vgl. Schmidt NZM 2012, 495, 497).

12 b) Nach den oben genannten Maßstäben ist die Übertragung der Kosten für „Versicherungen“ unwirksam. Die Klausel

ist inhaltlich unklar, weil sie dem Mieter keine Anhaltspunkte dafür bietet, im Rahmen seiner wirtschaftlichen Kalkulation Art und Höhe der möglicherweise auf ihn zukommenden Versicherungskosten abschätzen zu können. Der Senat hat aus diesem Grunde schon vergleichbare Klauseln, welche bei der Geschäftsraummiete eine Übertragung der Kosten für „übliche Versicherungen“ zum Gegenstand hatten, im Hinblick auf einen Verstoß gegen das Transparenzgebot für unwirksam erachtet (Senatsurteil vom 6. April 2005 – XII ZR 158/01 – NZM 2005, 863, 865 [= GuT 2005, 213]).

13 Entgegen der Auffassung der Revision kann zur Ausfüllung des im Vertrag verwendeten Versicherungsbegriffes auch nicht auf die in Nr. 13 der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der II. Berechnungsverordnung bzw. nunmehr in § 2 Nr. 13 BetrKV enthaltene Definition zurückgegriffen werden. Zwar steht einer Heranziehung dieser für die Wohnraummiete geltenden Regelwerke als Hilfsmittel zur Bestimmung umlegbarer Kosten nicht grundsätzlich entgegen, dass sie für die Geschäftsraummiete nicht einschlägig sind. Im vorliegenden Fall scheidet ein Auslegungsrückgriff auf die genannten Bestimmungen allerdings aus, denn unabhängig davon, dass sich die maßgeblichen Regelungen in der II. Berechnungsverordnung bzw. in der BetrKV nicht allgemein zu Versicherungskosten, sondern nur zu einer Definition der Kosten für die Sach- und Haftpflichtversicherung verhalten, hat das Berufungsgericht mit Recht darauf abgestellt, dass eine Beschränkung der auf den Mieter umzulegenden Versicherungskosten auf die Kosten der in Nr. 13 der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der II. Berechnungsverordnung gesetzlich definierten Versicherungen nach der eindeutigen Formulierung in den Einleitungssätzen zu § 8/II Nr. 1 des Mietvertrages ausgeschlossen werden sollte. Ergibt sich aus dem Vertrag aber die ausdrückliche Bestimmung, dass eine Beschränkung auf die in der II. Berechnungsverordnung bzw. der BetrKV gesetzlich definierten Sach- und Haftpflichtversicherungen nicht gewollt ist, kann eine Auslegung des in der Klausel verwendeten Versicherungsbegriffes nicht zu dem Ergebnis führen, dass (nur) gerade diese gesetzlich definierten Versicherungen auf den Mieter übertragen worden seien.

14 c) Der Senat hat zwischenzeitlich entschieden, dass bei der Geschäftsraummiete die formularmäßig vereinbarte Übertragung nicht näher aufgeschlüsselter Kosten eines „Centermanagers“ auf den Mieter unwirksam ist, da es diesem Begriff an ausreichender Transparenz fehlt (Senatsurteil vom 3. August 2011 – XII ZR 205/09 – NJW 2012, 54 [= GuT 2011, 268] Rn. 15). An dieser Beurteilung hält der Senat fest.

15 Das Berufungsgericht hat zutreffend ausgeführt, dass die Klausel nicht erkennen lasse, welche Kosten einbezogen werden oder welche Leistungen dem Inhalt nach vom Centermanagement erfasst werden sollen. Gerade weil die Klägerin daneben auch eine Umlage von Verwaltungskosten, Kosten für den Hausmeister sowie Raumkosten für Büro-, Verwaltungs- und Technikräume verlangt, ist nicht ersichtlich, welche sonstigen Kosten noch unter dem Begriff des Centermanagements anfallen. Zur Beschreibung des Tätigkeitsbereichs eines „Centermanagers“ stehen weder DIN-Normen noch etwa allgemein anerkannte Richtlinien einer Berufsorganisation zur Verfügung (Schultz PiG Bd. 85 <2009>, 105, 109; Blank LMK 2011, 323293). Eine von allen beteiligten Marktkreisen in der Immobilienwirtschaft anerkannte Übung, wonach der Begriff des Centermanagements stets in einem bestimmten Sinne aufzufassen sei, hat die Klägerin nicht aufgezeigt und das Berufungsgericht nicht festgestellt. Aus sich heraus erlaubt der Begriff des Centermanagements keine Eingrenzung der damit inhaltlich verbundenen Einzelpositionen, weil etwa auch Aufwendungen für Marktanalysen, Ermittlung von Kundenwünschen, Werbe- und PR-Maßnahmen, Dekoration, Veranstaltungen sowie sonstige Profilierungsmaßnahmen davon erfasst sein könnten. Weil der Umfang der durch den Centermanager zu ergreifenden Maßnahmen im vorliegenden Mietvertrag auch nicht im Einzelnen beschrieben und eingegrenzt worden ist, können die hierunter entstehenden Kosten für die Mieterin nicht einmal im Groben

abgeschätzt werden, so dass die Klausel intransparent und daher unwirksam ist (Senatsurteil vom 3. August 2011 – XII ZR 205/09 – NJW 2012, 54 [=GuT 2011, 268] Rn. 15).

16 2. Das Berufungsgericht geht ferner zu Recht davon aus, dass die formularmäßige Überbürdung der Kosten für einen „Hausmeister“ und für die „Wartung und Instandhaltung aller technischen Einrichtungen“ den Mieter im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB unangemessen benachteiligt, soweit ihm dadurch die Erhaltungslast für das gesamte Nahversorgungszentrum auferlegt werden kann.

17 a) Nach § 535 Abs. 1 BGB hat der Vermieter dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Ihm obliegt somit die Instandhaltung und Instandsetzung des Mietobjekts. Die Verpflichtung zur Instandhaltung und Instandsetzung kann nach der Rechtsprechung des Senats bei der Geschäftsraummiete formularmäßig auf den Mieter übertragen werden, soweit sie sich auf Schäden erstreckt, die dem Mietgebrauch oder der Risikosphäre des Mieters zuzuordnen sind. Die zulässige Abweichung vom gesetzlichen Leitbild findet aber dort ihre Grenze, wo dem Mieter die Erhaltungslast von gemeinsam mit anderen Mietern genutzten Flächen und Anlagen ohne Beschränkung der Höhe nach auferlegt wird. Denn damit werden dem Mieter auch Kosten übertragen, die nicht durch seinen Mietgebrauch veranlasst sind und die nicht in seinen Risikobereich fallen. Ihm werden dadurch, dass er die gemeinschaftlich genutzten Flächen und Anlagen in dem bei Mietbeginn bestehenden, in der Regel gebrauchten Zustand vorfindet, die Kosten für die Behebung anfänglicher Mängel bzw. bereits vorhandener Abnutzungen durch Reparatur oder Erneuerung überbürdet, deren Höhe für ihn nicht überschaubar ist. Darüber hinaus werden ihm Kosten für Schäden auferlegt, die von Dritten verursacht worden sind, für deren Handeln er keine Verantwortung trägt, so dass auch insoweit ihm nicht zurechenbare und der Höhe nach nicht vorhersehbare Kosten auf ihn übertragen werden. Diese Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild des Mietvertrages benachteiligen den Mieter unangemessen; die Übertragung der Erhaltungslast gemeinschaftlich genutzter Flächen und Anlagen ist nur dann wirksam, wenn sie in einem zumutbaren, durch eine Kostenbegrenzung beschriebenen Rahmen erfolgt (Senatsurteil vom 6. April 2005 – XII ZR 158/01 – NZM 2005, 863, 865 [=GuT 2005, 213]).

18 b) Nach diesen Grundsätzen hält die hier verwendete Klausel zur Übertragung der Hausmeisterkosten einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB nicht stand.

19 aa) Zutreffend weist die Revision allerdings darauf hin, dass die formularmäßige Übertragung von Hausmeisterkosten in der Geschäftsraummiete jedenfalls dann keinen grundsätzlichen Bedenken begegnet, wenn zur Ausfüllung des in den Vertragsbedingungen verwendeten Hausmeisterbegriffes auf Nr. 14 der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der II. Berechnungsverordnung bzw. in § 2 Nr. 14 BetrKV zurückgegriffen werden kann. Nach der gesetzlichen Definition gehören zu den Kosten des Hauswarts die Vergütung, die Sozialbeiträge und alle geldwerten Leistungen, die dem Hauswart für seine Arbeit gewährt werden, soweit diese nicht die Instandhaltung, Instandsetzung, Erneuerung, Schönheitsreparaturen oder die Hausverwaltung betrifft. Soweit es den Tätigkeitsbereich des Hausmeisters angeht, beschränken sich die Verordnungen somit auf die (negative) Regelung, welche Bestandteile der einem Hausmeister gezahlten Vergütung nicht auf den Mieter umgelegt werden können. Inhalt und Bedeutung des Hausmeisterbegriffes werden vom Verordnungsgeber dagegen ersichtlich als bekannt vorausgesetzt; hinsichtlich der Anforderungen an die Transparenz vertraglicher Bestimmungen können keine strengeren Maßstäbe angelegt werden.

20 bb) Unter den hier obwaltenden Umständen hat das Berufungsgericht aber entscheidungserheblich darauf abgestellt,

dass die in Nr. 14 der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der II. Berechnungsverordnung enthaltene Beschränkung der umlagefähigen Hausmeisterkosten durch den zweiten Einleitungssatz zu § 8/II Nr. 1 des Mietvertrages ausdrücklich ausgeschlossen worden ist. Mit Recht weist das Berufungsgericht daher darauf hin, dass diese vertragliche Gestaltung es dem Vermieter ermöglicht, über die Umlage der Hausmeistervergütung auch einen Teil der Kosten für die Instandsetzung und Instandhaltung von Gemeinschaftsflächen auf die Mieter abzuwälzen. Eine solche Regelung zu den Hausmeisterkosten ist nur dann wirksam, wenn der Mieter insgesamt durch eine Kostenobergrenze gegen die „uferlose“ Übertragung der Erhaltungslast für Allgemeinbereiche geschützt ist (vgl. auch OLG Düsseldorf ZMR 2008, 45, 46 [=GuT 2007, 361]; OLG Frankfurt Urteil vom 17. Januar 2008 – 27 U 25/07 – juris Rn. 13; Langenberg Betriebs- und Heizkostenrecht 6. Aufl. Rn. B 95).

21 Schließlich kommt es auch nicht in Betracht, die Klausel zur Übertragung der Hausmeisterkosten mit einem zulässigen – etwa an Nr. 14 der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der II. Berechnungsverordnung bzw. § 2 Nr. 14 BetrKV orientierten – Inhalt aufrechtzuerhalten. Unabhängig davon, dass die Parteien eine solche einschränkende Auslegung der Klausel gerade ausgeschlossen haben, steht dem auch das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion entgegen.

22 c) Mit Recht hat das Berufungsgericht ferner die Klausel, wonach dem Mieter die Kosten der „Wartung und Instandhaltung aller technischen Einrichtungen einschließlich der Kosten des Betriebes“ übertragen worden sind, für unwirksam erachtet. Der Senat hat bereits entschieden, dass eine formularmäßige Bestimmung, wonach der Mieter in einem Einkaufszentrum unter anderem die Wartungs- und Instandhaltungskosten für „alle technischen Einrichtungen (z. B. Telefonzentrale, Musikübertragungsanlage, Blumen und Pflanzen etc.) einschließlich Außenanlagen und Parkplätzen“ zu tragen habe, eine unangemessene Benachteiligung des Mieters darstellt, weil ihm dadurch ohne Begrenzung der Höhe nach die Kosten der Erhaltung des gesamten Einkaufszentrums und seiner Gemeinschaftsanlagen aufgebürdet werden (Senatsurteil vom 6. April 2005 – XII ZR 158/01 – NZM 2005, 863, 865 [=GuT 2005, 213]). Die gleichen Wirksamkeitsbedenken ergreifen auch die vorliegende Klausel, die sich entgegen der Auffassung der Revision einer einschränkenden Auslegung dahingehend, dass der Mieter nur für die Erhaltung derjenigen technischen Einrichtungen einzustehen habe, die seinem Mietgebrauch ausgesetzt oder seiner Risikosphäre zuzuordnen sind, aufgrund ihrer bewusst weiten Fassung entzieht. Soweit es die Wartung der technischen Einrichtungen betrifft, verfängt auch der Hinweis der Revision darauf, dass nach Nr. 4 lit. a der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der II. Berechnungsverordnung bzw. nach § 2 Nr. 4 lit. a BetrKV Wartungskosten selbst auf einen Wohnraummietler abgewälzt werden könnten, nicht. Denn diese Vorschriften verhalten sich lediglich zu den Kosten des Betriebes einer Heizungsanlage, die im vorliegenden Fall in einer besonderen Klausel erfasst sind.

23 3. Rechtlichen Bedenken begegnet es demgegenüber, dass das Berufungsgericht auch die Übertragung der Kosten für die „Verwaltung“ wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot für unwirksam gehalten hat.

24 a) Der Senat hat bereits entschieden, dass bei der Geschäftsraummiete der in Formulklauseln verwendete Begriff der „Kosten der Verwaltung“ im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB hinreichend bestimmt ist. Zur Ausfüllung des Begriffs der Verwaltungskosten kann auf die im Wesentlichen übereinstimmenden Definitionen in § 26 Abs. 1 der II. Berechnungsverordnung bzw. in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV zurückgegriffen werden. Auch der Umstand, dass die Verwaltungskosten in der Wohnraummiete gerade aus den umlegbaren Kosten herausgenommen worden sind, hindert nicht daran, im Bereich der Geschäftsraummiete zur Ausfüllung des Begriffs der Verwaltungskosten auf eine vorhandene gesetzliche Definition zurückzugreifen. Wenn die im Einzelfall anfallenden Verwaltungs-



sten weitere als die gesetzlich definierten Positionen erfassen, so folgt daraus, dass die Kosten insoweit bei Heranziehung der gesetzlichen Definition nicht umgelegt werden können. Wenn sich die Kostenpositionen teilweise überschneiden, ist bei der Betriebskostenabrechnung darauf zu achten, dass Kosten nicht doppelt abgerechnet werden. Die Transparenz des Begriffs der Verwaltungskosten wird durch all dies aber nicht grundlegend in Frage gestellt (Senatsurteil BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 [= GuT 2010, 23] Rn. 24 f., vgl. auch Senatsurteile vom 24. Februar 2010 – XII ZR 69/08 – NZM 2010, 279 [= GuT 2010, 96] Rn. 9 und vom 4. Mai 2011 – XII ZR 112/09 – NZM 2012, 83 [= GuT 2011, 48] Rn. 8). Dies hat das Berufungsgericht auch nicht verkannt.

25 b) Soweit das Berufungsgericht eine Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Formulklausel daraus hergeleitet hat, dass darin dem Begriff der „Verwaltung“ der – für sich genommen intransparente – Begriff des „Centermanagers“ an die Seite gestellt wurde, trägt dies den vom Berufungsgericht gezogenen Schluss der Intransparenz nicht.

26 aa) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Senatsentscheidung vom 9. Dezember 2009 (Senatsurteil BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 [= GuT 2010, 23]). Zwar hatte der Senat dort ausgeführt, dass an der wirksamen Übertragung von Verwaltungskosten Bedenken bestehen könnten, wenn in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in wesentlichen Bereichen gleichartige Kosten – wie etwa die des Centermanagements – neben die Verwaltungskosten gestellt werden und dadurch Unklarheiten entstehen (Senatsurteil BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 [= GuT 2010, 23] Rn. 26). Diese Ausführungen waren allerdings auf solche Fälle zugeschnitten, in denen sämtliche im weiteren Sinne administrativen Tätigkeiten – mithin auch die in § 26 Abs. 1 der II. Berechnungsverordnung bzw. in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV beschriebenen Verwalteraufgaben – unter einem einzigen unbestimmten Begriff zusammengefasst werden. In solchen Fällen wäre es wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion nicht möglich, die Klausel auf einen zulässigen Inhalt – etwa auf die in § 26 Abs. 1 der II. Berechnungsverordnung bzw. in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV definierten Verwaltungskosten – zurückzuführen (OLG Düsseldorf WuM 2012, 203, 204).

27 bb) Wenn demgegenüber in der zur Beurteilung stehenden Klausel – wie hier – der Begriff der „Verwaltung“ ausdrücklich neben dem Begriff des „Centermanagements“ Verwendung findet, bleibt die Übertragung der Verwaltungskosten mit dem durch die Verordnungsdefinitionen ausgefüllten Inhalt wirksam (Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht 6. Aufl. Rn. B 102; vgl. bereits Senatsurteil vom 3. August 2011 – XII ZR 205/09 – NJW 2012, 54 [= GuT 2011, 268]). Denn lässt sich eine Formulklausel nach ihrem Wortlaut aus sich heraus verständlich und sinnvoll in einen inhaltlich zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil trennen, so begegnet die Aufrechterhaltung des zulässigen Teils nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keinen rechtlichen Bedenken (vgl. zuletzt Senatsurteile BGHZ 178, 158 = NJW 2008, 3772 [= GuT 2008, 436] Rn. 32 und vom 6. April 2005 – XII ZR 158/01 – NZM 2005, 863, 865 [= GuT 2005, 213]).

28 4. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann die Klägerin von der Beklagten aus §§ 286, 288 BGB auch die ausgerechneten Verzugszinsen auf die rückständig gewesenen Nebenkostenvorauszahlungen in Höhe von 8349,88 € (2004) und 5233,88 € (2005) verlangen.

29 aa) Richtig ist zwar der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass der Anspruch des Vermieters auf Zahlung von Betriebskostenvorauszahlungen mit der Betriebskostenabrechnung für die entsprechende Periode, spätestens aber mit dem Ablauf einer angemessenen Abrechnungsfrist (vgl. dazu Senatsurteil BGHZ 184, 117 = NJW 2010, 1065 [= GuT 2010, 26] Rn. 37 ff.) untergeht und sich danach der Anspruch des Vermieters nur noch auf einen möglicherweise zu seinen Gunsten ergebenden Saldo aus der Betriebskostenabrechnung richtet.

Dies ändert aber nichts daran, dass sich der Mieter mit den Betriebskostenvorauszahlungen in einem Schuldnerverzug befand, der bis zur Erteilung der Betriebskostenabrechnung bzw. bis zum Ablauf der Abrechnungsfrist andauerte. Die aus dem Schuldnerverzug folgenden Rechte bleiben dem Vermieter grundsätzlich auch nach dem Eintritt der Abrechnungsreife erhalten, so dass ihm auch dann noch Verzugszinsen auf rückständige Vorauszahlungen zuzusprechen sind, wenn die Betriebskostenvorauszahlungen selbst nicht mehr verlangt werden können (vgl. OLG Düsseldorf OLGR 2000, 231, 233 [= WuM 2000, 212 KL]; OLG Rostock OLGR 2002, 34, 37; Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rn. 544; Langenberg Betriebs- und Heizkostenrecht 6. Aufl. Rn. J 13; Schmid NZM 2007, 555, 556; Geldmacher NZM 2001, 921, 922). Für diese Beurteilung ist es auch unerheblich, ob sich aus der Betriebskostenabrechnung für die entsprechende Periode ein Saldo zugunsten des Vermieters ergibt oder nicht. Die Verzinsungspflicht endet spätestens mit der Abrechnungsreife; dem trägt die Zinsberechnung der Klägerin Rechnung.

30 bb) Der Beklagten steht gegen die Klägerin auch kein Gegenanspruch auf eine (teilweise) Befreiung von den Verzugszinsen zu, weil die Klägerin im Hinblick auf die Unwirksamkeit einzelner Vereinbarungen zur Übertragung von Allgeminkosten des Nahversorgungszentrums zu einer Herabsetzung der laufenden Nebenkostenvorauszahlungen verpflichtet gewesen wäre. Eine solche Verpflichtung der Klägerin bestand jedenfalls für die Vorauszahlungen in den Streitjahren 2004 und 2005 nicht.

31 Die Anpassung von Nebenkostenvorauszahlungen ist in § 8/II Nr. 5 des Mietvertrages geregelt. Hiernach konnten die monatlichen Nebenkostenvorauszahlungen durch schriftliche Erklärung des Vermieters je nach Höhe der tatsächlichen oder zu erwartenden Kosten angemessen herauf- oder herabgesetzt werden. Gegen die Wirksamkeit einer solchen vertraglichen Regelung, die dem Vermieter ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht hinsichtlich der Höhe der vom Mieter zu zahlenden Nebenkostenvorauszahlungen einräumt, bestehen in der Geschäftsraummiete keine grundsätzlichen Bedenken; der Vermieter hat in diesen Fällen gemäß § 315 BGB seine Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen (vgl. Sonnenschein NJW 1992, 265, 266 f.; Langenberg Betriebs- und Heizkostenrecht 6. Aufl. Rn. E 24). Der Vermieter überschreitet die Grenze des ihm eingeräumten Entscheidungsspielraums grundsätzlich nicht, wenn er die Höhe der Vorauszahlungen – wie hier – nach dem Ergebnis einer formell ordnungsgemäßen Betriebskostenabrechnung für die jeweils vergangene Abrechnungsperiode bemisst. Da der Vermieter im Zusammenhang mit der Bewirtschaftung des Mietobjektes selbst gegenüber Lieferanten oder Leistungsanbietern Zahlungspflichten übernommen hat, darf er bei der Ausübung seines Ermessens dem eigenen Liquiditätsinteresse gegenüber Bedenken des Mieters an der Umlagefähigkeit einzelner Kostenpositionen jedenfalls so lange den Vorzug geben, wie er selbst Vertrauen in die inhaltliche Richtigkeit seiner Abrechnung in Anspruch nehmen kann. Dies gilt erst recht, wenn die von ihm gestellten Betriebskostenabrechnungen in der Vergangenheit jahrelang unbeanstandet ausgeglichen worden sind.

32 5. Auf die Revision der Klägerin ist das Berufungsurteil aufzuheben, soweit zu ihrem Nachteil erkannt worden ist (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da der Klägerin, wie der Senat abschließend entscheiden kann (§ 563 Abs. 3 ZPO), ein Anspruch auf Verzugszinsen in der von ihr geltend gemachten Höhe zusteht, ist ihre Klage insoweit begründet. Im Übrigen ist die Sache noch nicht zur Endentscheidung reif, weil das Berufungsgericht – aus seiner Sicht folgerichtig – noch keine Feststellungen zu den Nebenkosten, insbesondere zu deren Angemessenheit und zur Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots getroffen hat. Die insoweit gebotene Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht gibt der Klägerin Gelegenheit, ergänzend dazu vorzutragen, ob die von ihr geltend gemachten Kosten der „Verwal-

“ nur auf solchen Verwaltungstätigkeiten beruhen, die der gesetzlichen Definition in § 26 Abs. 1 der II. Berechnungsverordnung bzw. in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV entsprechen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 288, 556 BGB**  
**Gewerberaummiete;**  
**verspätete Betriebskostenabrechnung; Verzinsung eines Betriebskostenguthabens des Mieters**

**Wenn ein Betriebskostenguthaben verspätet an den Mieter ausbezahlt wird, weil der Vermieter mit der Verpflichtung auf Erstellung einer Betriebskostenabrechnung in Verzug geraten ist, ergibt sich ein Anspruch auf gesetzliche Verzugszinsen auch nicht aus einer entsprechenden Anwendung des § 288 Abs. 1 BGB.**

(BGH, Urteil vom 5. 12. 2012 – XII ZR 44/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten im Rahmen der Widerklage nur noch darüber, ob die Beklagte von der Klägerin Verzugszinsen wegen der verspäteten Abrechnung von Betriebskosten verlangen kann.

2 Die Beklagte hatte von der Klägerin Gewerberäume angemietet. Das Mietverhältnis endete am 31. Dezember 2009.

3 Neben der Nettomiete für die angemieteten Räume vereinbarten die Parteien Betriebskostenvorauszahlungen. Nach § 13 des Mietvertrags sollten die entstandenen Nebenkosten „in einem Zeitraum von zwölf Monaten in tatsächlicher Höhe abgerechnet“ werden.

4 Die Klägerin rechnete die Betriebskosten für die Jahre 2002 bis 2007 nicht binnen zwölf Monaten seit dem Ende des jeweiligen Abrechnungszeitraums ab. Erst nach einer schriftlichen Aufforderung durch die Beklagte vom 25. August 2009 erstellte sie die Betriebskostenabrechnungen, aus denen sich ein erhebliches Guthaben zu Gunsten der Beklagten ergab. Dieses wurde von der Klägerin sodann vollständig ausgeglichen.

5 Mit der Klage hat die Klägerin rückständige Miete für den Monat November 2009 geltend gemacht. Mit der Widerklage verlangt die Beklagte wegen der verspäteten Abrechnung für die Guthaben aus den Abrechnungszeiträumen 2004 bis 2007 jeweils vom ersten Tag des Folgejahres an bis zum Zeitpunkt der Abrechnung die Zahlung gesetzlicher Verzugszinsen.

6 Das Landgericht Potsdam hat der Widerklage stattgegeben. Das Oberlandesgericht Brandenburg hat auf die Berufung der Klägerin das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Widerklage abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision möchte die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen.

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

8 I. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Beklagten auf Zahlung von Verzugszinsen auf das Abrechnungsguthaben verneint. Zur Begründung hat es ausgeführt, es fehle bereits an der konkreten Festlegung eines Abrechnungszeitraumes für die Betriebskostenvorauszahlungen, um die Fälligkeit der vorzunehmenden Abrechnung kalendermäßig bestimmen zu können. Im Mietvertrag laute es hierzu nur, dass die Betriebskosten in einem Zeitraum von zwölf Monaten in tatsächlicher Höhe abzurechnen seien. Diese Formulierung lasse für sich betrachtet bereits keine kalendermäßige Bestimmung der Abrechnungsfrist zu. Da die Parteien im Mietvertrag nicht bestimmt hätten, dass die Betriebskostenvorauszahlungen für das im Juni bzw. Juli 2004 begonnene Mietverhältnis als Rumpffjahr und danach kalenderjährlich abgerechnet werden, habe es in jedem Fall einer Mahnung durch die Beklagte bedurft, um die Klägerin in Verzug zu setzen. Zwar seien Betriebskostenvorauszahlungen auch in Gewerberaummietverhältnissen regelmäßig jährlich abzurechnen; dies bedeute aber nicht zwangsläufig, dass dies kalenderjährlich geschehen müsse, sondern unterliege der Ver-

einbarung der Parteien. Sei der Beginn des Abrechnungszeitraums vertraglich nicht vereinbart, habe der Vermieter insoweit gemäß § 315 BGB ein Leistungsbestimmungsrecht. Dass die Klägerin dieses Leistungsbestimmungsrecht hier bereits vor der tatsächlich durchgeführten Abrechnung im August bzw. September 2009 ausgeübt habe, sei von den Parteien nicht vorge-tragen worden. Entsprechend fehle es an der Vereinbarung einer kalendermäßig bestimmten Leistung.

9 Aber selbst wenn man von einer kalendermäßig bestimmten Fälligkeit der Leistung und damit von einem möglichen Verzugseintritt ohne Mahnung ausginge, sei Voraussetzung für den Erfolg der Widerklage, dass auch der Anspruch des Mieters auf Erstattung etwaiger Überzahlungen mit Ablauf der Abrechnungsfrist fällig werde. Dieser werde aber erst mit Erteilung der Abrechnung fällig. Soweit der Bundesgerichtshof für die Geschäftsraummiete entschieden habe, dass der Vermieter in der Regel spätestens bis zum Ablauf des zwölften Monats nach dem Ende des – zu vereinbarenden – Abrechnungszeitraums die Betriebskostenabrechnung zu erteilen habe, folge hieraus lediglich, dass der Mieter ab diesem Zeitpunkt den Vermieter auf Erteilung der Betriebskostenrechnung in Anspruch nehmen könne und keine weiteren Vorauszahlungen auf die Betriebskosten mehr erbringen müsse. Dies gelte jedenfalls solange das Mietverhältnis nicht beendet sei. Der Mieter sei grundsätzlich hinreichend dadurch geschützt, dass er nicht nur einen Anspruch auf Abrechnung der Betriebskosten habe, sondern die fortlaufenden Vorauszahlungen gemäß § 273 BGB verweigern könne. Damit könne er Druck auf den Vermieter ausüben, damit dieser die geschuldete Abrechnung erteile. Ein Anspruch auf Rückzahlung der bereits entrichteten Vorschüsse – den die Beklagte im Streitfall im Übrigen nicht geltend mache – komme dagegen erst mit Beendigung des Mietverhältnisses in Betracht. Die Klägerin habe die Betriebskosten jedoch vor Beendigung des Mietverhältnisses abgerechnet und die Abrechnungsguthaben an die Beklagte ausgekehrt. Entsprechend sei die Klägerin weder mit der Rückerstattung zu viel bezahlter Betriebskosten noch mit einem Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Vorschüsse in Verzug geraten. Der Beklagten stünden daher die geltend gemachten Verzugszinsen unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu.

10 II. Die Entscheidung hält den Angriffen der Revision im Ergebnis stand. Sie erweist sich jedenfalls deshalb als richtig, weil die Beklagte von der Klägerin weder in direkter noch in entsprechender Anwendung des § 288 Abs. 1 BGB Verzugszinsen für die zwischenzeitlich an sie ausbezahlten Betriebskostenguthaben verlangen kann.

11 1. Nach § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine Geldschuld, mit der der Schuldner in Verzug geraten ist, zu verzinsen. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen bereits deshalb nicht vor, weil die Klägerin in dem Zeitraum, für den die Beklagte Verzugszinsen verlangt, nur zur Erstellung einer Betriebskostenabrechnung verpflichtet war und daher keine Geldschuld vorlag. Die Beklagte konnte in dem genannten Zeitraum von der Klägerin weder die Erstattung eines Betriebskostenguthabens noch die Rückerstattung der geleisteten Vorauszahlungen auf die Betriebskosten verlangen.

12 a) Grundsätzlich wird der Anspruch des Mieters auf Rückerstattung zu viel bezahlter Betriebskosten erst mit der Erteilung einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung fällig (BGHZ 113, 188 = NJW 1991, 836 [= WuM 1991, 150]; BGH Urteil vom 9. März 2005 – VIII ZR 57/04 – NJW 2005, 1499, 1501 [= WuM 2005, 337]). Da die Klägerin nach den von der Revision unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts die Betriebskostenabrechnungen für die Abrechnungszeiträume 2004 bis 2007 erst im August bzw. September 2009 erstellt hat, wurde der Anspruch der Beklagten auf Erstattung der Betriebskostenguthaben erst zu diesem Zeitpunkt fällig.

13 b) Die Beklagte hatte bis zur Erstellung der Betriebskostenabrechnungen auch keinen Anspruch gegen die Klägerin

auf Rückzahlung der geleisteten Betriebskostenvorauszahlungen.

14 Zwar kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Mieter nach Ablauf der Abrechnungsfrist unmittelbar die Rückzahlung der in dem Abrechnungszeitraum geleisteten Betriebskostenvorauszahlungen verlangen, wenn der Vermieter nicht innerhalb einer angemessenen Frist über die Betriebskosten abgerechnet hat, es sei denn, der Vermieter ist an der Einhaltung der Frist aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen gehindert gewesen (BGH Urteil vom 9. März 2005 – VIII ZR 57/04 – NJW 2005, 1499, 1501 [= WuM 2005 aaO]). Dies gilt jedoch nur, wenn der Vermieter bis zur Beendigung des Mietverhältnisses keine Betriebskostenabrechnung erstellt hat. Während eines laufenden Mietverhältnisses ist der Mieter bereits dadurch ausreichend geschützt, dass er im Falle der verspäteten Abrechnung die Zahlung weiterer Betriebskostenvorauszahlungen bis zur Erstellung der Betriebskostenabrechnung gemäß § 273 Abs. 1 BGB verweigern kann (Senatsurteil vom 27. Januar 2010 – XII ZR 22/07 – NJW 2010, 1065 [= GuT 2010, 26] Rn. 39; BGH Urteil vom 29. März 2006 – VIII ZR 191/05 – NJW 2006, 2552 Rn. 11 f. [= WuM 2006, 383]). Zudem kann der Mieter für die Abrechnungszeiträume, in denen er während des noch laufenden Mietverhältnisses die Möglichkeit gehabt hätte, von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch zu machen, auch nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht unmittelbar die Rückzahlung der geleisteten Vorauszahlungen auf die Betriebskosten verlangen (BGH Urteil vom 26. September 2012 – VIII ZR 315/11 – NJW 2012, 3508 [= GuT-W 2012, 16] Rn. 10).

15 Danach stand der Beklagten bis zur Erstellung der Betriebskostenabrechnung kein Anspruch auf Rückzahlung der in den Jahren 2004 bis 2007 geleisteten Betriebskostenvorauszahlungen zu. In diesen Abrechnungszeiträumen hätte die Beklagte jeweils die Möglichkeit gehabt, hinsichtlich der Betriebskostenvorauszahlungen ihr Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB auszuüben und so die Klägerin zur Erstellung der Betriebskostenabrechnungen anzuhalten. Die Voraussetzungen für den vom Bundesgerichtshof im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung entwickelten Rückzahlungsanspruch lagen daher nicht vor (vgl. BGH Urteil vom 29. März 2006 – VIII ZR 191/05 – NJW 2006, 2552 [= WuM 2006, 383] Rn. 12). Da das Mietverhältnis nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erst zum 31. Dezember 2009 endete, konnte die Beklagte lediglich hinsichtlich der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2008 kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Dieser Abrechnungszeitraum ist jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, so dass dahingestellt bleiben kann, wann die Fälligkeit des Erstattungsanspruchs für diesen Abrechnungszeitraum eingetreten ist.

16 2. Entgegen der Auffassung der Revision ergibt sich ein Anspruch auf Verzugszinsen für die Beklagte auch nicht aus der entsprechenden Anwendung des § 288 Abs. 1 BGB.

17 a) Zu der Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Mieter bei einer unterbliebenen oder verspäteten Abrechnung der Betriebskosten Verzugszinsen auf sein Guthaben verlangen kann, werden unterschiedliche Auffassungen vertreten.

18 Teilweise wird eine entsprechende Anwendung des § 288 Abs. 1 BGB bejaht und angenommen, dass ein Vermieter, der schuldhaft nicht fristgerecht über die Betriebskosten abgerechnet habe, ein etwaiges Guthaben des Mieters gemäß § 288 Abs. 1 BGB verzinsen müsse (AG Berlin-Mitte GE 2005, 805; Staudinger/Weitemeyer BGB <2010> § 556 Rn. 135; Neuhaus Handbuch der Geschäftsraummiete 4. Aufl. Rn. 1056; Beyerle in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete Rn. 145; Kirsch/Leonhard GE 2010, 1306).

19 Eine andere Ansicht lehnt eine entsprechende Anwendung des § 288 Abs. 1 BGB mit der Begründung ab, der Vermieter schulde nur eine fristgerechte Abrechnung und damit keine Geldschuld iSv § 288 Abs. 1 BGB. Außerdem sei der Mieter

vor den Folgen einer verspäteten Abrechnung durch die Möglichkeit, in einem laufenden Mietverhältnis die Zahlung weiterer Betriebskostenvorauszahlungen verweigern und bei einem beendeten Mietverhältnis unmittelbar die Rückzahlung der geleisteten Vorauszahlungen verlangen zu können, ausreichend geschützt (Beuermann GE 2010, 1306, 1307; Kinne GE 2005, 768; Schmid Handbuch der Mietnebenkosten 12. Aufl. Rn. 3187; vgl. dazu auch Schmid GE 2005, 905 f.).

20 b) Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an. § 288 Abs. 1 BGB kann nicht entsprechend angewendet werden, wenn ein Betriebskostenguthaben verspätet an den Mieter ausbezahlt wird, weil der Vermieter mit der Verpflichtung auf Erstellung einer Betriebskostenabrechnung in Verzug geraten ist.

21 aa) § 288 Abs. 1 BGB gewährt dem Gläubiger einer Geldschuld einen Anspruch auf Verzugszinsen in der durch die Vorschrift festgelegten Höhe, ohne dass ein konkreter Verzugschaden dargelegt werden muss (vgl. BGH Urteil vom 25. April 2006 – XI ZR 271/05 – NJW 2006, 2398 Rn. 9). Damit trägt das Gesetz dem Umstand Rechnung, dass die Vorenthaltung geschuldeten Geldes stets einen Schaden darstellt, weil die mit dem Besitz von Geld verbundenen Nutzungsmöglichkeiten regelmäßig geldwerte Vorteile bieten, die dem Gläubiger durch die Nichterfüllung einer Geldschuld genommen werden (so schon BGHZ 74, 231 = NJW 1979, 1494). Der Sinn der Regelung des § 288 Abs. 1 BGB liegt jedoch nicht nur in einer abstrakten Entschädigung des Gläubigers für die entbehrte Kapitalnutzung (BGHZ 94, 330 = NJW 1985, 2325, 2326). Durch die in § 288 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BGB bestimmte Höhe der Verzugszinsen soll der Schuldner auch angehalten werden, eine Geldschuld pünktlich zu erfüllen (Staudinger/Löwisch/Feldmann BGB <2009> § 288 Rn. 4; Prütting/Wegen/Weinreich BGB 7. Aufl. § 288 Rn. 1; Erman/Hager BGB 13. Aufl. § 288 Rn. 1). Die Vorschrift trägt insoweit dem besonderen Schutzbedürfnis des Gläubigers einer Geldforderung Rechnung. Insbesondere dann, wenn der Gläubiger zur Vorleistung verpflichtet war, steht ihm in der Regel keine effektive Möglichkeit zur Verfügung, den Schuldner zur Zahlung zu veranlassen. Ein Zurückbehaltungsrecht kann er nach Erbringung der eigenen Leistung nicht mehr ausüben. Ein konkreter Verzugschaden in einer Höhe, die den Schuldner zur Zahlung bewegen könnte, wird von ihm oft nicht dargelegt werden können. Die in § 288 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BGB bestimmten Verzugszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz bzw. acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, verhindern, dass der Schuldner aus der Zahlungsverzögerung oder Verweigerung wirtschaftliche Vorteile zieht und für seine Vertragsuntreue gleichsam belohnt wird (so schon BGHZ 94, 330 = NJW 1985, 2325, 2326 mwN; vgl. dazu auch BT-Drucks. 14/1246 S. 5, 14/6040 S. 148 f. und MünchKommBGB/Ernst 6. Aufl. § 288 Rn. 4).

