

Gewerbemiete Und Teileigentum

4-5/07

7. Jahrgang

Heft 35

April/Mai 2007

S. 113-188

Erscheinungsort Bonn

**Schwerpunktheft
BGH-Rechtsprechung**

Beiträge

K. Kern: Keine neuen steuerlichen Erklärungspflichten für den Vermieter!

W. E. Joachim: Aktuelle Trends und Entwicklungen bei Einkaufszentren (EKZ) bzw. Shopping-Centern (SC)

Städte- und Gemeindebund NRW: Stadtentwicklung und Einzelhandel

Wirtschaft und Verbände

M. H. Kraus: Mediation – ein Versuch lohnt sich

Gewerbemiete

Mietvorvertrag (BGH)

Fristlose Kündigung bei Zurückhalten oder Nichtzahlen der Kautions (BGH)

Untervermietung durch den Insolvenzverwalter (BGH)

Aufrechnung BK-Guthaben gegen Mietanspruch der Masse (BGH)

Vermieterpfandrecht in der Insolvenz des Mieters (BGH)

Jagdrecht (BGH)

Landrecht; Übertragung von Milchquote und Zahlungsansprüchen auf den Verpächter (BGH)

Teileigentum

Erbbaurecht; Restitution; Herausgabe gezogener Nutzungen (BGH)

Boarding-House-System (OLG Saarbrücken)

Teilrechtsfähigkeit der Teileigentümergeinschaft (BGH)

Wettbewerb

D. Dingeldey: Internet - Umschau Mai 2007

Schilderträger; kartellrechtliches Behinderungsverbot (BGH)

Besteuerung

K.-Chr. Callsen, Umschau März 2007

Verbindliche Auskunft des Finanzamts (BGH)

Magazin

Inhalt

Beiträge

K. Kern,
Keine neuen steuerlichen Erklärungs-pflichten für den Vermieter aus dem Mietrecht oder § 242 BGB! 115

W. E. Joachim,
Aktuelle Trends und Entwicklungen bei Einkaufszentren (EKZ) bzw. Shopping-Centern (SC)
Zugleich Buchbesprechung von: Verena Sturm, Erfolgsfaktoren der Revitalisierung von Shopping-Centern (SC), ein Turnaround-Management-Ansatz. 117

Städte- und Gemeindebund
Nordrhein-Westfalen,
Stadtentwicklung und Einzelhandel: Anforderungen an eine aktive Stadtentwicklungspolitik zur Stärkung der Zentren und zur Sicherung der Nahversorgung
Beschluss des StGB NRW-Präsidiums vom 23.3.2007 - Diskussionspapier 120

Wirtschaft und Verbände

M. H. Kraus,
Mediation – ein Versuch lohnt sich
Ansätze zur Beilegung von Streitfällen aus Gewerbemietverträgen 123

Gewerbemiete

Gebäudemiete; Mietvorvertrag; Formerfordernis; Schriftform; Mitwirkung am Hauptvertrag; Seniorenpflegeheim; vergebliche Planungsaufwendungen (BGH) 126

Geschäftsraum-miete; Zurückbehaltung der Mietsicherheit; fristlose Kündigung des Vermieters vor der Übergabe des Mietobjektes (BGH) 128

Gewerberaum-miete; fristlose Kündigung; Nichtzahlung der Kaution (BGH) 130

Untermiete; Mietzinspflicht bei beendetem Hauptmietvertrag; Rechtsmangel (BGH) 132

Untervermietung durch den Insolvenzverwalter; persönliche Haftung des Verwalters gegenüber dem aussonderungsberechtigten Vermieter (BGH) 133

Gewerberaum-miete; Insolvenz des Vermieters; Aufrechnung mit dem Guthaben aus der Nebenkostenabrechnung gegen den Mietzinsanspruch der Masse; Betriebskosten; Abrechnung; Miete (BGH) 135

Vermieterpfandrecht in der Insolvenz des Mieters (BGH) 136

Zwangsvollstreckung während der Insolvenz; Pfändung von Mieten und Pachten (BGH) 138

Jagd-pacht; Scheingeschäft bei der Anpachtung; Strohmännchen; Ausgleich von Wildschäden; Erklärungsmangel bei gütlicher Einigung (BGH) 139

Abtretung des Pachtzinsanspruchs; Abtretung des Entschädigungsanspruchs bei Vorenthaltung der Pachtsache (BGH) 140

Landpacht; Landwirtschaft; Milchquote; Übergang der Anlieferungs-Referenzmenge auf den Verpächter; Insolvenz des vormaligen Pächters; Anfechtung im Insolvenzverfahren; Gläubigerbenachteiligung (BGH) 141

Landpacht; Übertragung von Zahlungsansprüchen auf den Verpächter bei Pachtende; Vertragsanpassung bei Systemwechsel der Agrarförderung (BGH) 143

Landpacht; Übertragung von Zahlungsansprüchen auf den Verpächter bei Pachtende (BGH – nur Leits.) 146

Landwirtschaft; Bereitstellung von Beregnungswasser; Hilfsmaßnahme-Pflicht nach Wasserrohrbruch; Allgemeines Verwaltungsrecht; öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis (BGH) 146

Unterhaltungskosten für den Hausanschluss an die gemeindliche Wasserversorgung; Reparaturkosten (BGH – nur Leits.) 148

Sicherungsübereignete Bowlingbahn im Mietobjekt; Anspruch des Sicherungseigentümers gegen den Vermieter auf Herausgabe gezogener Nutzungen; Bowling-Center; Insolvenz; Vermieterpfandrecht; Neuvermietung (BGH) 148

Haftung des Zustandsstörers; Räumung und Herausgabe der Grundstücksfläche; Dereliktion; Verzicht auf das Eigentum an Aufbauten auf dem Areal (BGH) 150

Repräsentantenhaftung; Vertragsverwalter; Gefahrverwalter; Brandstiftung; Pelzgroßhandel mit Lager; Betriebsversicherung; Rauchwaren-Einheitsversicherung; Geschäftsversicherung (BGH) 152
Kurzfassungen/Leitsätze Gewerbemiete etc. 153

Teileigentum

Erbbaurecht; Restitution; Herausgabe der durch die Vermietung gezogenen Nutzungen; Mieteinnahmen (BGH) 157

Wohnungseigentum; Wohnungsnutzung als Hotelzimmer im Boarding-House-System (OLG Saarbrücken) 159

Teilrechtsfähigkeit der Teileigentümergeinschaft; Unterlassungsanspruch aus dem Miteigentum; Prozessführungsbefugnis; Mitbenutzung der Sprinkleranlage durch den Nachbarn als Störung (BGH) 161

Wohnungseigentümer; Pflicht zur Beseitigung einer Störung; Teilrechtsfähigkeit der WE-Gemeinschaft (BGH) 162
Kurzfassungen/Leitsätze Teileigentum etc. 163

Wettbewerb

D. Dingeldey, Internet - Umschau Mai 2007 165

Wettbewerb; Gewerberaum-miete; Schilderträger; Kommunale Vermietung; Kfz-Zulassungsstelle; Bevorzugung einer Behindertenwerkstatt; Ausschreibung; Diskriminierungsverbot; kartellrechtliches Behinderungsverbot (BGH) 167

Wettbewerb; Telefonwerbung für „Individualverträge“; mutmaßliche Einwilligung des Unternehmens; unzumutbare Belästigung; Verbot-Klageantrag; Abmahnkosten (BGH) 169

Kurzfassungen/Leitsätze Wettbewerb etc. 172

Besteuerung

K.-Chr. Callsen, Umschau Mai 2007 172

Steuerberatung; verbindliche Auskunft des Finanzamts; Gebot des sichersten Wegs; Einkommensteuer; Verkauf der Anteile an einer Kommanditgesellschaft (BGH) 173

Steuerberater; Beratungsleistung; Wertpapiergeschäfte; Spekulationsgewinn; Verrechnung mit Verlusten; Haftung für Kursverluste; Schutzzweck der Beratungspflicht (BGH – nur Leits.) 176

Steuerberater; Beratungsleistung; Unterrichtung über Rechtsänderungen aus Presseerzeugnissen; privates Spekulationsgeschäft; Beginn der Verjährungsfrist (BGH) 176

Steuerberatung; Anspruchsverjährung nach der Schuldrechtsreform; Hemmung des Laufs der Verjährungsfrist; Sekundärhaftung (BGH) 176

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt bei Zahlungsunfähigkeit; Sozialversicherung; Insolvenz des Bauunternehmens (BGH) 178

Kurzfassungen / Leitsätze Steuerrecht etc. 179

Magazin

Politik und Recht 180

Impressum 186

Rechtsanwalt Kai Kern, Essen

Keine neuen steuerlichen Erklärungspflichten für den Vermieter aus dem Mietrecht oder § 242 BGB!