22 bb) Aufgrund dieses gerade auf den Verzug mit einer Geldschuld bezogenen Schutzzwecks des § 288 Abs. 1 BGB kann diese Vorschrift nicht entsprechend angewendet werden, wenn der Vermieter eine Betriebskostenabrechnung nicht fristgerecht erfüllt und in der Folge ein Betriebskostenguthaben verspätet an den Mieter ausgezahlt wird.

23 Zwar führt die verspätete Abrechnung der Betriebskosten in den Fällen, in denen sich aufgrund der Abrechnung ein Guthaben für den Mieter ergibt, dazu, dass dem Mieter (jedenfalls zeitweise) unberechtigt ein Geldbetrag vorenthalten wird. Aufgrund des vom Gesetzgeber bewusst eng gefassten Anwendungsbereichs des § 288 Abs. 1 BGB kann die Vorschrift jedoch nicht auf alle Fälle angewendet werden, in denen mittelbar die Verschaffung von Geld geschuldet wird (Staudinger/Löwisch/Feldmann BGB <2009> § 288 Rn. 11).

24 Der Vermieter ist nach Ablauf der Abrechnungsfrist zunächst nur dazu verpflichtet, eine Betriebskostenabrechnung zu erstellen. Erst nach der Erstellung der Abrechnung und unter der Voraussetzung, dass die vom Mieter im Abrechnungs-

zeitraum geleisteten Vorauszahlungen die Höhe der abrechnungsfähigen Betriebskosten übersteigen, erlangt der Mieter einen auf die Zahlung von Geld gerichteten Anspruch. Entsprechen die abrechnungsfähigen Betriebskosten den geleisteten Vorauszahlungen oder übersteigen sie diese sogar, steht dem Mieter auch bei einer verspäteten Abrechnung kein Zahlungsanspruch zu. Dies zeigt, dass der Anspruch des Mieters auf Abrechnung der Betriebskosten nicht mit einer Geldschuld iSv § 288 Abs. 1 BGB gleichgesetzt werden kann, bei der von vornherein feststeht, dass dem Gläubiger durch eine verspätete Leistung des Schuldners Geld vorenthalten wird.

25 Hinzu kommt, dass der Mieter anders als der Gläubiger einer „echten“ Geldschuld über ausreichende Möglichkeiten verfügt, den Vermieter zur Erstellung der Betriebskostenabrechnung zu veranlassen. Während eines laufenden Mietverhältnisses kann er die Zahlung weiterer Betriebskostenvorauszahlungen gemäß § 273 Abs. 1 BGB verweigern. Da die zurückbehaltenen Betriebskostenvorauszahlungen regelmäßig schnell die Höhe eines etwaigen Rückzahlungsguthabens des Mieters erreichen, kann davon ausgegangen werden, dass der Vermieter die Betriebskostenabrechnung zeitnah erstellen wird, um die laufenden Betriebskostenvorauszahlungen wieder zu erhalten (vgl. BGH Urteil vom 29. März 2006 – VIII ZR 191/05 – NJW 2006, 2552 [= WuM 2006, 383] Rn. 13). Im beendeten Mietverhältnis kann der Mieter nach Ablauf der Abrechnungsfrist sofort die Rückzahlung der geleisteten Betriebskostenvorschüsse verlangen und diese gegebenenfalls auch im Wege einer Klage geltend machen, ohne zuvor auf die Erstellung der Betriebskostenabrechnung klagen zu müssen (BGH Urteil vom 9. März 2005 – VIII ZR 57/04 – NJW 2005, 1499, 1501 [= WuM 2005, 337]). Darüber hinaus hat der Mieter auch die Möglichkeit, den Vermieter in Verzug zu setzen und einen konkreten Schaden, der ihm aufgrund der verspäteten Abrechnung entstanden ist, nach §§ 280 Abs. 2, 286, 249 BGB geltend zu machen, etwa wenn der Mieter einen Überziehungskredit in Anspruch nimmt. Schließlich kann der Mieter auch eine abstrakte Schadensberechnung nach § 252 BGB vornehmen, wenn er zum Beispiel geltend machen kann, er habe das Guthaben gewinnbringend anlegen können (vgl. hierzu Schmid GE 2005, 905 f.).

26 Eine zusätzliche Möglichkeit, den Vermieter zur Erbringung der geschuldeten Leistung zu veranlassen, erfordert der Schutz des Mieters nicht. Entgegen der Auffassung der Revision besteht nicht die Gefahr, dass der Vermieter durch eine verzögerte Abrechnung die Fälligkeit des Erstattungsanspruchs des Mieters unangemessen hinauszögert. Der Mieter kann durch die genannten Möglichkeiten auf eine rasche Erstellung der Betriebskostenabrechnung hinwirken und damit die Fälligkeit eines etwaigen Erstattungsanspruches herbeiführen.

27 cc) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Soweit dort verschiedentlich eine entsprechende Anwendbarkeit von § 288 Abs. 1 BGB angenommen wurde, beruhte dies jeweils auf den Besonderheiten der geltend gemachten Ansprüche, weshalb sich diese Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall nicht übertragen lässt. Im Urteil vom 26. April 1979 (BGHZ 74, 231 = NJW 1979, 1494), in dem der Bundesgerichtshof die entsprechende Anwendbarkeit des § 288 Abs. 1 BGB für einen Anspruch auf Verschaffung eines zinslosen Darlehens bejaht hat, wurde zur Begründung maßgeblich darauf abgestellt, dass die Nichterfüllung dieses Anspruchs der Vorenthaltung von Geld gleichkomme. In beiden Fällen werde dem Gläubiger die mit dem Besitz von Geld verbundene Nutzungsmöglichkeit (zumindest zeitweise) genommen. Dies rechtfertige, beide Fälle schadensmäßig gleich zu beurteilen.

28 Im Urteil vom 15. September 2005 (III ZR 28/05 – NJW 2005, 3709, 3710) hat der Bundesgerichtshof darauf abgestellt, dass der in diesem Verfahren geltend gemachte Anspruch auf Herausgabe von Geld gemäß § 667 Alt. 2 BGB wie eine „normale“ Geldschuld behandelt werden könne und daher § 288 Abs. 1 BGB entsprechend anzuwenden sei.

29 Zuletzt hat der Bundesgerichtshof im Urteil vom 25. April 2006 (BGHZ 167, 268 = NJW 2006, 2398) für den Fall des Verzugs mit einer Freigabeerklärung für hinterlegtes Geld die entsprechende Anwendbarkeit von § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB bejaht. Zur Begründung hat er ausgeführt, dass § 288 BGB nach Sinn und Zweck der Vorschrift auch in diesem Fall gelten müsse, weil dem Gläubiger ein Geldbetrag, auf den er einen Anspruch habe, schuldhaft und rechtswidrig vorenthalten werde. Zwar schulde der Schuldner nicht das hinterlegte Geld. Aber die Auszahlung des Geldes an den Gläubiger hänge allein von der Freigabeerklärung ab, so dass die Freigabeforderung einen Geldbetrag zum Gegenstand habe. Lediglich der äußeren Form nach sei der Anspruch nicht auf Zahlung von Geld, sondern auf die Einwilligung in die Auszahlung von Geld gerichtet.

30 Diese Rechtsprechung kann auf den vorliegenden Fall nicht übertragen werden. In den genannten Entscheidungen begründete der Bundesgerichtshof die entsprechende Anwendbarkeit des § 288 Abs. 1 BGB jeweils maßgeblich mit der Erwägung, dass die geltend gemachten Ansprüche unmittelbar darauf gerichtet waren, dem Gläubiger einen Geldbetrag zu verschaffen. Dieses gemeinsame Merkmal rechtfertigte die Gleichstellung mit einer „echten“ Geldschuld. Die Verpflichtung des Vermieters zur Erstellung einer Betriebskostenabrechnung weist dieses Merkmal hingegen nicht auf. Der Mieter kann von seinem Vermieter zunächst nur die Erstellung einer ordnungsgemäßen Abrechnung über die im Abrechnungszeitraum angefallenen Betriebskosten verlangen (§ 556 Abs. 3 Satz 1 BGB). Diesen Anspruch erfüllt der Vermieter bereits dadurch, dass er eine den von der Rechtsprechung entwickelten Vorgaben entsprechende Abrechnung erstellt (vgl. hierzu Palandt/Weidenkaff BGB 71. Aufl. § 535 Rn. 93 mwN) und diese dem Mieter übermittelt. Ein vertraglicher Rückerstattungsanspruch steht dem Mieter, wenn der Vermieter ordnungsgemäß abgerechnet hat, nur zu, soweit die geleisteten Nebenkostenvorauszahlungen durch die in dem betreffenden Abrechnungszeitraum tatsächlich angefallenen Nebenkosten nicht aufgezehrt sind (vgl. BGH Urteil vom 9. März 2005 – VIII ZR 57/04 – NJW 2005, 1499, 1501 [= WuM aaO]). Der Anspruch auf Erstellung einer Betriebskostenabrechnung ist daher nicht unmittelbar auf die Verschaffung eines Geldbetrags gerichtet und somit nicht mit den in den genannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs geltend gemachten Ansprüchen vergleichbar.

31 3. Da die Beklagte mit der Widerklage allein die Verzinsung ihres Betriebskostenguthabens nach § 288 Abs. 1 BGB begehrt und einen weiteren Verzugsschaden nicht konkret dargelegt hat, muss der Senat die zwischen den Parteien streitige Frage, ob sich die Klägerin auch ohne Mahnung durch die Beklagte mit der Erstellung der Betriebskostenabrechnung für die Jahre 2004 bis 2007 in Verzug befand, nicht entscheiden.

32 4. Die Revision ist danach als unbegründet zurückzuweisen. Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### § 573 BGB

**Wohnraummiete; Kündigung; berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietvertrags; Nutzung der Mietwohnung ausschließlich zu beruflichen Zwecken; im Haus wohnender Vermieter; Interessenabwägung nach der Sozialklausel**

**Auch wenn der Vermieter, der eine andere Wohnung in demselben Haus bewohnt, die vermietete Wohnung nicht nur überwiegend, sondern ausschließlich für seine berufliche Tätigkeit nutzen will, ist das hierdurch begründete Interesse gemäß § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB an der Beendigung des Mietverhältnisses den in § 573 Abs. 2 BGB beispielhaft aufgeführten gesetzlichen Kündigungsgründen gleichwertig (Fortführung von BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2005 – VIII ZR 127/05, NZM 2005, 943 [= GuF 2006, 38 KL = WuM 2005, 779]).**

(BGH, Versäumnisurteil vom 26. 9. 2012 – VIII ZR 330/11)

**Hinw. d. Red.:** Vollständige Veröffentlichung in GuT-W 2012, 23 (Beilage zu GuT Heft 66).

Die BGH-Pressemitteilung Nr. 159/2012 vom 26. 9. 2012 zum Urteil vom 26. 9. 2012 – VIII ZR 330/11 – lautet:

»Benötigung der Mietwohnung für berufliche Zwecke als Kündigungsgrund des Vermieters

Der Bundesgerichtshof hat sich heute in einer Entscheidung mit der Frage befasst, ob die Absicht des Vermieters, die Mietwohnung zu rein beruflichen Zwecken zu nutzen, ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses darstellen kann.

Die Beklagten sind Mieter einer Wohnung des Klägers in Berlin. Mit Schreiben vom 2. November 2009 kündigte der Kläger das Mietverhältnis zum 30. April 2010 und begründete dies damit, dass seine Ehefrau beabsichtige, ihre Anwaltskanzlei nach Berlin in die von den Beklagten gemietete Wohnung zu verlegen. Die Beklagten widersprachen der Kündigung und machten Härtegründe geltend.

Das Amtsgericht Charlottenburg hat die Räumungsklage des Klägers abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers hat das Landgericht Berlin zurückgewiesen.

Die vom Bundesgerichtshof zugelassene Revision des Klägers hatte Erfolg (Urteil vom 26. September 2012 – VIII ZR 330/11). Der unter anderem für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass auch dann, wenn der Vermieter die vermietete Wohnung ausschließlich für seine berufliche Tätigkeit oder die eines Familienangehörigen nutzen will, ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses gemäß § 573 Abs. 1 BGB vorliegen kann. Dieses ist aufgrund der verfassungsrechtlich geschützten Berufsfreiheit nicht geringer zu bewerten als der in § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB gesetzlich geregelte Eigenbedarf des Vermieters zu Wohnzwecken. Das gilt umso mehr, wenn sich – wie hier nach dem Vortrag des Klägers revisionsrechtlich zu unterstellen ist – die selbst genutzte Wohnung des Vermieters und die vermietete Wohnung in demselben Haus befinden.

Der Bundesgerichtshof hat die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen, da dieses zu den für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung maßgeblichen Umständen keine Feststellungen getroffen und nicht geprüft hat, ob Härtegründe nach § 574 BGB vorliegen.«

### § 831 BGB

**Untermiete im Einkaufszentrum EKZ;  
Schutzbereich des Hauptmietvertrags;  
fehlerhafte Bewerbung mit Besucherzahlen durch  
konzernangehörige Vermietungsgesellschaft;  
Verschulden bei Vertragsschluss**

**a) Ob ein Geschäftsherrn-/Verrichtungsgehilfenverhältnis besteht, beurteilt sich nach den tatsächlichen Umständen.**

**b) Zu den Voraussetzungen eines solchen Verhältnisses zwischen konzernangehörigen Gesellschaften.**

(BGH, Urteil vom 6. 11. 2012 – VI ZR 174/11)

**1 Zum Sachverhalt:** Die Klägerin, eine Apothekerin, macht als Untermieterin vertragliche und deliktische Schadensersatz-, Freistellungs- und Feststellungsansprüche für behauptete Vermögensschäden im Zusammenhang mit Vertragsverhandlungen über den Abschluss eines Mietvertrags geltend.

**2** Die Beklagte ist Rechtsnachfolgerin der D. Bank AG (im Folgenden D. Bank). Diese war Eigentümerin eines Einkaufszentrums in W. Das gesamte Vermietungsgeschäft für das Einkaufszentrum wurde von der A. C. GmbH (im Folgenden A.), einer „Konzernschwester“ der D.-Bank, organisiert und durchgeführt.

**3** Die Klägerin überlegte im Jahr 2004, in dem Einkaufszentrum eine Apotheke zu eröffnen. Sie beauftragte ihre vormalige Streithelferin, deren Rechtsnachfolgerin inzwischen insolvent geworden ist, mit Verhandlungen über die Anmietung von Räumen für eine Apotheke. Bei den zwischen A. und der Streithelferin am 26. November 2004 geführten Vertragsverhandlungen erklärte die für A. tätige Centermanagerin B., dass im Durchschnitt von einer täglichen Besucherzahl von rund 28.000 Personen ausgegangen werden könne. Mit dieser Besucherzahl warb A. auch in ihrem Internetauftritt sowie in Flyern. Im Februar 2005 mietete die Streithelferin Räume von der D.-Bank an, in denen die Klägerin ihre Apotheke betreiben sollte. Am 16. Juni 2005 unterzeichneten die Streithelferin und die Klägerin einen Untermietvertrag. Im Juli 2005 begann die Klägerin mit dem Betrieb der Apotheke in dem Einkaufszentrum. Ab September 2005 bezahlte sie nicht mehr die volle Miete, weil die Besucherzahl von täglich 28.000 Personen nicht erreicht werde.

**4** Das Landgericht Oldenburg hat die Beklagte zur Zahlung von 424.543,55 € verurteilt und im Übrigen die Klage und die Widerklage abgewiesen. Das Berufungsgericht [OLG Oldenburg] hat auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen und die auf Zahlung einer Nutzungsschädigung gerichtete weitergehende Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge aus der Berufungsinstanz weiter.

**5 Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht hat vertragliche Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte verneint. Es lehnt auch eine deliktische Haftung der Beklagten nach § 831 Abs. 1 BGB ab. Eine widerrechtliche Schadenszufügung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB scheidet bereits deshalb aus, weil sich aus dem Vortrag der Klägerin keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands ergäben. Auch die Voraussetzungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB lägen nicht vor. Es könne offen bleiben, ob die Angaben der Centermanagerin B. über die Besucherzahlen objektiv falsch gewesen seien oder einen Hinweis erforderten, dass sie möglicherweise nicht repräsentativ seien, und ob B. vorsätzlich und sittenwidrig gehandelt habe. Der Anspruch scheitere jedenfalls an einer Exkulpation gemäß § 831 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB.

**6** Die A. sei Verrichtungsgehilfin der D.-Bank. B. sei Verrichtungsgehilfin der A. Die Beklagte habe aber bewiesen, dass der Schaden mit Sicherheit auch bei voller Überwachung eingetreten wäre. Sie habe das bankfremde Vermietungsgeschäft auf die A. ausgelagert. Diesem Zweck liefe die Annahme einer ins Einzelne gehenden Kontrollpflicht zuwider. Selbst eine stichprobenartige Kontrolle hätte sich nur darauf beziehen müssen, ob die A. bei der Vermietung den rechtlichen Rahmen und die üblichen Standards einhält. Da der von B. genannte Durchschnitt von täglich 28.000 Besuchern auf dem Ergebnis eines Marktforschungsgutachtens beruhe, könne eine mögliche Pflichtverletzung der A. lediglich darin bestehen, dass A. nicht darauf hingewiesen habe, dass die Zahlen der in der Vorweihnachtszeit durchgeführten Erhebung möglicherweise nicht repräsentativ seien. Diesen Fehler hätte die D.-Bank aber nur bemerken können, wenn sie sich inhaltlich mit dem Gutachten befasst und dessen Ergebnis einer kritischen Würdigung unterzogen hätte. Die dazu erforderliche Überwachungstätigkeit im Kernbereich der übertragenen Aufgabe würde die Anforderungen erheblich überspannen, zumal die A. keine besonders gefährgeneigte Tätigkeit übernommen habe.

**7** II. Die Beurteilung des Berufungsgerichts hält im Ergebnis revisionsrechtlicher Überprüfung stand.

**8** 1. Ohne Erfolg rügt die Revision, dass das Berufungsgericht vertragliche Schadensersatzansprüche abgelehnt hat. Vertragliche Schadensersatzansprüche der Klägerin gegen die D.-Bank (und damit gegen die Beklagte als deren Rechtsnachfol-

gerin) scheiden aus, weil keine direkten vertraglichen Beziehungen zwischen ihnen bestanden und die Klägerin auch nicht in den Schutzbereich des Hauptmietvertrages einbezogen ist.

9 a) Der allein in Betracht kommende Schadensersatzanspruch nach den Grundsätzen eines Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter kommt nur in Frage, wenn der Dritte bestimmungsgemäß mit der Leistung in Berührung kommt, der Vertragspartner ein Interesse an der Einbeziehung des Dritten hat, dies für den Schuldner erkennbar ist und der Dritte keine eigenen vertraglichen Ansprüche desselben Inhalts hat (BGH, Urteile vom 20. März 1995 – II ZR 205/94, BGHZ 129, 136, 167, 169; vom 22. Juli 2004 – IX ZR 132/03, NJW 2004, 3630, 3632). Eine Einbeziehung des Untermieters in den Schutzbereich des Hauptmietvertrages scheidet regelmäßig deshalb aus, weil dem Untermieter eigene vertragliche Ansprüche gegen den Hauptmieter zustehen (BGH, Urteile vom 15. Februar 1978 – VIII ZR 47/77, BGHZ 70, 327, 329 f. [= WuM 1978, 234]; vom 2. Juli 1996 – X ZR 104/94, BGHZ 133, 168, 173 f.; vom 20. Dezember 1978 – VIII ZR 69/78, WPM 1979, 307, 308). Dass der Anspruch gegen den eigenen Vertragspartner wegen dessen Insolvenz wirtschaftlich praktisch wertlos ist, ändert hieran nichts, denn die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte sollen dem Dritten nicht das Insolvenzrisiko seines Vertragspartners abnehmen (BGH, Urteil vom 22. Juli 2004 – IX ZR 132/03, NJW 2004, 3630, 3632).

10 b) Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, dass die Klägerin hier keine Garantieansprüche wegen Mängeln, sondern Ansprüche wegen einer Pflichtverletzung der D.-Bank bei Vertragsverhandlungen mit der Streithelferin der Klägerin gemäß § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB geltend macht. Die Revision meint, da hier nicht die für Haupt- und Untermieter inhaltsgleiche Haftung nach § 536a BGB betroffen sei, sondern eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss, die sich nach den jeweiligen konkreten Umständen der Vertragsverhandlungen richte, stehe der Klägerin kein eigener gleichartiger vertraglicher Schadensersatzanspruch gegenüber ihrer Vertragspartnerin zu. Für die Beurteilung, ob dem Dritten eigene gleichwertige (vgl. BGH, Urteil vom 2. Juli 1996 – X ZR 104/94, BGHZ 133, 168, 176) Schadensersatzansprüche zustehen, die eine Einbeziehung in den Schutzbereich des fremden Vertrags entbehrlich machen, kommt es indes nicht auf die Anspruchsgrundlage, sondern auf die Voraussetzungen und den Umfang des Schadensersatzanspruchs an. Hierauf bezogen entspricht aber der eigene vertragliche Anspruch der Klägerin gegen ihre Streithelferin als Vermieterin des Untermietvertrages deren Anspruch gegen die D.-Bank als Vermieterin des Hauptmietvertrages.

11 c) Der Schadensersatzanspruch der vormaligen Streithelferin gegen die D.-Bank wegen vorvertraglicher Pflichtverletzungen durch die behauptete fehlerhafte Auskunft über die zu erwartenden Besucherzahlen geht von seinen Voraussetzungen und seinem Umfang nicht über die vertraglichen oder vorvertraglichen Schadensersatzansprüche hinaus, die der Klägerin gegen ihre Streithelferin zustehen.

12 aa) Grundlage der Haftung der Streithelferin gegenüber der Klägerin kann nur eine Pflichtverletzung aus einem selbständigen Beratungs- oder Auskunftsvertrag oder eine Verletzung vorvertraglicher Beratungs- und Auskunftsansprüche (vgl. BGH, Urteil vom 3. Dezember 1991 – XI ZR 300/90, BGHZ 116, 209, 211 f.) im Zusammenhang mit dem Abschluss des Untermietvertrages sein. Die Streithelferin war verpflichtet, die an die Klägerin zu vermietenden Räume daraufhin zu überprüfen, ob sie zum wirtschaftlichen Betrieb einer Apotheke geeignet sind. Die sich aus der Verletzung dieser Pflicht ergebenden Scha-

densersatzansprüche sind auf das negative Interesse gerichtet. Danach ist die Klägerin so zu stellen, wie sie bei ordnungsgemäßer Erfüllung der Beratungs- und Auskunftspflicht stünde (vgl. BGH, Urteile vom 6. April 2001 – V ZR 394/99, NJW 2001, 2875, 2876; vom 11. Juni 2011 – V ZR 144/09, WuM 2011, 524 Rn. 8). Wenn die Streithelferin sich ohne eigene Prüfung auf die Auskunft der für die A. tätigen Centermanagerin B. verlassen hat, wäre ihr dies als schuldhaftes Pflichtverletzung zuzurechnen.

13 bb) Die vertraglichen Schadensersatzansprüche der Streithelferin gegen die D.-Bank gehen darüber nicht hinaus. In diesem Verhältnis kommt ebenfalls ein Anspruch wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen (§ 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB) in Betracht, der auf das negative Interesse gerichtet ist. Die D.-Bank hat nach dem Vortrag der Klägerin durch falsche Angaben zu den Besucherzahlen ihre Auskunftspflicht verletzt. Ein Verschulden der Centermanagerin B. ist der D.-Bank gemäß § 278 Satz 1 BGB zuzurechnen. Auch der hieraus resultierende Anspruch setzt Verschulden voraus, dessen Fehlen zur Beweislast des Anspruchsgegners, hier also der D.-Bank, steht. Mithin bedarf es einer Einbeziehung in den Schutzbereich des mit der D.-Bank geschlossenen Hauptmietvertrages nicht.

14 2. Ohne Erfolg rügt die Revision auch, dass das Berufungsgericht eine deliktische Haftung gemäß § 831 Abs. 1 BGB abgelehnt hat. Entgegen der Begründung des Berufungsgerichts folgt dies bereits daraus, dass A. nicht als Verrichtungsgehilfin der D.-Bank anzusehen ist.

15 Maßgebend für die Einordnung als Verrichtungsgehilfe sind die tatsächlichen Verhältnisse. Verrichtungsgehilfe im Sinne von § 831 BGB ist nur, wer von den Weisungen seines Geschäftsherrn abhängig ist. Ihm muss von einem anderen, in dessen Einflussbereich er allgemein oder im konkreten Fall ist und zu dem er in einer gewissen Abhängigkeit steht, eine Tätigkeit übertragen worden sein. Das dabei vorausgesetzte Weisungsrecht braucht nicht ins Einzelne zu gehen. Entscheidend ist, dass die Tätigkeit in einer organisatorisch abhängigen Stellung vorgenommen wird. Es genügt, dass der Geschäftsherr die Tätigkeit des Handelnden jederzeit beschränken oder entziehen oder nach Zeit und Umfang bestimmen kann (vgl. Senatsurteil vom 10. März 2009 – VI ZR 39/08, VersR 2009, 784 Rn. 11; BGH, Urteile vom 30. Juni 1966 – VII ZR 23/65, BGHZ 45, 311, 313; vom 25. Februar 1988 – VII ZR 348/86, BGHZ 103, 298, 303; vom 12. Juni 1997 – I ZR 36/95, VersR 1998, 862, 863).

16 Der Personenkreis, der nach diesen Grundsätzen „zu einer Verrichtung bestellt“ ist, unterscheidet sich von dem Kreis der Erfüllungsgehilfen im Sinne von § 278 BGB durch den Mangel an Selbstständigkeit und Eigenverantwortlichkeit. Während selbständige Unternehmen ohne weiteres Erfüllungsgehilfen sein können, setzt die Qualifikation als Verrichtungsgehilfe Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit voraus (MünchKommBGB/Wagner, 5. Aufl., § 831 Rn. 14). Daran fehlt es in der Regel bei selbständigen Unternehmen, unabhängig davon, ob sie mit dem Unternehmen, für das sie eine bestimmte Aufgabe wahrnehmen, in einem Konzernverhältnis stehen. Die Übertragung von Aufgaben auf ein bestimmtes Unternehmen innerhalb eines Konzerns dient regelmäßig gerade dem Zweck, durch die selbständige – nicht weisungsgebundene – Erledigung der Aufgabe andere Teile des Konzerns zu entlasten. Der pauschale Vortrag der Klägerin, dass das gesamte Vermietungsgeschäft für das Einkaufszentrum von der A. für die Rechtsvorgängerin der Beklagten organisiert und durchgeführt wurde, führt im Streitfall nicht zu einer anderen Wertung. Dies mag zwar eine Erfüllungsgehilfeneigenschaft der A. für die D.-Bank begründen, die für einen Verrichtungsgehilfen erforderliche Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit ergibt sich daraus aber nicht. Die Klägerin hat insoweit auch keine konkreten Umstände aufgezeigt, die eine Abweichung von dem für selbständige Unternehmen geltenden Grundsatz rechtfertigten.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 986, 988 BGB;  
§§ 19, 20, 45, 95, 312, 131, 280, 286, 78, 122 ZGB;  
Art. 232 §§ 2, 4 EGBGB; § 16 VermG;  
§§ 1a, 6a, 11 VZOG  
DDR; Neue Bundesländer; Überlassungsverträge nach  
Zivilgesetzbuch; Vertrag zur gewerblichen Nutzung eines  
Grundstücks; Überlassung volkseigener Grundstücke  
durch Nutzungsverträge eines zuständigen volkseigenen  
Betriebs VEB; Überlassung vor Scheitern des  
Restitutionsantrags; Recht zum Besitz ohne  
vereinbarte Zahlungsverpflicht**

**Das Zivilgesetzbuch der DDR – ZGB – stand der vertraglichen unentgeltlichen Überlassung eines (volkseigenen) Grundstücks durch volkseigene Betriebe zur gewerblichen Nutzung nicht entgegen. Der ungekündigte Vertrag begründete ein – mangels abweichender Vereinbarung fortwirkend unentgeltliches – Recht zum Besitz auch bei Vertragsübergang (Zuordnung) auf neue Rechtsträger.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BGH, Beschluss vom 13.10.2011 – V ZR 33/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Beklagte war Gesellschafter eines privaten Unternehmens, das ein Betriebsgrundstück in Sachsen hatte und 1972 enteignet wurde. Das Grundstück wurde in Volkseigentum überführt und zuletzt einem VEB Denkmalschutz als Rechtsträger zugewiesen. Am 11. März 1990 beantragte der Beklagte die Restitution des Unternehmens. Der VEB übergab dem Beklagten daraufhin im Vorgriff auf die als sicher angesehene Restitution das Grundstück, das dieser ihm sogleich wieder überließ. Mit Mietvertrag vom 9. September 1991 vermietete der Beklagte das Grundstück zunächst dem inzwischen (durch Einzelumwandlung) in eine GmbH umgewandelten VEB und später einem Abschleppunternehmen. Auf Grund einer Einigung zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem VEB erteilte die zuständige Zuordnungsbehörde der Bundesrepublik Deutschland unter dem 29. Mai 2001 einen Zuordnungsbescheid, demzufolge diese Eigentümerin des Betriebsgrundstücks ist. Die Bundesrepublik trat am 6. April 2001 als Vermieterin in den Mietvertrag mit dem Abschleppunternehmen ein. Mit Bescheid vom 12. September 2001 wurde der Restitutionsantrag des Beklagten (mangels Erreichens des Quorums nach § 6 Abs. 1a Satz 2 VermG) zurückgewiesen. Die Klägerin verlangt aus abgetretenem Recht der Bundesrepublik von dem Beklagten Herausgabe der von ihm von 1990 bis zum 31. Dezember 2000 gezogenen Mieten von 275.433,08 € und die Abtretung einer titulierten Restmietforderung des Beklagten gegen das Abschleppunternehmen von 17.383,92 €. Die Klage ist in den Vorinstanzen [LG Leipzig; OLG Dresden] erfolglos geblieben. Gegen die Nichtzulassung der Revision wendet sich die Klägerin mit der Beschwerde, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt.

2 **Aus den Gründen:** II. Die Beschwerde ist unbegründet. Die Rechtssache wirft keine entscheidungserheblichen Fragen von grundsätzlicher Bedeutung auf. Eine Entscheidung ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 543 Abs. 2 ZPO).

3 1. Die Revision ist nicht deshalb zuzulassen, weil das Berufungsgericht einen falschen Obersatz gebildet hätte.

4 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, der der Klägerin abgetretene Anspruch der Bundesrepublik aus § 988 BGB scheitere daran, dass der Beklagte in dem Zeitraum, für den Herausgabe der Mieten verlangt wird, auf Grund eines Leihvertrags mit dem ehemaligen VEB nach § 986 BGB zum Besitz des Grundstücks berechtigt gewesen sei. Dem liege, meint die Klägerin, der falsche Obersatz zugrunde, dass „der Rechtsträger eines ehemals volkseigenen Grundstücks <...> befugt gewesen <sei>, dieses wie ein Eigentümer im Sinne von § 985 BGB an

eine natürliche Person zu überlassen“. Zudem habe das Zivilgesetzbuch der DDR anders als das Bürgerliche Gesetzbuch das Rechtsinstitut der Grundstücksleihe nicht gekannt.

5 b) Das führt nicht zur Zulassung.

6 aa) Entgegen der Meinung der Klägerin waren VEB durchaus befugt, als Rechtsträger von Volkseigentum Nutzungsverträge über volkseigene Grundstücke abzuschließen. Ihnen gehörten diese Grundstücke zwar nicht (Senat, Urteil vom 29. März 1996 – V ZR 326/94, BGHZ 132, 245, 257). Die Rechtsträgerschaft vermittelte ihnen auch kein dingliches Recht an dem volkseigenen Grundstück (Schmidt-Räntsch, Eigentumszuordnung, Rechtsträgerschaft und Nutzungsrechte an Grundstücken, 2. Aufl., S. 14 f., 19). Sie waren aber nach § 19 Abs. 1 ZGB berechtigt, zur Durchführung der ihnen übertragenen Aufgaben und zur Wahrnehmung der ihnen übertragenen Befugnisse das Volkseigentum zu besitzen und zu nutzen. Nach § 19 Abs. 1 Satz 2 ZGB durften sie in den Grenzen des § 20 Abs. 3 ZGB darüber auch „verfügen“. Zu den danach möglichen „Verfügungen“ gehörten nach dem Verständnis des Zivilgesetzbuchs der DDR in erster Linie nicht die Veräußerung oder Belastung von Volkseigentum, die § 20 Abs. 3 ZGB verbot, sondern der Abschluss von schuldrechtlichen Verträgen, unter anderem über die Nutzung des Volkseigentums durch andere Rechtssubjekte (ZGB-Kommentar, 2. Aufl., § 19 Anm. 1.4). Darunter fällt insbesondere der Abschluss von Miet-, Pacht- und anderen Nutzungsverträgen. Das zeigen die Beispiele der Wohnraummiet- und der Erholungsnutzungsverträge, die vor dem 3. Oktober 1990 auf der Grundlage von § 95 Abs. 1 Satz 1 und § 312 ZGB zum weit überwiegenden Teil von ehemals volkseigenen Betrieben mit den interessierten Bürgern geschlossen wurden und nach Art. 232 §§ 2 und 4 EGBGB nach dem Wirksamwerden des Beitritts bestehen blieben.

7 bb) Zu den möglichen schuldrechtlichen Nutzungsverträgen gehörten nicht nur die Wohnraummiete und der Erholungsnutzungsvertrag. Das Zivilgesetzbuch der DDR kannte vielmehr auch die Gewerberaumiete, für die nach § 131 ZGB die Regelungen über Wohnraum entsprechend galten. Auch ein Grundstücksleihvertrag war im Ergebnis möglich. Die Leihe war zwar in § 280 ZGB nur für die unentgeltliche Überlassung beweglichen Vermögens vorgesehen. Das bedeutet aber nicht, dass Grundstücke nicht unentgeltlich überlassen werden konnten. Das war vielmehr in der Form eines Mietverhältnisses ohne Miete (sog. „Mietverhältnis zu null“) möglich (ZGB-Kommentar, aaO, § 280 Anm. 1.1 aE). Grundlage dafür war § 45 Abs. 3 ZGB, der eine Abweichung von den Bestimmungen des ZGB erlaubte, soweit nicht ausdrücklich Verbote entgegenstanden. Die Vorschriften über die Überlassung von (volkseigenen) Grundstücken zur Nutzung durch andere galten nicht nur für die Verträge zwischen Bürgern oder für Verträge zwischen Bürgern und den örtlichen Räten. Sie galten nach § 286 Abs. 4 ZGB vielmehr auch für Verträge von VEB mit Bürgern oder zwischen VEB. Diese Erstreckung bedarf nicht nur die in § 286 Abs. 1 ZGB ausdrücklich erwähnten Erholungsnutzungsverträge, sondern auch andere Verträge, etwa die schon erwähnten Wohnraummietverträge und Verträge zur gewerblichen Nutzung (ZGB-Kommentar, aaO, § 286 Anm. 4.3).

8 cc) Die so geschlossenen Nutzungsverträge sind mit dem Inkrafttreten der jeweiligen Zuordnungsvorschriften auf die neuen Rechtsträger übergegangen. Das ist zwar nur für den Fall der Restitution ausdrücklich geregelt, § 16 Abs. 2 VermG bzw. § 11 Abs. 2 VZOG. Für die gesetzliche Zuweisung von Eigentum gilt aber nach § 1a Abs. 1 Satz 2 VZOG nichts anderes (BGH, Urteil vom 9. Oktober 1996 – VIII ZR 266/95, BGHZ 133, 363, 367 f.; BVerwGE 96, 231, 232 f.).

9 2. Die Revision ist auch nicht zur Klärung der Frage zuzulassen, ob ein „werdendes“, aber gescheitertes Rechtsgeschäft ein Recht zum Besitz vermitteln kann. Diese zudem inhaltlich schon – im Sinne der Klägerin – (vor-)entschiedene (Senat, Urteil vom 21. Januar 2011 – V ZR 243/09, NJW 2011, 1436, 1437 f. [= WuM 2011, 174]) Frage stellt sich nicht, weil das

Berufungsgericht das Recht des Beklagten zum Besitz des Grundstücks nicht aus einem solchen Rechtsgeschäft ableitet, sondern aus einem von vornherein gültigen Vertrag.

10 a) Gescheitert ist die Restitution, die der Beklagte am 11. März 1990 beantragt hat. Das Recht des Beklagten zum Besitz des Grundstücks beruht aber nicht auf diesem Antrag. Den Antrag haben der ehemalige VEB und der Beklagte vielmehr zum Anlass genommen, ihre Rechtsbeziehungen bis zur Entscheidung darüber mit einem Vertrag zu regeln, den das Berufungsgericht als Leihvertrag eingeordnet hat.

11 b) Dieser Vertrag sollte zwar nur die Zeit bis zu der sicher erwarteten Restitution überbrücken. Er ist aber ein sofort vollständig wirksamer eigenständiger Vertrag. Er nimmt inhaltlich auf schuldrechtlicher Ebene eine vorläufige Einweisung vorweg, wie sie später mit dem heutigen § 6a Abs. 1 VermG in das Vermögensgesetz eingefügt worden ist. Der nach den §§ 17 bis 22 des Gesetzes über die Gründung und Tätigkeit privater Unternehmen und über Unternehmensbeteiligungen vom 7. März 1990 (GBl. I S. 141) mögliche Restitutionsantrag des Beklagten führte nach § 17 Abs. 4 dieses Gesetzes dazu, dass Rechts-handlungen zur Veränderung der Eigentumsform und die Entnahme von Grund- und Arbeitsmitteln bis zur Entscheidung über den Antrag nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden durften. Die Zustimmung erreichte der VEB durch die (vorläufige) Überlassung des Grundstücks an den Beklagten und Rücküberlassung an sich. Genau wie eine vorläufige Einweisung stellt der Vertrag bis zur Entscheidung über die Restitution ein von der angestrebten Restitution unabhängiges Recht zum Besitz dar. Daran ändert der Umstand nichts, dass in dem Vertrag, anders als etwa im Fall der vorläufigen Einweisung nach § 6a VermG, nicht geregelt war, was bei einem Scheitern der Restitution geschehen, ob etwa – wie nach § 6a Abs. 2 Sätze 4 und 5 VermG – eine Pacht oder ein Kaufpreis zu zahlen sein sollte. Dieses Versäumnis hätte Anlass zu einer Anpassung des Vertrags nach § 78 ZGB oder zu seiner gerichtlichen Aufhebung nach § 122 ZGB geben können. Da beides nicht geschehen ist, hatte das Versäumnis auf die Wirksamkeit des Vertrags keinen Einfluss. Er bestand deshalb unabhängig vom Schicksal der Restitution fort, bis ihn der Beklagte und die Bundesrepublik einvernehmlich durch die Übernahme des Mietvertrags mit dem Abschleppunternehmen beendeten, ohne Zahlungspflichten des Beklagten zu vereinbaren.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 745, 2038, 2039, 2040 BGB**  
**Erbengemeinschaft;**  
**ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses;**  
**Mehrheitsprinzip; Einziehung von Mieten;**  
**Stimmenmehrheit eines Teilhabers, Miterben;**  
**Minderheitenschutz; Interessenkollision**

**Die Erbengemeinschaft kann mit Stimmenmehrheit einen der Teilhaber zur Einziehung einer Nachlassforderung ermächtigen, sofern dies einer ordnungsgemäßen Verwaltung entspricht (im Anschluss an Senatsurteile BGHZ 183, 131 = FamRZ 2010, 119 [= GuT 2010, 32] und vom 20. Oktober 2010 – XII ZR 25/09 – NJW 2011, 61 [= GuT 2010, 360]).**

(BGH, Urteil vom 19. 9. 2012 – XII ZR 151/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin ist durch Urteil vom 7. August 2009 verurteilt worden, an die aus den Beklagten zu 1 und 2 bestehende Erbengemeinschaft Mietrückstände in Höhe von 14.863,10 € nebst Zinsen zu zahlen. Der Beklagte zu 1 ist alleiniger Gesellschafter-Geschäftsführer der klagenden GmbH.

2 Der Beklagte zu 1, auf den dreiviertel Erbanteil fällt, hat unter der Kontobezeichnung „Erbengemeinschaft A. G.“ ein Bankkonto eröffnet. Auf das Konto hat die Klägerin die titulierte Hauptforderung nebst angefallener Zinsen von 2421,74 € eingezahlt. Mit ihrer Klage erstrebt sie – soweit für das Revisi-

onsverfahren von Bedeutung – die Herausgabe des Schuldtitels und die Erklärung der Zwangsvollstreckung für unzulässig, da der titulierte Anspruch erfüllt sei.

3 Das Landgericht Gießen hat der Klage insoweit stattgegeben. Auf die vom Beklagten zu 2 eingelegte Berufung hat das Oberlandesgericht Frankfurt/Main die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die zugelassene Revision der Klägerin, mit der sie insoweit die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebt.

4 **Aus den Gründen:** Die zulässige Revision ist begründet.

5 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Die Zwangsvollstreckung sei nicht für unzulässig zu erklären, da die titulierten Ansprüche nicht erfüllt seien. Die von der Klägerin geleistete Zahlung habe nicht zu einer Erfüllung der titulierten Forderung geführt, weil sie nicht an die Erbengemeinschaft als Gläubigerin der Forderung erfolgt sei. Der Beklagte zu 2 habe in eine Leistung allein an den Beklagten zu 1 nicht eingewilligt. Das von diesem eröffnete Konto habe rechtlich und wirtschaftlich allein ihm selbst zugestanden. Dass der Beklagte zu 1 das Konto und den darauf eingezahlten Betrag für die Erbengemeinschaft gehalten habe, reiche nicht aus, da er nicht durch Vereinbarung mit sich selbst ein Treuhandverhältnis zu den Miterben habe begründen könne (§ 181 BGB). Ohne Mitwirkung des Beklagten zu 2 habe der Beklagte zu 1 nicht über die Forderung verfügen können.

6 II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

7 Die von der Klägerin erhobene Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) hat Erfolg, da die titulierte Forderung durch Erfüllung erloschen ist.

8 1. Gemäß § 362 Abs. 1 BGB erlischt das Schuldverhältnis, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Gehört ein Anspruch zum Nachlass, so kann der Verpflichtete nur an alle Erben gemeinschaftlich leisten und jeder Miterbe nur die Leistung an die Erben fordern (§ 2039 Abs. 1 BGB). Diese Voraussetzungen sind durch die Zahlungen der Klägerin nicht erfüllt worden. Denn das Konto, auf das sie erfolgten, stand nach den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts allein dem Beklagten zu 1 zu, der gegenüber der Bank alleiniger Forderungsinhaber geworden ist.

9 2. Die Zahlungen hatten jedoch gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 Abs. 1 BGB Erfüllungswirkung. Denn die Klägerin konnte mit befreiender Wirkung auf das vom Beklagten zu 1 eingerichtete Konto zahlen. Zur Entgegennahme der Zahlung auf das von ihm eröffnete Konto war der Beklagte zu 1 aufgrund der durch seine Anteilsmehrheit am Nachlass ermöglichten Einziehungsermächtigung befugt.

10 a) Die Verwaltung des Nachlasses steht den Erben gemeinschaftlich zu (§ 2038 Abs. 1 BGB). Treffen die Erben keine gemeinsamen Bestimmungen, kann durch Stimmenmehrheit eine der Beschaffenheit des gemeinsamen Gegenstandes entsprechende ordnungsgemäße Verwaltung beschlossen werden (§ 2038 Abs. 2 Satz 1 BGB iVm § 745 Abs. 1 Satz 1 BGB). Sind nur zwei Teilhaber vorhanden und die Anteile verschieden groß, so hat der eine von vornherein die Mehrheit; das Mehrheitsprinzip wird hierdurch nicht außer Kraft gesetzt (Staudinger/Langhein BGB <2008> § 745 Rn. 15 mwN).

11 Zur Verwaltung einer gemeinschaftlichen Forderung kann deren Einziehung gehören (BGH Beschluss vom 14. März 1983 – II ZR 102/82 – WPM 1983, 604; MünchKommBGB/K. Schmidt 5. Aufl. § 744, 745 Rn. 5 mwN). Die Einziehung kann einem Verwalter übertragen werden (BGH aaO). Ebenso steht es den Gemeinschaftlern frei, einen Teilhaber mit der Einziehung einer Nachlassforderung zu betrauen. Auch insoweit kann die Ermächtigung zur Einziehung der Forderung durch Stimmenmehrheit gemäß § 745 Abs. 1 BGB erteilt werden, sofern dies einer ordnungsgemäßen Verwaltung entspricht.



12 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht § 2040 Abs. 1 BGB der Erfüllung nicht entgegen. Ob die Einziehung einer Forderung oder die Einziehungsermächtigung nach §§ 362 Abs. 2, 185 Abs. 1 BGB zugleich eine Verfügung über einen Nachlassgegenstand im Sinne des § 2040 Abs. 1 BGB darstellt (vgl. Palandt/Weidlich BGB 71. Aufl. § 2040 Rn. 2, MünchKommBGB/Gergen 5. Aufl. § 2040 Rn. 9 jeweils mwN), kann hierfür offenbleiben.

13 Denn nach der Rechtsprechung des Senats schließt die Einordnung einer Maßnahme als Verfügung nach § 2040 Abs. 1 BGB nicht aus, dass es sich zugleich um eine Maßnahme der ordnungsgemäßen Verwaltung im Sinne von § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB handeln kann, die als solche von den Miterben mehrheitlich beschlossen werden kann. Auf dieser Grundlage hat der Senat eine von Miterben mehrheitlich beschlossene und ausgesprochene Kündigung eines Mietverhältnisses für wirksam erachtet (Senatsurteile BGHZ 183, 131 = FamRZ 2010, 119 [= GuT 2010, 32] Rn. 31 und vom 20. Oktober 2010 – XII ZR 25/09 – FamRZ 2011, 95 [= GuT 2010, 360] Rn. 20; vgl. BGH Beschluss vom 26. April 2010 – II ZR 159/09 – NJW-RR 2010, 1312 [= GuT 2010, 235] Rn. 3 mwN). Für die Einziehung einer Forderung aus einem Mietverhältnis über einen Nachlassgegenstand muss das gleiche gelten. Denn auch hierbei handelt es sich um eine Maßnahme im Rahmen der laufenden Verwaltung des Nachlasses, für die die erleichterten Voraussetzungen des § 2038 BGB vorrangig Anwendung finden. Sie bedarf daher nicht des gemeinschaftlichen Handelns der Miterben, sondern kann von den Miterben mit Mehrheit beschlossen werden. Die Wirksamkeit des Mehrheitsbeschlusses steht allein unter der Voraussetzung, dass es sich bei der Einziehung oder der nach §§ 362 Abs. 2, 185 BGB erteilten Ermächtigung um eine Maßnahme der ordnungsgemäßen Verwaltung handelt (vgl. Senatsurteil BGHZ 183, 131 = FamRZ 2010, 119 [= GuT 2010, 32] Rn. 32).

14 b) Nach diesen Grundsätzen ist im vorliegenden Fall von einer wirksamen Erfüllung der titulierten Schuld auszugehen. Die Klägerin überwies den geschuldeten Betrag auf das vom Beklagten zu 1 für den Zweck eingerichtete Bankkonto. Diese Leistung brachte den Anspruch der Erbengemeinschaft zum Erlöschen. Denn der Beklagte zu 1 hatte mit Wirkung für die Erbengemeinschaft bestimmt, dass die Nachlassforderung auf das eingerichtete Konto zu begleichen sei. Zu dieser Maßnahme war er aufgrund seiner Stimmenmehrheit, die nach der Größe seines 3/4 Anteils zu berechnen ist (vgl. § 745 Abs. 1 Satz 2 BGB), allein berechtigt, und sie hielt sich im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung.

15 aa) Entgegen der Auffassung des Beklagten zu 2 bedurfte es einer förmlichen Beschlussfassung unter seiner Hinzuziehung nicht. Hat ein Miterbe die Stimmenmehrheit in einer Erbengemeinschaft, kann er im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung ohne besondere Förmlichkeiten einen Mehrheitsbeschluss fassen. Die Wirksamkeit des Beschlusses hängt nicht davon ab, ob der Minderheit ausreichende Gelegenheit zur Mitwirkung gegeben worden ist (BGHZ 56, 47, 55 f.; Staudinger/Langhein BGB <2008> § 745 Rn. 19). Ob die Wirksamkeit des Beschlusses voraussetzt, dass den übrigen Teilhabern wenigstens ein sachlich angemessenes Gehör gewährt wurde (so entgegen der herrschenden Meinung MünchKommBGB/K. Schmidt 5. Aufl. §§ 744, 745 Rn. 19), braucht nicht entschieden zu werden, da der Beklagte zu 2 zur Mitwirkung an der Einrichtung eines Kontos für die Erbengemeinschaft aufgefordert worden war.

16 bb) Der Beklagte zu 1 war von seiner Stimmrechtsausübung auch nicht wegen einer etwa bestehenden Interessenkollision ausgeschlossen. Zwar ist auf Erbengemeinschaften die vereinsrechtliche Vorschrift des § 34 BGB analog anzuwenden, wonach ein Mitglied nicht stimmberechtigt ist, wenn die Beschlussfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm betrifft (vgl. BGHZ 56, 47, 52 f. mwN; Staudinger/Langhein BGB <2008> § 745 Rn. 21). Dieser Fall liegt jedoch hier nicht vor.

17 Zwar ist der Beklagte zu 1 zugleich Geschäftsführer der Klägerin, die die Leistung zu bewirken hatte. Hier ging es jedoch nicht um die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit der Klägerin und auch nicht um die Beschlussfassung der Erbengemeinschaft über die Frage, ob ein Anspruch erhoben und durchgesetzt werden sollte, sondern nur noch um die Empfangnahme der Leistung durch die nach ihrer rechtskräftigen Verurteilung leistungsbereit gewordene Schuldnerin. In der Empfangnahme der Leistung auf dem bereitgestellten Konto lag für die Erbengemeinschaft ein ausschließlich vorteilhaftes Geschäft, welches keine Interessenkollision auszulösen vermochte und deshalb – vergleichbar der Situation eines sogenannten Insichgeschäfts (vgl. Staudinger/Schilken BGB <2009> § 181 Rn. 61; MünchKommBGB/Schramm 6. Aufl. § 181 Rn. 56 jeweils mwN) – nicht unter das Mitwirkungsverbot fiel.

18 cc) Die getroffene Bestimmung, den geschuldeten Betrag auf das benannte Konto einzuziehen, entsprach auch den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung. Abzustellen ist insoweit auf den Standpunkt eines vernünftig und wirtschaftlich denkenden Beurteilers (Senatsurteil BGHZ 183, 131 = FamRZ 2010, 119 [= GuT 2010, 32] Rn. 32 mwN). Die Möglichkeit der Hinterlegung nach § 2039 Satz 2 BGB ist demgegenüber unzureichend, weil dadurch der Erbengemeinschaft die Mieteinnahmen etwa zur Bestreitung laufender Kosten nicht zur Verfügung gestanden hätten. Der Beklagte zu 1 hat das eingerichtete Konto ausdrücklich mit der Zweckbestimmung „Erbengemeinschaft A. G.“ versehen und es dadurch als Treuhandkonto für diese bestimmt und von seinem sonstigen Vermögen getrennt gehalten. Unter der treuhänderischen Beschränkung seiner Kontoinhaberschaft durfte der Beklagte zu 1 die Klägerin dazu ermächtigen, die Leistung mit Erfüllungswirkung gegenüber der Erbengemeinschaft auf das eingerichtete Konto zu erbringen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts konnte der Beklagte zu 1 jedenfalls in seiner Eigenschaft als Mehrheitserbe ein (Verwaltungs-)Treuhandverhältnis gegenüber der Erbengemeinschaft auch einseitig begründen.

19 dd) Auch der erst am 16. November 2009 erfolgten Zahlung auf die Zinsforderung kam Erfüllungswirkung zu. Dass die zwischenzeitliche Vollstreckung aufgrund Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses nicht zur Erfüllung führte, hat das Berufungsgericht mit zutreffenden Gründen festgestellt. Anders als nach der vom Berufungsgericht auf die Zwangsvollstreckung bezogenen Berechnung haben die Zahlungen der Klägerin die Haupt- und Zinsforderung vollständig erfüllt.

20 3. Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben. Auf die Revision der Klägerin ist das landgerichtliche Urteil insoweit wiederherzustellen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 535, 280, 278 BGB; §§ 67 a.F., 86 VVG  
Geschäftsraumiete;  
Geschäftsversicherungsvertrag des Mieters;  
Regress des Versicherers gegen den Vermieter;  
Brandstiftung; Brandschaden infolge  
Fürsorgepflichtverletzung des Vermieters**

**a) Zur Haftung des Vermieters von Geschäftsräumen für Schäden des Mieters, die diesem auf Grund der Verletzung einer mietvertraglichen Fürsorgepflicht durch einen von dem Vermieter mit Bauarbeiten in dem Mietobjekt beauftragten Handwerker entstehen.**

**b) Der Geschäftsversicherungsvertrag des Mieters, durch den er seine Geschäftseinrichtung und seinen Betriebsunterbrechungsschaden u.a. gegen Feuer versichert, kann nicht zugunsten des Vermieters, der einen Schaden an den versicherten Gegenständen durch leichte Fahrlässigkeit verursacht hat, ergänzend dahin ausgelegt werden, dass der Versicherer auf einen Regress gegen den Vermieter verzichtet.**

(BGH, Urteil vom 12. 12. 2012 – XII ZR 6/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt als Feuerversicherer des Mieters der Beklagten (im Folgenden Mieter) Schadensersatz aus gemäß § 67 Abs. 1 VVG aF (jetzt § 86 VVG) übergegangenem Recht wegen eines Brandschadens.

2 Die Beklagte vermietete 2001 in ihrem Wohn- und Geschäftshaus Räume zum Betrieb eines Fitness-Studios. Gemäß § 9 Nr. 11 des Mietvertrages war der Mieter verpflichtet, u. a. eine Feuer-, Einbruch-, Diebstahl- und Leitungswasserversicherung als Versicherungsnehmer und Versicherungsbegünstigter abzuschließen. Der Mieter schloss diese Versicherungen als Geschäftsversicherung einschließlich einer Betriebsunterbrechungsversicherung bei der Klägerin ab. Bei der Geschäftsversicherung handelt es sich um eine Versicherung der technischen und kaufmännischen Betriebseinrichtung des Fitnessstudios einschließlich der Gebrauchsgegenstände der Betriebsangehörigen und branchenüblicher Waren und Vorräte sowie des Betriebsunterbrechungsschadens.

3 Am Abend des 20. Januar 2007 kam es zu einem Brand in der Tiefgarage des Gebäudes, durch den die über der Garage gelegenen Mieträume und die darin befindlichen Geräte und Einrichtungsgegenstände beschädigt wurden. Ursache des Brandes war eine Brandstiftung an Styroporplatten, die von der Streithelferin der Beklagten zwei Tage zuvor in der Garage gelagert worden waren und bei der bevorstehenden von der Beklagten in Auftrag gegebenen Sanierung des Flachdaches des Anwesens verbaut werden sollten. Die frei zugängliche nach drei Seiten hin offene Garage hat eine Größe von mehr als 100 m<sup>2</sup>.

4 Die Klägerin behauptet, sie habe an den Mieter zur Regulierung des Brandschadens 71.155,39 € zahlen müssen. Mit der Klage verlangt sie von der Beklagten Ersatz dieses Schadens aus übergegangenem Recht des Mieters.

5 Das Landgericht Konstanz hat die Klage abgewiesen. Es ist der Ansicht, der Mieter habe schon keinen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte, der auf die Klägerin hätte übergehen können. Darüber hinaus stehe einer Haftung der Beklagten § 9 Nr. 11 des Mietvertrages entgegen, aus dem sich ergebe, dass die Beklagte für von ihr oder ihren Erfüllungsgehilfen verursachte Schäden nur dann aufzukommen habe, wenn sie diese Schäden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht habe.

6 Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht [OLG Karlsruhe in Freiburg] die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstreben die Beklagte und ihre Streithelferin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

7 **Aus den Gründen:** Die Revisionen haben keinen Erfolg.

8 I. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, der Mieter habe gegen die Beklagte dem Grunde nach einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß §§ 535, 280 Abs. 1, 278 BGB, der nach § 67 VVG aF auf die Klägerin übergegangen sei.

9 Die Streithelferin der Beklagten habe gegen § 14 Abs. 2 Garagenverordnung Baden-Württemberg (GaVO BW) verstoßen, indem sie in der Garage des Anwesens Styroporplatten für anstehende Dacharbeiten abgestellt habe. Nach dieser Vorschrift sei die Aufbewahrung brennbarer Stoffe in Mittel- und Großgaragen nur zulässig, wenn sie zum Fahrzeugzubehör zählen oder der Unterbringung von Fahrzeugzubehör dienen. Styropor sei ein brennbarer Stoff, wie schon die erfolgte Brandstiftung belege. Die Platten hätten bis zum Brand schon seit einigen Tagen in der Garage gelegen und seien deshalb im Sinne der Vorschrift dort aufbewahrt worden.

10 Der vorsätzlich verursachte Brand in der Garage werde auch vom Schutzzweck des § 14 Abs. 2 GaVO BW umfasst. Sinn der Regelung sei es, die Gefahr eines Brandes in einer Garage möglichst gering zu halten. Das Verbot der Lagerung von brennbaren der Fahrzeugnutzung nicht dienenden Stoffen solle verhindern, dass es zu einer unnötigen Steigerung der bereits von den geparkten Fahrzeugen ausgehenden Gefahr, die wegen des

Benzins, der Reifen oder der Lackierung einem Feuer Nahrung geben könnten, komme. Der Zurechnungszusammenhang sei auch nicht dadurch unterbrochen, dass ein vorsätzliches Verhalten eines Dritten dazwischen getreten sei. Die Möglichkeit, dass ein Brandstifter brennbares Material in einer Garage anzünde und daraufhin dort mehrere Fahrzeuge in Brand gerieten, liege nicht so fern, als dass sie nicht nach der Erfahrung des täglichen Lebens in Betracht gezogen werden könne.

11 Das gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu vermutende Verschulden der Streithelferin sei der Beklagten gemäß § 278 BGB zuzurechnen. Die Streithelferin sei in Erfüllung der Pflicht der Beklagten als Vermieterin, ein den Mieter schädigendes Verhalten zu unterlassen, als deren Erfüllungsgehilfe tätig geworden.

12 Entgegen der Ansicht des Landgerichts ergebe sich aus § 9 Nr. 11 des Mietvertrages auch keine konkludente Haftungsbeschränkung zugunsten der Beklagten gegenüber ihrem Mieter auf Fälle grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz. Die Rechtsprechung zum Regressverzicht des Gebäudeversicherers des Vermieters zugunsten des Mieters sei auf den vorliegenden umgekehrten Fall, in dem die Feuerversicherung des Mieters den Vermieter aufgrund übergebenen Rechts in Anspruch nehmen wolle, nicht übertragbar. Die Verpflichtung des Mieters zum Abschluss einer Feuerversicherung beruhe nicht auf einem Interesse der Beklagten daran, dass der Mieter für den Fall einer Schädigung durch die Beklagte abgesichert und die Haftung der Beklagten wegen einfacher Fahrlässigkeit ausgeschlossen sei. Der Vermieter könne das Risiko, vom Mieter wegen Schäden in Anspruch genommen zu werden, bereits mit einer Haftpflichtversicherung abdecken. Die Regelung in § 9 Nr. 11 des Mietvertrages erkläre sich vielmehr aus dem Interesse der Beklagten, sich selbst gegen das Insolvenzrisiko ihres Mieters abzusichern.

13 Darüber hinaus stelle die Auslegung des Landgerichts eine Regelung zu Lasten der Klägerin dar, weil dadurch die Eintrittspflicht des Vermieters für fahrlässig verursachte Schäden des Mieters auf dessen Versicherung abgewälzt werde. Hierdurch werde die Sachversicherung letztlich zu einer Haftpflichtversicherung umfunktioniert.

14 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung stand.

15 Die Klägerin hat gegen die Beklagte aus gemäß § 67 VVG aF übergegangenem Recht des Mieters dem Grunde nach einen Anspruch auf Ersatz des von ihr regulierten Brandschadens. Auf das Versicherungsverhältnis ist das bis zum 31. Dezember 2007 geltende Recht anwendbar, weil es sich um einen vor dem 31. Dezember 2008 eingetretenen Versicherungsfall aus einem Altvertrag handelt (Art. 1 Abs. 2 EGVVG).

16 I. Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Mieter gegen die Beklagte gemäß §§ 535, 280, 278 BGB wegen Verletzung der mietvertraglichen Fürsorgepflicht einen Anspruch auf Ersatz des ihm durch den Brand verursachten Schadens hat.

17 a) Den Vermieter trifft neben der Hauptpflicht, dem Mieter den ungestörten Gebrauch der vermieteten Sache zu gewähren, die vertragliche Nebenpflicht, Störungen des Mieters und Beschädigungen der von diesem eingebrachten Sachen zu unterlassen (Senatsurteil vom 22. Oktober 2008 – XII ZR 148/06 NJW 2009, 142 [= GuT 2008, 434]; BGH Urteile vom 16. Oktober 1963 – VIII ZR 28/62 NJW 1964, 33, 35 und vom 20. Mai 1964 – VIII ZR 242/62 MDR 1964, 750; vgl. Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 10. Aufl. § 535 BGB Rn. 91 f.). Aus dieser Fürsorgepflicht folgt, dass der Vermieter keine zusätzliche Gefahrenquelle schaffen darf, die die Brandgefahr für die Mieträume erhöht.

18 Für die Beurteilung, welche gefahrbezüglichen Handlungen der Vermieter danach zu unterlassen hat, können öffentlich-rechtliche Betriebsvorschriften herangezogen werden, die dem Brandschutz dienen (vgl. Blank in Blank/Börstinghaus Miete 3. Aufl. § 535 Rn. 306).

19 Eine solche Vorschrift stellt § 14 Abs. 2 GaVO BW dar, der die Aufbewahrung von brennbaren Stoffen in Mittel- und Großgaragen, somit in Garagen ab einer Größe von über 100 m<sup>2</sup> (§ 1 Abs. 8 Nr. 2, 3 GaVO BW) verbietet, es sei denn die Stoffe zählen zum Fahrzeugzubehör oder dienen dessen Unterbringung.

20 § 14 Abs. 2 GaVO BW dient der Verringerung der Brandlast in Garagen und damit der Verringerung der Brandgefahr. Durch das Verbot, neben Kraftfahrzeugen und deren Zubehör noch andere brennbare Stoffe in Mittel- oder Großgaragen zu lagern, soll der erhöhten Brandgefahr, die in einer Garage aufgrund der dort abgestellten Kraftfahrzeuge besteht, Rechnung getragen werden. Deshalb ist es entgegen der Ansicht der Beklagten und ihrer Streithelferin für die Anwendbarkeit von § 14 Abs. 2 GaVO BW ohne Bedeutung, ob die brennbaren Stoffe leicht oder schwer entflammbar sind und ob ein Brand durch vorsätzliches Inbrandsetzen eines Fahrzeugs oder der verbotswidrig gelagerten Stoffe oder im Rahmen des üblichen Gebrauchs einer Garage verursacht worden ist.

21 b) Die von der Beklagten mit der Sanierung des Daches beauftragte Streithelferin der Beklagten hat dadurch, dass sie Styroporplatten vorübergehend in der Garage des Gebäudes gelagert hat, die Brandlast und damit die Brandgefahr in der Garage und für die darüber gelegenen Mieträume erhöht. Sie hat dadurch die der Beklagten gegenüber ihrem Mieter obliegende mietvertragliche Fürsorgepflicht fahrlässig verletzt.

22 Diese Pflichtverletzung muss sich die Beklagte gemäß § 278 BGB zurechnen lassen.

23 Die Beklagte hat die Streithelferin mit Reparaturen am Haus beauftragt. Damit hat sie ihr auch die Erfüllung der ihr als Vermieterin gegenüber ihren Mietern obliegenden Fürsorgepflichten übertragen (BGH Urteile vom 20. Mai 1964 – VIII ZR 242/62 MDR 1964, 750 und vom 16. Oktober 1963 – VIII ZR 28/62 NJW 1964, 33, 35; vgl. Staudinger/Löwisch BGB <2004> § 278 Rn. 22, 40, 94; Günther Der Regress des Sachversicherers 4. Aufl. S. 97 mwN)

24 c) Das Berufungsgericht hat weiter zu Recht angenommen, dass zwischen der die Brandgefahr erhöhenden pflichtwidrigen Lagerung der Styroporplatten und dem durch den Brand eingetretenen Schaden des Mieters ein adäquater Kausalzusammenhang besteht, der durch die vorsätzliche Brandstiftung nicht unterbrochen worden ist.

25 Von einer Unterbrechung der Kausalität könnte nur ausgegangen werden, wenn zwischen der pflichtwidrigen Lagerung der Styroporplatten und der Brandstiftung keinerlei Zusammenhang bestünde (vgl. BGHZ 106, 313 = NJW 1989, 2127, 2128 [= WuM 1989, 234 L]; OLG Hamm ZfBR 2001, 115). Das ist jedoch hier nicht der Fall. Vielmehr ist der Brand gerade durch die Lagerung der Styroporplatten ermöglicht worden. Dass ein Dritter diese anzünden würde, lag angesichts der freien Zugänglichkeit der nach drei Seiten hin offenen Garage nicht außerhalb der Wahrscheinlichkeit.

26 d) Der geltend gemachte Schaden des Mieters fällt auch unter den Schutzzweck der verletzten Fürsorgepflicht. Mit dem Brand der die Brandlast erhöhenden Styroporplatten hat sich die Gefahr verwirklicht, vor der die auf § 14 Abs. 2 GaVO BW gestützte Fürsorgepflicht schützen soll. Für die Verwirklichung dieser Gefahr ist es ohne Bedeutung, dass der Brand vorsätzlich gelegt worden und nicht zufällig entstanden ist.

27 2. Der Anspruch des Mieters gegen die Beklagte auf Schadensersatz gemäß §§ 535, 280, 278 BGB wegen leicht fahrlässiger Schadensverursachung ist auch nicht durch einen stillschweigenden mietvertraglichen Haftungsverzicht ausgeschlossen.

28 Aus der gemäß § 9 Nr. 11 des Mietvertrages bestehenden Verpflichtung des Mieters, u. a. eine Feuerversicherung auf seine Kosten als Versicherungsnehmer und als Versicherungsbegünstigter abzuschließen, kann nicht im Wege der ergänzenden Auslegung des Mietvertrages auf seinen stillschweigenden Haf-

tungsverzicht für von der Beklagten leicht fahrlässig verursachte Schäden an den versicherten Gegenständen geschlossen werden.

29 a) Soweit der Bundesgerichtshof für den vom Vermieter abgeschlossenen Gebäudeversicherungsvertrag bei Beteiligung des Mieters an den Kosten aus der Interessenlage der Mietvertragsparteien eine stillschweigende Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit hergeleitet hat (haftungsrechtliche Lösung, BGHZ 131, 288 = NJW 1996, 715, 716 [= WuM 1996, 212]; Senatsbeschluss vom 26. Januar 2000 – XII ZR 204/97 – NJW-RR 2000, 1110), hat er in seiner neueren Rechtsprechung daran nicht mehr festgehalten (BGHZ 145, 393 = NJW 2001, 1353, 1354 [= WuM 2001, 122]; BGH Urteile vom 14. Februar 2001 – VIII ZR 292/98 – NZM 2001, 638 und vom 3. November 2004 – VIII ZR 28/04 – NZM 2005, 100, 101 [= WuM 2005, 57]; Senatsbeschluss vom 12. Dezember 2001 – XII ZR 153/99 – NJW-RR 2002, 1243). Er geht vielmehr davon aus, dass sich aus einer ergänzenden Auslegung des von dem Vermieter abgeschlossenen Gebäudeversicherungsvertrages ein konkludenter Regressverzicht des Versicherers für die Fälle ergibt, in denen der Mieter einen Brandschaden durch nur einfache Fahrlässigkeit verursacht hat (versicherungsrechtliche Lösung).

30 b) Hier fehlt es schon an einer Interessenlage der Mietvertragsparteien, aus der auf einen stillschweigenden Haftungsverzicht des Mieters für von der Beklagten leicht fahrlässig verursachte Schäden an seiner Geschäftseinrichtung geschlossen werden könnte.

31 Daraus, dass der Mieter sich verpflichtet hat, auf seine Kosten seine Geschäftseinrichtung und seinen Betriebsunterbrechungsschaden zu versichern, folgt ein solcher Haftungsverzicht nicht. Die Versicherung dient vielmehr der Absicherung seines eigenen wirtschaftlichen Risikos. Darauf ist auch das Interesse der Beklagten gerichtet, die als Vermieterin daran interessiert ist, dass ihr Mieter durch eine Beschädigung bzw. Zerstörung seiner Einrichtungsgegenstände nicht insolvent wird.

32 3. Auch der Versicherungsvertrag zwischen der Klägerin und dem Mieter kann, wovon das Berufungsgericht zu Recht ausgeht, nicht ergänzend dahin ausgelegt werden, dass ihm ein konkludenter Regressverzicht der Klägerin zugunsten der Beklagten zu entnehmen ist.

33 a) Entgegen der Ansicht der Revisionen kann die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der ein von dem Vermieter abgeschlossener Gebäudeversicherungsvertrag ergänzend dahin ausgelegt werden kann, dass er einen konkludenten Regressverzicht des Versicherers zugunsten des Mieters enthält, der einen Brandschaden durch einfache Fahrlässigkeit verursacht hat (BGHZ 145, 393 = NJW 2001, 1353, 1354 [= WuM 2001, 122]; Senatsbeschluss vom 12. Dezember 2001 – XII ZR 153/99 – NJW-RR 2002, 1243; BGH Urteile vom 3. November 2004 – VIII ZR 28/04 – NZM 2005, 100 [= WuM 2005, 57] und vom 13. September 2006 – IV ZR 378/02 VersR 2006, 1530 [= GuT 2005, 319] Rn. 14 f.; vgl. Prölss/Martin VVG 28. Aufl. § 43 Rn. 23; Voit in Bruck/Möller VVG 9. Aufl. § 86 Rn. 193 ff.) nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beruht darauf, dass dem Vermieter für den Versicherer erkennbar daran gelegen ist, den Mieter in den Schutz des Gebäudeversicherungsvertrags einzubeziehen. Der Vermieter hat ein Interesse daran, dass der Mieter, auf den er in der Regel die Kosten der Versicherung abwälzt, in seiner Erwartung, er sei bei fahrlässiger Schadensverursachung durch die Versicherung geschützt, nicht enttäuscht wird. Auch liegt es nicht im wirtschaftlichen Interesse des Vermieters, wenn das Vermögen seines Mieters mit Regressforderungen belastet wird, weil sich diese Belastungen auf die Mietzahlungen auswirken können (BGHZ 145, 393 = NJW 2001, 1353, 1354 [= WuM 2001, 122]; BGH Urteil vom 13. September 2006 – IV ZR 378/02 – VersR 2006, 1530 [= GuT 2006, 319] Rn. 14).

34 b) Die Voraussetzungen für eine entsprechende ergänzende Auslegung des die Feuerversicherung umfassenden Ge-

schäftsversicherungsvertrages des Mieters dahin, dass die Klägerin zugunsten der Beklagten auf einen Regress für den Fall verzichtet, dass die Beklagte den Brand leicht fahrlässig verursacht, liegen nicht vor. Gegenstand der Versicherung ist nicht das Gebäude der Beklagten, sondern sind ausweislich des Versicherungsscheins die in den Geschäftsräumen befindliche technische und kaufmännische Betriebseinrichtung einschließlich der Gebrauchsgegenstände von Betriebsangehörigen und branchenübliche Waren und Vorräte sowie der Betriebsunterbrechungsschaden. Die versicherten Gegenstände und die Betriebsunterbrechungsversicherung stehen in keinem Bezug zu der Beklagten als Vermieterin (vgl. BGH Urteil vom 13. September 2006 – IV ZR 26/04 – NJW 2006, 3714 [= WuM 2006, 631 = GuT 2006, 331 KL] Rn. 7). Vielmehr dient die Geschäftsversicherung der Absicherung des eigenen wirtschaftlichen Interesses des Mieters. Ein für die Klägerin erkennbares Interesse des Mieters daran, die Beklagte durch die Geschäftsversicherung vor einem Regress wegen eines von dieser leicht fahrlässig verursachten Schadens an den versicherten Gegenständen zu schützen, besteht danach nicht.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 307, 306 BGB; § 28 VVG**  
**Kfz-Miete; Wegfall der Haftungsfreistellung des Mieters;**  
**Allgemeine Geschäftsbedingung Miet-AGB**  
**zum Verhalten bei einem Unfall;**  
**Aufgabe des Alles-oder-Nichts-Prinzips**  
**bei Obliegenheitsverletzung**

**Die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Autovermietungsunternehmens enthaltene Klausel, wonach die gegen Zahlung eines zusätzlichen Entgelts gewährte Haftungsfreistellung entfällt, wenn der Mieter gegen die ebenfalls in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Verpflichtung verstößt, bei einem Unfall die Polizei hinzuzuziehen, ist nach § 307 BGB unwirksam. Die durch die Unwirksamkeit der Klausel entstehende Vertragslücke kann durch die Heranziehung von § 28 Abs. 2 und 3 VVG geschlossen werden (im Anschluss an Senatsurteil vom 14. März 2012 – XII ZR 44/10 – NJW 2012, 2501 [= GuT 2012, 163 KL]).**

(BGH, Urteil vom 24. 10. 2012 – XII ZR 40/11)

**1 Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer in den Mietbedingungen der Klägerin enthaltenen Klausel, wonach die bei Anmietung eines Kraftfahrzeugs vereinbarte Haftungsbeschränkung entfällt, wenn der Mieter bei einem Unfallschaden nicht die Polizei hinzuzieht.

2 Der Beklagte mietete von der Klägerin, die ein gewerbliches Autovermietungsunternehmen betreibt, ein Fahrzeug. Die Vertragsparteien vereinbarten gegen ein gesondertes Entgelt eine Haftungsreduzierung für den Mieter auf 1000 € pro Tag und Schadensfall. Auf der Vorderseite des Vertrages hieß es unter anderem:

„<...> Bei jedem Unfall/Beschädigung ist sofort die Polizei hinzuzuziehen (siehe § 2 g).“

3 § 2 g) der auf der Rückseite des Mietvertragsformulars abgedruckten „Mietbedingungen“ lautete:

„Bei jedem Unfall/Schaden – gleich ob selbst oder fremd verschuldet oder schuldlos entstanden (bspw. Wildunfällen) – ist sofort die Polizei hinzuzuziehen und darauf zu bestehen, dass der Unfall/Schaden/die Beschädigung polizeilich aufgenommen wird. Die Vermieterin ist sofort zu verständigen. <...> (bei Verstoß gegen auch nur eine dieser Verpflichtungen zur Schadenaufklärung verliert der Mieter seinen Versicherungsschutz und trägt somit trotz eventuell gezahlter Gebühr für Haftungsbeschränkung die volle Haftung für den eingetretenen Schaden).“

4 Der Beklagte verursachte innerhalb eines Tages an zwei verschiedenen Orten mit dem Mietfahrzeug Sachschäden, die er im Laufe des Nachmittags der Klägerin meldete. Die Polizei verständigte er nicht.

5 Mit der Klage macht die Klägerin den bei den Unfällen entstandenen Gesamtschaden geltend. Das Landgericht Oldenburg hat den Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 10.838,99 € nebst Zinsen verurteilt. Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht [OLG Oldenburg] das erstinstanzliche Urteil abgeändert, den Beklagten zur Zahlung von 2000 € nebst Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision möchte die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen.