Im Rahmen des Deutschen Mietgerichtstages am 9. und 10. 3. 2007 hat Herr Rechtsanwalt Klaus Schach (VRiLG a. D.) im Rahmen seines Vortrages „Korrekturen von Betriebskostenabrechnungen“ (<http://www.mietgerichtstag.de/downloads/schach.pdf>, dort Ziffer II.1.2.) die These aufgestellt, der Vermieter habe eine sich aus §§ 242, 556 Absatz 1 BGB ergebende Pflicht, von sich aus dem jeweiligen Finanzamt von Tatbeständen Mitteilung zu machen, die zu einer Fortschreibung der Besteuerungsgrundlagen des Anwesens führen können. Erfülle er diese Pflicht nicht, habe er eine Fristversäumnis bei der Nebenkostenabrechnung nach § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB zu vertreten, wodurch (weitere) Nachforderungen ausgeschlossen seien. Hintergrund ist, dass der jeweilige Grundstückseigentümer auf Grundlage des Steuerrechts (gerade) nicht verpflichtet ist, den Finanzbehörden derartige Tatbestände anzuzeigen. Er ist gemäß § 29 BewG nur gehalten, auf Anforderung der Finanzbehörden die entsprechenden Angaben zu machen. Die Finanzbehörden ermitteln vielmehr von Amts wegen etwaige bauliche Änderungen der Besteuerungsgrundlagen. Dies führt in aller Regel dazu, dass sich die vorzunehmende Nachveranlagung der Grundsteuer für die betreffenden Zeiträume noch um Jahre verzögert und sich die meist eintretende Erhöhung der Grundsteuer dadurch auch für mehrere Jahre aufsummiert. Herr Kollege Schach meint, der Mieter habe ein beachtenswertes Interesse, dass über seine geleisteten Vorauszahlungen für Betriebskosten zeitnah abgerechnet werde. Dies ergäbe sich aus der Anordnung einer jährlich zu erfolgenden Abrechnung in § 556 Absatz 3 Satz 1 und der Abrechnungsfrist in § 556 Absatz 3 Satz 2 BGB. Der Mieter wolle und müsse frühzeitig wissen, welche Zahlungen von ihm noch zu erbringen sein werden und dürfe nicht erst Jahre später mit Ansprüchen überrascht werden.

Dieser Rechtsgedanke ist unvertretbar und es ist dringend davor zu warnen, ihn unkritisch und unreflektiert aufzugreifen. Er wurde im Rahmen der an das Referat anschließenden Diskussion auf dem Deutschen Mietgerichtstag zu Recht, allerdings mit höchster Zurückhaltung als „kühn“ bezeichnet. Der naheliegendste Einwand ist ebenfalls sogleich aus dem Auditorium erhoben worden. Vor dem Hintergrund, dass es keine steuerrechtliche Verpflichtung des Eigentümers zur Mitteilung der Fortschreibung auslösenden Tatsachen gibt, fällt natürlich auch keinerlei Zins auf die erst Jahre später erfolgende Nachforderung an Grundsteuer an. Jede demgegenüber vorzeitige Auslösung der Nachveranlagung würde dazu führen, das zunächst der Eigentümer als Vermieter und im Rahmen der Umlage dann auch der jeweilige Mieter anteilig die erhöhte Grundsteuer früher zahlen muss und den aus einer späteren Zahlung resultierenden Zinsvorteil nicht wahrnehmen kann. Die sich daraus ergebende Vermögensminderung sowohl auf Seiten des Vermieters als auch auf Seiten des Mieters steht zunächst in jedem Falle den gegenseitigen mietvertraglichen Treupflichten entgegen. Mit der ausdrücklichen Nennung des Wirtschaftlich-

keitsgebotes hat der Gesetzgeber in § 556 Absatz 3 Satz 1 BGB eindeutig illustriert, dass er weder den Mieter noch den Vermieter mit unnötigen Kosten belastet wissen will.

Vor diesem Hintergrund ist auch die Argumentation, die Mieter hätten ein Interesse an einer vorzeitigen Zahlung der erhöhten Grundsteuer, schlicht nicht haltbar. Die frühere Zahlung der Grundsteuer trotz einer zinsneutralen Möglichkeit der späteren Zahlung ist wirtschaftlich sinnwidrig. Auch der gewöhnliche Wohnraummieter wird nicht so übermoralisch sein, dass er sich einen Vermögensnachteil zufügen lassen will, indem er eine erst in Zukunft entstehende Zahlungsverpflichtung vorzeitig erfüllt. Es soll an dieser Stelle gar nicht bestritten werden, dass ein erheblicher Anteil der Mieter durchaus ein Interesse daran hat, künftig auf sie zukommende Forderungen in Form einer Grundsteuernachbelastung frühzeitig zu kennen. Je nach Vermögenslage wird der Mieter künftig zu leistende Zahlungen einplanen müssen oder wollen. Diese Frage der Planungssicherheit rechtfertigt allerdings nicht, auch das Entstehen der Zahlungsverpflichtung vorzuziehen. Wie erwähnt wäre damit ein finanzieller Nachteil verbunden. Insofern kann der Mieter an der Begründung einer Benachrichtigungspflicht des Eigentümers gegenüber dem Finanzamt über die Änderung der steuermaßgeblichen Umstände nur dann ein Interesse haben, wenn es gilt, der Umlage der Grundsteuernachbelastung dadurch zu entgehen, dass dem Vermieter ein Vertreten-Müssen der Verzögerung im Sinne § 556 Absatz 3 Satz 2 zweiter Halbsatz BGB vorgehalten wird, welches bekanntlich die Nachforderung nach Ablauf der Frist des § 556 Absatz 3 Satz 2 BGB ausschließt. Ein solches Interesse an der Nichtzahlung jeglicher Nachforderungen kann jedoch kein Kriterium für die Beurteilung der erst nachträglichen Steuerfestsetzung als vom Vermieter zu vertreten sein. Die Missbrauchsgefahr der hier kritisierten Auffassung ist denkbar hoch.

Diesbezüglich sei nur am Rande angemerkt, dass ohnehin nach wie vor fraglich ist, ob die hier kritisierte These von Relevanz für die aus dem Auditorium als Beispiel für die Zinsproblematik genannten gewerblichen Mietverhältnisse ist. Bekanntermaßen ist die schon ältere Streitfrage, ob die Fristen des § 556 Absatz 3 Sätze 3 und 5 BGB analog auf gewerbliche Mietverhältnisse anzuwenden sind, noch nicht entschieden. An neuer Rechtsprechung steht hier die Entscheidung des Amtsgerichts Wiesbaden (NZM 2006, 141), das die Existenz einer planwidrigen Regelungslücke annimmt, dem Urteil des OLG Köln (IMR 2007, 45 = GuT 2006, 314) gegenüber, das keine planwidrige Regelungslücke sieht. Ironischerweise werden dabei beide Auffassungen damit begründet, dass sich in der Begründung zum Regierungsentwurf und den Stellungnahmen dazu kein Hinweis auf die Befassung des Gesetzgebers mit dieser Thematik befindet.

Es kann allerdings nicht darauf ankommen, ob sich die hier kritisierte These im Befolgensfalle auch auf die wirtschaftlich gewichtigeren Gewerberaummietverhältnisse auswirkt oder

nicht. Die „Peanuts-Einrede“ greift hier wiederum nicht. Auch in Wohnraummietverhältnissen ist der Vermieter gehindert, auf Mieterseite Zinsschäden zu verursachen.

Die These einer mietrechtlichen Verpflichtung zur Anzeige von steuerrelevanten Änderungssachverhalten ist jedoch auch aus einer wesentlich grundlegenden Überlegung heraus unvertretbar. Herr Kollege Schach möchte im Wege der Rechtsanalogie dem Vermieter die Verpflichtung aufgeben, Angaben zu steuerrelevanten Vorgängen zu machen, das heißt eine zusätzliche Steuererklärung abzugeben. Jedwede Verpflichtung zur Abgabe von Steuererklärungen ist jedoch in den Steuergesetzen zu regeln (§ 149 AO). Das Steuerrecht gehört zum öffentlichen Recht, denn es regelt Eingriffe des Staates in Grundrechte des Einzelnen. Es gilt der Gesetzesvorbehalt des Artikel 19 Absatz 1 Grundgesetz. Nicht ohne Grund existiert diesbezüglich die ausdrückliche Regelung in § 413 AO, wonach durch die Abgabenordnung bestimmte Grundrechte eingeschränkt werden. Dementsprechend wurde auch bereits entschieden, dass im Steuerrecht ähnlich wie im Strafrecht ein striktes Analogieverbot herrscht (BVerfG NJW 1996, 3146). Die Begründung einer Verpflichtung zur Abgabe einer Steuererklärung durch analoge Anwendung eines noch dazu außerhalb des Steuerrechts liegenden Rechtssatzes ist damit ausgeschlossen.

Dieser steuerrechtliche Zusammenhang lässt sich auch nicht dadurch beseitigen oder abmildern, dass man die von Herrn Kollegen Schach befürwortete mietrechtliche Nebenpflicht nicht als Verpflichtung im zivilrechtlichen Sinne, sondern als bloße, vom Berechtigten (der Finanzbehörde) nicht klageweise durchsetzbare und damit auf das mietrechtliche Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter begrenzte Obliegenheit sieht. Abgesehen davon, dass eine solche Differenzierung nach der Argumentation von Schach für die Beteiligten keinen Unterschied macht, ist die Verpflichtung zur Abgabe von Steuererklärungen in den Steuergesetzen auch dem Charakter nach mit einer Obliegenheit vergleichbar. Erfüllt der Steuerpflichtige seine diesbezügliche „Verpflichtung“ nicht, kann ihn die Finanzbehörde nicht auf dem Klageweg in Anspruch nehmen, sondern wird die Besteuerungsgrundlagen soweit notwendig gem. § 162 AO schätzen.

Ergänzend ist zu berücksichtigen, dass auch die Steuerverwaltung der Gesetzesbindung unterliegt. Würde der Vermieter mit dem Ansinnen der Bewirkung einer vorgezogenen Nachveranlagung die steuerrelevanten Tatsachen bekannt geben, wäre die Finanzbehörde aufgrund – des auch von Schach festgestellten – steuerlichen Verfahrensrechts trotzdem gehalten, diese Tatsachen amtswegig zu ermitteln bzw. zumindest zu überprüfen. Sie dürfte dem Ansinnen des Vermieters nicht entsprechen. Eine beschleunigte Nachveranlagung kann daher auch mit einer neu erdachten mietrechtlichen Steuererklärungspflicht nicht erreicht werden. Deshalb kann die verzögerte Nachveranlagung nie vom Vermieter zu vertreten sein, unabhängig davon, ob er dem Finanzamt die maßgeblichen Tatsachen vorzeitig mitteilt oder nicht.