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

7 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung ausgeführt, die Klägerin habe für beide Schadensfälle lediglich Anspruch auf die vereinbarte Selbstbeteiligung in Höhe von jeweils 1000 €. Einen darüber hinausgehenden Schadensersatz könne sie nicht verlangen, weil Ziffer 2 g) ihrer Mietbedingungen den Mieter eines Fahrzeuges unangemessen benachteilige und daher unwirksam sei. Die Klägerin könne sich auf die dem Beklagten vorzuwerfende Verletzung der Obliegenheit, in jedem Schadensfall sofort die Polizei zur Aufnahme des Schadens hinzuzuziehen, nicht berufen. Der von den Parteien geschlossene Mietvertrag falle unter die Geltung des am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Versicherungsvertragsrechts. Die mietvertragliche Haftungsfreistellung habe sich daher am Leitbild des neuen Versicherungsvertragsgesetzes und der Allgemeinen Kraftfahrzeugbedingungen 2008 zu orientieren. Der Mieter eines Fahrzeuges, der mit dem Vermieter gegen Entgelt eine Haftungsreduzierung nach Art der Vollkaskoversicherung vereinbart habe, dürfe wie ein Versicherungsnehmer darauf vertrauen, dass die Reichweite des mietvertraglich vereinbarten Schutzes im Wesentlichen dem Schutz entspreche, den er als Eigentümer des Fahrzeugs und als Versicherungsnehmer in der Fahrzeugvollversicherung genieße. Zwar benachteilige die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen normierte Pflicht, im Schadensfall die Polizei hinzuzuziehen, den Mieter eines Fahrzeuges nicht unangemessen im Sinne des § 307 BGB. Diese Obliegenheit füge sich in das Leitbild der Kaskoversicherung und der dort bestehenden Aufklärungspflichten des Versicherungsnehmers ein. Bei der Prüfung der Wirksamkeit der Polizeiklausel in den Mietbedingungen der Klägerin sei allerdings nicht nur auf den Tatbestand der Obliegenheit, sondern auch auf die in der Klausel an die Verletzung der Obliegenheit geknüpften Rechtsfolgen abzustellen. Die in den Mietbedingungen der Klägerin normierte Rechtsfolge des Verlusts des Versicherungsschutzes und die volle Haftung des Mieters als Sanktion jeder Obliegenheitsverletzung gehe nicht mit dem Leitbild des neu gefassten § 28 VVG konform. Nach dem Wegfall des Alles-oder-Nichts-Prinzips sei im Falle einer Obliegenheitsverletzung nur noch eine Leistungskürzung möglich und bei grober Fahrlässigkeit die Möglichkeit einer Schadensquotelung vorzusehen. Außerdem setze die vollständige Leistungsfreiheit des Versicherers gemäß § 28 Abs. 3 VVG einen Kausalitätsnachweis voraus.

8 Rechtsfolge sei die vollständige Unwirksamkeit der Klausel. Eine geltungserhaltende Reduktion mit der Maßgabe, dass im Fall einer Obliegenheitsverletzung die noch dem bisherigen Versicherungsvertragsrecht verhafteten Rechtsfolgen der Klausel Ziffer 2 g) der Mietbedingungen durch die Rechtsfolgen des § 28 Abs. 2, 3 VVG 2008 substituiert würden, sei unzulässig. Die Obliegenheitsverletzung durch den Beklagten bleibe damit ohne Rechtsfolgen. Die Klägerin könne sich auf den Wegfall der individuell vereinbarten Haftungsbe freiung nicht berufen.

9 Da der Beklagte insgesamt zwei Schadensfälle verursacht habe, sei die Klage in Höhe der für den jeweiligen Schadensfall vereinbarten Eigenhaftung von 1000 €, mithin in Höhe von insgesamt 2000 €, begründet.

10 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

11 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht zunächst davon aus, dass die Regelung in Ziffer 2 g) der Mietbedingungen der Klägerin gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist, weil nach ihr die vertraglich vereinbarte Haftungsbeschränkung ohne Rücksicht auf das Verschulden des Mieters und die Relevanz der Obliegenheitsverletzung für die Interessen der Klägerin entfällt.

12 a) Zwar wird nach der Rechtsprechung des Senats der Mieter eines Kraftfahrzeuges nicht unangemessen benachteiligt, wenn in allgemeinen Geschäftsbedingungen die gegen Zahlung eines zusätzlichen Entgelts gewährte Haftungsfreistellung davon abhängig gemacht wird, dass er bei Unfällen die Polizei hinzuzieht. Eine solche Klausel ist daher wirksam. Die Vereinbarung, dass bei jedem Unfall die Polizei hinzugezogen werden muss, begründet – in Begriffe der Kaskoversicherung umgesetzt – eine Obliegenheit des Mieters. Diese fügt sich in das Leitbild der Kaskoversicherung ein. Der Mieter hat es in der Hand, entweder die Obliegenheit zu erfüllen oder sich über sie hinwegzusetzen, dann aber seine Haftungsfreiheit einzubüßen. Die Obliegenheit hat auch nicht eine Verpflichtung zum Gegenstand, sich selbst bei der Polizei anzuzeigen. Der Mieter hat lediglich bei Unfällen die Polizei hinzuzuziehen, um an Ort und Stelle die erforderlichen Feststellungen treffen zu lassen. Er ist weder verpflichtet, sich selbst zu belasten, noch wird sein Recht, in einem Ermittlungsverfahren die Aussage zu verweigern, berührt (Senatsurteil vom 14. März 2012 – XII ZR 44/10 – NJW 2012, 2501 Rn. 16 mwN [= GuT 2012, 163 KL]).

13 b) Ebenfalls zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass der Mieter durch die Regelung in Ziffer 2 g) der Mietbedingungen der Klägerin unangemessen benachteiligt wird, weil in dieser Klausel bei einem Verstoß gegen die Verpflichtung, bei einem Unfall die Polizei zu verständigen, uneingeschränkt ein völliger Wegfall der vereinbarten Haftungsfreistellung vorgesehen ist.

14 aa) Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine Klausel ist unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn der Verwender die Vertragsgestaltung einseitig für sich in Anspruch nimmt und eigene Interessen missbräuchlich auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein die Interessen seines Partners hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (Senatsurteil vom 19. Dezember 2007 – XII ZR 61/05 – NJW-RR 2008, 818 [= GuT 2008, 198 L PM = WuM 2008, 139] Rn. 17). Im Zweifel ist eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen werden soll, nicht zu vereinbaren ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

15 bb) Vereinbaren die Parteien eines gewerblichen Kraftfahrzeugmietvertrages gegen Entgelt eine Haftungsreduzierung für den Mieter nach Art der Vollkaskoversicherung mit Selbstbeteiligung, so darf dieser – gleichsam als Quasi-Versicherungsnehmer – darauf vertrauen, dass die Reichweite des mietvertraglich vereinbarten Schutzes im Wesentlichen dem Schutz entspricht, den er als Eigentümer des Kraftfahrzeuges und als Versicherungsnehmer in der Fahrzeugvollversicherung genießen würde. Nur bei Einräumung dieses Schutzes genügt der gewerbliche Vermieter von Kraftfahrzeugen seiner aus dem Grundsatz von Treu und Glauben erwachsenen Verpflichtung, schon bei der Festlegung seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Interessen künftiger Vertragspartner angemessen zu berücksichtigen. Deshalb hat sich die Freistellungszusage auch hinsichtlich der Rechtsfolge der Obliegenheitsverletzung

am Leitbild der Kaskoversicherung zu orientieren (vgl. Senatsurteil vom 14. März 2012 – XII ZR 44/10 – NJW 2012, 2501 Rn. 17–19).

16 cc) Mit der Reform des Gesetzes über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz – VVG) vom 23. November 2007 (BGBl. I S. 2631) wurde das in § 6 VVG a.F. enthaltene Alles-oder-Nichts-Prinzip, wonach bei einer Obliegenheitsverletzung der Versicherungsnehmer ohne Einschränkung seinen Versicherungsschutz verlor, aufgegeben (vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 69; BGH Urteil vom 11. Januar 2012 – IV ZR 251/10 – NJW-RR 2012, 58 Rn. 10; ausführlich dazu Münch-KommVVG/Wandt § 28 Rn. 8 ff.). Die Rechtsfolgen einer Obliegenheitsverletzung bestimmen sich nunmehr nach § 28 VVG. Nach Absatz 2 dieser Vorschrift wird der Versicherer bei Verletzung einer vom Versicherungsnehmer zu erfüllenden vertraglichen Obliegenheit nur dann von der Leistung frei, wenn der Versicherungsnehmer vorsätzlich gehandelt hat. Bei einer grob fahrlässigen Verletzung der Obliegenheit, für deren Nichtvorliegen der Versicherungsnehmer die Beweislast trägt, ist der Versicherer lediglich berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers entsprechenden Verhältnis zu kürzen. Gemäß § 28 Abs. 3 Satz 1 VVG bleibt der Versicherer jedoch auch in diesen Fällen zur Leistung verpflichtet, soweit die Verletzung der Obliegenheit weder für den Eintritt noch für die Feststellung des Versicherungsfalles oder für die Feststellung oder den Umfang der Leistungspflicht des Versicherers ursächlich ist.

17 Eine Vertragsbestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Versicherers, nach der eine grob fahrlässige Obliegenheitsverletzung des Versicherungsnehmers grundsätzlich zur Leistungsfreiheit des Versicherers führt, verstieße gegen das Leitbild des § 28 Abs. 2 Satz 2 VVG und wäre deshalb gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 i. Vm. Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam (vgl. BGH Urteil vom 11. Oktober 2011 – VI ZR 46/10 – VersR 2011, 1524 Rn. 13; Prölss in Prölss/Martin VVG 28. Aufl. § 28 Rn. 164; Pohlmann in Looschelders/Pohlmann VVG 2. Aufl. Vorbemerkung B. Rn. 59). Gleiches gilt für eine vorformulierte Vertragsbestimmung, die bei einer Obliegenheitsverletzung, durch die die Interessen des Vermieters nicht beeinträchtigt werden, zu einem vollständigen Wegfall der Haftungsreduzierung führen würde (Senatsurteil vom 14. März 2012 – XII ZR 44/10 – NJW 2012, 2501 Rn. 21).

18 dd) Da die Regelung in Ziffer 2 g) der Mietbedingungen der Klägerin einen vollständigen Wegfall der vereinbarten Haftungsreduzierung auch bei einer lediglich grob fahrlässigen Obliegenheitsverletzung oder einer Obliegenheitsverletzung, durch die die Interessen der Klägerin nicht beeinträchtigt werden, vorsieht, ist die Regelung mit wesentlichen Grundgedanken des § 28 Abs. 2 und 3 VVG nicht zu vereinbaren. Die Klausel benachteiligt den Mieter unangemessen (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und ist daher gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

19 2. Nicht gefolgt werden kann dagegen dem Berufungsgericht, soweit es die Auffassung vertritt, dass wegen der Unwirksamkeit der Klausel dem Beklagten die Haftungsfreistellung uneingeschränkt erhalten bleibt.

20 Der Senat hat – nach dem Erlass des Berufungsurteils – für eine vergleichbare Klausel in den Allgemeinen Miet- und Vertragsbedingungen eines Mietwagenunternehmens entschieden, dass die durch die Unwirksamkeit der Klausel entstandene Vertragslücke durch den Rückgriff auf § 28 Abs. 2 und 3 VVG geschlossen werden kann (Senatsurteil vom 14. März 2012 – XII ZR 44/10 – NJW 2012, 2501 Rn. 24 ff.).

21 a) Ist eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, sind vorrangig die gesetzlichen Vorschriften als eine konkrete Ersatzregelung in Betracht zu ziehen (vgl. § 306 Abs. 2 BGB). Ist eine Allgemeine Versicherungsbedingung unwirksam, weil sie den Versicherungsnehmer unangemessen benachteiligt, tritt an ihre Stelle die entsprechende Regelung des Versicherungsvertragsgesetzes (vgl. BGH Urteil vom 11. Oktober 2011 – VI ZR

46/10 – VersR 2011, 1524 Rn. 15). Da eine vertraglich vereinbarte Haftungsfreistellung in einem Kfz-Mietvertrag jedoch nach den Grundsätzen der Kaskoversicherung auszugestalten ist, kann im vorliegenden Fall die durch die Unwirksamkeit der Vertragsbestimmung in Ziffer 2 g) entstandene Lücke durch einen Rückgriff auf § 28 Abs. 2 und 3 VVG geschlossen werden. Obwohl diese Vorschriften im Verhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten keine unmittelbare Anwendung finden, ist es sachgerecht, auf die Regelungen des Versicherungsvertragsgesetzes zurückzugreifen, um die Lücke zu schließen, die durch die Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Klausel entstanden ist (Senatsurteil vom 14. März 2012 – XII ZR 44/10 – NJW 2012, 2501 Rn. 27).

22 b) Ein Rückgriff auf § 28 Abs. 2 und 3 VVG, um die durch die Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Vertragsbestimmung entstandene Lücke zu schließen, führt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch nicht zu einer unzulässigen geltungserhaltenden Reduktion (vgl. dazu Senatsurteil vom 14. März 2012 – XII ZR 44/10 – NJW 2012, 2501 Rn. 29 ff.).

23 3. Danach kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hat – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – keine Feststellungen dazu getroffen, ob der Beklagte grob fahrlässig oder vorsätzlich gegen die Pflicht, die Polizei bei einem Unfall beizuziehen, verstoßen und sich der Pflichtenverstoß auf die Interessen der Klägerin ausgewirkt hat. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden, weil es noch weiterer tatrichterlicher Feststellungen bedarf (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Sache ist deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Art. 103 GG; §§ 398, 529, 544 ZPO; § 652 BGB  
Immobilienmakler; Nachweistätigkeit;  
erneute Zeugenvernehmung zur Maklerleistung;  
rechtliches Gehör**

**Das Berufungsgericht muss grundsätzlich die bereits in erster Instanz vernommenen Zeugen nochmals vernehmen, wenn es deren Aussagen anders würdigen will als die Vorinstanz.**

**Die Bezugnahme in der Berufungserwiderung auf die in erster Instanz vorgebrachten Beweismittel macht diese Beweisantritte zum Gegenstand der Berufungsinstanz.**

**Zum Beweis einer Nachweistätigkeit eines Immobilienmaklers.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BGH, Beschluss vom 30. 11. 2011 – III ZR 165/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger nimmt die Beklagte auf Zahlung von Maklerprovision in Höhe von 36.000 € nebst Zinsen in Anspruch. Das Landgericht Berlin hat der Klage stattgegeben und zur Begründung ausgeführt, dass der Kläger der Beklagten den späteren Vertragspartner als Interessenten nachgewiesen habe. Die Kenntnis der Beklagten davon, dass der Interessent durch den Kläger nachgewiesen worden sei, ergebe sich daraus, dass ein Schreiben über die Interessenbekundung seitens des späteren Vertragspartners über deren eingeschaltete Makler an den Kläger und von diesem an die Beklagte weitergeleitet worden sei. Dies sah das Landgericht als erwiesen an aufgrund der Zeugenaussage des Zeugen E., der ausgesagt habe, dass er das Interessenbekundungsschreiben an den Kläger weitergeleitet habe und die Beklagte davon erfahren habe. Daraus ergebe sich, dass der Kläger dafür Sorge getragen haben müsse, dass dieses Schreiben der Beklagten zugegangen sei. Einen geeigneten Gegenbeweis dafür, dass sich die spätere Käuferin direkt an sie gewandt habe, habe die Beklagte nicht angeboten.

2 Auf die Berufung der Beklagten hat das Kammergericht das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Es hat sich nicht die Überzeugung davon bilden können, dass eine Nachweismaklerleistung des Klägers gegenüber der Beklagten erbracht worden sei. Der Kläger habe nicht bewiesen, dass das Interessenbekundungsschreiben des späteren Vertragspartners über ihn an die Beklagte weitergeleitet worden sei. Zwar habe der Zeuge E. bekundet, dieses Schreiben an den Kläger weitergeleitet zu haben. Seine weitere Aussage, er „schätze“, dass der Kläger das Schreiben an die Verkäuferin weitergeleitet habe, sei indes eine durch nichts belegte Vermutung. Einen Beweis für die Behauptung des Klägers stelle dies nicht dar. Auch sonst gebe es keine Anhaltspunkte für die Annahme des Landgerichts, der Kläger müsse dafür gesorgt haben, dass das Schreiben der Beklagten zugegangen sei. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass das Schreiben der Beklagten auf anderem Wege als über den Kläger zugegangen sei.

3 Mit seiner Beschwerde begehrt der Kläger die Zulassung der Revision. Er macht geltend, dass das Berufungsgericht zum einen nicht ohne erneute Vernehmung des Zeugen E. ein anderes Beweisergebnis als das des Landgerichts hätte zugrunde legen dürfen. Darüber hinaus sei das Berufungsgericht dem weiteren Beweisantritt, die Vernehmung des Zeugen M., nicht nachgegangen.

4 **Aus den Gründen:** II. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist statthaft und im Übrigen auch zulässig (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 544 ZPO; § 26 Nr. 8 EGZPO). Sie ist auch begründet und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht hat das Recht des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs in entscheidungserheblicher Weise verletzt.

5 Das Berufungsgericht hat den erstinstanzlich vernommenen Zeugen entgegen § 529 Abs. 1 Nr. 1, § 398 Abs. 1 ZPO nicht erneut vernommen, obwohl es dessen Aussagen anders gewürdigt hat als das Landgericht. Diese rechtsfehlerhafte Anwendung des § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO verletzt den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Juli 2009 – VIII ZR 3/09, NJW-RR 2009, 1291 Rn. 4 f). Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist das Berufungsgericht grundsätzlich an die Tatsachenfeststellung des ersten Rechtszugs gebunden. Bei Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen ist eine erneute Beweisaufnahme zwingend geboten. Insbesondere muss das Berufungsgericht die bereits in erster Instanz vernommenen Zeugen nochmals gemäß § 398 Abs. 1 ZPO vernehmen, wenn es deren Aussagen anders würdigen will als die Vorinstanz (BGH aaO mwN). Die nochmalige Vernehmung eines Zeugen kann allenfalls dann unterbleiben, wenn sich das Rechtsmittelgericht auf solche Umstände stützt, die weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit seiner Aussage betreffen (vgl. BGH aaO mwN).

6 Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Zwar hat das Berufungsgericht zu Recht hervorgehoben, dass der Zeuge lediglich gemutmaßt habe, dass der Kläger das Schreiben über die Interessenbekundung der späteren Vertragspartnerin an die Beklagte weitergeleitet habe. Dies hat aber auch das Landgericht nicht verkannt. Es hat bei seiner Überzeugungsbildung entscheidend auf die (weitere) Erklärung des Zeugen abgestellt, dass ihn der Kläger auf das Objekt aufmerksam gemacht, er diese Information über den Käufermakler H. an die Kaufinteressentin weitergegeben habe und dass deren an die Beklagte gerichtetes Interessenbekundungsschreiben „über dieselbe Kette“ an ihn gelangt sei; er habe daraufhin das Schreiben an den Kläger weitergesandt. Wenn das Berufungsgericht angesichts dieser Aussage zu dem Ergebnis gelangt, es gebe keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme des Landgerichts, wonach der Kläger für den Zugang des Schreibens an die Beklagte gesorgt haben müsse, so stellt dies, wie die Beschwerde zu Recht gerügt

hat, eine Abweichung von der Beweiswürdigung des Landgerichts dar, die auf einer anderen Auffassung von der Richtigkeit und Vollständigkeit der Aussage beruht. Diese Auffassung durfte das Berufungsgericht nicht ohne erneute Vernehmung des Zeugen zu Grunde legen.

7 Im Übrigen liegt aber auch deshalb ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG vor, da das Berufungsgericht zu Lasten des Klägers eine Beweiswürdigung vorgenommen hat, ohne alle von ihm benannten Beweise erhoben zu haben. Der Kläger macht zu Recht geltend, dass er in erster Instanz bereits für den Zugang des Interessenbekundungsschreibens durch ihn an die Beklagte den Zeugen M. benannt habe. Auch wenn dieser Zeugenbeweis in der Berufungsinstanz nicht ausdrücklich wiederholt wurde, war er vom Berufungsgericht zu beachten. Der Kläger hat in erster Instanz Erfolg gehabt und in der Berufungserwidmung auf die in erster Instanz vorgebrachten Beweismittel Bezug genommen. Dies ist ausreichend, um die Beweisanträge in erster Instanz zum Gegenstand der Berufungsinstanz zu machen (BGH, Urteil vom 2. Juli 1986 – IVb ZR 37/85, FamRZ 1986, 1085). Das Übergehen eines sachdienlichen und erheblichen Beweisangebots verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 105, 279, 311). Ausgehend von der Rechtsauffassung des Gerichts hätte es die von ihm vorgenommene Beweiswürdigung nicht ohne Erhebung des vom Kläger angetretenen Zeugenbeweises treffen dürfen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

<b>Kurzfassungen/Leitsätze (KL)</b>
<b>Gewerbemiete etc.</b>

### § 138 BGB – Wucher; wucherähnliches Geschäft; Grundstückskauf

Die Rechtssache wirft keine entscheidungserheblichen Fragen von grundsätzlicher Bedeutung auf. Eine Entscheidung ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 543 Abs. 2 ZPO).

Die angefochtene Entscheidung stellt sich jedenfalls im Ergebnis als richtig dar. Auf Grund des auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung war es nicht nötig festzustellen, ob die Klägerin bei der Beurkundung ihren Willen frei bilden und die rechtliche und wirtschaftliche Tragweite ihrer Erklärungen einzuschätzen vermochte. Die Feststellung unter Punkt 2 der Urteilsgründe (BU 6 bis 10), dass die Klägerin bei Abschluss der Verträge an einem Mangel im Urteilsvermögen gelitten habe, sind zwar für den Wuchertatbestand nach § 138 Abs. 2 BGB erforderlich, für das wucherähnliche Geschäft im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB aber entbehrlich. Bei diesem erlaubt allein das grobe Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung den Schluss auf die verwerfliche Gesinnung als subjektives Merkmal des § 138 Abs. 1 BGB (Senatsurteil vom 19. Januar 2001 – V ZR 437/99, BGHZ 146, 298, 303).

(BGH, Beschluss vom 6. 12. 2012 – V ZR 34/12)

### §§ 97, 159 InsO – Insolvenz; Restschuldbefreiungsverfahren; Verwertung des Grundstücks des Schuldners; Zutritt von Kaufinteressenten oder Immobilienmakler zu einem bebauten Grundstück

Der Senat hat bereits entschieden, dass ein Schuldner nach § 97 Abs. 2 InsO verpflichtet ist, Kaufinteressenten den Zutritt zu einem bebauten Grundstück zu ermöglichen, um so eine möglichst günstige Verwertung des Grundstücks zu erreichen, § 159 InsO (BGH, Beschluss vom 30. Juni 2011 – IX ZB 169/10, NZI 2011, 641 Rn. 5). Nichts Anderes kann für den Makler gelten, der die Verwertung des Grundstücks vorbereiten soll. Die weitere Wertung des Beschwerdegerichts, aus den festgestellten Umständen, insbesondere den abgesagten Besichtigungsterminen, habe sich die Pflicht der Schuldnerin ergeben, sich

selbst an den Makler zu wenden, um einen neuen Besichtigungstermin zu vereinbaren, beruht auf einer einzelfallbezogenen Erwägung und begründet einen Zulässigkeitsgrund nicht.

(BGH, Beschluss vom 23. 2. 2012 – IX ZB 182/10)

### § 114 ZPO; § 76 FamFG – Verfahrenskostenhilfe für den Rechtsmittelgegner

Einem in der Vorinstanz anwaltlich vertretenem Rechtsmittelgegner kann im Allgemeinen Verfahrenskostenhilfe erst dann gewährt werden, wenn das Rechtsmittel begründet worden ist und die Voraussetzungen für eine Verwerfung nicht vorliegen.

(BGH, Beschluss vom 24. 10. 2012 – XII ZB 460/11)

### Art. 3, 20 GG; § 114 ZPO; § 76 FamFG – Prozesskostenhilfe PKH; Verfahrenskostenhilfe; summarische Prüfung

Das nur einer summarischen Prüfung unterliegende Prozess- oder Verfahrenskostenhilfverfahren hat nicht den Zweck, über zweifelhafte Rechtsfragen vorweg zu entscheiden (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 17. März 2004 – XII ZB 192/02 – NJW 2004, 2022 [= GuT 2004, 99]).

(BGH, Beschluss vom 12. 12. 2012 – XII ZB 190/12)

### § 127 ZPO – Verfahrenskostenhilfe ohne Zahlungsanordnung; Beschwerdeziel der Staatskasse

a) Die Staatskasse ist gemäß § 127 Abs. 3 Satz 1 und 2 ZPO auch dann zur Beschwerde befugt, wenn ihrem Vortrag nach der Antragsteller, dem Verfahrenskostenhilfe ohne Zahlungsanordnung bewilligt worden ist, aufgrund seiner persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zur Übernahme der Kosten der Verfahrensführung in der Lage ist.

b) Ziel einer solchen Beschwerde kann allerdings nur sein, eine Zahlungsanordnung nach § 120 ZPO zu erreichen, nicht aber die Versagung der Verfahrenskostenhilfe an sich (im Anschluss an BGH Beschlüsse vom 17. November 2009 – VIII ZB 44/09 – NJW RR 2010, 494 [= WuM 2010, 44] und BGHZ 119, 372).

(BGH, Beschluss vom 19. 9. 2012 – XII ZB 587/11)

### §§ 233, 236 ZPO; § 117 FamFG – Unterzeichnung der Rechtsmittelschrift; Blankounterschrift des Rechtsanwalts

Erfährt das Rechtsmittelgericht aus der Glaubhaftmachung eines Wiedereinsetzungsantrags, dass die nachgeholt Rechtsmittelschrift mit einer Blankounterschrift versehen wurde, kann es ohne Hinweis an den Beteiligten regelmäßig nicht davon ausgehen, der Rechtsanwalt habe den Schriftsatz nicht vollständig geprüft und die Rechtsmittelschrift sei daher nicht formwirksam.

(BGH, Beschluss vom 12. 9. 2012 – XII ZB 642/11)

### §§ 85, 233 ZPO – Fristversäumnis; Zumutbarkeit der Ermittlung weiterer Telefaxnummern des Gerichts per Internet

Von einem Prozessbevollmächtigten, dem es trotz zahlreicher Anwältsversuche nicht gelingt, einen Antrag auf Verlängerung der Frist zur Begründung der Berufung am letzten Tag dieser Frist per Telefax an eine vom Berufungsgericht genannte Telefaxnummer zu übermitteln, kann verlangt werden, dass er über den Internetauftritt des Berufungsgerichts eine etwa vorhandene weitere Telefaxnummer des Berufungsgerichts ermittelt und den Verlängerungsantrag an diese Telefaxnummer übermittelt.

(BGH, Beschluss vom 5. 9. 2012 – VII ZB 25/12)

### § 321a ZPO – Begründung der Anhörungsrüge

1 Die nach § 321 a Abs. 1 ZPO statthafte Anhörungsrüge ist als unzulässig zu verwerfen, weil es an der vorgeschriebenen Darlegung (§ 321 a Abs. 2 Satz 5 ZPO) einer eigenständigen entscheidungserheblichen Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs durch den Senat fehlt. Die Darle-

gung muss erkennen lassen, aus welchen konkreten Gründen der Beschwerdeführer meint, die Zurückweisung seiner Nichtzulassungsbeschwerde lasse nur den Schluss zu, dass sein Vorbringen nicht zur Kenntnis genommen worden sei (Senat, Beschluss vom 16. Dezember 2010 – V ZR 95/10, GuT 2010, 459). Die Wiederholung der Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde in indirekter Rede genügt dem nicht (Senat, Beschluss vom 19. März 2009 – V ZR 142/08, NJW 2009, 1609 Rn. 6), auch nicht, wenn dabei die Argumente des Beschwerdegegners als unrichtig zurückgewiesen werden. Erforderlich ist eine eigenständige Auseinandersetzung mit der angegriffenen Entscheidung und eine kritische Prüfung der eigenen Argumentation (Senat, Beschlüsse vom 16. Dezember 2010 und vom 19. März 2009 aaO). Zu letzterem gehört auch ein Eingehen auf die in dem angefochtenen Berufungsurteil zitierte Rechtspre-

chung des Bundesgerichtshofs, hier das Senatsurteil vom 16. Oktober 2009 (V ZR 203/08, NJW 2010, 146).

(BGH, Beschluss vom 17. 8. 2012 – V ZR 242/11)

### **§ 266 StGB – Untreue; faktische Geschäftsführerstellung; tatsächliches Treueverhältnis; Determinieren der Unternehmensentscheidungen; Vermögensberatungspflicht; abhängiges Unternehmen**

Zu den Anforderungen an die Annahme einer faktischen Geschäftsführerstellung gegenüber einem abhängigen Unternehmen.

(BGH, Beschluss vom 13. 12. 2012 – 5 StR 407/12)

## Teileigentum

**§§ 7, 10, 15 WEG; § 1004 BGB  
Teileigentum; Zweckbestimmung der Räume;  
Nutzungsbestimmung in der Gemeinschaftsordnung;  
Beschreibungen im Aufteilungsplan; Laden; Gaststätte;  
Räume nicht zu Wohnzwecken**

**Bestimmt die Teilungserklärung ohne Weiteres, dass die den Teileigentumseinheiten zugeordneten Räume nicht zu Wohnzwecken dienen, und enthält die Gemeinschaftsordnung keine Nutzungsregelung bzgl. der Teileigentumseinheiten, dann unterliegt das Teileigentum keiner besonderen Nutzungsbeschränkung. Funktionszuordnungen von Teileigentumsräumen im Aufteilungsplan (hier: Laden; Gaststätte) kommt grundsätzlich keine Verbindlichkeit unter den Wohnungs- und Teileigentümern zu.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BGH, Urteil vom 16. 11. 2012 – V ZR 246/11)

**1 Zum Sachverhalt:** Die Parteien sind Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft. Die Beklagte ist Eigentümerin der Teileigentumseinheiten Nr. 2 und Nr. 3 im Erdgeschoss links, deren jeweils größter Raum in dem Aufteilungsplan als „Laden 2“ bzw. „Laden 3“ bezeichnet wird. Die Kläger, die Eigentümer der darüber gelegenen Wohnung sind, verlangen von der Beklagten, den Betrieb einer Speisegaststätte in diesen Teileigentumseinheiten zu unterlassen. Das Amtsgericht Tiergarten hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kläger hat das Landgericht Berlin das Urteil des Amtsgerichts geändert und der Klage stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, will die Beklagte die Zurückweisung der Berufung erreichen.

**2 Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht meint, aus der Kennzeichnung in dem Aufteilungsplan ergebe sich für die Teileigentumseinheiten Nr. 2 und 3 eine Zweckbestimmung der Räumlichkeiten als Laden. Aus diesem Grund dürften sie nicht als Speisegaststätte genutzt werden. Es handele sich nicht um eine unverbindliche Raumbezeichnung im Sinne eines Nutzungsvorschlags. Denn die Teileigentumseinheit Nr. 1 sei anders als die Einheiten Nr. 2 und Nr. 3 als „Gaststätte“ bezeichnet.

**3 II.** Die Revision hat Erfolg. Der von den Klägern geltend gemachte Unterlassungsanspruch gemäß § 15 Abs. 3 WEG,

§ 1004 BGB besteht nicht. Die Bezeichnung der Teileigentumseinheiten als „Laden“ in dem Aufteilungsplan stellt keine Nutzungsbeschränkung dar, die dem Betrieb einer Speisegaststätte entgegensteht.

**4 1.** Ob die Teilungserklärung Nutzungsbeschränkungen enthält, ist durch Auslegung nach objektiven Gesichtspunkten zu ermitteln. Weil die Teilungserklärung und der darin in Bezug genommene Aufteilungsplan Bestandteil der Grundbucheintragung sind, kann das Revisionsgericht die Auslegung in vollem Umfang nachprüfen (Senat, Urteil vom 15. Januar 2010 – V ZR 40/09, NJW-RR 2010, 667 [= GuT 2010, 129] Rn. 6 mwN).

**5** Wie der Senat im Einklang mit der auch zuvor nahezu einhelligen Ansicht in der Rechtsprechung bereits entschieden hat, enthalten Bezeichnungen des planenden Architekten, die in dem Aufteilungsplan enthalten sind, grundsätzlich keine Beschränkung der Nutzungsmöglichkeit. Denn Aufgabe des Aufteilungsplans ist es nach § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG, die Aufteilung des Gebäudes sowie die Lage und Größe der im Sondereigentum und der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Gebäudeteile ersichtlich zu machen, und nicht, die Rechte der Wohnungs- und Teileigentümer über die Bestimmung der Grenzen des jeweiligen Eigentums hinaus zu erweitern oder zu beschränken (Senat, aaO, Rn. 8 ff.; Klein in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 15 Rn. 9 jeweils mwN). Soll der Aufteilungsplan ausnahmsweise auch die Nutzung verbindlich regeln, muss dies eindeutig aus der Bezugnahme in der Teilungserklärung oder der Gemeinschaftsordnung hervorgehen (näher Klein, aaO; Timme/Dötsch, WEG, § 15 Rn. 15).

**6** Aus diesem Grund liegt es neben der Sache, wenn das Berufungsgericht die Nutzungsbeschränkung auf die rechtliche Verbindlichkeit des Aufteilungsplans stützt. Richtig ist, dass der Aufteilungsplan rechtlich verbindlich ist; seiner sachenrechtlichen Abgrenzungsfunktion entsprechend regelt er aber grundsätzlich nur die räumliche Abgrenzung und nicht die Nutzung der Räumlichkeiten. Auch die an dem Senatsurteil vom 15. Januar 2010 (aaO) vereinzelt geäußerte Kritik, die das Vertrauen der Wohnungseigentümer auf die Bezeichnungen im Aufteilungsplan für schutzwürdig hält (Schmid, NZM 2010, 852 f.; Ommeln, ZMR 2010, 541 f.), verkennt diese Zweckrichtung des Aufteilungsplans.

**7 2.** Daran gemessen ist die Auslegung des Berufungsgerichts rechtsfehlerhaft.



8 Die Teilungserklärung enthält ohne weitere Unterscheidung zwischen den drei Einheiten nur die allgemeine Zweckbestimmung, dass die den Teileigentumseinheiten zugeordneten Räume nicht zu Wohnzwecken dienen. Die Gemeinschaftsordnung regelt unter der Überschrift Nutzung (§ 4) lediglich die Nutzung der Wohnungen und nicht die der Teileigentumseinheiten. Danach dürfen die Einheiten zwar nicht zum Wohnen, aber zu jedem anderen Zweck genutzt werden.

9 Dafür, dass die nur in dem Aufteilungsplan enthaltenen Bezeichnungen als „Laden“ bzw. „Gaststätte“ ausnahmsweise nicht nur reine Nutzungsvorschläge, sondern eine bindende Beschränkung der Nutzungsmöglichkeit enthalten, gibt es keine Anhaltspunkte. Warum das Berufungsgericht meint, es handle sich im Unterschied zu dem von dem Senat bereits entschiedenen Sachverhalt nicht um die unveränderte Übernahme eines

Bauplans, erschließt sich nicht; aus dem Aufteilungsplan geht hervor, dass der Plan für den Antrag auf die Abgeschlossenheitsbescheinigung erstellt wurde. Gegen eine Nutzungsbeschränkung spricht auch, dass nur die jeweils vorderen Räume der Teileigentumseinheiten als „Gaststätte“ (Nr. 1) bzw. als „Laden 2“ (Nr. 2) und „Laden 3“ (Nr. 3) bezeichnet sind. Darüber hinaus sind die den Wohnungseigentumseinheiten zugeordneten Räume in vergleichbarer Weise mit „Kind“, „Schlafen“, „Wohnen“ etc. gekennzeichnet. Dass eine diesen Bezeichnungen entsprechende Nutzung der jeweiligen Räume nicht zwingend vorgeschrieben ist, liegt auf der Hand. Auch die Bezeichnungen als „Laden“ bzw. „Gaststätte“ heben nur beispielhaft hervor, dass es sich um gewerblich zu nutzende und nicht Wohnzwecken dienende Einheiten handelt.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

## Wettbewerb

**Internet – Umschau Dezember 2012**

*Rechtsanwalt Daniel Dingeldey, Berlin*

### EuGH – .eu-Domains nur für Europäer?

Die Einführung der europäischen Domain-Endung .eu wirkt sich auch sechseinhalb Jahre nach Beginn der Sunrise Period aus. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) macht in einer aktuellen Entscheidung deutlich, dass .eu-Domains für Unternehmungen mit Sitz in der EU bestimmt sind (EuGH-Urteil vom 19. 7. 2012, Az.: C-376/11).

Die belgische Pie Optiek vertreibt über lensworld.be im Internet Kontaktlinsen, Brillen und andere Produkte für die Augen. Sie ist Inhaberin einer Benelux-Bildmarke in Form des Wortzeichens „Lensworld“, angemeldet am 8. Dezember 2005, die am 4. Januar 2006 für Waren und Dienstleistungen der Klassen 5, 9 und 44 eingetragen wurde. Die belgische Unternehmung Bureau Gevers berät auf dem Gebiet des geistigen Eigentums. Sie hatte im Auftrag der US-amerikanischen Walsh Optical, die ihrerseits auf lensworld.com Kontaktlinsen und Brillenartikel verkauft und am 26. Oktober 2005 die Beneluxmarke „Lensworld“ beantragt hatte, im Rahmen eines „Lizenzvertrages“ in der Sunrise Phase der Einführung von dotEU die Domain lensworld.eu beantragt. Bureau Gevers beantragte am 07. Dezember 2005 im eigenen Namen, aber für Rechnung von Walsh Optical die Domain lensworld.eu. Am 10. Juli 2006 wurde die Domain auch an Bureau Gevers vergeben; Pie Optiek, die die Domain am 17. Januar 2006 beantragt hatte, ging leer aus. Die Registrierung wurde ihr aufgrund des früher gestellten Antrags von Bureau Gevers verweigert. Daraufhin versuchte Pie Optiek über ein ADR-Verfahren beim Schiedsgericht der Tschechischen Republik die Domain zu erlangen, scheiterte jedoch (Entscheidung Nr. 04045 vom 12. März 2007). Auch vor dem „Tribunal de première instance de Bruxelles“ scheiterte Pie Optiek (Urteil vom 14. Dezember 2007). Nun ging man in Berufung zum belgischen „Cour d’appel de Bruxelles“. Dieser legte die Sache dem EuGH vor, weil dem Zivilgericht nicht klar war, wie die die Einführung von dotEU regelnden EU-Verordnungen Nr. 733/2002 und Nr. 874/2004 auszulegen sind, wenn ein außereuropäischer Markeninhaber eine Lizenz an eine Unternehmung im Bereich der EU ausschließlich vergibt, damit dieses eine Domain zugunsten des Markeninhabers registriert.