Vor dem Hintergrund der vorstehend aufgezeigten Konkurrenz zwischen Zivil- bzw. Mietrecht und Steuerrecht kommt es auf Fragen der weiteren Abwägung der widerstreitenden Interessen nicht mehr an. Beispielhaft sei daher nur erwähnt, dass einem Vermieter schon die steuerrechtliche Prüfung der Frage, ob er bestimmte Baumaßnahmen oder Nutzungsänderungen den Finanzbehörden anzuzeigen hätte, nicht zugemutet werden kann. Dadurch entsteht ihm ein in keinem Mietverhältnis umlegbarer, weil nicht notwendiger Verwaltungsaufwand. Außerdem ließen sich für die denkbaren Fälle, dass eine Nachveranlagung statt zu einer Steuermehrbelastung zu einer Steuerrückerstattung führen würde, auch Schadenersatzansprüche des Mieters gegen den Vermieter herleiten, wenn der Vermieter – unterstellt pflichtwidrig – nicht dafür sorgt, dass diese Erstattungsansprüche schneller als im gesetzlich vorgesehenen Verfahren festgesetzt werden. Schließlich befände sich der Vermieter auch in stetigem Konflikt, ob er seine unterstellte Pflicht zur vorzeitigen Bewirkung einer Nachveranlagung durch Zu-

warten verletzt oder durch Erfüllung dieser Verpflichtung zugleich die Chance des Eintritts einer möglichen Festsetzungsverjährung vereitelt.

Dem Versuch der Herleitung einer Verpflichtung des Vermieters, grundsteuerrelevante Sachverhalte von sich aus den Finanzbehörden mitzuteilen, ist eine deutliche Absage zu erteilen. Es wird nicht verkannt, dass es für Mieter durchaus verlockend scheinen kann, sich zumindest bei den Instanzgerichten dieser Argumentation zu bedienen, um Nachforderungen aus Grundsteuernachveranlagungen abzuwehren. Allerdings verstößt sie nicht nur gegen das Mietrecht und das Steuerrecht, sondern wie gezeigt auch gegen die Verfassung.

Von diesen Überlegungen unberührt bleibt schließlich die Frage, ob der Vermieter den Mieter im laufenden Mietverhältnis auf die künftig umzulegenden steuerlichen Mehrbelastungen hinweisen muss. Dies ist vermutlich zu verneinen, nachdem der Vermieter nicht einmal zu Beginn eines Mietverhältnisses die Betriebskostenvorauszahlungen in der richtigen Höhe festsetzen muss (BGH NJW 2004, 1102 = WuM 2004, 201; BGH GuT 2004, 160 bei Gewerberaummieta). Allerdings dürfte diese Frage kaum praxisrelevant werden. Es ist das ureigenste Interesse des Vermieters, die Vorauszahlungen anzuheben, wenn er erhöhte Grundsteuerbelastungen erwartet, nachdem er unterjährige Steuermehrbelastungen bis zur Erstellung der Betriebskostenabrechnung erst einmal vorzufinanzieren hat.

Deutscher Mietgerichtstag e.V. Herbstveranstaltung 2007

Die Herbstveranstaltung 2007 des DMT findet am 7. September 2007 von 14:30 Uhr bis 18:00 Uhr in Hannover im Marriot Courtyard Hotel am Maschsee statt.

1. Mietrechtsberatung und Mierrisiko

– Zurechnung falscher Rechtsberatung und ihre Folgen bis zum Wohnungsverlust –

Referent: Richter am LG a.D. Hubert Blank, Mannheim

2. Anwaltliche Gebühren bei Geltendmachung und Abwehr mietrechtlicher Ansprüche

– Entstehung, Anrechnung und Erstattungsfähigkeit –

Referent: Rechtsanwalt Norbert Schneider, Neunkirchen-Seelscheid

Die Teilnahme an der Veranstaltung ist für Mitglieder kostenlos. Für Nichtmitglieder kostet die Teilnahme 50,- €.

Anmeldungen an die Geschäftsstelle
des Deutschen Mietgerichtstages e.V.
Postfach 021041, 10121 Berlin, Fax: 030 2232346
oder per mail: anmeldung@mietgerichtstag.de

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

Aktuelle Trends und Entwicklungen bei Einkaufszentren (EKZ) bzw. Shopping-Centern (SC)

Zugleich Buchbesprechung von: Verena Sturm, Erfolgsfaktoren der Revitalisierung von Shopping-Centern (SC), ein Turnaround-Management-Ansatz.**

1. Was versteht die „Immobilien- bzw. SC-Szene“ unter einem SC?

Der Immobilienpraktiker wartet mit folgender allgemein anerkannten Arbeits- bzw. Begriffsdefinition auf:¹

„Ein SC ist eine bewusst als Einheit geplante und architektonisch einheitlich errichtete „künstliche“ räumliche Agglomeration von Einzelhandels-, Gastronomie- und sonstigen Dienstleistungsbetrieben, die unter immobilienökonomischen und marketingtechnischen Gesichtspunkten von einem Eigentümer oder dessen Beauftragten in Form des Center Managements zentral verwaltet bzw. gemanagt und betrieben wird. Der Branchenmix wird nach vorher bestimmten Kriterien festgelegt. Das Center verfügt über ein eigenes Parkplatzangebot und ist mit seinem Standort, seiner Größe und seinem Branchenmix auf die Charakteristika seines Einzugsgebiets ausgerichtet.“ Das so allgemein verstandene SC ist ein „lebender Organismus“, der ständigem Wandel unterliegt. Verschiedene Entwicklungen und Trends lassen sich anführen. Ein „Dauerbrenner“ ist die dauerhaft anstehende Veränderung an Kundengewohnheiten, -wünsche, Modetrends, Konsum- und Kaufverhalten in der Bevölkerung. Daraus resultiert steter Anpassungsbedarf. Ein EKZ „veraltet“ relativ schnell. Ein Revitalisierungsbedarf stellt sich und führt regelmäßig zu einem Revitalisierungsprozess. Die von Verena Sturm an der European Business School in Oestrich-Winkel vorgelegte Dissertation behandelt dieses hoch aktuelle Thema und erfasst die Erfolgsfaktoren der Revitalisierung von SC.

2. Der mit derartigen Spezialimmobilien flächendeckend bebaute SC-Markt wird – auch – in Deutschland zunehmend enger. In Mittel- und Kleinstädten schießen die SC „wie Pilze“ aus dem Boden. Trotz Überkapazitäten und Umsatzrückgängen in der Branche drängen auch in den nächsten Jahren weitere Projekte auf den Markt.² Die – vor allem in Großstädten – bestehenden Einkaufszentren (EKZ), vornehmlich älterer Generationen, leiden am hohen Wettbewerbsdruck durch neue, „trendige“ SC und – mehr oder weniger – an Überalterungserscheinungen. Gerade angesichts liberaler Ladenöffnungszeiten genügen viele SC aus Kundenanforderung nicht den aktuellen Anforderungen an ein intensives SC-„Event“ bzw. „Erlebnis“. Sinkende Kundenfrequenzen und Umsätze ziehen fallende Mieten und Renditen für die Eigentümer sowie Leerstände und dringenden Handlungsbedarf für SC-Entwickler, -Betreiber, Center-Manager und -Nutzer nach sich. SC-Projektentwicklungen polarisieren regelmäßig die Beteiligten und initiieren regelmäßig leidenschaftliche Debatten über „innerstädtische Konsumtempel“.³ Obwohl politisch oft umstritten, breiten sich die innerstädtischen SC kontinuierlich weiter aus.⁴

3. Grundsätzlich gilt: Ein EKZ darf nicht der konfliktträchtige Konkurrent des Einzelhandels der Innenstadt sein oder werden. Die vorhandenen Center unterliegen daher ständigem Anpassungsdruck, nicht zuletzt deshalb, um ein „Magnet“ für die Innenstadt zu sein. „Modernisierungen“ bei SC gibt es seit längerem. Jedoch finden ein umfassender SC-Revitalisierungsprozess und deren ganzheitliche Anforderungen als umfassende Projektentwicklung (PE) und Projektmanagement (PM) in Deutschland erst seit wenigen Jahren Beachtung. Wie die gesamte SC-Bewegung den USA entstammt, weist die EKZ-Revitalisierung ebenfalls anglo-amerikanische Wurzeln auf; dort ist von „SC-Refurbishment“ die Rede. Bekanntlich werden die „reparaturbedürftigen“ SC in den USA „Greyfield Center“ ge-

nannt; sie sind krank, degeneriert, überaltert, also revitalisierungsbedürftig.⁵

4. Zu dem vorstehend angerissenen Thema bietet die Auseinandersetzung von V. Sturm eine „fundierte Fundgrube“. Sie überzeugt vor allem durch ihre breite und tragfähige empirische Grundlage. Für Beteiligte und Interessierte der SC-Branche, namentlich für Projektentwickler, Finanziers, Fonds, SC-Eigentümer, -Investoren, Architekten, Planer, SC-Manager und -Mieter liefert sie wertvolle Informationen und Anregungen.

Die mit viel Akribie und Detailreichtum versehene Abhandlung orientiert sich am Lebenszyklus der Immobilie⁶ und handelt das Thema in 7 Kapiteln ab. An eine mit Problemstellung und Zielsetzung ausgerichtete Einleitung schließen sich im 2. Kapitel, S. 19–72, begriffliche und theoretische Grundlagen zum EKZ und im 3. Kapitel, S. 73–103, eine historische Betrachtung der SC-Entwicklung in Deutschland an. Der Kern der Arbeit liegt im 4. und 5. Kapitel, d. h. auf S. 104–325. Ersteres legt die Konzeption des SC-Revitalisierungsprozesses dar, wobei grundsätzliche Überlegungen zur Verknüpfung der entwickelten Turnaround-Theorie mit empirischen Befunden und Ergebnissen angestellt werden. Letzteres listet kritische Erfolgsfaktoren und Risiken im Revitalisierungsprozess auf. Die Zusammenführung der Ergebnisse, S. 326–331 und Schlussbemerkungen, S. 332–342 sowie ein Anhang, S. 343–359 mit Interviewverzeichnis, verwendeten Fragebögen, detailreiche Abbildungen und Tabellen runden die Arbeit ab. Die letztgenannten Materialien unterstreichen die Ausrichtung auf in der SC-Alltagsarbeit nützliche Unterlagen.