Der EuGH schaute sich die Rechtslage an und kam zu dem Ergebnis, dass in solch einem Fall Lizenznehmer auch dazu berechtigt sein müssen, die Rechte kommerziell zu nutzen (Urteil vom 19. 7. 2012, Az.: C-376/11). Aus Sicht des EuGH wurden die EU-Verordnungen geschaffen, um im Internet die Europäische Union, ihre Unternehmen, Organisationen und natürlichen Personen darzustellen, wobei die Domain-Inhaber jeweils ihren Sitz in der EU haben müssen. Das galt ganz besonders für die Phase der Sunrise, bei der Inhaber von Kennzeichenrechten und deren Lizenznehmer bevorzugt Domains beantragen durften. Gerade diese Kennzeichenrechtsinhaber oder Lizenznehmer mussten ihren Sitz in der EU haben, wobei für Lizenznehmer auch galt, dass diese über das lizenzierte Recht verfügen durften. Letzteres war jedoch im vorliegenden Falle nicht gegeben: der „Lizenzvertrag“ zwischen Walsh Optical und Bureau Gevers berechtigte ausschließlich zur Registrierung der Domain zugunsten des Lizenzgebers, nicht aber zur – kommerziellen – Nutzung darüber hinaus. Im Hinblick darauf ging der EuGH davon aus, dass es sich nicht um einen Lizenzvertrag, sondern um einen lediglichen Dienstleistungsvertrag handelte. Dann aber war Bureau Gevers aufgrund des Vertrages und im Hinblick auf die EU-Verordnungen nicht berechtigt, die Domain zu beantragen.

Der „Cour d’appel de Bruxelles“ darf nun entscheiden. Und wie die Entscheidung ausgeht, dürfte klar sein: Das Bureau Gevers wird die Domain verlieren. Mit dieser Auslegung des Begriffs „Lizenznehmer“ in den EU-Verordnungen Nr. 733/2002 und Nr. 874/2004, die die Einführung der Top Level Domain .eu regeln, hat der Europäische Gerichtshof sich deutlich für den Sinn und Zweck der Einführung von .eu entschieden: das rein europäische Projekt. Fragt sich nur, wie es um andere .eu-Domain-Inhaber bestellt ist, die ihren Sitz nicht in der EU haben und deren Lizenzverträge nur auf die Registrierung der Domain beschränkt sind. Und was würde aus .eu-Domain-Inhabern mit Sitz in Griechenland, sollte sich das Land aus der EU verabschieden müssen?

Die Entscheidung des EuGH findet man unter:  
<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-376/11>

Die ADR-Entscheidung findet man unter:  
[http://eu.adr.eu/adr/decisions/decision.php?dispute\\_id=4045](http://eu.adr.eu/adr/decisions/decision.php?dispute_id=4045)

### nTLDs – Namensstreit zwischen Bewerbern entbrannt

Die Diskussionen um die Einführung neuer globaler Top Level Domains (nTLDs) sind um einen Streitpunkt reicher: zwi-

schen zwei in Großbritannien ansässigen Unternehmen ist ein Streit um die Verwechslungsgefahr ihrer Firmenbezeichnungen entbrannt.

Ein ganzes Modul namens „string contention“ hat die Internet-Verwaltung ICANN im Bewerberhandbuch der Klärung der Frage gewidmet, was zu tun ist, wenn sich mehrere Bewerber um gleiche oder zum Verwechseln ähnliche Zeichenketten bemühen. Nicht bedacht hat man dagegen die Frage, was zu tun ist, wenn bereits die Bewerber selbst einen ähnlichen Firmennamen haben. Konkret betroffen sind die beiden britischen Gesellschaften TLD Registry Services und TLD Registrar Services; allenfalls Branchenkenner dürfte da der Unterschied zwischen Registry und Registrar gleich auffallen. Das wohl ältere Unternehmen ist TLD Registry Services, das aus Island Networks, der Registry für die beiden Länderendungen .gg und .je, hervorgegangen ist. TLD Registrar Services steht dagegen mit CentralNic in Verbindung, das sich als Vermarkter von Subdomains wie eu.com, us.com oder uk.com einen Namen gemacht hat.

Bei TLD Registry Services ist man pikiert, dass es zu einer solchen Namensanlehnung gekommen ist. Mitgründer Nigel Roberts hat daher das Wirtschaftsministerium um Überprüfung gebeten. „Die Situation ist für beide Parteien weniger als ideal. Wir sind uns sicher, dass sie nicht wollen, dass sie mit uns verwechselt werden, und umgekehrt.“ CentralNic-CEO Ben Crawford gibt dagegen an, von einem Streit um den Namen keine Ahnung zu haben. Anlässlich des ICANN-Meetings in Prag sei man zwar von einem Vertreter von TLD Registry Services kontaktiert worden, habe von diesem Unternehmen aber zuvor nie gehört. Offenbar will man nun gleichwohl das Gespräch suchen, um eine Lösung zu finden.

Auch nach deutschem Recht stellen sich in Fällen der Verwechslungsgefahr oft knifflige Fragen. So schreibt § 18 Abs. 1 HGB vor, dass die Firma zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen muss. Ergänzend kommt § 30 Abs. 1 HGB zum Tragen, wonach sich jede neue Firma von allen an demselben Ort oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister oder in das Genossenschaftsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden muss. Im Bereich des Markenrechts bundesweit relevant wird die Frage der Verwechslungsgefahr geschäftlicher Bezeichnungen im Rahmen des § 15 Abs. 2 MarkenG; die Beurteilung, ob Verwechslungsgefahr in diesem Sinne vorliegt, ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls vorzunehmen (BGH, Urteil vom 19.07.2007, I ZR 137/04 – Euro Telekom). Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Ähnlichkeitsgrad der einander gegenüberstehenden Bezeichnungen, der Kennzeichnungskraft des Kennzeichens und der Nähe der Unternehmensbereiche. All diese Fragen lassen einem Gericht erheblichen Spielraum in seiner Entscheidung, was die Risikoprognose erschwert. Sofern möglich, sollte man es daher zu einem Gerichtsverfahren gar nicht erst kommen lassen und von Anfang an auf einen unterscheidungskräftigen Namen setzen – auch um den Preis, dass die passende Domain bereits vergeben ist und erst abgekauft werden muss.

### **OLG Dresden – Doch Auskunftspflicht für Blogger?**

Das OLG Dresden hat in einem Hinweisbeschluss die Frage nach einem Auskunftsanspruch gegen einen Blog-Betreiber auf Daten eines Kommentators untersucht und entgegen anderer, höherer gerichtlicher Rechtsprechung bejaht. Gleichwohl riet sie von der Verfolgung des Berufungsverfahrens ab, weil im vorliegenden Falle Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage nicht gegeben waren (Beschluss vom 8. 2. 2012, Az.: 4 U 1850/11).

Die Klägerin vertreibt unter anderem Versicherungen. Der Beklagte zu 1) hat sich im Weblog des Beklagten zu 2), einem Rechtsanwalt, über die Klägerin geäußert und erklärt, „habe auch Zeugen wegen Falschberatung“ und „könnte man nicht eine Anzeige bei der Polizei machen ?? wegen Betrug ??“. Die

Klägerin sah darin eine Verletzung ihrer Rechte wegen falscher Tatsachenbehauptungen. Sie klagte deshalb vor dem Landgericht Leipzig, das die Klage abwies (Urteil vom 28.10.2011, Az.: 8 O 1142/11). Die Klägerin ging sodann in Berufung zum Oberlandesgericht Dresden.

Das OLG Dresden formulierte einen Hinweisbeschluss, wonach man die Berufung einstimmig zurückweisen wolle, unter anderem da keinerlei Aussicht auf Erfolg bestehe und die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung habe. Die Klägerin sei der Nachweis nicht geglückt, dass der Beklagte zu 1) tatsächlich der Kommentator im Weblog des Beklagten zu 2) ist und selbst wenn, dass tatsächlich kein Anspruch bestand. Bei den beanstandeten Äußerungen handelte es sich aus Sicht des OLG Dresden nicht um Tatsachenbehauptungen, sondern um zulässige Werturteile, zumal die Äußerungen nicht einmal ansatzweise konkretisiert waren. Hinsichtlich des Beklagten zu 2), von dem die Klägerin Auskunft über den Verfasser des Kommentars begehrte, sah die Sache allerdings anders aus. Zwar bestand auch hier der Anspruch auf Auskunft nicht, weil der Beklagte zu 1) lediglich seine Meinung geäußert habe. Doch entgegen bestehender Rechtsprechung des OLG Hamm (Urteil vom 3. 8. 2011, Az.: I-3 U 196/10) und des AG München (Urteil vom 3. 2. 2011, Az.: 161 C 24062/10), auf die sich auch die Vorinstanz berufen hatte, geht das OLG Dresden davon aus, dass ein solcher Anspruch grundsätzlich möglich sei. Während diese Gerichte sich an § 13 Abs. 7 TMG orientierten, der einen Dritten nicht berechtigt, Auskunft von einem Dienstanbieter über einen Nutzer zu verlangen, da diese Norm ausschließlich das Anbieter-Nutzer-Verhältnis betrifft, ergibt sich für das OLG Dresden der Anspruch aus dem allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Auskunftsanspruch (§§ 242, 259, 260 BGB), der auch auf Nicht-Verletzer anwendbar ist.

Dieser Hinweisbeschluss des OLG Dresden könnte starken Einfluss auf die Rechtsentwicklung haben. Mit einem Hinweis auf diesen Beschluss könnten zahlreiche Anspruchsteller, seien sie berechtigt oder nicht, erfolgreich Auskünfte einfordern; die Drohung mit einem Verfahren mit jetzt ungewissem Ausgang für Weblogger ist ein starker Hebel. Dem lässt sich freilich gut begegnen, wie es der Beklagte zu 2) vormacht: Im Prozess erklärte er, über einen Kommentar werde er per eMail informiert, die nur Daten enthält, die der Kommentator dort selbst eingetragen hat, sowie die IP-Adresse. Diese eMails lösche er ausnahmslos, nachdem er den jeweiligen Blogkommentar kontrolliert habe. Dieser Darstellung der Gegebenheiten wusste die Klägerin nichts entgegenzuhalten, um ihren Anspruch zu substantiieren. Und wo keine Daten sind, ist jedes Auskunftsbegehren vergebens.

Den Hinweisbeschluss des OLG Dresden findet man unter: <http://www.domain-recht.de/verweis/604>

Das Urteil des LG Leipzig findet man unter: <http://www.domain-recht.de/verweis/605>

### **LG Frankfurt – Fliegender Gerichtsstand besteht**

Das Amtsgericht Frankfurt am Main hatte in der Vergangenheit auf sich aufmerksam gemacht, da es der ausgedehnten Anwendung des fliegenden Gerichtsstands bei Rechtsverletzungen im Internet entgegengetreten ist. Nun hat das Landgericht in Frankfurt am Main zumindest eine der Entscheidungen aufgehoben.

Das AG Frankfurt am Main hatte sich in einem Fall der Urheberrechtsverletzung per Filesharing für unzuständig erklärt, weil der Beklagte seinen allgemeinen Gerichtsstand nicht im Bezirk des AG Frankfurt/M (§§ 12 ff ZPO) hat (Urteil vom 13. Februar 2012, Az.: 31 C 2528/11). Eine Zuständigkeit nach dem so genannten fliegenden Gerichtsstand (§ 32 ZPO) lehnte das Gericht ab, da dieser eingeschränkt werden müsse; andernfalls wäre jedes Gericht in Deutschland zuständig, auch wenn kein örtlicher Bezug vorliege. Die Vorschrift des § 32 ZPO beruhe auf dem Gedanken der Sachnähe, die eine leichtere Aufklärung verspricht; bloße technische Abrufbarkeit im Internet habe mit Sachnähe nichts zu tun. Sachnähe sei an dem Ort gegeben, wo

das Download-Angebot bereitgehalten wird, aber nicht, wo die Klägerin ihre Ermittlungen betreibt. Dabei grenzte das Amtsgericht die Filesharing-Angebote von Online-Angeboten im World Wide Web ab: Bei Filesharing-Angeboten habe der Schädiger keinen Einfluss auf deren Verbreitung und kann den Adressatenkreis nicht begrenzen. Bei Internetseiten im WWW hingegen habe der Anbieter Einfluss auf die Sprache des Angebots, die gegebenen Inhalte, die technische Abrufbarkeit mit den verschiedenen Browserprogrammen sowie durch zum Beispiel Versandbeschränkungen. Die technischen Besonderheiten des Filesharing-Angebots rechtfertigen es nicht, den Beklagten den Nachteilen einer unbeschränkten Gerichtswahl auszusetzen. Die Klägerin erhielt das beantragte Versäumnisurteil nicht und musste in Berufung zum Landgericht Frankfurt/M gehen.

Das Landgericht in Frankfurt hob die Entscheidung des Amtsgerichts auf und gab dem Antrag der Klägerin auf Ersatz der Abmahnkosten statt (Urteil vom 18. 7. 2012, Az.: 2-06 S 3/12). Das Landgericht ist der Ansicht, das AG Frankfurt/M war zuständig, denn die Regeln über den fliegenden Gerichtsstand fänden hier Anwendung. Es ist der Ansicht, dass „bei einem bewussten Zugänglichmachen von urheberrechtlich geschützten Werken im gesamten Bundesgebiet eben auch eine gerichtliche Zuständigkeit – vorhersehbar – im ganzen Bundesgebiet entsteht. „Wer an einem Ort in eine bundesweit abrufbare Tauschbörse einen Musiktitel einstellt, weiß nicht nur, sondern bezweckt auch gerade, dass das „Angebot“ zur Vervielfältigung dieser Datei von möglichst vielen Menschen an möglichst vielen Orten im gesamten Bundesgebiet angenommen wird.“ Filesharing-Systeme bezwecken gerade, viele Teilnehmer zu erreichen und das Verbreitungsgebiet zu vergrößern. „Der Nutzer einer solchen Tauschbörse beabsichtigt daher nicht, dass lediglich die Nutzer im Bezirk seines Wohnsitzgerichtes oder dem Sitzgericht des Rechteinhabers die Datei herunterladen, sondern gerade möglichst umfassend in der gesamten Bundesrepublik und der gesamten Welt.“ Die so entstehende freie Wahl des Gerichtsstandes durch den Kläger sei nicht zu beanstanden. Das Gericht wies zudem darauf hin, dass der Gesetzgeber anlässlich zahlreicher Urheberrechtsnovellen eine entsprechende Regelung hätte einarbeiten können, wenn er die Zuständigkeit für solche Urheberrechtsverletzungen gesondert geregelt haben wollte. Beim Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb hingegen hat er entsprechende Regeln normiert. Schließlich resümiert das Gericht, dass die Vermehrung der möglichen Gerichtsstände nur das Spiegelbild der Vermehrung der Verbreitungsmöglichkeit durch File-Sharing-Netzwerke ist.

Mit diesem Urteil nimmt der fliegende Gerichtsstand des § 32 ZPO an den Frankfurter Gerichten wieder an Fahrt auf. Welche Auswirkungen die Entscheidung für die Zukunft hat, wird man sehen. Erfreulich ist das Urteil nicht, zumal es auch Entscheidungen mit anderen differenzierten Begründungen gibt, warum der fliegende Gerichtsstand und damit die Zuständigkeit jeden Gerichts in so wie hier gelagerten Fällen nicht anzuwenden sei.

Die Entscheidung des Landgericht Frankfurt/M findet man unter:

<http://www.domain-recht.de/verweis/608>

Informationen zur Entscheidung des Amtsgerichts Frankfurt/M (Urteil vom 13. Februar 2012, Az.: 31 C 2528/11) findet man unter:

<http://www.domain-recht.de/verweis/609>

Informationen zu einer früheren Entscheidung des AG Frankfurt/M finden Sie unter:

<http://www.domain-recht.de/verweis/610>

### Impressum – So vermeiden Sie eine Abmahnung

Nach wie vor sind Abmahnungen wegen eines fehlerhaften Internetimpressums an der Tagesordnung. Gesetzgeber und Rechtsprechung sorgen für hohe Anforderungen an die leicht zugänglich zu machenden Angaben. Konkurrenten reagieren mit Abmahnungen. Leider auch zwangsläufig, weil freundliche Korrekturvorschläge scheitern.

Wer ein Internet-Impressum braucht, wie es auszusehen hat und auf welchem Wege es zu erreichen sein sollte, findet sich im Telemediengesetz (TMG) beschrieben. In § 5 TMG heisst es da: „Diensteanbieter haben für geschäftsmäßige, in der Regel gegen Entgelt angebotene Telemedien folgende Informationen leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten“. Es folgen dann die dezidiert bereit zu stellenden Angaben, wie Name, Anschrift, eMail-Adresse und vieles mehr. Einige der notwendigen Daten fehlten beim Impressum eines Mitbewerbers eines IT-Unternehmens, dessen Kunde von diesem Mitbewerber wegen einer unerwünschten Mail abgemahnt worden war. Das IT-Unternehmen, welches unter anderem Newsletter-Dienstleistungen anbietet, schaute sich den Abmahnenden und dessen Website genauer an und entdeckte das fehlerhafte Impressum. Auf dieses machte es den Mitbewerber telefonisch aufmerksam; der war jedoch der Ansicht, es seien alle erforderlichen Informationen auf der Website vorhanden und forderte zur Abmahnung auf – die dann auch von Seiten des IT-Unternehmens erfolgte. Der abgemahnte Mitbewerber widersprach, so dass das IT-Unternehmen gerichtliche Hilfe in Anspruch nahm.

Die Streitenden trafen sich vor dem zuständigen Landgericht. Das Gericht stellte fest, dass der Beklagte tatsächlich wettbewerbswidrig gehandelt habe und die Angaben im Impressum unvollständig gewesen seien. Es erging ein Urteil zugunsten des klagenden IT-Unternehmens. Der Beklagte, der das Impressum mittlerweile korrigiert hatte, ging in Berufung zum Oberlandesgericht Stuttgart. Dort kam es jedoch nicht mehr zu einer mündlichen Verhandlung: Der Beklagte nahm, wohl auf Hinweis des Gerichts, die Berufung zurück, mangels Aussicht auf Erfolg. Damit aber nicht genug, setzte das OLG Stuttgart den mit EUR 3000,- angegebenen Streitwert auf EUR 20.000,- herauf. Was also im einfachen Gespräch hätte kollegial geklärt werden können, wurde zum teuren Vergnügen des kooperationsunwilligen Rechtsverletzers.

Unter Konkurrenten ist eine Abmahnung oft das einzige Mittel, um eine umstrittene Rechtssituation zu klären. Sie muss nicht zwingend das erste Mittel sein, aber sie muss aus zeitlichen Gründen zügig erfolgen. Wer Zeit, Geld und Mühe sparen will, kann freundlicher Weise zuvor den Rechtsverletzer auf seinen Fehler aufmerksam machen, ehe er die notwendigen rechtlichen Hebel umlegt. Dass man mit dieser kostensparenden und schnellen Lösung nicht immer auf offene Ohren trifft, ist freilich schade. Und, wie der obige Fall zeigt, teuer.

Im Hinblick auf ein gesetzeskonformes Internetimpressum gibt es verschiedene Online-Dienste, über die man ein korrektes Impressum erstellen kann. Dazu gehören unter anderem: <http://www.digi-info.de/de/netlaw/webimpressum/index.php> <http://www.e-recht24.de/impressum-generator.html>

Eine umfangreiche Informationsbroschüre, die andere wichtige Rechtsinformationen für den Internetauftritt berücksichtigt, gibt es von [hamburg-media.net](http://hamburg-media.net) und findet man unter:

<http://www.domain-recht.de/verweis/606>

Die obige Geschichte der Abmahnung findet man ausführlich unter:

<http://www.domain-recht.de/verweis/607>

Das Telemediengesetz findet man unter:

<http://www.gesetze-im-internet.de/tmg/index.html>

mailto: [dingeldey@domain-recht.de](mailto:dingeldey@domain-recht.de)

mailto: [RA@daniel-dingeldey.de](mailto:RA@daniel-dingeldey.de)

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

Februar 2007 – 31. Dez. 2012: 627 379 Zugriffe

**§§ 823, 812 BGB**

**Domainname; zum Rechtserwerb durch Registrierung; Inhaberschaft; DENIC; gewinn.de**

**a) Durch die Registrierung eines Domainnamens erwirbt der Inhaber kein absolutes Recht an dem Domainnamen und damit kein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB.**

**b) Derjenige, der bei einer sogenannten WHOIS-Abfrage bei der DENIC als Inhaber eines Domainnamens eingetragen ist, ohne gegenüber der DENIC materiell berechtigt zu sein, kann diese Stellung im Sinne von § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB auf Kosten des Berechtigten erlangt haben.**

(BGH, Urteil vom 18. 1. 2012 – I ZR 187/10)

**§§ 133, 157, 275 BGB**

**Domain-Registrierung; DENIC; Domainvertrag; Providerwechsel; gewinn.de**

**a) Die Domainbedingungen der Domain-Registrierungsstelle DENIC eG von 2004 erfordern für einen Providerwechsel einen diesbezüglichen vom Domaininhaber autorisierten Auftrag. Nach den Erläuterungen der DENIC zum Providerwechsel (Stand: 29. Oktober 2003) kommt dem Schweigen des bisher die Domain verwaltenden DENIC-Mitglieds auf Anfragen der Beklagten, zu einem Providerwechselauftrag Stellung zu nehmen, nicht der Erklärungswert zu, dass das bisher die Domain verwaltende DENIC-Mitglied im Namen des Domaininhabers dem Providerwechsel zustimmt und damit den neuen Provider im Wege der Erteilung einer Außenvollmacht bevollmächtigt.**

**b) Schließt die Domain-Registrierungsstelle DENIC eG sukzessive mehrere Domainverträge bezüglich derselben Domain ab, so ist die Frage, welchen Vertrag sie erfüllen muss, grundsätzlich nach dem Prioritätsprinzip zu Gunsten desjenigen zu beantworten, der als erster den Domainvertrag abgeschlossen hat.**

(BGH, Urteil vom 25. 10. 2012 – VII ZR 146/11)

**Anmerkung:** gewinn.de – BGH urteilt zum Providerwechsel

Der Bundesgerichtshof beschäftigt sich mit der Frage, wann DENIC eG beim Providerwechsel einer Domain vom Einverständnis des Domain-Inhabers ausgehen darf, wenn der aktuelle Provider zu einer Providerwechselanfrage schweigt (Urteil vom 25. 10. 12, Az.: VII ZR 146/11).

Der Kläger forderte von DENIC eG, ihn als Inhaber der Domain gewinn.de wieder einzutragen. Der Kläger hatte die Domain 1996, noch bevor DENIC eG die Verwaltung von .de übernommen hatte, registrieren lassen. 2004 transferierte der Kläger die Domain zu einem neuen Domain-Provider. Im Mai und Juni 2005 zog die Domain ohne Wissen des Klägers zu einem anderen Domain-Provider, der diese kündigte und auf einen anderen Inhaber registrierte. Vor dem Landgericht Frankfurt/M (Urteil vom 27. 7. 10, Az.: 2-7 O 33/09) verlor der Kläger, doch das Oberlandesgericht Frankfurt/M (Urteil vom 09.06. 11, Az.: 16 U 159/10) gab ihm Recht. DENIC wandte sich als Beklagte in Revision vor den Bundesgerichtshof (Urteil vom 25. 10. 12, Az.: VII ZR 146/11).

Der Bundesgerichtshof wies die Revision zurück und bestätigte das Urteil des OLG Frankfurt/M. Der Kläger war allerdings nicht erfolgreich mit seinem eigentlichen Antrag, der sich auf einen Eintrag im WHOIS-Verzeichnis bezog, sondern mit seinem ersten Hilfsantrag, demnach er forderte, die Domain gewinn.de mit ihren technischen Daten zu seinen Gunsten in die Nameserver der Beklagten aufzunehmen und darin für die Dauer des Domain-Vertrags zu belassen. Hintergrund dafür ist, dass die WHOIS-Datenbank als Auskunftssystem lediglich diese Daten, die maßgebend sind, darstellt. Der Kläger bekam Recht, weil nach Ansicht des Berufungsgerichts und des BGH

kein wirksamer Providerwechsel zum dritten Provider stattgefunden und der Kläger diesen nicht mit der Kündigung der Domain beauftragt hatte. Bei dem Providerwechselantrag aus 2005 handelte es sich um eine Fälschung, und mangels eines wirksamen Providerwechsels konnte der neue Provider den Domain-Vertrag nicht wirksam kündigen. Die DENIC verwies im Hinblick auf die Wirksamkeit des Transfers auf die auf ihrer Homepage befindlichen Erläuterungen zum Providerwechsel: die DENIC hatte vor Durchführung des Providerwechsels den alten Provider zwei Mal angemahlt und gefragt, ob der Domain-Transfer korrekt ist. Zugleich wies sie ihn darauf hin, dass Schweigen als Zustimmung gewertet werde. Da dieser nicht antwortete, nahm DENIC entsprechend seiner damaligen Erläuterungen das Schweigen als Zustimmung und führte den Transfer aus. Den Gerichten fehlte hier aber der Auftrag des Domain-Inhabers, und zwar sowohl zum Providerwechsel als auch zur Kündigung der Domain. Die beklagte DENIC sieht sich durch die Umstände vor einem Dilemma, da sie sich sowohl gegenüber dem Kläger als auch der aktuell als Domain-Inhaberin eingetragenen Partei vertraglich verpflichtet hat. Der BGH löst das Problem im Wege einer Interessenabwägung und kommt – wie schon das Berufungsgericht – zu dem Ergebnis, dass auch hier der Prioritätsgrundsatz gilt: Danach wiegt das Interesse des Klägers, der als erster Inhaber der Domain war und diese Inhaberschaft letztlich nie verloren hat, schwerer als das der aktuell als Inhaberin eingetragenen Partei.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zeugt einmal mehr von der Praxishöhe und dem für das Domain-Recht gebotenen Sachverstand, wie ihn das höchste Zivilgericht bisher überwiegend an den Tag legt. Dabei ist die differenzierte Betrachtung zur Frage des Schweigens des vom Kläger beauftragten Providers auf die Anfragen der DENIC zum Providerwechsel und sind die Schlussfolgerungen hinsichtlich eines Einverständnisses eines sukzessive mit dem Transfer verbundenen Inhabers (der rechtlich eine Kündigung des Vertrages verbunden mit einem neuen Vertrag zwischen DENIC und dem neuen Domain-Inhaber bedeutet) angemessen.

Dass DENIC nun zukünftig bedächtiger reagieren muss, wenn sie rechtssichere Domain-Transfers durchführen will, ist freilich die andere Seite der Medaille.

Rechtsanwalt Daniel Dingeldey, Berlin

**§ 4 PostG; § 1 PUDLV**

**Wettbewerb; Universaldienst der Deutsche Post AG; Postwurfsendung; Landtagsfraktion; NPD-Fraktion im Sächsischen Landtag**

**a) Für die Zuweisung einer Druckschrift zum Universaldienst im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 3 PUDLV kommt es lediglich auf den formalen Zweck der Publikation an, die Öffentlichkeit über Tagesereignisse, Zeit und Fachfragen zu unterrichten. Dies gilt auch, wenn die in Rede stehende Publikation einseitig politisch ausgerichtet ist und durch eine entsprechende Berichterstattung den Zielen einer bestimmten politischen Richtung dient.**

**b) Ein periodisches Erscheinen im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 PUDLV liegt vor, wenn die Druckschrift nach ihrer Aufmachung nicht nur zur gelegentlichen Informationskundgabe bestimmt, sondern auf das für eine Zeitung oder Zeitschrift übliche periodische Erscheinen angelegt ist und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie trotz dieser Aufmachung gleichwohl nur gelegentlich publiziert werden soll.**

**c) Die fehlende Adressierung der Druckschrift steht der Zugehörigkeit zum Universaldienst im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 3 PUDLV, § 4 Nr. 1 Buchst. c PostG nicht entgegen.**

(BGH, Urteil vom 20. 9. 2012 – I ZR 116/11)

**Hinw. d. Red.:** Hierzu lautet die BGH-Pressemitteilung Nr. 154/2012 vom 20. 9. 2012:

»Post muss Publikation der NPD-Fraktion im Sächsischen Landtag als Postwurfsendung verteilen

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat die Deutsche Post AG verurteilt, die Publikation „Klartext“ der NPD-Fraktion im Sächsischen Landtag als Postwurfsendung zu verteilen (Urteil vom 20. 9. 2012 – I ZR 116/11).

Die NPD-Fraktion gibt eine Druckschrift mit dem Titel „Klartext“ heraus, in der über ihre Fraktionsarbeit und über aktuelle politische Themen berichtet wird. Die Publikation soll in einer Auflage von 200.000 Stück in Leipzig an alle Haushalte mit Tagespost verteilt werden. Die NPD-Fraktion hält die Deutsche Post für verpflichtet, mit ihr einen entsprechenden Rahmenvertrag über die Beförderung und Verteilung der Publikation als Postwurfsendung abzuschließen. Die Deutsche Post meint, es bestehe kein Beförderungszwang, weil die zu verteilende Publikation nicht konkret adressiert werde. Es handele sich bei dem Druckwerk lediglich um eine Postwurfsendung, deren Verteilung keiner Regulierung unterliege.

Die NPD-Fraktion hat die Deutsche Post vor dem Landgericht Leipzig verklagt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das OLG Dresden hat die Berufung der NPD-Fraktion zurückgewiesen.

Der Bundesgerichtshof hat das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und die Beklagte zum Abschluss eines Rahmenvertrags über die Beförderung der Druckschrift verurteilt. Die Beklagte ist zur Beförderung nach § 2 Postdienstleistungsverordnung (PDLV) verpflichtet. Um die flächendeckende Grundversorgung mit Postdienstleistungen sicherzustellen, sieht die gesetzliche Regelung vor, dass die Lizenzträger, zu denen die Deutsche Post zählt, verpflichtet sind, bestimmte Postdienstleistungen, sogenannte Universaldienstleistungen, zu erbringen. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass die hier nachgefragte Leistung eine solche Universaldienstleistung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 3 Postuniversaldienstleistungsverordnung (PUDLV) darstellt. Bei der Publikation handelt es sich um eine periodisch erscheinende Druckschrift, die zu dem Zweck herausgegeben wird, die Öffentlichkeit über Tagesereignisse, Zeit- oder Fachfragen durch presseübliche Berichterstattung zu unterrichten. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts darf der Umstand, dass die Publikation der Werbung für die Politik und Arbeit der Klägerin dient, auf die Entscheidung keinen Einfluss haben. Die Einordnung als Universaldienstleistung verfolgt mit dem dadurch bestimmten Beförderungszwang das Ziel, zur Förderung der in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleisteten Pressefreiheit Erzeugnisse der Presse dem Empfänger so günstig wie möglich zuzuführen. Die Pressefreiheit begründet für den Staat jedoch eine inhaltliche Neutralitätspflicht, die jede Differenzierung nach Meinungsinhalten verbietet. Den Einwand der Deutschen Post, dass es sich bei der in Rede stehenden Publikation nicht um eine periodisch erscheinende Druckschrift handelt, hat der BGH nicht gelten lassen. Ausreichend hierfür ist, dass die Druckschrift nach ihrer Aufmachung – anders als ein Flugblatt – auf das für eine Zeitung oder Zeitschrift übliche periodische Erscheinen angelegt ist und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie trotz dieser Aufmachung nur gelegentlich publiziert werden soll. Das ist hier der Fall. Dass es in der Vergangenheit aufgrund der Weigerung der Deutschen Post bei der Verteilung zu Schwierigkeiten gekommen ist, kann der klagenden Fraktion nicht entgegengehalten werden.

Auch der Umstand, dass die fraglichen Druckschriften nicht adressiert sind, steht der Einordnung als Universaldienstleistung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 3 PUDLV, § 4 Nr. 1 Buchst. c PostG nicht entgegen. Soweit der Empfängerkreis hinreichend bestimmt ist, unterliegt die Beförderung von nicht adressierten Sendungen keinen für die Beklagte unzumutbaren Schwierigkeiten und trägt dem Bedürfnis Rechnung, auch die Beförderung von Massendrucksachen zu ermöglichen, die sich an eine Vielzahl von Empfängern richten. Ausgeschlossen wäre die Beförderung allerdings dann, wenn besondere Ausschlussgründe vorliegen, etwa weil der Inhalt der Publikation gegen straf-

rechtliche Bestimmungen verstößt (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 PUDLV) oder rassendiskriminierendes Gedankengut enthält (§ 1 Abs. 3 Nr. 4 PUDLV). Dazu hatte die Deutsche Post jedoch nichts vortragen.

§ 1 PUDLV – Universaldienst

(1) Als Universaldienstleistungen werden folgende Postdienstleistungen bestimmt:

1. ...
2. ...

3. die Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften im Sinne des § 4 Nr. 1 Buchstabe c des Gesetzes. Hierzu zählen periodisch erscheinende Druckschriften, die zu dem Zwecke herausgegeben werden, die Öffentlichkeit über Tagesereignisse, Zeit- oder Fachfragen durch presseübliche Berichterstattung zu unterrichten.

§ 3 PDLV – Kontrahierungszwang bei Universaldienstleistungen

Soweit ein Unternehmen Postdienstleistungen aufgrund einer Verpflichtung zum Universaldienst nach § 13 oder § 14 des Postgesetzes oder diese Leistungen nach § 56 des Postgesetzes erbringt, hat der Kunde gegen dieses Unternehmen im Rahmen der Gesetze und der Allgemeinen Geschäftsbedingungen einen Anspruch auf Erbringung der entsprechenden Leistungen.

§ 4 PostG – Begriffsbestimmungen

Für dieses Gesetz gelten die folgenden Begriffsbestimmungen:

1. Postdienstleistungen im Sinne dieses Gesetzes sind folgende gewerbsmäßig erbrachte Dienstleistungen:

- a) die Beförderung von Briefsendungen,
- b) die Beförderung von adressierten Paketen, deren Einzelgewicht 20 Kilogramm nicht übersteigt, oder
- c) die Beförderung von Büchern, Katalogen, Zeitungen oder Zeitschriften, soweit sie durch Unternehmen erfolgt, die Postdienstleistungen nach Buchstabe a oder b erbringen.

2. Briefsendungen sind adressierte schriftliche Mitteilungen. Kataloge und wiederkehrend erscheinende Druckschriften wie Zeitungen und Zeitschriften sind keine schriftlichen Mitteilungen im Sinne des Satzes 1. Mitteilungen, die den Empfänger nicht mit Namen bezeichnen, sondern lediglich mit einer Sammelbezeichnung von Wohnung oder Geschäftssitz versehen sind, sind nicht adressiert im Sinne des Satzes 1.«

### §§ 1, 21 GWB

**Wettbewerb; unverbindliche Preisempfehlung; Gespräch des produzierenden Lieferanten mit Händlern über deren Preisgestaltung; Internet-Vertrieb**

**Unterschreitet der Internet-Händler deutlich die unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers (hier: Rucksäcke und Schulranzen), kann der Telefonanruf eines Außendienstmitarbeiters des Herstellers beim Händler im Interesse einer Preisangleichung als unzulässiger Druck auf die Preisgestaltung des Händlers zu beurteilen sein.**

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 6. 11. 2012 – KZR 13/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger vertreibt insbesondere im Internet von der Beklagten produzierte Rucksäcke und Schulranzen zu Preisen, die die unverbindliche Preisempfehlung der Beklagten deutlich unterschreiten. Am 13. Juli 2004 wurde der Kläger von einem Außendienstmitarbeiter der Beklagten angerufen, der ihm mitteilte, er könne die Preiskalkulation des Klägers für bestimmte von der Beklagten produzierte Rucksäcke betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehen.

2 Der Kläger nimmt die Beklagte in Anspruch, es zu unterlassen, ihn wörtlich oder sinngemäß aufzufordern, für den Verkauf ihrer Produkte die von der Beklagten empfohlenen Verkaufspreise einzuhalten.

3 Die Klage hatte in beiden Vorinstanzen [LG Berlin; Kammergericht] Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Revision nicht zugelassen.

4 **Aus den Gründen:** II. Die zulässige Beschwerde ist unbegründet. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO); weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO).

5 Das Berufungsgericht hat sich zwar der Spruchpraxis des Bundeskartellamts angeschlossen, wonach es für die Ausübung unzulässigen Drucks im Sinne von § 21 Abs. 2 GWB ausreichen soll, dass der Lieferant über die Mitteilung seiner unverbindlichen Richtpreise hinaus mit seinen Abnehmern Kontakt aufnimmt und das Gespräch über deren Preisgestaltung sucht. Es hat den Verstoß gegen § 21 Abs. 1, § 1 GWB dann aber in tatrichterlicher Würdigung aus den umfassend in Betracht zu ziehenden Umständen des Einzelfalls abgeleitet. Das Berufungsgericht hat festgestellt, der Kläger habe den Telefonanruf des Außendienstmitarbeiters nur dahingehend verstehen können, dass dieser angesichts der erheblichen Abweichung der Preise des Klägers von denen seiner Konkurrenten im Interesse einer Preisangleichung intervenierte. Das Berufungsgericht hat weiter insbesondere berücksichtigt, dass der Außendienstmitarbeiter auf die Frage des Klägers, ob seine Äußerung zur mangelnden betriebswirtschaftlichen Nachvollziehbarkeit der Kalkulation des Klägers bedeute, dass die Beklagte ihn nicht mehr beliefern werde, nur antwortete, dies nicht gesagt zu haben und die Äußerung schlicht wiederholte, statt sich eindeutig zur weiteren Belieferung des Klägers zu äußern.

6 Unter diesen Umständen lässt die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe unzulässigen Druck auf die Preisgestaltung des Klägers ausgeübt, keinen zulassungsrelevanten Rechtsfehler erkennen. Es kann daher im Streitfall dahinstehen, ob nach Übersendung einer unverbindlichen Preisempfehlung bereits jedes Gespräch des Lieferanten mit Händlern über deren Preisgestaltung als nach § 21 Abs. 2 GWB unzulässige Einflussnahme auf die Preisgestaltung der Händler angesehen werden kann.

7 Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 2 ZPO abgesehen

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinw. d. Red.:** Zur wettbewerbsrechtlichen Irreführung des Durchschnittsverbrauchers durch unverbindliche Preisempfehlung UVP vgl. BGH GuT 2007, 252. Vgl. auch OLG Hamburg – 5 U 182/03 – GuT 2004, 244 KL.

**Anm. d. Red.:** Die (un)verbindliche Preisempfehlung der Hersteller hatte ursprünglich die Funktion, für eine gleichmäßige Warendistribution und -versorgung bis in die hintersten Zipfel der Bundesrepublik Deutschland eine Grundlage zu sein. Diese Funktion hat heute noch die Buchpreisbindung. Der praktizierte Internet-Handel von Waren des täglichen Bedarfs bis hin zu z. B. Schulranzen oder Rollatoren kannibalisiert den stationären Handel und marodiert Versorgungsstrukturen in Stadt und Land. Produzenten müssen unter diesen Umständen nachhaltig wirkende Möglichkeiten eröffnet werden, Mitverantwortung auch über Preisgestaltung zu übernehmen.

Der Online-Markt ist mit den stationären Märkten nicht vergleichbar. Er ist ihnen gegenüber ein aliud. Wettbewerb um und Konkurrenz innerhalb eines Marktes mögen gem. § 1 GWB, § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB durch das Verbot wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens geschützt werden. Das Warenangebot des Produzenten (einschließlich Lieferantenkette) könnte aber in der Belieferung auf die nicht vergleichbaren Märkte vom Produzenten bestimmt werden, und zwar zu den den jeweiligen Märkten

abverlangten Verkaufspreisen ab Werk. Ob dem §§ 1, 21 GWB entgegenstehen, wäre zu untersuchen. Allein die Tatsachen von Angeboten und Nachfragen bilden per se keinen Markt, wie die ungelösten Probleme der Globalisierung offenlegen. (vS)

**§§ 3, 4 UWG; § 5 PAngV;  
Art. 22 Richtlinie 2006/123/EG  
Wettbewerb; Unionsrecht;  
Zugänglichkeit des Preisverzeichnisses über Bildschirm  
bei Mietwagenangebot**

a) Die Vorschrift des § 5 PAngV stellt für in Deutschland ansässige Dienstleistungserbringer eine mit dem Unionsrecht im Einklang stehende Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG dar.

b) Die Bestimmung des § 5 Abs. 2 PAngV stellt eine Ausnahmevorschrift zu der für Dienstleistungserbringer in § 5 Abs. 1 PAngV aufgestellten Verpflichtung dar, ein Leistungsverzeichnis vor Ort auszuhängen.

c) Im Rahmen des § 5 Abs. 2 PAngV spielt es keine Rolle, ob das Preisverzeichnis unmittelbar in körperlicher Form vorgelegt oder auf einem Bildschirm abgerufen werden kann. Das Verzeichnis muss dem jeweiligen Kunden auch nicht unmittelbar zugänglich sein.

(BGH, Urteil vom 22. 3. 2012 – I ZR 111/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagte ist ein deutschlandweit tätiger Autovermieter. Sie bietet Fahrzeuge unterschiedlicher Klassen an, deren Preise die Mietinteressenten unter anderem in ihren Filialen erfragen können. In der Filiale der Beklagten in der S. in H. war weder am 23. noch am 26. Juni 2009 ein Preisverzeichnis angebracht.

2 Nach Ansicht der Klägerin, der Verbraucherzentrale H., ist die Beklagte verpflichtet, in ihren Filialen Verzeichnisse mit den Preisen für ihre wesentlichen Leistungen anzubringen. Das Fehlen solcher Verzeichnisse verstoße gegen die Preisangabenverordnung und sei auch wettbewerbswidrig.

3 Die Klägerin hat beantragt, es der Beklagten unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr im Rahmen der gewerblichen Autovermietung Leistungen anzubieten, ohne ein Preisverzeichnis mit den Preisen für die wesentlichen Leistungen oder gegebenenfalls Verrechnungssätzen im Schaufenster oder Schaukasten anzubringen.

4 Außerdem hat die Klägerin von der Beklagten Abmahnkosten in Höhe von 160,50 € nebst Zinsen ersetzt verlangt.

5 Die Klage ist in beiden Vorinstanzen [LG Hamburg; OLG Hamburg] ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

6 **Aus den Gründen:** I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist die Beklagte von der nach § 5 Abs. 1 PAngV grundsätzlich bestehenden Verpflichtung zur Anbringung von Preisverzeichnissen in ihren Geschäftslokalen aufgrund des § 5 Abs. 2 PAngV befreit. Wie das Berufungsgericht aus eigener Lebenserfahrung beurteilen könne, bestehe eine allgemeine Verkehrsauffassung, dass überregional tätige Autovermieter umfassende Preisverzeichnisse erstellen, in denen sie sich nicht auf ihre wesentlichen Leistungen beschränkten. Der Vortrag der Klägerin, einzelne Autovermieter hängten Preisverzeichnisse mit ihren Leistungen aus, stehe dem nicht entgegen. Das Verzeichnis eines einzelnen Autovermieters begründe keine Branchenüblichkeit, zumal zwischen regionalen und überregionalen Autovermietern zu unterscheiden sei. Für überregional tätige Autovermieter wie die Beklagte, deren Leistungsspektrum mehr als 15 Millionen Möglichkeiten umfasse, sei eine Beschränkung auf die wesentlichen Leistungen nicht möglich.

7 Die Klägerin sei dem Vortrag der Beklagten zur Branchenüblichkeit der Erstellung umfassender Preisverzeichnisse, die nicht ausgehängt würden, nicht hinreichend entgegengetreten. Ihr Bestreiten mit Nichtwissen sei wegen des grundsätzlich der Beklagten obliegenden Negativbeweises unzulässig, zumal die Beklagte zu einzelnen Mitbewerbern substantiierte Angaben gemacht habe. Dass der Mitbewerber E. nach dem Klagevortrag am 13. Juli 2009 einen Preisaushang im Schaufenster angebracht habe, sei unerheblich, weil jener Aushang den Anforderungen des § 5 Abs. 1 PAngV nicht entsprochen habe. Die Möglichkeit, das Preisverzeichnis vor Ort an einem Rechner einzusehen, reiche für den Ausnahmetatbestand des § 5 Abs. 2 PAngV aus. Das Anbringen eines Preisverzeichnisses in ihrem Schaufenster sei für die Beklagte auch wegen der mehr als 15 Millionen Preisvariationsmöglichkeiten nicht zumutbar.

8 II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass der von der Klägerin im Streitfall geltend gemachte Unterlassungsanspruch gemäß §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 PAngV nicht besteht, weil hier die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 PAngV vorliegen. Damit war auch die von der Klägerin ausgesprochene Abmahnung unberechtigt, so dass der Klägerin kein Anspruch aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG auf Ersatz ihrer Abmahnkosten zusteht.

9 1. Die Bestimmung des § 5 PAngV, die den Anbietern von Dienstleistungen neben dem Aufstellen von Preisverzeichnissen grundsätzlich auch deren Anbringen am Ort des Leistungsangebots auferlegt, stellt allerdings eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG dar. Da die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken insbesondere die von Unternehmern gegenüber Verbrauchern zu erfüllenden Informationspflichten abschließend regelt, kann ein Verstoß gegen eine entsprechende nationale Bestimmung eine Unlauterkeit nach § 4 Nr. 11 UWG zwar nur noch dann begründen, wenn diese Bestimmung eine Grundlage im Unionsrecht hat (vgl. Erwägungsgrund 15 Satz 2 der Richtlinie 2005/29/EG; BGH, Urteil vom 29. April 2010 – I ZR 23/08, GRUR 2010, 652 Rn. 11 – Costa del Sol; Urteil vom 29. April 2010 – I ZR 99/08, GRUR 2011, 82 Rn. 17 = WRP 2011, 55 Preiswerbung ohne Umsatzsteuer, mwN). Das ist hinsichtlich der Bestimmung des § 5 PAngV jedoch der Fall.

10 Nach Art. 22 Abs. 1 Buchst. i der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die Dienstleistungserbringer die Dienstleistungsempfänger über die von ihnen für bestimmte Arten von Dienstleistungen im Vorhinein festgelegten Preise informieren. Zwar können die Dienstleistungserbringer dabei nach Art. 22 Abs. 2 RL 2006/123/EG wählen, ob sie die Preise von sich aus mitteilen (Buchst. a) oder den Dienstleistungsempfängern am Ort der Leistungserbringung oder des Vertragsabschlusses oder elektronisch über eine von ihnen angegebene Adresse leicht zugänglich zur Verfügung stellen (Buchst. b und c) oder in allen von ihnen den Dienstleistungsempfängern zur Verfügung gestellten Informationsunterlagen über die angebotene Dienstleistung nennen (Buchst. d). Diese Regelung hindert die Mitgliedstaaten nach Art. 22 Abs. 5 RL 2006/123/EG aber nicht daran, für in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassene Dienstleistungserbringer zusätzliche Informationsanforderungen vorzuschreiben. Die Bestimmung des Art. 22 RL 2006/123/EG hat bei diesen Dienstleistungserbringern daher lediglich eine Ergänzungsfunktion (Schmidt-Kessel in Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 22 Rn. 1; ders., GPR 2008, 63; W.-H. Roth, VuR 2007, 161, 169). Dementsprechend steht die Regelung des § 5 PAngV auch insoweit mit dem Unionsrecht in Einklang, als danach das Bereithalten von Preisverzeichnissen zur Einsichtnahme nur unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 PAngV ausreicht.

11 2. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass § 5 Abs. 2 PAngV eine Ausnahmenvorschrift zu der in § 5 Abs. 1 PAngV aufgestellten Verpflichtung darstellt, ein Leistungsver-

zeichnis vor Ort auszuhängen. Die Revision macht demgegenüber geltend, der Aushang eines Preisverzeichnisses mit den wesentlichen Leistungen sei auch beim Vorhandensein eines umfassenden Preisverzeichnisses sinnvoll. Ihr ist zuzugeben, dass der Wortlaut des § 5 PAngV eine Auslegung zulässt, wonach dessen Absätze 1 und 2 zwei selbständig nebeneinander stehende Verpflichtungen des Anbieters begründet. Eine solche Auslegung berücksichtigte allerdings nicht hinreichend die Systematik der getroffenen Regelung und insbesondere den ausdrücklichen Willen des Verordnungsgebers. Der Bundesminister für Wirtschaft hat in der Begründung zur Verordnung über Preisangaben vom 10. Mai 1973 (BANz. Nr. 97 vom 24. Mai 1973, S. 3, 4), in der durch die Einführung des damaligen § 3 PAngV erstmals eine Verpflichtung zur Angabe von Preisen auch bei Leistungen bestimmt wurde, ausdrücklich festgehalten, dass die mit redaktionellen Änderungen bis heute als § 5 Abs. 2 PAngV bestehende Regelung eine Ausnahme vom Grundsatz des § 5 Abs. 1 PAngV für den Fall darstellt, dass eine Kategorisierung der Leistungen wegen deren Vielzahl unter dem Gesichtspunkt der Wesentlichkeit nicht möglich ist. Um zu verhindern, dass die Einführung der Ausnahmenvorschrift des § 3 Abs. 2 PAngV 1973 zu einer künstlichen Aufblähung der Preisverzeichnisse und damit zu einem Missbrauch führt, hat der Verordnungsgeber das Regulativ der allgemeinen Verkehrsauffassung eingeführt (vgl. BANz. Nr. 97 vom 24. Mai 1973, S. 3, 4). Diese Sicht der Dinge entspricht auch gegenwärtig noch der allgemeinen Meinung (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl., § 5 PAngV Rn. 8; Sosnitzer in Piper/Ohly/Sosnitzer, UWG, 5. Aufl., § 5 PAngV Rn. 9; Fezer/Wenglorz, UWG, 2. Aufl., § 4–S14 Rn. 214; MünchKomm.UWG/Ernst, Anh. §§ 1–7 G § 5 PAngV Rn. 9 f.; Völker in Harte/Henning, UWG, 2. Aufl., § 5 PAngV Rn. 12).

12 3. Das Berufungsgericht ist auch ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen für die Anwendung des § 5 Abs. 2 PAngV im Streitfall erfüllt sind. Danach sind, wenn entsprechend der allgemeinen Verkehrsauffassung die Preise und Verrechnungssätze für sämtliche angebotenen Leistungen in Preisverzeichnisse aufgenommen werden, diese zur Einsichtnahme am Ort des Leistungsangebots bereitzuhalten, wenn das Anbringen der Preisverzeichnisse wegen ihres Umfangs nicht zumutbar ist.

13 a) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei das Bestehen einer Verkehrsauffassung festgestellt, nach der überregional tätige Autovermieter umfassende Preisverzeichnisse erstellen, die alle ihren Geschäftsbetrieben zuzuordnenden Leistungen umfassen. Diese im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegende Feststellung kann im Revisionsverfahren nur daraufhin überprüft werden, ob das Berufungsgericht bei seiner Würdigung gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen hat (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 9. Juni 2011 – I ZR 113/10, GRUR 2012, 215 Rn. 13 = WRP 2012, 75 [= GuT 2011, 414] – Zertifizierter Testamentsvollstrecker, mwN). Ein entsprechender Fehler liegt im Streitfall nicht vor.

14 aa) Das Berufungsgericht ist zutreffend und von der Revision auch unbeanstandet davon ausgegangen, dass seine Mitglieder den Verkehrskreisen angehören, die mit dem in Rede stehenden geschäftlichen Verhalten der Beklagten angesprochen werden, und daher die Verkehrsauffassung selbst und ohne sachverständige Hilfe feststellen konnten.

15 Die Beurteilung, ob die Feststellung der Verkehrsauffassung kraft eigener richterlicher Sachkunde möglich ist oder eine Beweisaufnahme erfordert, ist tatrichterlicher Natur. Sie kann daher in der Revisionsinstanz nur darauf überprüft werden, ob die Vorinstanz den Tatsachenstoff verfahrensfehlerfrei ausgeschöpft und ihre Beurteilung frei von Widersprüchen mit Denkgesetzen und Erfahrungssätzen vorgenommen hat (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 2006 – I ZR 110/03, GRUR 2006, 937 Rn. 27 = WRP 2006, 1133 Ichthyol II, mwN). Eine Beweiserhebung kann danach insbesondere dann geboten sein, wenn Umstände vorliegen, die eine bestimmte Auffassung als bedenklich er-

scheinen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 18. Oktober 2001 – IZR 193/99, GRUR 2002, 550, 552 = WRP 2002, 527 Elternbriefe, mwN). Dafür ist im Streitfall allerdings nichts ersichtlich. Auch die Revision erhebt insoweit keine Rügen.

16 bb) Die Revision rügt, die Beklagte habe nach den bisherigen Feststellungen nicht den Nachweis erbracht, es sei in der Praxis weder üblich noch möglich, Preisverzeichnisse nach § 5 Abs. 1 PAngV an zugänglicher Stelle auszuhängen. Damit verkennt die Revision die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung des § 5 Abs. 2 PAngV und die entsprechende Darlegungs- und Beweislast der Beklagten. Diese Regelung erlaubt es dem Anbieter unter zwei Voraussetzungen, auf den Aushang eines Preisverzeichnisses nach Absatz 1 zu verzichten und stattdessen ein vollständiges Preisverzeichnis bereitzuhalten, das über sämtliche Angebote Auskunft gibt: Zum einen muss es der Verkehrserwartung entsprechen, dass solche umfassenden Preisverzeichnisse erstellt werden. Zum zweiten müssen diese umfassenden Preisverzeichnisse so umfangreich sein, dass dem Anbieter ein Aushang nicht zumutbar ist.

17 Die Beklagte trägt zwar die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass diese Voraussetzungen vorliegen. Entgegen der Auffassung der Revision zählt hierzu aber nicht der Umstand, dass in der fraglichen Branche Aushänge nach Absatz 1 unüblich wären. Sind Aushänge nach Absatz 1 üblich, kann dies ein Indiz dafür sein, dass der Verkehr keine umfassenden Preisverzeichnisse nach Absatz 2 erwartet. Die Darlegungs- und Beweislast der Beklagten erstreckt sich aber nicht darauf, eine solche negative Indizwirkung auszuschließen.

18 cc) Den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts lässt sich nicht entnehmen, dass der Aushang von Preisverzeichnissen nach § 5 Abs. 1 PAngV in einem Maße üblich wäre, das gegen die vom Berufungsgericht festgestellte Verkehrsauffassung hinsichtlich umfassender Preisverzeichnisse spräche.

19 Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht den Vortrag der Klägerin als unbehelflich angesehen, in der Niederlassung des Mitbewerbers E. am R. in H. sei am 13. Juli 2009 ein den Anforderungen des § 5 Abs. 1 PAngV genügendes Preisverzeichnis ausgehängt gewesen. Auf eine entsprechende Übung kann hieraus schon deswegen nicht geschlossen werden, weil das fragliche Preisverzeichnis – was unstreitig ist – dort nicht dauerhaft ausgehängt war. Ebenfalls keinen Rückschluss auf die Üblichkeit entsprechender Aushänge nach § 5 Abs. 1 PAngV lässt das Vorbringen der Klägerin zu, ein anderer überregionaler Autovermieter habe sich gegenüber der Klägerin nach Abmahnung für eine bestimmte Filiale zu einer entsprechenden Verhaltensweise verpflichtet.

20 dd) Soweit sich die Revision gegen die auf der allgemeinen Lebenserfahrung beruhende Feststellung der Verkehrsauffassung durch das Berufungsgericht mit der Begründung wendet, eine Kategorisierung der verschiedenen Leistungen sei nach den Gesichtspunkten der Wesentlichkeit möglich, setzt sie lediglich ihre eigene Sicht der Dinge an die Stelle der vom Berufungsgericht vorgenommenen Beurteilung, ohne dass sie dabei einen Rechtsfehler aufzuzeigen vermag. Insbesondere widerspricht die Annahme einer Verkehrsauffassung, nach der überregionale Autovermieter über umfassende Preisverzeichnisse verfügen, nicht der Lebenserfahrung; denn es ist nicht ersichtlich, welche Leistungen im Geschäftsbetrieb der Beklagten unter Berücksichtigung der individuellen Gegebenheiten ihres Betriebs in erster Linie nachgefragt werden (vgl. Völker, Preisangabenrecht, 2. Aufl., § 5 Rn. 7). Unstreitig bestehen beim Angebot der Beklagten unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Fahrzeugklassen, Abholtag, Dauer der Anmietung, Abholung und Rückgabe am selben Ort oder an unterschiedlichen Orten, Alter und Anzahl der zugelassenen Fahrer, Umfang des Versicherungsschutzes, Rabatte beispielsweise für Mitglieder von Automobilclubs oder Großkunden, Sonderzubehör des gemieteten Fahrzeugs und weiterer Kriterien mehr als 15 Millionen Kombinationsmöglichkeiten.

21 ee) Ohne Erfolg beanstandet die Revision auch die vom Berufungsgericht vorgenommene Unterscheidung zwischen regional tätigen und überregional tätigen Autovermietern als nicht sachgerecht. Wegen des geringeren Umsatzes und des kleineren Fuhrparks der regional tätigen Autovermieter mag der Verkehr davon ausgehen, dass das Leistungsangebot regional tätiger Anbieter entsprechend kleiner ist als dasjenige überregional tätiger Autovermieter. Die Annahme des Berufungsgerichts, in ihrem Angebot beschränkte regionale Autovermieter könnten Preisverzeichnisse mit ihren wesentlichen Leistungen erstellen, verstößt nicht gegen die Lebenserfahrung. Vergeblich rügt die Revision ferner, die Unterscheidung zwischen regional tätigen und überregional tätigen Autovermietern berücksichtige nicht genügend, dass gerade bei der Laufkundschaft, für die Preisverzeichnisse in erster Linie bestimmt seien, ein Wettbewerbsverhältnis bestehe. Im Rahmen des § 5 Abs. 2 PAngV kommt es allein darauf an, ob eine Verkehrsauffassung hinsichtlich eines entsprechend umfangreichen Preisverzeichnisses besteht. Aus diesem Grund verhilft der Revision auch nicht der Hinweis auf den Vortrag der Klägerin zum Erfolg, der regional tätige Autovermieter F. habe ein Preisverzeichnis mit seinen wesentlichen Leistungen ausgehängt.

22 b) Angesichts der unstreitig mehr als 15 Millionen unterschiedlichen Leistungsangebote ist es der Beklagten nicht zuzumuten, die wesentlichen Leistungen darzustellen, weil eine Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Leistungen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht möglich ist (vgl. Rn. 20).

23 4. Mit der den Mietinteressenten eröffneten Möglichkeit, die jeweiligen Preise in ihrem elektronischen System einzusehen, genügt die Beklagte der Verpflichtung, ihr Preisverzeichnis bereitzuhalten. Die Vorschrift des § 5 Abs. 2 PAngV soll es dem Kunden ermöglichen, unmittelbare Kenntnis von den Preisen der von ihm nachgefragten Leistung zu erlangen. Es spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle, ob das Preisverzeichnis unmittelbar in körperlicher Form vorgelegt oder auf einem Bildschirm abgerufen werden kann (vgl. Völker aaO § 5 Rn. 30; Fezer/Wenglorz aaO § 4–S14 Rn. 216). Das Preisverzeichnis muss dem jeweiligen Kunden auch nicht unmittelbar zugänglich sein (Völker in Harte/Henning aaO § 5 PAngV Rn. 13).

24 Entgegen der Ansicht der Revision können auch rasch wechselnde Preise Gegenstand eines Preisverzeichnisses im Sinne des § 5 Abs. 2 PAngV sein. Die Preisangabenverordnung regelt nicht, ob bestimmte Preise oder Preisänderungen oder auch deren Frequenz zulässig sind, sondern allein die Art und Weise der Angabe der jeweils aktuellen Preise im geschäftlichen Verkehr (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO Vorb PAngV Rn. 1).

25 III. Nach allem ist die Revision der Klägerin mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinw. d. Red.:** Vgl. OLG Hamburg GuT 2011, 185 zum Preisaushang und zu Preisangaben eines Tätowierstudios.

## § 5 UWG

**Wettbewerb; irreführende Werbung; Firma; durchschnittlich informierter Verbraucher; „Stadtwerke“; Stadtwerke Wolfsburg**

**Der durchschnittlich informierte Verbraucher wird regelmäßig annehmen, dass ein Unternehmen, in dessen Firma der Bestandteil „Stadtwerke“ enthalten ist, sofern dem entgegenstehende Hinweise in der Unternehmensbezeichnung fehlen. Als aufklärende Hinweise reichen in diesem Zusammenhang Bestandteile der geschäftlichen Bezeichnung des Unternehmens nicht aus, die der Verkehr als Phantasiebezeichnungen auffasst und denen er keinen Hinweis auf einen weiteren Gesellschafter entnimmt.**

(BGH, Urteil vom 13. 6. 2012 – IZR 228/10)



1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin, die unter „LSW LandE-Stadtwerke Wolfsburg GmbH & Co. KG“ firmiert, erbringt im Großraum Wolfsburg-Gifhorn Dienstleistungen im Bereich Strom, Erdgas, Fernwärme und Wasser. Sie ist ein am 1. Oktober 2005 entstandenes Gemeinschaftsunternehmen der LandE GmbH und der Stadtwerke Wolfsburg AG. Die Stadtwerke Wolfsburg AG, deren Anteile vollständig von der Stadt Wolfsburg gehalten werden, ist zu 43% an der Klägerin beteiligt. Die übrigen Anteile hält die LandE GmbH, an der die E. AG mit 69,57% beteiligt ist. An der E. AG wiederum sind mehr als 100 Kommunen beteiligt, die insgesamt 34,7% der Aktien halten.

2 Die Beklagte ist die Stadt Barmstedt, deren kommunaler Eigenbetrieb, die „Stadtwerke Barmstedt“, die Versorgung mit Energie und Wasser anbietet. Sie sieht in der Verwendung der Bezeichnung „Stadtwerke“ in der Unternehmensbezeichnung „LSW LandE – Stadtwerke Wolfsburg GmbH & Co. KG“ eine Irreführung der Verbraucher über die geschäftlichen Verhältnisse der Klägerin.

3 Die Beklagte hat die Klägerin am 22. Dezember 2009 abgemahnt. Daraufhin hat die Klägerin eine negative Feststellungsklage erhoben. Sie hat beantragt, festzustellen, dass sie rechtlich nicht gehindert ist, die Firma LSW LandE-Stadtwerke Wolfsburg GmbH & Co. KG zu führen.

4 Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat die Auffassung vertreten, der Begriff „Stadtwerke“ dürfe in der Firma eines Unternehmens nur dann geführt werden, wenn die Anteilsmehrheit an dem Unternehmen zumindest überwiegend in kommunaler Hand sei.

5 Das Landgericht Braunschweig hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht [OLG Braunschweig] die Klage abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

6 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht hat einen Unterlassungsanspruch der Beklagten gegen die Klägerin nach § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3, § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG bejaht und die negative Feststellungsklage deshalb für unbegründet erachtet. Dazu hat es ausgeführt:

7 Der Firmenbestandteil „Stadtwerke Wolfsburg“ sei eine irreführende Angabe über geschäftliche Verhältnisse im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG. Unter „Stadtwerke“ verstehe der durchschnittlich informierte Verbraucher ein kommunales Unternehmen oder zumindest einen gemeindenahen Betrieb, der die Grundversorgung mit Strom, Wasser, Gas und oft auch die Abwasserversorgung abdecke und dessen Anteilsmehrheit bei der öffentlichen Hand liege. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass die Unternehmensbezeichnung der Klägerin die wesentlichen Bestandteile „LSW“ und „LandE“ enthalte.

8 Eine Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand an der Klägerin sei nicht gegeben. Auch von einem bestimmenden Einfluss auf die Unternehmenspolitik der Klägerin könne nicht ausgegangen werden, weil dieser in der Regel eine Mehrheitsbeteiligung voraussetze. Darauf, dass an der Mehrheitsgesellschafterin der LandE GmbH, der E. AG, mehr als 100 kommunale Unternehmen mit einem Anteil von 34,7% beteiligt seien, komme es nicht an. Dieser Streubesitz erlaube keine direkte Beeinflussung der Geschäftspolitik der Klägerin.

9 Die Fehlvorstellung der angesprochenen Verkehrskreise sei auch wettbewerbsrechtlich relevant. Der Verbraucher bringe einem Unternehmen, welches sich überwiegend im Besitz der öffentlichen Hand befinde, größeres Vertrauen entgegen und gehe von einer besonderen Verlässlichkeit und Seriosität aus. Hinzu komme die Erwartung einer ausreichenden Bonität und Insolvenzfestigkeit. Die durch die Firma der Klägerin begründete Irreführungsgefahr sei nicht ausnahmsweise unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit hinzunehmen, weil die Fehlvorstellung des Verkehrs nicht lediglich von geringer wettbewerbsrechtlicher Relevanz sei und die Klägerin angesichts ih-

rer nur wenige Jahre andauernden Geschäftstätigkeit keinen wertvollen Besitzstand an ihrer Unternehmensbezeichnung erworben habe.

10 II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

11 1. Die Feststellungsklage ist zulässig. Der Klägerin steht das erforderliche Feststellungsinteresse zu.

12 a) Das rechtliche Interesse im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO an der alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses ist Sachurteilsvoraussetzung und daher in jeder Lage des Verfahrens – auch in der Revisionsinstanz – von Amts wegen zu prüfen. Für die – hier vorliegende – negative Feststellungsklage ist das erforderliche Feststellungsinteresse gegeben, wenn sie zur Abwehr einer Abmahnung oder sonstigen Rechtsberührung erhoben ist. Die Klägerin kann dann grundsätzlich gerichtlich feststellen lassen, dass die Rechtsberührung zu Unrecht erfolgt ist und die behaupteten Ansprüche nicht bestehen (vgl. BGH, Urteil vom 7. April 2011 – I ZR 56/09, GRUR 2011, 1117 Rn. 15 = WRP 2011, 1439 – ICE) oder dass sie an dem beanstandeten Verhalten nicht gehindert ist.

13 b) Das Berufungsgericht hat das Feststellungsinteresse der Klägerin zu Recht bejaht. Der wegen eines Wettbewerbsverstößes Abgemahnte ist grundsätzlich nicht – auch nicht zur Vermeidung der Kostenfolge des § 93 ZPO – gehalten, vor der Erhebung einer negativen Feststellungsklage eine Gegenabmahnung auszusprechen (vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2004 – I ZR 233/01, GRUR 2004, 790, 792 = WRP 2004, 1032 – Gegenabmahnung; Beschluss vom 6. Oktober 2005 – I ZB 37/05, GRUR 2006, 168 Rn. 11 = WRP 2006, 106 [= GuT 2006, 44 KL] – Unberechtigte Abmahnung).

14 2. Die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht die negative Feststellungsklage als unbegründet erachtet hat, halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. Der Beklagten steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nach §§ 3, 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3, § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG gegen die Klägerin zu. Diese führt die beanstandete Unternehmensbezeichnung unter Verstoß gegen das Irreführungsverbot.

15 a) Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG, der Art. 6 Abs. 1 Buchst. f der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken umsetzt, ist eine geschäftliche Handlung irreführend, wenn sie unwahre Angaben oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über Eigenschaften des Unternehmers enthält. Der Gebrauch einer geschäftlichen Bezeichnung kann danach irreführend sein, wenn ein Bestandteil der Firmierung geeignet ist, beim Verkehr unzutreffende Vorstellungen über Eigenschaften des Unternehmens hervorzurufen (BGH, Urteil vom 27. Februar 2003 – I ZR 25/01, GRUR 2003, 448, 449 = WRP 2003, 640 Gemeinnützige Wohnungsgesellschaft; Urteil vom 29. März 2007 – I ZR 122/04, GRUR 2007, 1079 Rn. 24 = WRP 2007, 1346 [= GuT 2007, 402 KL] – Bundesdruckerei).

16 b) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die angesprochenen Verkehrskreise der Firma der Klägerin „LSW LandE-Stadtwerke Wolfsburg GmbH & Co. KG“ die Aussage entnehmen, die öffentliche Hand halte die Anteilsmehrheit an dem Unternehmen, und dass diese Aussage unwahr ist.

17 aa) Für die Beurteilung der Frage, ob eine Unternehmensbezeichnung irreführend ist, kommt es maßgeblich darauf an, wie sie der angesprochene Verkehr versteht. Die Klägerin ist ein Unternehmen, das Kunden in der Region Wolfsburg-Gifhorn mit Stroh, Erdgas, Fernwärme und Wasser versorgt. Die Unternehmensbezeichnung richtet sich mithin an das allgemeine Publikum, das solche Dienstleistungen regelmäßig nachfragt.

18 Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts versteht der durchschnittlich informierte Verbraucher unter einem mit „Stadtwerke“ bezeichneten Unternehmen einen kommunalen oder gemeindenahen Versorgungsbetrieb, bei dem die Kommune einen bestimmen-

den Einfluss auf die Unternehmenspolitik hat. Dieser setzt in der Regel eine unmittelbare oder mittelbare Mehrheitsbeteiligung der Gemeinde voraus.

19 Von einer derartigen Mehrheitsbeteiligung – im Streitfall der Stadt Wolfsburg – geht das allgemeine Publikum auch unter Berücksichtigung der vollständigen Firmierung der Klägerin aus. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Verkehr werde weder dem Bestandteil „LSW“, der aus den Anfangsbuchstaben der Wörter „LandE“, „Stadtwerke“ und „Wolfsburg“ gebildet sei, noch der Bezeichnung „LandE“ einen Hinweis auf einen weiteren Gesellschafter – hier auf die LandE GmbH – entnehmen. Die LandE GmbH sei nur ortskundigen und schon länger in Wolfsburg wohnhaften Verbrauchern bekannt. Die überwiegenden Teile der Verkehrskreise könnten mit der aus sich heraus nicht verständlichen Bezeichnung „LandE“ nichts anfangen. Allenfalls werde der Verbraucher einen Hinweis darauf vermuten, dass die Klägerin nicht nur das Stadtgebiet, sondern auch das Umland versorge. Diese im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegenden Feststellungen des Berufungsgerichts zur Verkehrsauffassung sind nur darauf hin vom Revisionsgericht überprüfbar, ob das Berufungsgericht bei seiner Würdigung gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen hat. Solche Rechtsfehler sind nicht ersichtlich.

20 bb) Die Behauptung einer Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand, die der Verkehr der Unternehmensbezeichnung der Klägerin entnimmt, ist sachlich unrichtig. An der Klägerin ist die Stadt Wolfsburg über die Stadtwerke Wolfsburg AG nur mit 43% beteiligt, während die LandE GmbH Mehrheitsgesellschaftlerin ist. Die öffentliche Hand hat auch keinen bestimmenden Einfluss auf die LandE GmbH. An dieser ist die E. AG mehrheitlich beteiligt, an der öffentlich-rechtliche Körperschaften wiederum nur eine Minderheitsbeteiligung halten.

21 c) Die Revision macht vergeblich geltend, das Berufungsgericht habe unberücksichtigt gelassen, dass bei der Annahme einer Irreführung durch objektiv richtige Angaben eine höhere Irreführungsquote erforderlich und zudem eine Interessensabwägung vorzunehmen sei.

22 aa) Allerdings kann nach der ständigen Rechtsprechung des Senats auch eine objektiv richtige Angabe irreführend sein, wenn sie beim Verkehr, an den sie sich richtet, gleichwohl zu einer Fehlvorstellung führt, die geeignet ist, das Kaufverhalten oder die Entscheidung über die Inanspruchnahme einer Dienstleistung durch die angesprochenen Verkehrskreise zu beeinflussen. In einem solchen Fall, in dem die Täuschung des Verkehrs lediglich auf dem Verständnis einer an sich zutreffenden Angabe beruht, ist für die Anwendung des § 5 UWG grundsätzlich eine höhere Irreführungsquote als im Fall einer Täuschung mit objektiv unrichtigen Angaben erforderlich; außerdem ist eine Interessenabwägung vorzunehmen (vgl. BGH, Urteil vom 23. Mai 1996 – I ZR 76/94, GRUR 1996, 985, 986 = WRP 1996, 1156 PVCfrei). An diesen Grundsätzen hat sich durch die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken nichts geändert (BGH, Urteil vom 18. März 2010 – I ZR 172/08, GRUR 2010, 1024 Rn. 25 = WRP 2010, 1390 – Master of Science Kieferorthopädie).

23 bb) Im Streitfall liegt jedoch keine objektiv richtige Aussage vor, der der Verkehr – etwa aufgrund eigener Unkenntnis – etwas Unrichtiges entnimmt. Die Unternehmensbezeichnung der Klägerin enthält keine von dem Verständnis des Verkehrs abweichende, objektiv richtige Angabe. Das Berufungsgericht hat vielmehr rechtsfehlerfrei festgestellt, dass durch die angegriffene Unternehmensbezeichnung beim Publikum eine Fehlvorstellung hervorgerufen wird, weil der Bestandteil „Stadtwerke“ auf ein mehrheitlich der öffentlichen Hand gehörendes Unternehmen hinweist und die weiteren Zusätze die Irreführung nicht ausschließen. Dagegen hat es der Unternehmensbezeichnung keine hiervon abweichende objektiv richtige Aussage entnommen. Unerheblich in diesem Zusammenhang ist der Umstand, dass der Teil des Verkehrs, der ortskundig ist und schon

länger in Wolfsburg wohnt, die LandE GmbH kennen und in der Unternehmensbezeichnung einen Hinweis auf diese Gesellschaft sehen mag. Das schließt die Irreführung der übrigen wesentlichen Verkehrskreise nicht aus.

24 d) Ohne Erfolg wendet sich die Revision auch gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Irreführung sei wettbewerbsrechtlich relevant.

25 aa) Die wettbewerbliche Erheblichkeit ist ein dem Irreführungstatbestand immanentes, spezifisches Relevanzmerkmal, das als eigenständige Bagatellschwelle eine zusätzliche Erheblichkeitsprüfung nach § 3 UWG überflüssig macht (vgl. BGH, Urteil vom 26. Februar 2009 – I ZR 219/06, GRUR 2009, 888 Rn. 18 = WRP 2009, 1080 – Thermoroll; Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl., § 5 Rn. 2.169 i.V.m. Rn. 2.20 f.). Eine geschäftliche Handlung ist nur dann irreführend, wenn sie geeignet ist, bei einem erheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise irriige Vorstellungen – vorliegend über Eigenschaften des Unternehmens – hervorzurufen und die zutreffende Marktentscheidung in wettbewerbsrechtlich relevanter Weise zu beeinflussen (vgl. BGH, Urteil vom 7. Juli 2011 – I ZR 173/09, GRUR 2012, 208 Rn. 31 = WRP 2012, 311 – 10% Geburtstags-Rabatt).

26 bb) Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, die wettbewerbsrechtliche Relevanz folge im Streitfall daraus, dass das Publikum einem Unternehmen, welches sich mehrheitlich im Besitz der öffentlichen Hand befinde, größeres Vertrauen entgegenbringen und bei ihm von einer besonderen Verlässlichkeit und Seriosität ausgehen werde. Hinzu komme die Erwartung einer ausreichenden Bonität und Insolvenzfestigkeit (vgl. auch BGH, GRUR 2007, 1079 Rn. 29 – Bundesdruckerei). Die Revision hält dem vergeblich entgegen, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, dass die entsprechende Fehlvorstellung der Verbraucher auf das zugunsten der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft bis zur Energierechtsform 1998 geltende Recht zurückgehe.