5. Die aktuelle und inhaltsreiche Arbeit von V. Sturm ist wie folgt zu charakterisieren:

a) Positiv hervorzuheben sind u. a. die Darlegungen der historischen und Markt bezogenen Herleitung der Notwendigkeit der SC-Revitalisierung sowie die interdisziplinär angelegte und innovativ umgesetzte Entfaltung des Revitalisierungsprozesses anhand des Turnaround-Managements unter Berücksichtigung der wesentlichen strategischen Erfolgsfaktoren. Sie werden zunächst theoretisch ausgebreitet und anschließend empirisch untermauert und bewertet. SC-objekt-typenspezifische Erfolgsfaktoren werden aus immobilienökonomischer Betrachtungsweise dargelegt. Vorteilhaft werden tragfähige Kennziffern bzw. -größen des Immobilien- bzw. PE-Revitalisierungsprozesses ermittelt. Die Immobilien-, namentlich die PE-, PM- und SC-Praxis finden aufschlussreiche und weiterführende Anregungen. Gut gelungen sind die eigenen Übersichten bzw. Grafiken, so die schematische Darstellung des Aufbaus der Dis-

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

**) Diss., Schriften zur Immobilienökonomie, Verlag Rudolf Müller, Köln 2006
1) International Council of Shopping Centers, SC-Definitions, 1999, S. 1; Joachim, NZM 2000, 798 mwN.

2) „Mehr als 60 neue Shopping-Center“, Westfalen-Blatt vom 19. 7. 2006.
3) „Viel Wind um Shoppingcenter“, Handelsblatt (HB) vom 27./28./29. 10. 2006, S. 3.

4) „Der Erfolg ist schwer erkämpft“, HB vom 9./10./11. 2. 2007, S. 3.
5) Price Waterhouse Coopers, PWC Global Real Estate Research Group, 2001, S. 3.

6) Vgl. Joachim, NZM 2005, 579.

sertation, S. 18, die mehrdimensionale Aufgliederung der Revitalisierung, S. 59, die erfassten Perspektiven der Überalterung von Immobilien, S. 142, und Aussagen zum optimalen Revitalisierungszeitpunkt nach Erfahrungswerten, S. 240, mithin das stets wichtige „Timing“. Auch die „Rangfolge der Erfolgsfaktoren der Revitalisierung“ überzeugt, so auf S. 288 f. Die Forschungsfragen und -antworten auf S. 337 stellen eine gute Gesamtübersicht dar.

b) Negativ sind die zahlreichen „Regiehinweise“ und „Erläuterungen zur Vorgehensweise“ sowie die – mitunter den Lesefluss störenden – Einleitungen, (Zwischen)Zusammenführungen und Zusammenfassungen zu nennen. Sie erstrecken sich auf rund 24 Seiten, vgl. – z. B. – S. 15–17, 71 f, 102 f, 104 f, 206 f, 208 f, 306, 325, 326–331, 333–336. Hier wäre „weniger“ in der Tat „mehr“ gewesen, nicht zuletzt angesichts der erwähnten grafischen bzw. tabellarischen Darstellungen. Ganz abgesehen von einer den geneigten Leser führenden Leichtigkeit und Souveränität bei der Stoffdurchdringung und Textbewältigung; an verschiedenen Passagen wären Straffungen und Kürzungen wohlthuend. Negativ fallen die wiederholt unzureichende Literaturverarbeitung sowie fehlende Zitierweise auf, z. B. bei der Erfolgsfaktorenforschung im Einzelhandel und in der Immobilienökonomie, S. 66, bei der historischen Betrachtung der deutschen SC-Entwicklung, S. 74, vermeintlich höhere Brandschutzaufgaben in Deutschland im Vergleich zu den USA, S. 214.

c) Die empirische Grundlage ist durchaus belastbar und gibt dem SC-Praktiker manche Anregung, auch Anlass, eigene Positionen zu überdenken. Namentlich die „binationalen Experteninterviews“ stellen eine belastbare Basis dar. Ein einheitlicher Fragebogen ist 468 Firmenvertretern zugestellt worden, S. 108. Die Kundensicht ist – bewusst – ausgeblendet; manchen Leser interessiert vor allem deren Ansichten. Hier dominiert die SC-Praktiker- bzw. Anbieterperspektive. Diese eingegrenzte Vorgehensweise legt u. a. die Annahme nahe – wie so oft in wissenschaftlichen Arbeiten –, dass die erstellten Theorien durch „passende Experten-Äußerungen“ nachträglich „erhärtert“ bzw. verifiziert werden. Der eigens aufgestellte „akademische Pappkamerad“ wird mit „großem Getöse erlegt“.

d) Aus juristischer Sicht ist manches zu bemängeln, kann hingegen von einer „Nicht-Juristin“ nicht vollständig und detailreich erwartet werden. Unzureichend sind die Rechtsausführungen, z. B. zum Baurecht bei Umnutzungen, S. 218, sowie zur Mietvertragsgestaltung im Revitalisierungsprozess, der zweifellos „schwierigsten Aufgabe für den Eigentümer bzw. Projektentwickler ...“ (S. 259). Es fehlt jegliche kautelarjuristische Fundierung. Vage Vermutungen weisen zwar in die richtige Richtung, stützen die aufgestellten (Hypo)Thesen hier nicht. Die Optionen der a) Neuverhandlung, b) Auflösung und c) Weiterführung des SC-Mietvertrags, S. 260 ff werden im „freien betriebswirtschaftlichen Raum“, ohne jede juristische Absicherung, geschweige denn Fundstellen auf juristische Rechtsprechung und Fachliteratur getätigt.⁷

e) Zuweilen finden sich „Allgemeinplätze“. Manche Passagen sind unklar, so auf S. 257: „Aber es gibt auch Fälle, in denen die Mieter dogmatisch auftreten und z. B. behaupten, sie müssten bei temporären Schließungen oder Umzügen Mitarbeiter in den Zwangsurlaub schicken, was einen Ertragsausfall in bestimmter Höhe hervorruft.“ Von akademischer Aufbereitung und Durchdringung kann keine Rede sein.

Gewisse Ausdrucksschwächen lassen sich nicht immer mit „moderner Terminologie“, eher „Denglisch Slang“ bezeichnen, so etwa auf S. 263: „Im vor einigen Jahren bestehenden Vermietermarkt wurden sogar Mieter aus Verträgen heraus gekauft (?), die noch gut performten (!)“.

6. Die SC-Praxis erhält zahlreiche „auftrüttelnde“ Anregungen durch die Studie. Sie fügt sich harmonisch ein als weiterer „Baustein in das Haus der Immobilienökonomie“ des Doktorvaters Schulte⁸ sowie den Immobilienlebenszyklus als einen der Forschungsschwerpunkte der Immobilienökonomie.⁹ Ver-

dienstvoll ist insbesondere die Systematik der Risiken im Revitalisierungsprozess, S. 292 ff. Risikoanalysen finden zunehmend Beachtung, auch in der Judikatur und Jurisprudenz, so die „formulärmäßige Risikoverteilung bei der Gewerbeflächenvermietung im EKZ“.¹⁰ Anhand einer empirischen Untersuchung, die auf Umfragen und eine Fallstudienforschung gestützt ist, werden Merkmale von SC-Revitalisierungsobjekten erfasst, die brauchbare Basis für zukünftige SC-Projekte bilden, S. 306 ff und 332 ff.

7. Ein tief greifender Trend in der EKZ-Praxis zeichnet sich dahingehend ab, dass SC gezielt im Stadt-Zentrum angesiedelt werden. Überspitzt formuliert: Fast hat es den Anschein, als sei eine Stadt ohne Center wie ein Dorf ohne Kirche.¹¹ Die überdachten City-Center bzw. -Arkanden bzw. -Galerien mit ihrem wohl durchdachten Branchenmix aus Handel und Gastronomie sowie Eventeinrichtungen breiten sich auch aus auf Mittel- und Kleinstädte. Vor diesem Entwicklungsszenario sind die Revitalisierungen bestehender EKZ hervorzuheben. Begehrte Grundstücksflächen sind rar und nicht beliebig vermehrbar. Stadtentwicklungen können im Rahmen eines Gesamtentwicklungskonzepts, neudeutsch oft „Masterplan“ genannt, gesteuert werden. Mit Recht heben aktuelle Meinungen eine „nachhaltige Stadtplanung“ einhergehend mit richtungsweisenden SC-Entwicklungen und -Revitalisierungen in der Innenstadt hervor, gleichsam nach dem Motto: „In der Stadt findet es statt!“ Als Frequenzimmobilie zieht das moderne SC Menschen in Massen an, bewegt zum Verweilen und zum Konsum, gleichsam nach dem Motto: „Alles unter einem Dach“.¹²

8. Zutreffend verweisen aktuelle Literaturströmungen auf weiterführenden Forschungsbedarf¹³, wozu auch **Innenstadttinitiativen wie „Business Improvement Districts = BID“** zählen, S. 339–342. Die „BID“ sollen öffentlich-rechtlich verstärkt beachtet und gefördert werden, z. B. durch eine privilegierte Baurechtsschaffung. Zudem berücksichtigen die ebenfalls aus den USA stammenden BID-Konzepte die private Eigeninitiative der betroffenen bzw. beteiligten Anlieger in dem betreffenden Gemeindegebiet. Durch eigene Ideen und Eigenfinanzierung sollen sie selbst zur Attraktivität ihres (Stadt)Viertels beitragen. Dies umfasst vornehmlich den Einzelhandel. Gestaltungen von Innenstadtteilen, Verkehrs- und Sicherheitskonzepte sind ebenfalls eingebunden.

9. Ein weiterer Trend ist dahin zu skizzieren, dass SC an „besonderen Locations“, „Verkehrsknotenpunkten“ angesiedelt werden. EKZ in Bahnhöfen und vor allem Flughäfen „boomen“. Betreibern und Investoren winken lukrative Renditen, aber auch Risiken.¹⁴ Vermehrt fürchten Kommunen die SC-Konkurrenz an Flughäfen; beispielhaft sei der Rhein-Main-Flughafen Frankfurt erwähnt. Bekanntlich unterliegen Bau oder Erweiterung von Flughäfen nicht dem Bauplanungsrecht der Kommunen, sondern dem „überörtlichen“ Planfeststellungsrecht, welches auch für Bahnhöfe gilt. Grundsätzlich vermag ein Flughafen- bzw. Bahnhofsbetreiber Einzelhandelsflächen rechtlich einfacher zu realisieren als Kommunen mit ihren Anrainern.

7) Siehe nur BGH, NJW 2006, 3057 mit Anm. Joachim = GuT 2006, 224 mit Anm. Joachim in GuT 2007, 3.

8) Schulte/Schäfers, Immobilienökonomie als wissenschaftliche Disziplin, in: Schulte, Immobilienökonomie Band I – Betriebswirtschaftliche Grundlagen, 3. Aufl., München 2005, S. 58.

9) Schulte/Schäfers, Immobilienökonomie als wissenschaftliche Disziplin, Stiftungslehrstuhl Immobilienökonomie, Arbeitspapier Nr. 3, Oestrich-Winkel 1997, S. 14; Rottke/Werneck, Lebenszyklus von Immobilien, in: Schulte, Immobilienökonomie Band I, S. 211.

10) Joachim, NZM 2006, 368; ders., GuT 2005, 99 und 135; ders., GuT 2003, 166; ders. BB 1988, 779.

11) HB vom 9./10./11. 2. 2007, S. 3.

12) Joachim, „Alles unter einem Dach“, in: Immobilien Manager 1999, S. 10.

13) Dazu bereits Joachim, Projektentwicklung und Projektmanagement in der Immobilienwirtschaft und Hotellerie, Wiesbaden 1998.

14) „Airports profitieren von der Kauflust der Fluggäste“, HB vom 19./20./21. 1. 2007, S. 3.

10. Auf aktuelle Finanzierungsüberlegungen im Zusammenhang mit EKZ ist kurz aufmerksam zu machen. SC-Objektübernahmen und insbesondere SC-Revitalisierungen können dadurch initiiert sein, dass ein Investor die Hebung des Marktwerts anstrebt. Im anglo-amerikanischen und zunehmend auch im kontinental-europäischen Wirtschaftsraum richten Unternehmen ihre Geschäftsaktivitäten darauf aus, Immobilien und schwerpunktmäßig SC preisgünstig zu erwerben und auf der Grundlage von „Value-Added-Strategien“ einschließlich der Revitalisierung, Umnutzung und Nutzungserweiterung bzw. -ergänzung mit einem attraktiven Preisaufschlag wieder zu veräußern. Vor diesem Hintergrund agieren Private Equity und Opportunity Fonds zielgerichtet auch in Deutschland. Solche Investoren erwerben z. B. ein EKZ zum 10fachen Betrag der Jahresreinerträge der Miete und streben eine Wiederveräußerung an auf der Basis des 13- bis 15fachen Reinertrags.¹⁵

11. Real Estate Investment Trusts (=REITs), ebenfalls in der Grundstruktur aus den USA stammende Formen steuerbegünstigter Immobilienaktien, können der SC-Praxis weitere Impulse verleihen. Attraktive EKZ lassen sich voraussichtlich zukünftig in Deutschland noch besser vermarkten. Daran ändert grundsätzlich auch nichts die vom Wohnraummieterschutz geprägte Haltung der Bundesregierung; sie lehnt die Forderung des Bundesrats ab, Wohnimmobilien in die REITs aufzunehmen.¹⁶ Zukünftig verfügt der Investor über ein weiteres, attraktives Finanzierungsinstrument.

12. Die juristische Behandlung von SC-Mietverträgen durch die Rechtsprechung nimmt zu. Oft stellen die marktmächtigen SC-Entwickler und -Betreiber dem interessierten SC-Ladennutzer einen detailliert ausformulierten Vertragsentwurf. Dieser Entwurf enthält meist zahlreiche Regelungen und besteht aus mehreren Bestandteilen mit Anlagen; häufig stellt er ein mehrseitiges mit Anlagen versehenes Konvolut dar. Teile von Judikatur und Jurisprudenz wollen den grundsätzlich marktschwächeren Mieter schützen. Es gibt allerdings auch Ausnahmen von dieser Schutzsichtweise. Marktmächtige Filialisten legen verstärkt ihren vorformulierten „Standardmietvertrag“ zugrunde. Bisweilen haben sie mit den marktführenden SC-Betreibern sog. Rahmenverträge abgeschlossen, welche grundlegende Bedingungen für alle in Betracht kommenden EKZ festhalten.¹⁷

Die Rechtsprechung befasst sich wiederholt mit SC-Vertragsregelungen, welche als vorformulierte Muster einem im Ansatz marktschwächeren Nutzer vorgelegt werden. Dieser steht zumeist vor den Alternativen: „Take the contract as it is, or leave it!“ In einem aktuellen Urteil schränkt der für das Gewerberaummietrecht zuständige XII. Zivilsenat des BGH die formularmäßige Gestaltungsmacht der EKZ-Betreiber für entsprechende umfangreiche und regelmäßig vorformulierte Mietverträge erheblich ein. Nach dem BGH verstößt die formularmäßige Auferlegung der Instandhaltung und Instandsetzung der gemeinschaftlich genutzten Flächen und Anlagen im Center auf den Mieter ohne Beschränkung der Höhe nach gegen § 307 Abs. 1, 2 BGB; es handelt sich um Verstöße gegen das Angemessenheits- und das Transparenzgebot.¹⁸

In einer weiteren Entscheidung hält der BGH fest, dass die formularmäßige Verpflichtung des SC-Mieters, einer Werbegemeinschaft in Form einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts beizutreten, wegen des damit verbundenen Haftungsrisikos ebenfalls gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB verstößt. Der Senat betont, dass in einem SC-Formularmietvertrag die Höhe der Beiträge, welche der Mieter an eine Werbegemeinschaft zu entrichten hat, wegen des Transparenzgebots im Sinn von § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB bestimmbar sein muss; zumindest muss eine Höchstgrenze festgesetzt sein, damit der SC-Mieter die auf ihn zukommenden Kosten zu kalkulieren vermag.¹⁹

13. Die „Erfolgsstory“ mit neuen SC in City-Centern geht weiter. Dem Hauptverband des Deutschen Einzelhandels zufolge sollen bis zum Jahr 2009 in deutschen Städten rund sechzig weitere EKZ mit einer Verkaufsfläche von ca. 1,6 Mio. qm

entstehen. Die Mehrzahl der neu geschaffenen und der revitalisierten SC entsteht in den Innenstädten. In vielen Städten, auch und gerade in Klein- und Mittelstädten, darben Einzelhandel und Gastronomie. Rufe nach einem zentralen Attraktionspunkt, nach einem SC als „Herzschrittmacher“, werden laut. Auf diese tatsächliche Entwicklung nach dem Slogan „In der Stadt findet es statt!“ hat der Gesetzgeber reagiert.²⁰ Eine weitere juristisch bedeutsame Entwicklung im SC-Recht ist – neben der Rechtsprechung – in diesem Zusammenhang zu kennzeichnen. Im Jahr 2007 steht die **Novellierung des Bauplanungsrechts** an. Künftig können durch die „Bebauungspläne der Innenentwicklung“ mittlere und größere Einzelhandelsprojekte in Innenstadtlagen umgesetzt werden, ohne zeit- und kostenrätliche Verfahrenshürden nehmen zu müssen, etwa wie die detaillierten Umweltprüfungen. Durch die BauGB-Novelle werden die planungsrechtlichen Anforderungen nach wie vor umfangreich, jedoch mach- und schaffbar ausgestaltet. Die juristischen Hürden im öffentlichen wie im privaten Recht bei der Planung, Konzipierung, Verwirklichung, Betreiben und Veräußern eines SC sind nach wie vor existent. Durch die zunehmende „Verrechtlichung der SC-Praxis“ werden die juristischen Aspekte tendenziell transparenter, gestaltbar und lösbar. SC-Juristen bewegen sich auf „begehbarem Grund“.

14. Mindestens genauso relevant ist die Bereitung des „politischen Terrains“, eines „Grundkonsenses zwischen den Beteiligten und Betroffenen in der Kommune und angrenzenden Kommunen“. Die immer wieder auftretenden, typischen Interessen- und Konfliktkonstellationen bei Planung und Realisierung eines SC-Projekts seien allgemein gehalten aufgeführt, um bei zukünftigen Diskussionen die Argumentationslinien und Gedankenführungen zu verdeutlichen.

Wie bei vielen „Großprojekten“ stehen oft dem politischen Willen – wenn er denn überhaupt klar artikuliert werden kann – der Gemeinden zur Ansiedlung großflächiger EKZ-Vorhaben starke Interessengruppen entgegen, z. B.