27 (1) Allerdings kann es im Rahmen der Prüfung einer relevanten Irreführung zu berücksichtigen sein, dass eine Fehlvorstellung der Verbraucher, die auf ein Monopol zurückgeht und die auch nach einer gesetzlichen Lockerung oder Aufhebung des Monopols noch fortbesteht, hingenommen werden muss, wenn anderenfalls die alte Rechtslage mit Hilfe des Irreführungsverbots perpetuiert werden würde (BGH, Urteil vom 12. Mai 2010 – I ZR 214/07, GRUR 2011, 166 Rn. 23 = WRP 2011, 59 [= GuT 2010, 276 PM] – Rote Briefkästen).

28 (2) Davon ist im Streitfall aber nicht auszugehen. Die Fehlvorstellung des Verkehrs beruht auf der den Bestandteil „Stadtwerke“ beinhaltenden Unternehmensbezeichnung der Klägerin. Dass das Verständnis des Publikums von der angegriffenen Unternehmensbezeichnung von einem ehemaligen Versorgungsmonopol der Stadtwerke beeinflusst wird, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, ohne dass die Revision insoweit Vortrag der Klägerin als übergangen rügt.

29 cc) Die Revision macht ohne Erfolg geltend, das Berufungsgericht habe die unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit vorgenommene Interessenabwägung zu Unrecht auf die Prüfung verengt, ob der Klägerin ein wertvoller Besitzstand an der streitgegenständlichen Bezeichnung zustehe. Es hätte auch das Interesse der Klägerin und derjenigen Verbraucher, die die angegriffene Firmierung zutreffend auffassen, berücksichtigen müssen, mit der Information zu werben, dass die Stadtwerke Wolfsburg einer ihrer Gesellschafter sei.

30 Das Berufungsgericht hat die Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Verbots nicht auf die Frage beschränkt, ob die Klägerin einen wertvollen Besitzstand an ihrem Unternehmenskennzeichen erworben hat. Es hat vielmehr auch darauf abgestellt, dass die Fehlvorstellung der angesprochenen Verkehrskreise nicht nur von geringer wettbewerbsrechtlicher Relevanz ist und die nur wenige Jahre währende Geschäftstätigkeit unter der angegriffenen Bezeichnung nicht ausreicht, einen Vorrang der Interessen der Klägerin an der Weiterbenutzung

ihrer Unternehmensbezeichnung vor dem Interesse der Allgemeinheit am Schutz vor einer Irreführung zu begründen. Diese Beurteilung ist aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

#### § 14 MarkenG

**Internet; Suchmaschinen-Recherche; Schlüsselwort; Anzeigen-Anzeige; Keyword-Advertising; Adword; Trefferliste; getrennter Werbeblock; MOST-Pralinen**

**Wird Internetnutzern anhand eines mit der Marke identischen oder verwechselbaren Schlüsselworts eine Anzeige eines Dritten angezeigt (Keyword-Advertising), ist eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die Anzeige in einem von der Trefferliste eindeutig getrennten und entsprechend gekennzeichneten Werbeblock erscheint und selbst weder die Marke noch sonst einen Hinweis auf den Markeninhaber oder die unter der Marke angebotenen Produkte enthält (Fortführung von BGH, Urteil vom 13. Januar 2011 – I ZR 125/07, GRUR 2011, 828 = WRP 2011, 1160 Bananabay II; Urteil vom 13. Januar 2011 – I ZR 46/08, MMR 2011, 608).**

(BGH, Urteil vom 13. 12. 2012 – I ZR 217/10)

**Hinw. d. Red.:** Die im Leitsatz zitierte Entscheidung BGH – I ZR 125/07 – wird von Dingeldey in GuT 2011, 411 besprochen. Zum vorstehenden Urteil vom 13. 12. 2012 schätzt Dingeldey (Der Domain-Newsletter Ausgabe 647 vom 20. 12. 2012 – ISSN 1616-0908 – <http://www.domain-recht.de>) ein, mit „dieser Entscheidung werden Risiken des Keyword-Advertising nochmals entschärft. Ob aber auch die Oberlandesgerichte sich am BGH orientieren, ist nicht gesichert. So sind langjährige Auseinandersetzungen bis zum Bundesgerichtshof weiterhin nicht auszuschließen.“

Die BGH-Pressemitteilung Nr. 2011/2012 vom 14. 12. 2012 lautet:

»Bundesgerichtshof präzisiert Rechtsprechung zum Keyword-Advertising

Der unter anderem für das Markenrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat seine Rechtsprechung zur Zulässigkeit des Keyword-Advertising, bei dem Internetnutzern anhand eines mit der Marke identischen oder verwechselbaren Schlüsselworts die Werbung eines Dritten angezeigt wird, bestätigt und präzisiert (Urteil vom 13. Dezember 2012 – I ZR 217/10 – MOST-Pralinen).

Die Klägerin ist Inhaberin der ausschließlichen Lizenz an der unter anderem für Pralinen und Schokolade eingetragenen deutschen Marke „MOST“. Sie betreibt unter der Internetadresse „www.most-shop.com“ einen „MOST-Shop“, über den sie hochwertige Konfiserie- und Schokoladenprodukte vertreibt. Die Beklagte unterhält unter den Internetadressen „www.feinkost-geschenke.de“ und „www.selection-exquisit.de“ einen Onlineshop für Geschenke, Pralinen und Schokolade. Sie schaltete im Januar 2007 bei der Suchmaschine Google eine Adwords-Anzeige für ihren Internetshop. Als Schlüsselwort („Keyword“), dessen Eingabe in die Suchmaske das Erscheinen der Anzeige auslösen sollte, hatte die Beklagte den Begriff „Pralinen“ mit der Option „weitgehend passende Keywords“ gewählt. In der Liste der „weitgehend passenden Keywords“ stand auch das Schlüsselwort „most pralinen“. Gab ein Nutzer den Suchbegriff „MOST Pralinen“ ein, erschien rechts neben den Suchergebnissen (auf vier Zeilen verteilt) folgende Anzeige der Beklagten: „Pralinen/Weine, Pralinen, Feinkost, Präsente/Genießen und schenken!/www.feinkost-geschenke.de.“ Über den in der Anzeige angegebenen Link „www.feinkost-geschenke.de“ gelangte der Suchmaschinennutzer auf die Homepage der Beklagten unter der Internetadresse „www.selection-exquisit.de“. In dem Onlineshop der Beklagten wurden keine Produkte mit dem Zeichen „MOST“ vertrieben.

Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagte habe durch die Schaltung der Anzeige das Recht an der Marke „MOST“ verletzt. Sie hat die Beklagte unter anderem auf Unterlassung in Anspruch genommen. Das Landgericht Braunschweig hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Der Bundesgerichtshof hat das Berufungsurteil (OLG Braunschweig) aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Der Bundesgerichtshof hat seine Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 13. Januar 2011 – I ZR 125/07, GRUR 2011, 828 – Bananabay II; Urteil vom 13. Januar 2011 – I ZR 46/08, MMR 2011, 608) bestätigt, nach der beim „Keyword-Advertising“ eine Markenverletzung unter dem Gesichtspunkt der Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke grundsätzlich ausgeschlossen ist, wenn die Werbung – wie im Streitfall – in einem von der Trefferliste eindeutig getrennten und entsprechend gekennzeichneten Werbeblock erscheint und selbst weder die Marke noch sonst einen Hinweis auf den Markeninhaber oder die unter der Marke angebotenen Produkte enthält. Der BGH hat klargestellt, dass dies auch dann gilt, wenn die Anzeige nicht auf das Fehlen einer wirtschaftlichen Verbindung zwischen dem Werbenden und dem Markeninhaber hinweist und dass allein der Umstand, dass in der Anzeige Produkte der unter der Marke angebotenen Art mit Gattungsbegriffen bezeichnet werden (im Streitfall „Pralinen“ usw.), nicht zu einer Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke führt. Diese Beurteilung steht – so der BGH – in Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH (zuletzt EuGH, Urteil vom 22. September 2011 – C-323/09, GRUR 2011, 1124 – Interflora/M&S Interflora Inc.). Danach ist es Sache des nationalen Gerichts, die Frage der Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion anhand der vom Gerichtshof entwickelten Maßstäbe unter Berücksichtigung aller Faktoren, die es für relevant erachtet, zu prüfen. Der BGH hat deshalb auch im Blick auf die Rechtsprechung des österreichischen Obersten Gerichtshofs (GRUR Int. 2011, 173, 175 – BergSpechte II) und der französischen Cour de cassation (GRUR Int. 2011, 625 – CNRRH), die bei der Beurteilung von Adwords-Anzeigen unter Berücksichtigung der von ihnen als relevant erachteten Faktoren zu anderen Ergebnissen gelangt sind, keine Vorlage an den EuGH für geboten erachtet.«

#### Kurzfassungen/Leitsätze (KL)

#### Wettbewerb etc.

#### §§ 3, 5 UWG – Wettbewerb; irreführende Werbung; Verhältnismäßigkeit; „Über 400 Jahre Brautradition“; veränderte Rezeptur

2 Die Beschwerde wendet sich im Ergebnis ohne Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts [OLG Stuttgart], ein auf den Gesichtspunkt der Irreführung gestützter Unterlassungsanspruch scheitere am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Nach der Rechtsprechung des Senats ist eine Irreführungsgefahr in besonderen Ausnahmefällen unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit hinzunehmen, wenn die Belange der Allgemeinheit und der Mitbewerber nicht in erheblichem Maße ernsthaft in Mitleidenschaft gezogen werden, weil die bewirkte Fehlvorstellung zwar von Bedeutung, gleichwohl aber für die Verbraucherentscheidung letztlich nur von geringem Gewicht ist und schutzwürdige Interessen des auf Unterlassung Inanspruchgenommenen entgegenstehen (BGH, Urteil vom 7. November 2002 – I ZR 276/99, GRUR 2003, 628, 630 = WRP 2003, 747 – Klosterbrauerei, mwN). Allerdings ist es fraglich, ob die Beklagte sich auf diese Ausnahme berufen könnte, wenn sie entgegen der beanstandeten Werbeaussage tatsächlich nicht auf eine vierhundertjährige Brautradition zurückblicken könnte.

3 Auf diesen Gesichtspunkt kommt es indessen im Streitfall nicht an, weil es bereits an einer Irreführungsgefahr fehlt. Nach den getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist der beanstandete Slogan „Über 400 Jahre Brautradition“, den die Beklagte auf Flaschenetiketten und Bierkästen verwendet, ob-

ektiv nicht unrichtig. Dass erhebliche Teile des angesprochenen allgemeinen Verkehrs dem Slogan darüber hinaus die Aussage entnehmen, die Beklagte braue nach einem über 400 Jahre alten Rezept, das noch heute, wenngleich gewandelten brautechnischen Erkenntnissen folgend, die aktuelle Braukunst der Beklagten bestimme, liegt entgegen der Annahme des Berufungsgerichts auch bei der Verwendung der Werbeaussage auf dem Flaschenetikett fern. Doch auch wenn ein Teil des Verkehrs die Aussage entsprechend der Annahme des Berufungsgerichts verstünde, bedürfte es nicht eines Rückgriffs auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Denn im Falle von objektiv zutreffenden Aussagen, die lediglich von einem Teil des Verkehrs falsch verstanden werden, sind die widerstreitenden Interessen gegeneinander abzuwägen. Im Streitfall wiegt das Interesse der Beklagten an der Verwendung des zutreffenden Hinweises auf ihre über vierhundertjährige Brautradition eindeutig schwerer als das Interesse der Allgemeinheit und der Mitbewerber, einige Verbraucher vor dem – unterstellt nicht völlig auszuschließenden – Missverständnis zu bewahren, eine lange Brautradition bedeute den Einsatz eines mehr oder weniger unveränderten Rezeptes.

4 Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO abgesehen.

(BGH, Beschluss vom 16. 8. 2012 – I ZR 200/11)

#### **§ 4 UWG; § 284 StGB – Wettbewerb; Bandenwerbung für Glücksspiele in Fußballstadien; Haftung des Verpächters von Werbeflächen**

Die Beschwerde der Klägerinnen gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 5. Zivilsenat, vom 8. April 2009 [GuT 2010, 388 KL] wird zurückgewiesen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, die auf die Verletzung von Verfahrensgrundrechten gestützten Rügen nicht durchgreifen und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts auch im Übrigen nicht erfordern (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO).

Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich schon deshalb als richtig dar, weil nach der nach dem Berufungsurteil ergangenen Rechtsprechung des Senats das Angebot von Sportwetten, Lotterien und Kasinospielen durch private Anbieter auch während der Übergangszeit zwischen dem Sportwetten-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 (BVerfGE

115, 276) und dem Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags vom 1. Januar 2008 nicht wettbewerbswidrig war (vgl. BGH, Urteil vom 18. November 2010 – I ZR 156/07 Rn. 34 ff., juris [= ZfWG 2011, 41]). Damit fehlt es für den Zeitpunkt des Länderspiels am 7. Februar 2007 auch an der Wettbewerbswidrigkeit der von den Klägerinnen beanstandeten Bandenwerbung.

Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 S. 2, 2. Halbs. ZPO abgesehen.

(BGH, Beschluss vom 10. 2. 2011 – I ZR 73/09)

#### **§ 8 UWG; § 4 UKlaG – Wettbewerb; Unterlassungsklage einer qualifizierten Einrichtung; Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen; überregionale Klagebefugnis**

a) Der Umstand, dass das Prozessgericht bei begründeten Zweifeln am (Fort-)Bestehen der Eintragungsvoraussetzungen gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG, § 4 Abs. 4 UKlaG lediglich das Verfahren aussetzen kann, lässt die Notwendigkeit der Prüfung unberührt, ob die Prozessführung im konkreten Einzelfall vom Satzungszweck des klagenden Verbandes umfasst ist.

b) Die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen ist nicht daran gehindert, auch Wettbewerbsverstöße außerhalb Nordrhein-Westfalens zu verfolgen.

(BGH, Urteil vom 22. 9. 2011 – I ZR 229/10)

#### **§§ 91, 574 ZPO; §§ 84, 143 PatG – Patent; Doppelvertretung im Nichtigkeitsverfahren; Kosten des Patentanwalts und des zugezogenen Rechtsanwalts**

Im Patentnichtigkeitsverfahren unterliegen Beschlüsse des Patentgerichts, mit denen über eine Erinnerung gegen die Kostenfestsetzung entschieden wird, der Rechtsbeschwerde gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO.

§ 143 Abs. 3 PatG ist im Nichtigkeitsverfahren nicht entsprechend anwendbar.

Die Zuziehung eines Rechtsanwalts neben einem Patentanwalt ist typischerweise als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig im Sinne von § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO anzusehen, wenn zeitgleich mit dem Nichtigkeitsverfahren ein das Streitpatent betreffender Verletzungsrechtsstreit anhängig ist, an dem die betreffende Partei oder ein mit ihr wirtschaftlich verbundener Dritter beteiligt ist.

(BGH, Beschluss vom 18. 12. 2012 – X ZB 11/12)

## Besteuerung

### § 35a EStG; § 535 BGB

**Einkommensteuer des Wohnraummieters; Steuerermäßigung; Aufwendungen für Handwerkerleistungen; Mietzins-Zahlung von Pauschalen für Schönheitsreparaturen; Handwerkerleistungen in Wohnungseigentümergeinschaften**

**Leistet der Mieter einer Dienstwohnung (hier: Pastorendienstwohnung) an den Vermieter (hier: Kreiskirchenamt) pauschale Zahlungen für die Durchführung von Schönheitsreparaturen, so handelt es sich hierbei nicht um Aufwendungen für Handwerkerleistungen i.S. des § 35a Abs. 2 EStG, wenn die Zahlungen unabhängig davon erfolgen, ob und ggf. in welcher Höhe der Vermieter tatsächlich Reparaturen an der Wohnung des Mieters in Auftrag gibt.**

(BFH, Urteil vom 5. 7. 2012 – VI R 18/10)

**Zum Sachverhalt:** Die Kläger und Revisionsbeklagten (Kläger) sind Eheleute und wurden im Streitjahr 2007 zusammen zur Einkommensteuer veranlagt. Sie wohnen in der Pastorendienstwohnung des Klägers zur Miete. Vom Gehalt des Klägers zog das Kreiskirchenamt neben der Dienstwohnungsvergütung und den Mietnebenkosten monatlich eine Pauschale für Schönheitsreparaturen in Höhe von 77,96 EUR ab. Der Zuschlag für Schönheitsreparaturen wurde auf der Grundlage der Wohnfläche der Dienstwohnung mit 155,91 qm × 0,50 EUR errechnet. Nach den landeskirchenrechtlichen Bestimmungen werden die Schönheitsreparaturen von der Kirchengemeinde durchgeführt und aus einem zentralen Fonds, in den die Pauschalen der Mieter fließen, finanziert.

Im Streitjahr wurden an der Wohnung des Klägers verschiedene Renovierungsarbeiten ausgeführt. Die Rechnungen sind an das Pfarramt R. bzw. die Kirchengemeinde R. adressiert und

sind mit einem Eingangsstempel des Landeskirchlichen Amts für Bau- und Kunstpflege bzw. des Pfarrkreisamts U. versehen. Bezahlt wurden die Rechnungen durch Überweisung an die Handwerker aus dem zentralen Fonds für Schönheitsreparaturen.

In ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr machten die Kläger die Beträge als Aufwendungen für Handwerkerleistungen i.S. des § 35a des Einkommensteuergesetzes in der für das Streitjahr geltenden Fassung (EStG) geltend. Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt -FA-) gewährte die Steuerermäßigung nicht. Das Finanzgericht (FG) gab der hiergegen erhobenen Klage teilweise statt und erkannte eine Steuerermäßigung nach § 35a EStG aus einer Bemessungsgrundlage von 721,84 EUR an. Das Urteil des Niedersächsischen FG ist in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2010, 1218 veröffentlicht.

Das FA beantragt, das Urteil des Niedersächsischen FG vom 23. Februar aufzuheben und die Klage abzuweisen. Die Kläger beantragen, die Revision zurückzuweisen.

**Aus den Gründen:** II. Die Revision des FA ist begründet; sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Abweisung der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung). Aufwendungen des Klägers für die Inanspruchnahme von Handwerkerleistungen i.S. des § 35a Abs. 2 EStG liegen nicht vor.

1. Nach § 35a Abs. 2 Satz 2 EStG ermäßigt sich die tarifliche Einkommensteuer, vermindert um die sonstigen Steuerermäßigungen, für die Inanspruchnahme von Handwerkerleistungen für Renovierungs-, Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen, die in einem in der Europäischen Union oder dem Europäischen Wirtschaftsraum liegenden Haushalt des Steuerpflichtigen erbracht werden, mit Ausnahme der nach dem CO<sub>2</sub>-Gebäudesanierungsprogramm der KfW-Förderbank geförderten Maßnahmen auf Antrag um 20% der Aufwendungen des Steuerpflichtigen, höchstens um 600 EUR.

2. Die Pauschalen für Schönheitsreparaturen stellen keine Aufwendungen für die Inanspruchnahme von Handwerkerleistungen i.S. des § 35a Abs. 2 EStG dar.

a) Mit der monatlichen Zahlung eines bestimmten Betrags, der von der tatsächlichen Vornahme von Schönheitsreparaturen unabhängig war, kam der Kläger einer sich aus dem Mietverhältnis für ihn ergebenden Pflicht nach. Der Vermieter seinerseits erfüllte mit dem ihm von den Mietern zur Verfügung gestellten Gesamtbetrag der Mittel für Schönheitsreparaturen seine Verpflichtung, für die Ausführung der Schönheitsreparaturen an den Dienstwohnungen zu sorgen und diese in einem vertragsgerechten Zustand zu erhalten. Der Kläger erbrachte damit seine Aufwendungen nicht aufgrund der Inanspruchnahme einer konkreten Handwerkerleistung. Der Betrag, der für Schönheitsreparaturen zu leisten war, war vielmehr dem Grunde und der Höhe nach unabhängig davon, ob im Streitjahr oder überhaupt für die Wohnung des Klägers Schönheitsreparaturen anfielen. Dementsprechend kann auch der im Streitjahr gezahlte Betrag nicht als Zahlung für eine konkrete Handwerkerleistung angesehen werden.

b) Die vorliegende Fallgestaltung kann nicht mit Zahlungen von Mietern an Vermieter gleichgestellt werden, die der Vermieter in der Jahresabrechnung abrechnet (vgl. Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen -BMF- IV C 4-S 2296-b/07/0003, 2010/0014334 vom 15. Februar 2010, BStBl I 2010, 140 Rdnr. 24). Die begünstigten Fälle setzen eine Nebenkostenabrechnung voraus, die Beträge umfasst, die für konkrete haushaltsnahe Beschäftigungsverhältnisse, Dienstleistungen oder für handwerkliche Tätigkeiten geschuldet und abgerechnet werden. Hieran fehlt es im Streitfall. Nach den Feststellungen des FG werden die Pauschalen für Schönheitsreparaturen weder gesonderten Konten der Mieter gutgeschrieben noch hierüber die im Einzelnen angefallenen Kosten für Schönheitsreparaturen abgerechnet.

c) Die Gegebenheiten im Streitfall unterscheiden sich auch von Wohnungseigentümergeinschaften (vgl. Rdnr. 23 des BMF-Schreibens in BStBl I 2010, 140) wesentlich. Im Rahmen der gemeinschaftlichen Verwaltung des Wohnungseigentums (vgl. § 10 Abs. 6 des Wohnungseigentumsgesetzes -WEG-) kann die Wohnungseigentümergeinschaft mit Wirkung für und gegen alle Gemeinschaftler Handwerkerleistungen in Auftrag geben. Werden die Rechnungen hierfür aus dem Gemeinschaftsvermögen (§ 10 Abs. 7 WEG) beglichen, entstehen dem einzelnen Wohnungseigentümer Aufwendungen für die Inanspruchnahme von Handwerkerleistungen. Im Streitfall hingegen nimmt nicht der Kläger als Mieter eine Handwerkerleistung in Anspruch, die von einem den Mietern gemeinschaftlich zuzurechnenden Konto beglichen wird. Vielmehr erfüllt der Vermieter eine ihm aufgrund des Mietverhältnisses obliegende Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen, indem er Handwerkerleistungen in Anspruch nimmt und diese aus in sein Vermögen übergegangenen Mitteln bezahlt.

d) Auf die in Rdnr. 41 des BMF-Schreibens in BStBl I 2010, 140 enthaltene Verwaltungsanweisung betreffend Dienst- und Werkwohnungen können sich die Kläger zur Begründung eines Anspruchs auf Gewährung einer Steuerermäßigung nach § 35a EStG nicht berufen. Danach gewährt die Verwaltung unter bestimmten weiteren Voraussetzungen eine Steuerermäßigung nach § 35a EStG, wenn der Arbeitgeber die Aufwendungen für haushaltsnahe Dienstleistungen oder Handwerkerleistungen trägt und der Arbeitnehmer den Betrag der Aufwendungen als Sachbezug versteuert hat. In diesem Fall geht die Finanzverwaltung davon aus, dass es sich um Aufwendungen des Arbeitnehmers handelt. Im Streitfall hat der Arbeitgeber jedoch nicht Aufwendungen getragen, die nach den vertraglichen Gestaltungen vom Mieter/Arbeitnehmer zu tragen waren. Vielmehr hat der Arbeitgeber seine eigene Pflicht aus dem Mietvertrag erfüllt, für einen vertragsgerechten Zustand der Wohnung zu sorgen und die Schönheitsreparaturen zu tragen. Dementsprechend hat der Kläger weder den Betrag der Handwerkerrechnungen noch die gezahlte Pauschale als Sachbezug versteuert. Vielmehr wurde die Pauschale lediglich von seinem Gehalt abgezogen.

**Art. 3, 6, 100 GG; §§ 13a, 13b, 19 ErbStG 2009  
Vorlage an das Bundesverfassungsgericht BVerfG;  
Erbchaftsteuergesetz; Fehlbesteuerungen;  
grundgesetzlicher Schutz der Familie nur als  
Gemeinschaft von Eltern und Kindern**

**1. Der BFH hält § 19 Abs. 1 i.V.m. §§ 13a und 13b ErbStG in der im Jahr 2009 geltenden Fassung wegen Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) für verfassungswidrig, weil die in §§ 13a und 13b ErbStG vorgesehenen Steuervergünstigungen nicht durch ausreichende Sach- und Gemeinwohlgründe gerechtfertigt sind und einen verfassungswidrigen Begünstigungsüberhang aufweisen. Die Verfassungsverstöße führen teils für sich allein, teils in ihrer Kumulation zu einer durchgehenden, das gesamte Gesetz erfassenden verfassungswidrigen Fehlbesteuerung, durch die Steuerpflichtige, die die Vergünstigungen nicht beanspruchen können, in ihrem Recht auf eine gleichmäßige, der Leistungsfähigkeit entsprechende und folgerichtige Besteuerung verletzt werden.**

**2. Die Gleichstellung von Personen der Steuerklasse II und III im Jahr 2009 ist nicht verfassungswidrig.**

(BFH, Beschluss vom 27. 9. 2012 – II R 9/11)

**Hinw. d. Red.:** Hierzu lautet die BFH-Pressemitteilung Nr. 69/2012 vom 10. 10. 2012:

»Bundesfinanzhof legt das Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz in der ab 1. Januar 2009 geltenden Fassung dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit vor

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Beschluss vom 27. September 2012 II R 9/11 dem Bundesverfassungsgericht die Frage vorgelegt, ob § 19 Abs. 1 des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes in der im Jahr 2009 geltenden Fassung (ErbStG) i.V.m. §§ 13a und 13b ErbStG wegen Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes – GG –) verfassungswidrig ist.

Dem Verfahren liegt die Besteuerung eines Erbanfalls im Jahre 2009 zugrunde. Der Kläger war zu 1/4 Miterbe seines Onkels. Im Nachlass befanden sich Guthaben bei Kreditinstituten und ein Steuererstattungsanspruch. Der Wert des auf den Kläger entfallenden Anteils am Nachlass belief sich auf 51.266 EUR. Unter Berücksichtigung eines Freibetrags von 20.000 EUR und eines Steuersatzes von 30% setzte das Finanzamt Erbschaftsteuer in Höhe von 9360 EUR fest.

Der BFH teilt nicht die Ansicht des Klägers, die auf Entstehungszeitpunkte im Jahr 2009 beschränkte Gleichstellung von Personen der Steuerklasse II (u. a. Geschwister, Neffen und Nichten) mit Personen der Steuerklasse III (fremde Dritte) sei verfassungswidrig (Rz. 69 bis 77). Nach Auffassung des BFH ist der Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht verpflichtet, Erwerber der Steuerklasse II besser zu stellen als Erwerber der Steuerklasse III. Art. 6 Abs. 1 GG beziehe sich nur auf die Familie als Gemeinschaft von Eltern und Kindern, nicht aber auf Familienmitglieder im weiteren Sinn wie etwa Geschwister oder Abkömmlinge von Geschwistern (Rz. 72).

Der BFH ist jedoch der Auffassung, dass § 19 Abs. 1 i.V.m. §§ 13a und 13b ErbStG in der auf den 1. Januar 2009 zurückwirkenden Fassung des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes vom 22. Dezember 2009 deshalb gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstoße, weil die in §§ 13a und 13b ErbStG vorgesehenen Steuervergünstigungen in wesentlichen Teilbereichen von großer finanzieller Tragweite über das verfassungsrechtlich gerechtfertigte Maß hinausgingen.

Im Einzelnen stützt der BFH seine Vorlage auf folgende Gesichtspunkte:

1. Die weitgehende oder vollständige steuerliche Verschönerung des Erwerbs von Betriebsvermögen, land- und forstwirtschaftlichem Vermögen und Anteilen an Kapitalgesellschaften oder Anteilen daran stelle eine nicht durch ausreichende Gemeinwohlgründe gerechtfertigte und damit verfassungswidrige Überprivilegierung dar (Rz. 82 bis 94). Es könne nicht unterstellt werden, dass die Erbschaftsteuer typischerweise die Betriebsfortführung gefährde (siehe Gutachten des wissenschaftlichen Beirats beim BMF 01/2012; Rz. 89 ff.); es gehe weit über das verfassungsrechtlich Gebotene und Zulässige hinaus, Betriebsvermögen ohne Rücksicht auf den Wert des Erwerbs und die Leistungsfähigkeit des Erwerbers freizustellen, und zwar auch dann, wenn die für eine Erbschaftsteuerzahlung erforderlichen liquiden Mittel vorhanden seien oder – ggf. im Rahmen einer Stundung der Steuer – ohne weiteres beschafft werden könnten (Rz. 87).

Der Begünstigungsgrund „Arbeitsplatzzerhalt“ erweise sich als nicht tragfähig, weil weit mehr als 90% aller Betriebe nicht mehr als 20 Beschäftigte hätten (Rz. 48) und schon deshalb nicht unter die „Arbeitsplatzklausel“ fielen und ferner das Gesetz Gestaltungen zulasse, die es in vielen Fällen auf einfache Art und Weise ermöglichen, dass es für die Gewährung des Verschönerungsabschlages auch bei Betrieben mit mehr als 20 Beschäftigten im Ergebnis nicht auf die Entwicklung der Lohnsummen und somit auf die Erhaltung von Arbeitsplätzen in dem Zeitraum nach dem Erwerb ankomme (Rz. 143 bis 148 mit Beispielen).

2. §§ 13a und 13b ErbStG wiesen ferner einen verfassungswidrigen Begünstigungsüberhang auf (Rz. 95 bis 142). Sie ermöglichten es Steuerpflichtigen, durch rechtliche Gestaltungen nicht betriebsnotwendiges Vermögen, das den Begünstigungszweck nicht erfülle, in unbegrenzter Höhe ohne oder mit nur geringer Steuerbelastung zu erwerben. Es unterliege weitgehend der Dispositionsfreiheit des Erblassers oder Schenkers,

Vermögensgegenstände, die ihrer Natur nach im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung gehalten würden, zu steuerbegünstigtem Betriebsvermögen zu machen (Rz. 97, 98). Die Bestimmungen hinsichtlich des sog. Verwaltungsvermögens (§ 13b Abs. 2 ErbStG) seien nicht geeignet, risikobehaftetes und deshalb zu begünstigendes Betriebsvermögen von weitgehend risikolosem und daher nicht begünstigungswürdigem Betriebsvermögen abzugrenzen, und widersprächen auch dem Folgerichtigkeitsgebot. So könne bei entsprechender Gestaltung der unschädliche Anteil des nicht begünstigungswürdigen Verwaltungsvermögens sowohl bei der Regelverschönerung (85% Befreiung) als auch bei der Optionsverschönerung (100% Befreiung) deutlich über 90% des gesamten Betriebsvermögens betragen (Rz. 104 bis 116 mit Beispielen in Rz. 105 ff. und Rz. 113 ff.). Ferner gehörten Geldforderungen wie etwa Sichteinlagen, Sparanlagen und Festgeldkonten bei Kreditinstituten nicht zum Verwaltungsvermögen, sodass ein Anteil an einer GmbH oder GmbH und Co. KG, deren Vermögen ausschließlich aus solchen Forderungen bestehe (z. B. sog. „Cash-GmbH“), durch freigebige Zuwendung oder von Todes wegen erworben werden könne, ohne dass Erbschaftsteuer anfalle (Rz. 117 bis 130).

3. Die zusätzlich zu den Freibeträgen des § 16 ErbStG anwendbaren Steuervergünstigungen nach §§ 13a und 13b ErbStG zusammen mit zahlreichen anderen Verschönerungen führten dazu, dass die Steuerbefreiung die Regel und die tatsächliche Besteuerung die Ausnahme sei (Rz. 149 bis 156).

Die Verfassungsverstöße führten – so der BFH – teils für sich allein, teils in ihrer Kumulation zu einer durchgehenden, das gesamte Gesetz erfassenden verfassungswidrigen Fehlbesteuerung, durch die diejenigen Steuerpflichtigen, die die Vergünstigungen nicht beanspruchen könnten, in ihrem Recht auf eine gleichmäßige, der Leistungsfähigkeit entsprechende und folgerichtige Besteuerung verletzt würden.«

Siehe auch: Pressemitteilung Nr. 92/11 vom 16.11.2011, Entscheidung des II. Senats vom 27.9.2012 – II R 9/11 –, Beschluss des II. Senats vom 5.10.2011 – II R 9/11 –.

<b>Kurzfassungen/Leitsätze (KL)</b>
<b>Steuerrecht etc.</b>

### § 945 ZPO – Unrichtiger Steuerbescheid; Vollziehung; Schadenersatz; Steuerarrest

a) Durch die Vollziehung von (unrichtigen) Steuerbescheiden entstandene Schäden sind nicht nach § 945 ZPO zu ersetzen (im Anschluss an Senatsurteil vom 31. Januar 1963 – III ZR 138/61, BGHZ 39, 77).

b) Dies gilt auch dann, wenn dem Erlass der Steuerbescheide ein Arrestverfahren vorausgegangen ist, das zur Pfändung einer Forderung geführt hat. Denn mit Erlass der Steuerbescheide ist das Arrestverfahren in das normale Vollstreckungsverfahren übergeleitet und als solches fortgesetzt worden mit der Folge, dass das Arrestpfandrecht sich in ein (rangwahrendes) Pfändungspfandrecht umgewandelt hat (im Anschluss an BFH NV 1987, 702; 2001, 458).

(BGH, Beschluss vom 13.9.2012 – III ZR 249/11)

### § 4 SächsEntEG; § 96 BauGB; §§ 2, 22, 23 EStG – Baulandsache; Autobahnausbau; Einkommensteuer; Veräußerungsgewinn; Grundstücksverkauf zur Vermeidung der Enteignung; Entschädigung eines Folgeschadens

Die anfallende Einkommensteuer auf einen Veräußerungsgewinn (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7, § 22 Nr. 2, § 23 Abs. 1 EStG) wegen des Verkaufs eines Grundstücks zur Vermeidung der Enteignung stellt keinen entschädigungspflichtigen Folgeschaden

im Sinne des § 96 Abs. 1 Satz 1 BauGB dar (im Anschluss an Senatsurteil vom 13. November 1975 – III ZR 162/72, BGHZ 65, 253).

(BGH, Beschluss vom 22. 2. 2012 – III ZR 226/10)

**Hinw. d. Red.:** II. 2. c) der Gründe (Rn. 17) lauten:

Dahingestellt bleiben kann, ob die Einkommensteuer auch dann angefallen wäre, wenn die Beteiligten zu 1 und 2 einem freiwilligen Verkauf nicht zugestimmt hätten, sondern enteignet worden wären (vgl. zum Meinungsstand: für eine Anwendung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG auf Enteignungen Schmidt/Weber/Grellet, EStG, 30. Aufl., § 23 Rn. 55; Blümig/Kleng, EStG/KStG/GewStG, [Mai 2010] § 23 EStG Rn. 146; dagegen Herrmann/Heuer/Raupach/Musil, EStG und KStG, [August 2011] § 23 EStG Rn. 73; Kirchhof/Söhn/Mellinghoff/Wernsmann, EStG, [April 2008] § 23 Rn B 111 f). Auch in diesem Fall würde durch eine Ersatzlandbeschaffung mit den Mitteln der Entschädigung eine Steuerpflicht entfallen.

### § 264 StGB – leichtfertiger Subventionsbetrug; Investitionszulage; subventionserhebliche Tatsachen der Projektfinanzierung und der Projektförderung

6 II. 1. Die Leichtfertigkeit ist nach ständiger Rechtsprechung eine vorsatznahe Schuldform, die eine besondere Gleichgültigkeit oder grobe Unachtsamkeit voraussetzt (BGH, Beschluss vom 20. Mai 2010 – 5 StR 138/10, NStZ-RR 2010, 311; Urteil vom 17. Juli 1997 – 1 StR 791/96, BGHSt 43, 158, 168). Bei dem leichtfertigen Subventionsbetrug nach § 264 Abs. 1 Nr. 3 i. Vm. Abs. 4 StGB stellt es die Tathandlung dar, dass der Täter die Subventionsbehörde leichtfertig in Unkenntnis über subventionserhebliche Tatsachen lässt. Maßgeblich ist deshalb, dass er – nach seinen individuellen Fähigkeiten (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2006 – 1 StR 357/05, BGHSt 50, 347, 352) – die an sich gebotene Handlung ohne weiteres hätte erkennen können. Leichtfertigkeit in diesem Zusammenhang muss in einer groben Verkennung der Umstände liegen, die eine Unterrichtung der Subventionsbehörde geboten hätten.

7 2. Ein Pflichtverstoß von einem derartigen Gewicht ist in den Urteilsgründen nicht dargetan. Die dem Angeklagten vor-

geworfene Handlung bestand hier darin, dass er das Finanzamt Plauen von der Auflösung des Vertrages nicht in Kenntnis gesetzt hatte. Der Leichtfertigkeitvorwurf muss sich deshalb – wovon auch das Landgericht [Chemnitz] im Ansatz zutreffend ausgegangen ist – auf seine fehlende Kenntnis von der Auflösung des Vertrages beziehen. In diesem Zusammenhang fehlen aber Gesichtspunkte, die den gesteigerten Vorwurf der Leichtfertigkeit hätten tragen können. Gerade für den zwar im Wirtschaftsleben erfahrenen, juristisch aber nicht vorgebildeten Angeklagten war die genaue Unterscheidung, ob eine Kündigung „ausgesetzt“ oder lediglich ein „Vertragsneuabschluss zugesagt“ war, nicht ohne weiteres zu durchschauen. Dies gilt vor allem auch deshalb, weil – aus der Sicht des Angeklagten – die wirtschaftlichen Folgen, nämlich die Fortsetzung der Fertigstellung der Produktionslinie im Falle einer Sicherung der Finanzierung nahezu identisch waren. Da ersichtlich hier beide Vertragsparteien weiterhin eine Realisierung des Gesamtprojekts erstreben, hätte es zusätzlicher Gesichtspunkte bedurft, die das Verhalten des Angeklagten als grobe Verkennung der relevanten Umstände qualifizieren könnten.

8 3. Die vom Landgericht vorgenommene Beweiswürdigung ist zudem in zweierlei Hinsicht lückenhaft.

9 a) [...]

10 b) Bei der Prüfung der Leichtfertigkeit stellt das Landgericht auch darauf ab, dass das Projekt nicht realisierbar gewesen sei. Es stützt sich dabei auf die fehlende Finanzierung. Eine solche Schlussfolgerung darf aber nicht im Zuge einer „ex-post“-Betrachtung vorgenommen werden. Der Leichtfertigkeitvorwurf könnte insoweit allenfalls dann erhoben werden, wenn die weiteren Verhandlungen um eine Finanzierung schon von vornherein aussichtslos waren. Hiergegen spricht aber nicht nur die Aufbringung der ersten Rate, sondern auch der Umstand, dass zunächst die D. Bank – wie auch andere Banken anteilmäßig – das Vorhaben finanzieren wollten (UA S. 6). Da entsprechende Subventionen nach dem Investitionszulagengesetz die Subvention erst ermöglichen sollen, wäre es sinnwidrig, auf eine von Anfang an gesicherte Finanzierung abzustellen.

(BGH, Beschluss vom 13. 12. 2012 – 5 StR 542/12)

## Magazin

### Politik und Recht

#### SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 11. 2. 2013

#### Papst Benedikt XVI. hat seiner Kirche Orientierung gegeben und Maßstäbe gesetzt

Zum angekündigten Rückzug von Papst Benedikt XVI. erklärt der Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion Frank-Walter Steinmeier:

Die Entscheidung von Papst Benedikt XVI., sein Amt niederzulegen, kam für uns alle überraschend. Sie verdient unseren ungeteilten Respekt. Papst Benedikt hat sein Amt in einer durch vielfältige Umbrüche gekennzeichneten Zeit angetreten und seiner Kirche mit seiner großen geistlichen und intellektuellen Autorität Orientierung gegeben und Maßstäbe gesetzt.

Unvergessen ist sein Deutschlandbesuch im Jahre 2011 und die vorsichtige Öffnung zu den Kirchen der Reformation, für die vor allem sein Besuch in Erfurt stand.

Ich als Protestant wünsche mir, dass die katholische Kirche unter seinem Nachfolger diesen Weg der Öffnung mit Nachdruck weiter verfolgt. Uns Katholiken und Protestanten ver-

bindet nach meiner Überzeugung viel mehr als uns trennt. Nicht zuletzt die Person Jesus von Nazareth, über die Joseph Ratzinger noch als Papst eine erstaunliche Trilogie vorgelegt hat.

#### SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 11. 2. 2013

#### Respekt vor Lebensleistung Papsts Benedikts XVI.

Zum angekündigten Rückzug von Papst Benedikt erklärt die Beauftragte für Kirchen und Religionsgemeinschaften der SPD-Bundestagsfraktion Kerstin Griese:

Die Nachricht vom Rücktritt Papst Benedikts XVI. hat uns überrascht. Papst Benedikt XVI. gebührt unser größter Respekt vor seiner Lebensleistung als Wissenschaftler, Geistlicher und Oberhaupt der katholischen Kirche. Wir haben Respekt vor seinem äußerst seltenen Schritt, den es zuvor erst einmal in der Geschichte dieses Amtes gab. Papst Benedikt XVI. hat diese souveräne Entscheidung wohlüberlegt getroffen und zeigt damit besondere Verantwortung für seine katholische Kirche.

Sein Auftreten beim Weltjugendtag 2005 in Köln hat hunderttausende Jugendliche aus aller Welt begeistert. Sein Besuch in Deutschland 2011 war ein großes Ereignis und bleibt in

Erinnerung. Wir danken Papst Benedikt XVI. für seinen hohen persönlichen Einsatz und wünschen ihm alles Gute für seine Gesundheit.

Mit der Debatte um seine Nachfolge verbinden wir wie viele katholische Christinnen und Christen in Deutschland den Wunsch nach Reformen und nach mehr Alltagsnähe der katholischen Kirche in ihren Entscheidungen. Viele engagierte Katholikinnen und Katholiken in Deutschland wünschen sich mehr Konsequenz bei der Aufklärung des Missbrauchsskandals, eine größere Akzeptanz verschiedener Lebensformen, eine Stärkung der Frauen in der Kirche und eine neue Öffnung zum ökumenischen Miteinander. Wir wünschen der katholischen Kirche viel Kraft für Erneuerungen.

### **Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 11. 2. 2013**

#### **Benedikts Rücktritt: Respekt für eine Entscheidung, die betroffen und nachdenklich macht**

Zur Rücktrittsankündigung von Papst Benedikt XVI. erklären Renate Künast, Fraktionsvorsitzende, und Josef Winkler, Stellvertretender Fraktionsvorsitzender:

Die Rücktrittsankündigung von Papst Benedikt ist für uns alle eine große Überraschung, die betroffen und nachdenklich macht. Seine Begründung, nicht mehr die nötige Kraft für die Ausübung seines Amtes zu besitzen, verdient allergrößten Respekt. Auch wenn sein Pontifikat unverkennbar im Zeichen kirchlicher Unbeweglichkeit gestanden hat, hat er vielleicht mehr bewegt als mancher seiner Vorgänger. Das zeigt allein sein historischer Entschluss zum Rücktritt, mit dem er den Weg zur Neuwahl eines Nachfolgers freimacht. Zu würdigen ist Benedikts entschiedenes Eintreten für den Frieden in der Welt und für eine gerechtere Weltwirtschaftsordnung. Gerne erinnern wir uns auch an seine Rede vor dem Deutschen Bundestag, in der er die Rolle der Ökologiebewegung in Deutschland als wichtigen Beitrag zu unserer gesellschaftlichen Entwicklung gewürdigt hat.

### **FDP-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 11. 2. 2013**

#### **Respektvoller Schritt**

Anlässlich des Verzichtes des Papstes auf sein Amt erklärt der Parlamentarische Geschäftsführer und Beauftragte für Kirchen und Religionsgemeinschaften der FDP-Bundestagsfraktion Stefan Ruppert:

Papst Benedikt XVI. hat unsere Anerkennung und Dank verdient. Er hat die katholische Kirche nahezu acht Jahre geprägt. Sein Pontifikat war durch seine herausragende Leistung als Theologe und Intellektueller bestimmt. Bei allen durchaus bestehenden kirchenpolitischen Unterschieden im Einzelnen ist seine eindruckliche Rede im Bundestag nachhaltig in Erinnerung geblieben. Die Zeit seines Wirkens in wichtigen Funktionen reicht dabei vom Zweiten Vatikanischen Konzil bis zu einer Auseinandersetzung der Kirche mit der säkularisierten Moderne. Benedikt XVI. folgte dabei bewusst nicht immer dem Zeitgeist. Seinen freien Entschluss, das Amt in die Hände eines anderen zu legen, bewundere ich. Wir wünschen ihm ganz persönlich alles Gute und Gottes Segen.

**Hinw. d. Red.:** Die Rede von Papst Benedikt XVI. am 22. 9. 2011 in Berlin vor dem Deutschen Bundestag ist in GuT 2011, 359 im Wortlaut dokumentiert.

### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemeldung vom 11. 2. 2013**

#### **Benedikt XVI. hat sich um die Menschen verdient gemacht Große intellektuelle Kraft und tiefer persönlicher Glaube**

Papst Benedikt XVI. hat am Montag seinen Rücktritt angekündigt. Dazu erklärt der Vorsitzende der CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag, Volker Kauder:

„Die Erklärung des Rücktritts von Papst Benedikt XVI. hat die CDU/CSU-Bundestagsfraktion mit allerhöchstem Respekt zur Kenntnis genommen. Für seinen Schritt zollen wir ihm unsere Anerkennung. Sie erweist ihn einmal mehr als den treuen Diener Gottes und als den guten Hirten der Millionen von Gläubigen in aller Welt, den wir alle in der Vergangenheit haben kennenlernen dürfen.

Papst Benedikt XVI. hat die katholische Kirche mit großer intellektueller Kraft und mit einem tiefen persönlichen Glauben geführt und den Menschen Orientierung gegeben. Er hat glaubwürdig und menschlich überzeugend Zeugnis von der Botschaft von Jesus Christus, von der Liebe Gottes zu den Menschen in der Welt abgelegt.

Ich hatte die große Ehre, Papst Benedikt XVI. in Rom und in Berlin persönlich zu begegnen. Besonders beeindruckt hat mich sein entschiedenes Eintreten für die verfolgten und bedrängten Christen in aller Welt, die in ihm einen Fürsprecher hatten. In besonderer Erinnerung bleibt uns Abgeordneten seine eindrucksvolle Rede vor dem Deutschen Bundestag im Jahr 2011, die Mahnung und Ermunterung für uns Politiker zugleich ist.

Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion dankt Papst Benedikt XVI. für seinen Dienst in der Kirche und der Welt. Wir wünschen ihm auch weiterhin alles Gute und Gottes reichen Segen.“

### **Bundestagsfraktion DIE LINKE Pressemitteilung vom 11. 2. 2013**

#### **Der Papst: Ungewöhnlich, konsequent und souverän**

„Papst Benedikt XVI. hat eine souveräne Entscheidung getroffen, die gleichermaßen ungewöhnlich wie konsequent erscheint“, erklärt der religionspolitische Sprecher der Bundestagsfraktion DIE LINKE, Raju Sharma, zur Ankündigung Papst Benedikts XVI., Ende des Monats aus gesundheitlichen Gründen sein Amt niederzulegen. Sharma weiter:

„Die Bewertung seines Wirkens als Oberhaupt der katholischen Kirche obliegt vor allem den Katholikinnen und Katholiken weltweit; als Befürworter einer klaren Trennung von Staat und Kirche habe ich es allerdings sehr begrüßt, dass Benedikt XVI. während seines Deutschlandbesuches 2011 in seiner Freiburger Rede eine Entweltlichung der Kirche gefordert und damit neue Perspektiven im Verhältnis von Staat und Kirche eröffnet hat. Ich wünsche Joseph Ratzinger alles Gute.“

### **Häuptling Red Jacket, d. i. Sagoyewatha, Häuptling der Seneca Rede gehalten im Sommer 1805 (Auszug)**

Der Große Geist handelt immer richtig. Er weiß, was das Beste für seine Kinder ist. Wir sind damit zufrieden.

Bruder, wir möchten euch eure Religion nicht zerstören oder wegnehmen. Wir wollen uns nur an unserer erfreuen.

Bruder, du sagst, du bist nicht gekommen, um unser Land zu stehlen oder unser Geld, sondern um unseren Geist zu erleuchten. Du musst wissen, dass ich bei euren Versammlungen war und gesehen habe, dass ihr dort Geld gesammelt habt.

Ich weiß nicht, wofür das Geld bestimmt war, ich nehme an, für euren Prediger. Sollten wir uns eure Ansichten zu eigen machen, dann würdet ihr vielleicht auch von uns welches fordern.

Bruder, wir haben gehört, dass du vor den Weißen, die hier leben, gepredigt hast. Sie sind unsere Nachbarn. Wir kennen sie. Wir werden eine Weile abwarten und darauf achten, wie sich eure Predigt auf sie auswirkt. Wenn wir merken, dass sie ihnen gut tut und sie ehrlich werden und weniger dazu neigen, Indianer zu betrügen, dann werden wir erneut darüber nachdenken, was du uns gesagt hast.

Quelle: Norman B. Wood: *Lives of Famous Indian Chiefs*. Aurora, Illinois: American Indian Historical Publishing Co. 1906, p. 254-256. In: Häuptling Seattle Die Reden der großen



Indianerhäuptlinge. Aus dem Amerikanischen von Meike Breitreutz, Köln (Anaconda) 2012, S. 9, 14-15, 154. Übersetzt nach der Ausgabe *Great Speeches by Native Americans*. Ed. by Bob Blaisdell. Mineola 2000.

#### **BGH-Pressemitteilung Nr. 215/2012 vom 20. 12. 2012**

##### **Bundesgerichtshof zum Schadensersatzanspruch wegen leichtfertiger Geldwäsche im Zusammenhang mit betrügerischen Internetgeschäften**

Der Bundesgerichtshof hat heute eine Entscheidung zu der Frage getroffen, ob auch derjenige, der sein Bankkonto leichtfertig für die Abwicklung betrügerischer Internetgeschäfte zur Verfügung stellt, den durch den Betrug Geschädigten zum Schadensersatz verpflichtet ist.

Der Kläger bestellte über das Internet eine Digitalkamera, die vom Verkäufer nicht geliefert wurde. Den Kaufpreis von 295,90 € hatte er, wie vom Verkäufer gefordert, vorab auf das Konto der Beklagten überwiesen. Diese hatte über das Internet die Onlinezugangsberechtigung für ihr Girokonto gegen ein Entgelt von 400 € monatlich einer ihr unbekannt Person offenbart und dieser die dauerhafte Nutzung des Kontos eingeräumt.

Bei dem Verkäufer handelte es sich um einen - wie sich herausstellte - fiktiven Online-Shop, der über das Konto der Beklagten betrügerische Geschäfte abwickelte. Insgesamt liefen innerhalb kurzer Zeit 51.000 € über das Konto der Beklagten. Die Beklagte wurde wegen leichtfertiger Geldwäsche gemäß § 261 Abs. 1 und 5 StGB verurteilt (Vortat: gewerbsmäßiger Betrug gemäß § 263 StGB). Die auf Rückzahlung des auf das Konto der Beklagten überwiesenen Kaufpreises nebst Zinsen und Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten gerichtete Klage hat in den Vorinstanzen Erfolg gehabt.

Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten blieb ohne Erfolg (Urteil vom 19. Dezember 2012 – VIII ZR 302/11). Der unter anderem für das Kaufrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass dem Kläger ein Schadensersatzanspruch wegen der von der Beklagten begangenen leichtfertigen Geldwäsche zusteht (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 261 Abs. 1, 2 und 5 StGB). Denn der Straftatbestand der Geldwäsche bezweckt auch den Schutz des Vermögens der durch die Vortat - hier: den gewerbsmäßigen Betrug - Geschädigten und ist daher ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, so dass die Beklagte dem Kläger den ihm entstandenen Schaden zu ersetzen hat.

#### **BGH-Pressemitteilung Nr. 189/2012 vom 13. 11. 2012**

##### **Prozesskostenhilfe: Entzug der Bewilligung infolge falscher Angaben des Antragstellers**

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass die Bewilligung von Prozesskostenhilfe nach § 124 Nr. 2, Alternative 1 ZPO nachträglich aufgehoben werden kann, wenn der Antragsteller im Bewilligungsverfahren absichtlich oder aus grober Nachlässigkeit unrichtige Angaben über seine persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse gemacht hat, und dass dies auch dann gilt, wenn die falschen Angaben nicht zu einer objektiv unrichtigen Bewilligung geführt haben.

Dem Beklagten eines Rechtsstreits um die Rückzahlung eines Darlehens war zunächst auf seinen Antrag hin Prozesskostenhilfe bewilligt worden. Nachträglich stellte sich heraus, dass er bei Antragstellung eine teilweise unrichtige und unvollständige Erklärung über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse abgegeben hatte. Nach den Feststellungen der Vorinstanz hatte er absichtlich versucht, seine wirtschaftliche Situation, insbesondere in Bezug auf seine Geschäftsführerstellung und Beteiligung an einer GmbH, ferner die Nutzung eines Firmenwagens, zu verschleiern.

Infolge dessen hob das Landgericht Konstanz die Bewilligung der Prozesskostenhilfe nach § 124 Nr. 2, Alternative 1 ZPO

nachträglich auf. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde des Beklagten vor dem Oberlandesgericht Karlsruhe blieb erfolglos.

Auf die Rechtsbeschwerde des Beklagten hat der Bundesgerichtshof die Entscheidungen der Vorinstanzen bestätigt (Beschluss vom 10. Oktober 2012 – IV ZB 16/12).

Der Beklagte hatte im Beschwerdeverfahren die ursprüngliche Unrichtigkeit seiner Angaben eingeräumt, jedoch geltend gemacht, bis zum Zeitpunkt der Prozesskostenhilfebewilligung hätten sich seine Verhältnisse derart verändert gehabt, dass seine Angaben zuletzt nicht mehr falsch gewesen seien und ihm bei objektiver Betrachtung ein Anspruch auf Prozesskostenhilfe zugestanden habe. Das stützte sich auf eine bisher weit verbreitete Rechtsauffassung, der zufolge § 124 Nr. 2 ZPO allein bezwecke, dem von einer Prozesskostenhilfebewilligung Begünstigten sachlich nicht gerechtfertigte Vorteile wieder zu entziehen und so eine objektiv zutreffende Entscheidung über die Bewilligung von Prozesskostenhilfe herbeizuführen. Es handele sich um eine rein kostenrechtliche Bestimmung ohne Sanktionscharakter.

Der Bundesgerichtshof ist dem entgegengetreten. Dass die Vorschrift allein schon die absichtlich oder aus grober Nachlässigkeit gemachten Falschangaben eines Antragstellers sanktioniert, ergeben, wie in der Rechtsbeschwerdeentscheidung näher dargelegt wird, nicht nur Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte des § 124 Nr. 2 Alternative 1 ZPO, sondern auch der Gesetzeszweck.

Im Prüfungsverfahren zur Bewilligung von Prozesskostenhilfe, das unter einem besonderen Beschleunigungsgebot steht, ist der Antragsteller bei der Aufklärung seiner persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse in besonderem Maße zur Mitwirkung verpflichtet. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, kann das Gericht die Bewilligung von Prozesskostenhilfe ablehnen. Das Gericht ist im Bewilligungsverfahren, welches sich im Interesse des Antragstellers mit einer Glaubhaftmachung der Bewilligungsvoraussetzungen begnügt, in besonderem Maße auf ein redliches Verhalten des Antragstellers angewiesen. Begründet der Antragsteller in vorwerfbarer Weise Zweifel an seiner Redlichkeit, erscheint es angemessen, ihm die nachgesuchte finanzielle Unterstützung zu versagen, weil ein summarisches Prüfungsverfahren dann nicht mehr möglich erscheint.

#### **BGH-Pressemitteilung Nr. 182/2012 vom 30. 10. 2012**

##### **Meldung im „Online-Archiv“ über Ermittlungsverfahren wegen falscher eidesstattlicher Versicherung gegen Gazprom-Manager zulässig**

Der Kläger ist „Direktor Finanzen und Controlling“ der Gazprom Germania GmbH. Von Ende 1985 bis Ende 1989 war er aufgrund einer eigenhändig verfassten Verpflichtungserklärung als „Offizier im besonderen Einsatz“ für das Ministerium für Staatssicherheit der DDR tätig, wofür er monatliche Geldzahlungen erhielt. Im September 2007 gab er in einem einstweiligen Verfügungsverfahren vor dem Landgericht eine eidesstattliche Versicherung ab, in der er erklärte, „niemals Angestellter oder sonst wie hauptamtlicher Mitarbeiter des Ministeriums für Staatssicherheit“ gewesen zu sein. Nach Mitteilung des Sachverhalts durch das Landgericht leitete die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren gegen den Kläger wegen des Verdachts der falschen eidesstattlichen Versicherung ein. Am 2. Oktober 2008 wurde das Verfahren nach Zahlung eines Geldbetrags gemäß § 153a Abs. 2 StPO eingestellt.

Die Beklagte betreibt das Internetportal [www.welt.de](http://www.welt.de). Dort hält sie auf den für Altmeldungen vorgesehenen Seiten einen auf den 6. Mai 2008 datierten Artikel zum freien Abruf durch die Öffentlichkeit bereit, in dem unter namentlicher Bezeichnung des Klägers über dessen Stasivergangenheit und das gegen ihn eingeleitete Ermittlungsverfahren berichtet wird. Die

Meldung enthält einen „Nachtrag“, in dem darauf hingewiesen wird, dass das Verfahren am 2. Oktober 2008 gegen Geldauflage gemäß § 153a StPO eingestellt wurde.

Der Kläger sieht in dem Bereithalten der seinen Namen enthaltenden Altmeldung zum Abruf im Internet eine Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Mit der Klage verlangt er von der Beklagten, es zu unterlassen, über das gegen ihn eingeleitete Ermittlungsverfahren unter Namensnennung oder in identifizierender Weise zu berichten. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Beklagte antragsgemäß verurteilt.

Auf die Revision der Beklagten hat der u. a. für den Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuständige VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs das Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben und die Berufung des Klägers gegen das klageabweisende Urteil des Landgerichts zurückgewiesen (Urteil vom 30. Oktober 2012 – VI ZR 4/12). Zwar liegt in dem Bereithalten der den Kläger identifizierenden Meldung zum Abruf im Internet ein Eingriff in dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht. Der Eingriff ist aber nicht rechtswidrig, da das Schutzinteresse des Klägers hinter dem von der Beklagten verfolgten Informationsinteresse der Öffentlichkeit und ihrem Recht auf freie Meinungsäußerung zurückzutreten hat.

Die namentliche Bezeichnung des Klägers in dem Streitgegenständlichen Beitrag war zum Zeitpunkt seiner erstmaligen Veröffentlichung im Mai 2008 rechtmäßig. In dem Beitrag wird wahrheitsgemäß und sachlich ausgewogen über die Einleitung und die Hintergründe des Ermittlungsverfahrens gegen den Kläger berichtet. Die besonderen Umstände der dem Kläger vorgeworfenen Straftat begründeten ein gewichtiges Informationsinteresse der Öffentlichkeit. Bei der Gewichtung des Informationsinteresses sind die Besonderheiten des Streitfalles, insbesondere die nunmehrige Funktion des Klägers, Anlass und Zweck der von ihm abgegebenen eidestattlichen Versicherung sowie der Umstand zu berücksichtigen, dass sich die Meldung kritisch mit der Frage auseinandersetzt, wie der Kläger mit seiner Stasi-Vergangenheit umgeht, und sie damit einen Beitrag zur Meinungsbildung in einer demokratischen Gesellschaft leistet.

Das Bereithalten der den Kläger identifizierenden Meldung zum Abruf ist auch weder durch die Einstellung des Strafverfahrens gemäß § 153a StPO noch infolge des Abmahnschreibens des Klägers vom 7. Februar 2011 rechtswidrig geworden. Durch die Einstellung des Strafverfahrens hat die Meldung ihre Aktualität nicht verloren. Die Persönlichkeitsbeeinträchtigung,

die durch die weitere Abrufbarkeit der Meldung über die Einleitung und die nachfolgende Einstellung des Strafverfahrens wegen des Verdachts der falschen Versicherung an Eides Statt verursacht wird, ist nicht schwerwiegend. Demgegenüber besteht ein gewichtiges Interesse der Öffentlichkeit an der Möglichkeit, sich durch eine aktive Suche nach der Meldung über die darin dargestellten Vorgänge und Zusammenhänge zu informieren.

## CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 29.1.2013

### Gespräch mit Bundespräsident ist Ansporn für unsere Arbeit Joachim Gauck sichert volle Unterstützung bei der weiteren Ausschussarbeit zu

Heute haben die Mitglieder des Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestags zur Terrorgruppe „Nationalsozialistischer Untergrund“ Bundespräsident Joachim Gauck zu einem Gespräch getroffen. Der Bundespräsident hatte dazu eingeladen, um sich bei den Ausschussmitgliedern über den Stand der Untersuchung zu informieren. Dazu erklärt der Obmann der CDU/CSU Fraktion im NSU-Untersuchungsausschuss, Clemens Binninger:

„Das Gespräch mit dem Bundespräsidenten war ein bedeutender Termin und eine besondere Ehre für die Mitglieder des Ausschusses. Bei einem intensiven Gedankenaustausch zu allen betroffenen Themen hatten wir die Möglichkeit, ihn über die bisherigen Erkenntnisse und die noch vor uns liegenden Aufgaben ausführlich zu informieren.“

Als Staatsoberhaupt kommt dem Bundespräsidenten bei der gesamtgesellschaftlichen Aufgabe der Bekämpfung des Rechtsextremismus und bei Fragen der Integration von Menschen mit Migrationshintergrund eine herausragende Stellung zu. Seine Stimme hat außerordentliches Gewicht und wird von den Menschen in unserem Land besonders gehört. Es war uns daher ein spezielles Anliegen, unsere bisherigen Erkenntnisse mit Bundespräsident Gauck zu teilen und die vor uns liegenden Aufgaben zu diskutieren. Seine Einladung zeigt uns seine besondere Wertschätzung unserer Arbeit.

Die Untersuchung der grausamen Morde der Terrorgruppe „Nationalsozialistischer Untergrund“ und die notwendigen Schlussfolgerungen – auch zur Struktur und Arbeit der deutschen Sicherheitsbehörden – sind von hoher gesamtgesellschaftlicher Bedeutung. Der Bundespräsident hat uns bei der

## Impressum

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

Verlag: Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Wolkenburgweg 1, 53227 Bonn; Postfach 301345, 53193 Bonn; Tel. 0228 / 476378, Fax 0228 / 470954. [www.prewest.de](http://www.prewest.de); [info@prewest.de](mailto: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](http://www.kluth-dtp.de); [kontakt@kluth-dtp.de](mailto: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](http://www.koch-druckerei.de); [kontakt@koch-druckerei.de](mailto: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. Auslandsabonnement: 174,80 € (inkl. Versand und ggf. MwSt). Bei Neueinrichtung eines Abonnements wird eine anteilige Jahresrechnung erstellt. Abbonnementskündigungen mit ordentlicher Frist: 10 Wochen zum Ende des Kalenderjahres.

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

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

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

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

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

weiteren Ausschussarbeit seine volle Unterstützung zugesichert. Wir empfinden dies als besondere Motivation, mit großem Engagement weiterzuarbeiten. Ihm gilt auch daher unser Dank.“

Hintergrund:

Zur Untersuchung der grausamen Morde der Terrorgruppe „Nationalsozialistischer Untergrund“ und für die notwendigen Schlussfolgerungen – auch zur Struktur und Arbeit der deutschen Sicherheitsbehörden – hatte der Bundestag im vergangenen Jahr einen Untersuchungsausschuss mit den Stimmen aller im Bundestag vertretenen Fraktionen eingesetzt. Der Untersuchungsausschuss wird am Ende der Wahlperiode einen Arbeitsbericht vorlegen.

### **BGH-Pressemitteilung Nr. 17/2013 vom 30.1.2013**

#### **Urteil gegen Fußball-Profi wegen schwerer Brandstiftung rechtskräftig**

Das Landgericht München I hat den Angeklagten, einen Fußball-Profi, wegen schwerer Brandstiftung zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt.

Dieser bewohnte nach den landgerichtlichen Feststellungen mit seiner Ehefrau und drei Kindern ein gemietetes Einfamilienhaus in München-Grünwald. In der Nacht auf den 20. September 2011 entzündete der Angeklagte kurz nach Mitternacht – möglicherweise unter Einsatz eines Brandbeschleunigers – Einrichtungsgegenstände in mehreren Räumen des Haupthauses und der Einliegerwohnung. Der Brand breitete sich aus und griff nahezu auf das gesamte Gebäude über. Der durch das Brandgeschehen verursachte Sachschaden am Gebäude, das wegen der nicht mehr sanierungsfähigen Schäden abgerissen werden musste, belief sich auf ca. 900.000 €.

Der Angeklagte war bei der Begehung der Tat erheblich alkoholisiert. Deshalb und infolge seiner durch langwierige Verletzungen und Unstimmigkeiten in der Familie bedingten schwierigen persönlichen Situation befand er sich nicht ausschließlich in einem Zustand der verminderten Steuerungsfähigkeit (§ 21 StGB).

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat die Revision des Angeklagten, mit der die Verletzung formellen und materiellen Rechts gerügt wurde, als unbegründet verworfen (Beschluss vom 23. Januar 2013 – 1 StR 596/12). Damit ist das Urteil rechtskräftig.

### **FDP-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 1.2.2013**

#### **Weg für Mietrechtsreform ist frei**

Zur Verabschiedung der Mietrechtsnovelle auch durch den Bundesrat erklärt der Berichterstatter der FDP-Bundestagsfraktion für das Mietrecht Stephan Thomae:

Der Weg für energetische Modernisierungen ist nun frei. Die Mietrechtsreform schafft für die Vermieter Anreize, ihre Häuser und Wohnungen energetisch zu modernisieren. Mieter dürfen bei energetischen Modernisierungen für drei Monate die Miete nicht mindern. Damit leistet das Mietrecht einen Beitrag für das Gelingen der Energiewende. Mit dem Gesetz stärken wir auch die Position von Vermietern gegenüber Mietbetrügnern. Vermieter können zum Beispiel eine Sicherungsanordnung beantragen. Diese soll sie davor schützen, trotz Obsiegens in einem Mietrechtsstreit auf den Kosten sitzen zu bleiben, weil der Beklagte in der Zwischenzeit Privatinsolvenz anmelden musste. Zudem kann sich der Vermieter mit der nun kodifizierten „Berliner Räumung“ für ein effektiveres und kostengünstigeres Räumungsverfahren entscheiden.

Die Kritik, nach der die Reform mieterfeindlich sei, trifft nicht zu. Die schwarz-gelbe Koalition stärkt den Kündi-

gungsschutz von Mietern bei Luxussanierungen. Die ursprünglich geplante Angleichung der Kündigungsfristen wurde zugunsten der Mieter nicht umgesetzt. Bei der Regelung des Energie-Contracting war die Kostenneutralität für die Mieter ein wesentlicher Faktor. Zudem schaffen wir die Möglichkeit, die Erhöhung von Bestandsmieten dort zu deckeln, wo die Versorgung der Bevölkerung mit Wohnraum zu angemessenen Bedingungen gefährdet ist. Die darüber hinaus gehenden Forderungen der Opposition sind jedoch kontraproduktiv. Würde man die Deckelung noch strikter regeln, würden Anreize genommen in dringend benötigten neuen Wohnraum zu investieren.

**Hinw. d. Red.:** Zum Mietrechtsänderungsgesetz 2013 vgl. in GuT-W 2012, 3. Zum Referentenentwurf Stand 25. 20. 2011 vgl. Heinz in GuT 2011, 222.

### **BGH-Pressemitteilung Nr. 14/2013 vom 24.1.2013**

#### **Bundesgerichtshof erkennt Schadensersatz für den Ausfall eines Internetanschlusses zu**

Der unter anderem für das Telekommunikationsrecht zuständige III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat dem Kunden eines Telekommunikationsunternehmens Schadensersatz für den mehrwöchigen Ausfall seines DSL-Anschlusses zuerkannt (Urteil vom 24. Januar 2013 – III ZR 98/12).

Infolge eines Fehlers des beklagten Telekommunikationsunternehmens bei einer Tarifumstellung konnte der Kläger seinen DSL-Internetanschluss in der Zeit vom 15. Dezember 2008 bis zum 16. Februar 2009 nicht nutzen. Über diesen Anschluss wickelte er auch seinen Telefon- und Telefaxverkehr ab (Voice und Fax over IP, VoIP). Neben Mehrkosten, die infolge des Wechsels zu einem anderen Anbieter und für die Nutzung eines Mobiltelefons anfielen, verlangt der Kläger Schadensersatz für den Fortfall der Möglichkeit, seinen DSL-Anschluss während des genannten Zeitraums für die Festnetztelefonie sowie für den Telefax- und Internetverkehr zu nutzen, in Höhe von 50 € täglich. In den Vorinstanzen [AG Montabaur; LG Koblenz] sind dem Kläger 457,50 € für das höhere, bei dem anderen Anbieter anfallende Entgelt sowie für die Kosten der Mobilfunknutzung zuerkannt worden. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision hat der Kläger seinen Schadensersatzanspruch für die entgangenen Nutzungsmöglichkeiten seines DSL-Anschlusses weiter verfolgt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss der Ersatz für den Ausfall der Nutzungsmöglichkeit eines Wirtschaftsguts grundsätzlich Fällen vorbehalten bleiben, in denen sich die Funktionsstörung typischerweise als solche auf die materiale Grundlage der Lebenshaltung signifikant auswirkt.

In Anwendung dieses Maßstabs hat der III. Zivilsenat einen Schadensersatzanspruch wegen des Ausfalls des Telefaxes verneint. Dieses vermittelt lediglich die Möglichkeit, Texte oder Abbildungen bequemer und schneller als auf dem herkömmlichen Postweg zu versenden. Der Fortfall des Telefaxes wirkt sich zumindest in dem hier in Rede stehenden privaten Bereich nicht signifikant aus, zumal diese Art der Telekommunikation zunehmend durch die Versendung von Text- und Bilddateien mit elektronischer Post verdrängt wird.

Im Ergebnis hat der Senat einen Schadensersatzanspruch auch für den Ausfall des Festnetztelefons abgelehnt. Allerdings stellt die Nutzungsmöglichkeit des Telefons ein Wirtschaftsgut dar, dessen ständige Verfügbarkeit für die Lebensgestaltung von zentraler Wichtigkeit ist. Die Ersatzpflicht des Schädigers für die entgangene Möglichkeit, Nutzungsvorteile aus einem Wirtschaftsgut zu ziehen, entfällt jedoch, wenn dem Geschädigten ein gleichwertiger Ersatz zur Verfügung steht und ihm der hierfür anfallende Mehraufwand ersetzt wird.

# GUT

G 58438

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

Dies war vorliegend der Fall, weil der Kläger im maßgeblichen Zeitraum ein Mobiltelefon nutzte und er die dafür angefallenen zusätzlichen Kosten ersetzt verlangen konnte.

Demgegenüber hat der Senat dem Kläger dem Grunde nach Schadensersatz für den Fortfall der Möglichkeit zuerkannt, seinen Internetzugang für weitere Zwecke als für den Telefon- und Telefaxverkehr zu nutzen. Die Nutzbarkeit des Internets ist ein Wirtschaftsgut, dessen ständige Verfügbarkeit seit längerer Zeit auch im privaten Bereich für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung typischerweise von zentraler Bedeutung ist. Das Internet stellt weltweit umfassende Informationen in Form von Text-, Bild-, Video- und Audiodateien zur Verfügung. Dabei werden thematisch nahezu alle Bereiche abgedeckt und verschiedenste qualitative Ansprüche befriedigt. So sind etwa Dateien mit leichter Unterhaltung ebenso abrufbar wie Informationen zu Alltagsfragen bis hin zu hochwissenschaftlichen Themen. Dabei ersetzt das Internet wegen der leichten Verfügbarkeit der Informationen immer mehr andere Medien, wie zum Beispiel Lexika, Zeitschriften oder Fernsehen. Darüber hinaus ermöglicht es den weltweiten Austausch zwischen seinen Nutzern, etwa über E-Mails, Foren, Blogs und soziale Netzwerke. Zudem wird es zunehmend zur Anbahnung und zum Abschluss von Verträgen, zur Abwicklung von Rechtsgeschäften und zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten genutzt. Der überwiegende Teil der Einwohner Deutschlands bedient sich täglich des Internets. Damit hat es sich zu einem die Lebensgestaltung eines Großteils der Bevölkerung entscheidend mitprägenden Medium entwickelt, dessen Ausfall sich signifikant im Alltag bemerkbar macht.

Zur Höhe des Schadensersatzes hat der Senat ausgeführt, dass der Kläger in Übertragung der insoweit von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze auf die vorliegende Fallgestaltung einen Betrag verlangen kann, der sich nach den marktüblichen, durchschnittlichen Kosten richtet, die in dem betreffenden Zeitraum für die Bereitstellung eines DSL-Anschlusses mit der vereinbarten Kapazität ohne Telefon- und Faxnutzung angefallen wären, bereinigt um die auf Gewinnerzielung gerichteten und sonstigen, eine erwerbswirtschaftliche Nutzung betreffenden Wertfaktoren.

Zur näheren Sachaufklärung hierzu hat der Senat die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

## **BGH-Pressemitteilung Nr. 149/2012 vom 13.9.2012**

### **Bundesgerichtshof entscheidet Streit um „Biomineralwasser“**

Der unter anderem für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hält die Verwendung der Bezeichnung „Biomineralwasser“ nicht für irreführend.

Der Beklagte bietet ein natürliches Mineralwasser an. Dieses Wasser bezeichnet und bewirbt er als „Biomineralwasser“. Die Klägerin, die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, hält dies für irreführend. Sie meint, der Verkehr ver-

binde mit „Biomineralwasser“ Qualitätsmerkmale, die für ein natürliches Mineralwasser bereits gesetzlich vorgeschrieben und daher selbstverständlich seien.

Das Landgericht Nürnberg-Fürth hat der von der Zentrale erhobenen Unterlassungsklage stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht Nürnberg die Klage hinsichtlich der beanstandeten Verwendung des Begriffs „Biomineralwasser“ abgewiesen.

Der Bundesgerichtshof hat das Urteil des Berufungsgerichts bestätigt (Urteil vom 13. September 2012 – I ZR 230/11 – Biomинeralwasser). Der Verkehr erwartet von einem als „Biomинeralwasser“ bezeichneten Mineralwasser, dass es nicht nur unbehandelt und frei von Zusatzstoffen ist, sondern im Hinblick auf Rückstände und Schadstoffe deutlich unterhalb der für natürliche Mineralwässer vorgesehenen Höchstwerte liegt. Mineralwässer, die die gesetzlichen Grenzwerte deutlich unterschreiten, unterscheiden sich von den Mineralwässern, bei denen der Gehalt an Rückständen und Schadstoffen nahe an diesen Werten liegt. Ob das vom Beklagten vertriebene Mineralwasser diese hohen Reinheitserwartungen erfüllt, stand nicht im Streit.

Der Verkehr erwartet auch nicht, dass die Verwendung von „Bio“ bei Mineralwässern gesetzlichen Vorgaben unterliegt oder staatlich überwacht wird. Der Umstand, dass der Gesetzgeber bei landwirtschaftlichen Erzeugnissen eine gesetzliche Regelung für die Verwendung von „Bio“ getroffen hat, führt nicht dazu, dass diese Bezeichnung beim Fehlen einer gesetzlichen Regelung nicht verwendet werden darf. Das in der Lebensmittel-Kennzeichnungsverordnung bestimmte Gebot, für das vom Beklagten vertriebene Wasser die Verkehrsbezeichnung „natürliches Mineralwasser“ anzugeben, steht der zusätzlichen Bezeichnung als „Biomинeralwasser“ ebenso nicht entgegen.

Ich biete von Privat zum Kauf an:

BIGBW 6/1952-1985, VB 300 EUR

Das Grundeigentum 1961–1997, VB 320 EUR

Abholung (Düsseldorf)

Tel.: 0151 14 12 92 00.



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