- der Bürgerwille, evtl. in Form von Bürgerinitiativen in der Stadt, insbesondere in den Stadtteilen, Bezirken usw.,
- der Einfluss der (alt)eingesessenen mittelständischen Einzelhändler, der „(Kern- bzw. Altstadt)Kaufmannschaft“,
- die Interessen von Nachbarn, Grundstückseigentümern, Anliegern, „Special Interest Carrier“ = „SIC“,
- die Bedenken von Nachbargemeinden, -verbänden, -regionen. Sie formieren sich vor allem bei sog. Factory Outlet Centern = FOC, aber auch bei größeren EKZ-Projekten.

Häufig wird seitens der Projektgegner hingewiesen auf, und zwar zielgerichtet mit „emotional angereicherten“ Argumenten

- das „Ausbluten“ oder „Veröden“ der Innenstädte,
- nachhaltige Kaufkraftverschiebungen,
- wachsende Verkehrsbelastungen, Lärm-, Umweltbeeinträchtigungen.

Des öfteren ist in der Vergangenheit zu beobachten, so z. B. im Jahr 2006 in Würzburg, dass eine Anzahl von SC-Projekten daran (vorerst) scheitern, dass ein Bevölkerungsteil – etwa in Bürgerbegehren artikuliert – sich gegen ein solches Vorhaben ausspricht oder Nachbarkommunen gerichtlich gegen Bebauungspläne oder Baugenehmigungen vorgehen. SC-Projektentwickler, -Investoren und -Lobbyisten haben sich darauf einzu-

15) Bays, Das klassische Shoppingcenter ist kaum noch planbar, Immobilien Zeitung (IZ), Nr.17, August 2005, S. 8; V. Sturm, S.149.

16) „Bund bleibt hart bei Reits“, HB vom 16.1.2007, S.1; dazu jetzt Steinbrück, GuT 2007, 83, und Bundestagsfraktion CDU/CSU in GuT 2007, 85.

17) Näher Joachim, NZM 2000, 798 mwN.

18) BGH, Urt. vom 6. 4. 2005 – XII ZR 158/01, NZM 2005, 863 = GuT 2005, 213; dazu Joachim NZM 2006, 368.

19) BGH, Urt. vom 12. 7. 2006 – XII ZR 39/04, NJW 2006, 3057 = GuT 2006, 224 mit Anmerkung Joachim in NJW 2006, 3058 und in GuT 2007, 3.

20) Pützenbacher, Viele neue Center, FAZ 23.2.2007, S.43.

stellen. Sie agieren noch vorsichtiger hinsichtlich Markt- und Standortanalyse und der damit zusammenhängenden Investitionsentscheidungen.

Die Diskussion um neue SC-Projekte soll und muss noch intensiver, offener und engagierter von den Beteiligten, Betroffenen, Politikern, Kommunen und Investoren geführt werden. Dabei sind die städtebauliche Erforderlichkeit, wirtschaftliche Relevanz, Finanzierbarkeit und „Menschlichkeit“ zu erörtern und gegeneinander abzuwägen. Die Diskussion dauert an. Für viele Gemeinden, Kreise, Regionen, für deren Bürger und Betroffene hat sie gerade erst begonnen!

Fazit

Aktuelle Trends und Entwicklungen in der SC-Praxis erstrecken sich auf einen aktuellen Überblick über Marktsituati-

on, Abläufe und Funktionsweisen sowie Finanzierungsformen von EKZ. Ein besonderer Blickwinkel richtet sich auf einen – optimierten – Ablauf eines Revitalisierungsprozesses. Zukünftig dürfte hier ein Schwerpunkt der SC-Projektentwicklung zu verorten sein. Tatsächliche, wirtschaftliche, städtebauliche und juristische Aspekte sind in dem aktuellen Überblick erfasst. Einkaufen ist nicht nur Deckung des Alltagsbedarfs. Es deckt zahlreiche menschliche (Grund)Bedürfnisse ab. Moderne SC umfassen zahlreiche Aspekte, etwa: Event, Konsum und Kommerz treffen in's Herz, bereiten mitunter Schmerz; SC übernehmen verstärkt vielschichtige, auch emotionale Aufgaben. Sie fungieren etwa als „Event-orientierte“ Begegnungs-, Kommunikations- und Konsumstätten, als „Herzschrittmacher der City-Center“. Sie ermöglichen „Kommerz mit Herz!"; also, man trifft sich in der Stadt – denn dort findet das Leben statt!

Städte- und Gemeindebund Nordrhein-Westfalen

Stadtentwicklung und Einzelhandel: Anforderungen an eine aktive Stadtentwicklungspolitik zur Stärkung der Zentren und zur Sicherung der Nahversorgung

Beschluss des StGB NRW-Präsidiums vom 21. 3. 2007 – Diskussionspapier

I. Einführung

Die historisch gewachsenen Zentren der Städte oder Gemeinden mit ihrer wirtschaftlichen und kulturellen Vielfalt sind immer schon vom Einzelhandel geprägt worden. Dem Einzelhandel kommt neben seiner Versorgungsfunktion eine wichtige stadtgestalterische und soziale Funktion zu. Dort wo der Einzelhandel wegbreicht, leidet die Versorgungsfunktion, aber auch die übrigen „Stadtfunktionen“, wie Wohnen, Arbeiten, Kultur und Freizeitgestaltung können massiv beeinträchtigt werden. Die Städte und Gemeinden sind insbesondere mit ihren Zentren und Ortskernen Kristallisationspunkte des Lebens der Menschen. Die Mitte der Städte und Gemeinden spiegelte in der Vergangenheit häufig auch die Mitte des sozialen Lebens ihrer Bürgerinnen und Bürger wieder. Vitale Zentren bilden auch heute noch Identifikationspunkte für ganze Regionen, nicht nur in den Verdichtungsräumen an Rhein und Ruhr, sondern vor allem auch in den überwiegend ländlich strukturierten Regionen in NRW. Diese Rolle verdanken sie unter anderem einem attraktiven Einzelhandelsangebot. Eine Stadtentwicklungspolitik, die die gewachsenen Zentren stärken will, muss deshalb ein Hauptaugenmerk auf die Entwicklung des Einzelhandels lenken.

Neben der stadtrprägenden Funktion des Einzelhandels in den städtischen und gemeindlichen Zentren, steht aber auch die reine Versorgungsfunktion des Einzelhandels im Mittelpunkt kommunaler Politik. Hier ist es insbesondere die Nahversorgung, also das auf kurzen – möglichst fußläufigen – Wegen erreichbare Versorgungsangebot für die Bedarfe des täglichen Lebens, das aufgrund einer vielschichtigen Entwicklung in Gefahr geraten ist. Vor dem Hintergrund einer geringer und älter werdenden Bevölkerung wird dies ein Zukunftsthema für viele Städte und Gemeinden sein, das bereits heute auf die konkrete Situation vor Ort ausgerichtete Weichenstellungen erfordert.

Für die Stadtentwicklungspolitik stellen sich mit Blick auf die Entwicklung des Einzelhandels zwei zentrale Herausforderungen: Die Stärkung der städtischen/gemeindlichen Zentren und die Sicherung einer möglichst wohnungsnahen Grundver-

sorgung der Bevölkerung. Zu diesen Zielen sollen nachfolgend Überlegungen angestellt und Handlungsempfehlungen gegeben werden.

II. Aktuelle Entwicklungen im Einzelhandel

Die aktuelle Entwicklung im Einzelhandel stellt die Städte und Gemeinden vor große Herausforderungen. Trotz stagnierender Umsätze ist die Verkaufsfläche in den letzten Jahren erheblich gestiegen. So schätzt der Handelsverband BAG, dass jedes Jahr zwischen 1 und 1½ Mio. Quadratmeter Einzelhandelsverkaufsfläche neu geschaffen werden. Der größere Teil des Flächenwachstums in den letzten Jahren hat sich an sog. nicht integrierten Standorten vollzogen. Es existieren Schätzungen, die davon ausgehen, dass bundesweit eine Überversorgung mit Verkaufsflächen von 30 bis 40% vorliegt. Gleichzeitig verändern sich die Strukturen im Einzelhandel in rasantem Tempo. So führen der intensive Wettbewerbsdruck im Einzelhandel selbst, strukturelle Veränderungen bei den Lieferanten und das Erstarken neuer Vertriebsformen (Online-Handel, FOC) zu einem Trend zu immer größeren Einheiten und zu einer Verdrängung traditioneller, inhabergeführter Einzelhandelsbetriebe durch Filialen großer Konzerne. Ein besonders intensiver Preiswettbewerb herrscht im Lebensmitteleinzelhandel. Dieser führt zu einem stetigen Anwachsen der Marktanteile der Discounter. Kleinere Lebensmittelmärkte müssen unter diesem Druck oftmals aufgeben. Hieraus erwachsen ernsthafte Gefahren für die Nahversorgung der Bevölkerung.

Problematische Wettbewerbssituationen ergeben sich auch zwischen sog. „Grüne Wiese-Projekten“ und Standorten in gewachsenen Zentren. Dabei kommen den Standorten in nicht integrierten Lagen vielfach Wettbewerbsvorteile zugute, die in zentralen Lagen kaum kompensiert werden können. Dazu zählen die gute Erreichbarkeit mit dem PKW, das günstige Stellplatzangebot, die niedrigeren Immobilienpreise und u. U. eine konfliktfreie Nachbarschaft. Ein Standortwettbewerb besteht aber nicht nur zwischen den Zentren und der Grünen Wiese, sondern mit der wachsenden Zahl innerstädtischer Einkaufszentren auch zwischen diesen modernen Zentren und den ver-

bleibenden gewachsenen Einzelhandelslagen, wenn diese Einkaufszentren nicht mit der übrigen Innenstadt vernetzt sind und in sich abgeschottete „Verkaufsinseln“ bilden.

Die Einzelhandelslandschaft wird in der Zukunft darüber hinaus von der demographischen Entwicklung geprägt. So wird der Kaufkraftverlust in Regionen mit negativ demographischer Entwicklung den Druck auf die Strukturen der Nahversorgung weiter erhöhen. Gleichzeitig wird aber mit dem demographischen Alterungsprozess der Anteil der Menschen steigen, die in ihrer Mobilität eingeschränkt sind und daher zumindest für die Grundversorgung auf ein ausreichendes wohnungsnahes Einzelhandelsangebot angewiesen sein werden.

III. Auswirkungen der Veränderungen im Einzelhandel auf die Stadtentwicklung

Erkennt man die besondere Funktion des Einzelhandels gerade im Hinblick auf die Stadtentwicklung in den Zentren der Städte und Gemeinden an, muss die kommunale Politik auf die rasanten Veränderungen in den Strukturen des Einzelhandels angemessen reagieren. Die Auswirkungen der oben beschriebenen Veränderungen in der Einzelhandelslandschaft auf eine nachhaltige Stadtentwicklung liegen auf der Hand. Kaufkraftverluste in den zentralen Lagen durch Kaufkraftabflüsse an nicht integrierte Standorte, demographische Veränderungen und neue Vertriebsformen wie der Online-Handel und die Factory Outlet Center schwächen die Zentren als Einzelhandelsstandorte. Sog. „Trading down“-Effekte und wachsende Leerstände schaden den städtischen und gemeindlichen Zentren nicht nur als Einzelhandelsstandorte, sondern führen auch zu nachteiligen Effekten für die sonstigen Stadtfunktionen. Die Abwanderung von Einzelhandelsbetrieben entwertet die Zentren auch als Standorte für Dienstleistungen und Gastronomie und als Wohnstandort.

Insbesondere für kleinere Städte und Gemeinden ist der Druck auf die Strukturen der Nahversorgung von besonderer Bedeutung. Vollsortimente anbietende Betriebe des Lebensmittel Einzelhandels gehen heute von einer durchschnittlichen Verkaufsfläche von 1.200 qm und einer noch notwendigen Mantelbevölkerung von 5.000 bis 6.000 Personen in ihrem Einzugsbereich aus, um ein wirtschaftliches Angebot machen zu können. Solche Angebote existieren bereits heute in vielen kleinen Gemeinden und Ortsteilen nicht mehr. Untersuchungen zeigen, dass in Nordrhein-Westfalen bereits 17% der Bevölkerung des Landes von einer unzureichenden Lebensmittelnahversorgung betroffen sind. Bezogen auf die Gemeindefläche gelten heute durchschnittlich 29% der Gemeindeflächen als unterversorgt. Betroffen sind vor allem kleinere Gemeinden, aber auch kleinere Stadtteile mit geringer Siedlungsdichte. In Kommunen mit schrumpfender und älter werdender Bevölkerung wird sich dieses Problem in den nächsten Jahren deutlich verschärfen, wenn nicht wirkungsvoll gegengesteuert werden kann.

IV. Handlungsoptionen für die Städte und Gemeinden

1. Konsequente Nutzung des städtebaurechtlichen Instrumentariums

Das städtebaurechtliche Instrumentarium für die Steuerung des Einzelhandels ist in den letzten Jahren verbessert worden. So wurde u. a. mit § 34 Abs. 3 BauGB eine neue Zulässigkeitsvoraussetzung für Vorhaben im unbeplanten Innenbereich geschaffen, die darauf abzielt, zentrenschädliche Einzelhandelsvorhaben in diesen Gebieten zu verhindern. Mit der zum 1.1.2007 in Kraft getretenen Novelle des BauGB wird auf der planerischen Seite eine Möglichkeit geschaffen, mit einem einfachen Bebauungsplan bestimmte Nutzungen im bis dahin unbeplanten Bereich auszuschließen. Darüber hinaus bieten die Möglichkeiten der planerischen Feinsteuerung nach der Baunutzungsverordnung für den Geltungsbereich von Bebauungsplänen die Möglichkeit, die Ansiedlung von Einzelhandelsprojekten sortimentspezifisch zu steuern.

Das zentrale Instrument zur Steuerung großflächiger Betriebe und Einkaufszentren ist § 11 Abs. 3 Baunutzungsverordnung. Die Vorschrift stellt eine sachgerechte und flexible Möglich-

keit dar, auch im Einzelfall angemessene Lösungen für Standortentscheidungen für den Einzelhandel zu treffen. Dieses Instrument steht jedoch dort nicht zur Verfügung, wo alte Bebauungspläne den aktuellen Vorschriften nicht angepasst werden. Hierauf sollten die Städte und Gemeinden nach Möglichkeit hinwirken.

2. Zentrenkonzepte

Die Sicherung und Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche, einschließlich ihrer räumlichen und funktionalen Festlegung, ist eine Kernaufgabe der kommunalen Selbstverwaltung. Eine Gemeinde, die dieser Aufgabe gerecht werden und die Entwicklung des Einzelhandels in ihrem Gemeindegebiet nachhaltig steuern möchte, ist auf ein schlüssiges Zentrenkonzept angewiesen. Ein räumlich-funktionales Zentrenkonzept auf der Basis eines fundierten Einzelhandelsgutachtens ist nicht nur eine politische Grundlage für die strategische Steuerung der Einzelhandels- und Zentrenentwicklung durch die Kommune, sondern macht auch das städtebaurechtliche Instrumentarium erst effektiv einsetzbar. So können diese Konzepte bei der Beurteilung von Vorhaben nach § 34 Abs. 3 BauGB die Prüfung im Einzelfall erheblich erleichtern. Auch die Handhabung des interkommunalen Abstimmungsgebotes gem. § 2 Abs. 2 BauGB im Hinblick auf die Auswirkungen von Vorhaben auf die zentralen Versorgungsbereiche und die neu geschaffene Möglichkeit zum Ausschluss bestimmter Nutzungen in § 9 a BauGB wird erleichtert, wenn die Gemeinde auf ein schlüssiges Zentrenkonzept zurückgreifen kann. Gleiches gilt für die planerische Feinsteuerung nach der Baunutzungsverordnung. Insbesondere sortimentspezifische Festlegungen können mit der Definition einer ortsspezifischen Liste der zentren- und nahversorgungsrelevanten Sortimente rechtssicherer erfolgen, wenn die Gemeinde sich in ihrer Abwägung auf ein schlüssiges Zentrenkonzept stützen kann.

Die Bedeutung von Zentrenkonzepten für die innergemeindliche Standortsteuerung wird noch zunehmen, wenn die derzeit diskutierte Novelle des § 24 a LEPro zur landesplanerischen Steuerung von Einzelhandelsgroßprojekten in Kraft treten wird. Diese Novelle wird als zentrale Steuerungskategorie die von den Gemeinden räumlich und funktional festzulegenden zentralen Versorgungsbereiche beinhalten, auf die der großflächige Einzelhandel mit zentrenrelevanten Kernsortimenten ausgerichtet werden soll. Spätestens mit dem Inkrafttreten dieser Regelung sollten die Gemeinden entsprechende Festlegungen treffen.

Zentrenkonzepte sind keineswegs Abwehrplanungen. Sie sind vielmehr auch die Basis dafür, dass die Gemeinde Standortangebote machen kann, die die städtebaulichen Ziele des Konzeptes verwirklichen und gleichzeitig für die Betreiber wirtschaftlichen Erfolg versprechen. Um Zentrenkonzepte erfolgreich zu erarbeiten und umzusetzen, ist ein intensiver Dialog mit den betroffenen Betreibern und deren Verbänden von Beginn an wichtig. Für den Erfolg sind weiterhin eine Beteiligung der IHK und Handwerkskammer, der Nachbargemeinden und der Öffentlichkeit sowie eine möglichst breite Mehrheit für den abschließenden Ratsbeschluss von großer Bedeutung.

3. Regionale Einzelhandelskonzepte/interkommunale Zusammenarbeit

Die nachhaltige Steuerung der Einzelhandelsentwicklung ist nicht nur eine innergemeindliche Aufgabe, sondern erfordert eine möglichst enge Kooperation der Städte und Gemeinden in einer Region. Noch mehr als bisher sollte deshalb versucht werden, die interkommunale Abstimmung in Form von regionalen Einzelhandelskonzepten zu betreiben. Regionale Einzelhandelskonzepte können einen wichtigen Beitrag zur Auswahl richtiger Standorte, zur zentren- und regionalverträglichen Dimensionierung von Vorhaben und zur Sicherung der Nahversorgung leisten. Zudem kann mit regionalen Konzepten ein Beitrag zur Kaufkraftbindung in der Region geleistet werden.

Die Schwierigkeiten mit regionalen Einzelhandelskonzepten in der bisherigen Praxis beruhen nicht zuletzt auf ihrer man-

gelnden Verbindlichkeit. Der gefundene regionale Konsens hält oftmals einer ernsthaften Belastungsprobe im Lichte konkreter Investitionsabsichten nicht stand. An dieser Stelle ist es erforderlich, dass die Regionalplanung für die notwendige Verbindlichkeit sorgt, z. B. indem die Inhalte regionaler Einzelhandelskonzepte in den Regionalplan übernommen werden. So könnte der prinzipielle Vorrang interkommunaler Zusammenarbeit vor staatlicher Steuerung verwirklicht werden.

4. Neue Instrumente

Stadtentwicklungspolitik zur Sicherung einer ausreichenden Einzelhandelsversorgung ist nicht nur eine kommunale öffentliche Aufgabe. Auch die privaten Akteure leisten zum Erhalt der erforderlichen Strukturen wichtige Beiträge. So wie die Städte und Gemeinden von einem florierenden Einzelhandel profitieren, so sichern attraktive, lebendige Innenstädte und Ortskerne bzw. Stadt- und Ortsteile dem Einzelhandel Erwerbchancen und Entwicklungsperspektiven. Handel und Kommune sind daher aufeinander angewiesen. Privates Engagement fand in der Vergangenheit oftmals seinen Ausdruck in privaten Initiativen, deren Schwerpunkt im Bereich des Stadtmarketings lag. Bei allem Erfolg, der diesen Initiativen in Teilen beschieden war, klagen die Beteiligten jedoch häufig über die mangelnde Bereitschaft zur Mitwirkung – bei gleichzeitiger Mitnahme der Vorteile der Aktivitäten (Trittbrettfahrerproblem) – und über organisatorische und finanzielle Schwierigkeiten eines auf Freiwilligkeit beruhenden Engagements.

Vor diesem Hintergrund kann das Instrument der „Business-Improvement-Districts“ eine sinnvolle Ergänzung der Handlungsoptionen vor Ort sein. Damit würde die Möglichkeit geschaffen, privates Engagement mit einem verbindlichen organisatorischen und finanziellen Rahmen auszustatten. „Business-Improvement-Districts“ können z. B. ein Weg sein, Standortnachteile einer gewachsenen innerstädtischen Einzelhandelslage gegenüber Einkaufszentren in integrierten und nicht integrierten Lagen auszugleichen. Die Immobilieneigentümer und Einzelhändler vor Ort sollten im Verbund mit Gastronomie und Dienstleistern prüfen, welchen Beitrag sie aus eigener Kraft und durch gemeinsames Handeln leisten können, um gewachsene Handelslagen so lange wie möglich zu stabilisieren.

5. Neue Wege in der Nahversorgung

Die städtebaurechtlichen Steuerungsmöglichkeiten können über die wirtschaftlichen Zwänge im Bereich der Nahversorgung ebenso wenig hinweghelfen wie verbesserte Marketingstrategien oder die Business-Improvement-Districts. Deshalb müssen dort, wo die Nahversorgung bedroht ist, neue Wege beschritten werden, um nach dem Rückzug klassischer Einzelhandelsbetriebe eine ausreichende Versorgung anbieten zu können. Der Rückzug des Einzelhandels wird oftmals begleitet vom

Wegbrechen weiterer Dienstleistungen, wie etwa Post, Sparkasse, Ärzten, soziale und Verwaltungsdienstleistungen.

Verschiedene Initiativen zeigen, dass aus einer Bündelung dieser Leistungen, die für sich alle nicht lebensfähig wären, unter einem Dach, u. U. ein neues Angebot geschaffen werden kann, das ein akzeptables, zielgruppengerechtes Grundversorgungsangebot gewährleistet. Weitere Möglichkeiten stellen mobile Einzelhandelsangebote dar. Neue Betreiberkonzepte (CAP, Markant) für kleinere Lebensmittelläden können ebenfalls Möglichkeiten darstellen, dem Rückzug des Einzelhandels aus der Fläche zu begegnen.

V. Anforderungen an Bund, Länder und Dritte

Das Land ist in der Pflicht, den Kommunen einen adäquaten landes- und regionalplanerischen Rahmen zur Verfügung zu stellen. Dabei ist einerseits der kommunalen Planungshoheit durch einen weitestgehenden Vorrang (inter-)kommunaler Konzeptionen vor staatlicher Steuerung Rechnung zu tragen. Andererseits bedarf es insbesondere zum Schutz der städtischen und gemeindlichen Zentren einer planerischen Vorgabe zugunsten der integrierten Standorte und der funktional zentrenadäquaten Dimension einzelner Vorhaben.

Einzelhandel schafft nicht nur Attraktivität, sondern ist auch seinerseits auf attraktive, lebendige, sichere und gut erreichbare Städte und Gemeinden angewiesen. Der Bund und das Land müssen deshalb über den Einzelhandel hinaus ihr Engagement in der Städtebauförderung und der Verkehrsfinanzierung aufrecht erhalten und wenn möglich ausbauen, statt es zurückzuführen.

Das Land sollte die Ermächtigung in § 171 f BauGB umsetzen und eine gesetzliche Grundlage für Business-Improvement-Districts schaffen. Auf dieser Basis sind neben den Einzelhändlern auch die Eigentümer von einzelhandelsgenutzten Immobilien dazu aufgerufen, einen aktiven Beitrag zu einer die Zentren stärkenden Entwicklung zu leisten. Vitale Zentren sichern auch die Werthaltigkeit der dort gelegenen Immobilien. Betroffene Eigentümer sollten sorgfältig prüfen, ob Nutzungsmöglichkeiten im Sinne einer langfristigen und nachhaltigen Stadtentwicklungspolitik nicht gegenüber den oftmals an kurzfristigen Verwertungserfolgen orientierten Optionen zu bevorzugen sind.

Eine Einzelhandelsentwicklung, die die gewachsenen Zentren stärkt und die Nahversorgung sichert, ist trotz aller Steuerung letztlich vom Verbraucherverhalten abhängig. Die Erarbeitung von Zentrenkonzepten und die damit verbundene Diskussion um die Bedeutung des Einzelhandels für die Stadtentwicklung sollten unter Beteiligung einer möglichst breiten Öffentlichkeit erfolgen, um auch bei den Bürgerinnen und Bürgern die Bereitschaft zum Einsatz ihrer „Marktmacht“ zur Verwirklichung der Entwicklungsziele zu fördern.

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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



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

Wirtschaft und Verbände

Mario H. Kraus, Mediator, Berlin

Mediation – ein Versuch lohnt sich

Ansätze zur Beilegung von Streitfällen aus Gewerbemietverträgen

Vermieterseitige fristlose Kündigungen als einzige Option in Streitfällen aus Gewerbemietverträgen zu betrachten, zeugt in einer Dienstleistungsgesellschaft von einem Mangel an Phantasie und dem riskanten Umgang mit Ressourcen wie Zeit und Geld. Rechtzeitig den Streitparteien nahegebracht, ist der Versuch einer einvernehmlichen Regelung von Konflikten mit Hilfe eines neutralen Vermittlers auf dem Verhandlungsweg eine Möglichkeit, Kundenbindungen nachhaltig zu pflegen und Zuspitzungen der Situation zu vermeiden. Dieses als Mediation bekannte Verfahren ist im angelsächsischen Rechtskreis üblich, in Deutschland besteht noch Nachholbedarf.

Konfliktquellen aus Gewerbemietverträgen

Man kommt oft in nicht geringe Verlegenheit, wenn unsere Lage uns zwingt, mit Leuten umzugehen, die einander feind sind, wo man es also gar leicht mit einer Partei verdirbt, sobald man mit der anderen gutsteht, oder es mit beiden verdirbt, wenn man sich ungebeten oder auf unvorsichtige Weise in diese Händel mischt. – *Adolf Freiherr Knigge: Vom Umgang mit Menschen (1788)*

Wie jedes Mietverhältnis beruht ein Gewerbemietverhältnis auf teils ähnlichen, teils gegensätzlichen Interessenlagen: Beide Vertragspartner betreiben ihr Geschäft mit Gewinnerzielungsabsicht (vermutet man). Der eine benötigt (möglichst günstige) Räumlichkeiten, der andere kann solche (möglichst ertragreich) anbieten. Beide sind von der Marktlage abhängig: Erzielt der eine zu wenig Umsatz in seiner Tätigkeit, kann er dem anderen die Miete nicht entrichten. Der wiederum kann bei Objekten mit guter Lage und hoher Nachfrage die Bedingungen bestimmen oder im entgegengesetzten Fall seinerseits unter Druck geraten. Neben diesen prinzipiellen Positionen bringt das Tagesgeschäft zahlreiche ärgerliche "Kleinigkeiten", die nicht immer vorhersehbar sind. Das Konfliktpotential ist verglichen mit Wohnungsmietverträgen größer: Die Jahresmietsummen sind tendenziell höher, durch Ein- und Umbauten werden weitere Summen gebunden, dazu kommen Erwartungshaltungen der Vertragspartner und die Auswirkungen der jeweiligen Wirtschaftslage. Endet das Vertragsverhältnis durch Streit vorfristig, drohen langwierige Auseinandersetzungen mit Verlust für alle Beteiligten.

Typische Konfliktquellen in Vermietung und Verwaltung von Gewerbeimmobilien sind

- „kleingerechnete“ Betriebskostenumlagen als „Lockmittel“ bei der Vermietung mit der Folge hoher Nachforderungen und entsprechender Protesthaltung der Mietparteien (Wer sich einmal betrogen fühlt, bleibt fortan misstrauisch);
- Ablehnung von Mieterwünschen wegen befürchteter erschwerter Folgeverwertung, wenn es um Ein- und Umbauten oder Außenwerbung geht;
- Verzögerungen bei Mietzahlungen aufgrund von Umsatzschwächen der Mietparteien, mitunter ausgelöst durch kommunale Straßenarbeiten und andere „höhere Gewalt“;
- Fehlnutzung und Beschädigungen der Mietsache;
- Abstimmungsprobleme bei Eigentümer- und Verwalterwechsel;
- Auseinandersetzungen um die Tragung behördlicher Auflagen (Bau-, Gewerbe-, Gesundheitsamt) sowie zwischen Ge-

werbetreibenden (Gastronomie) und Anwohnern um Lärm- und Geruchsbelästigungen, was ebenfalls schnell zur Einschaltung von Behörden führt.

Weder Formular- noch Individualverträge schaffen absolute Rechtssicherheit. Kein Vertrag kann alle Eventualitäten des Lebens vorwegnehmen, schon der Versuch genereller Regelungen zur Erstarrung des Vertragswerkes führen. Das Tagesgeschäft erfordert Pragmatismus, Intuition und die Balance zwischen Kulanz und Rechtsweg. Der Umgang mit Störungen des Vertragsverhältnisses hängt regelmäßig davon ab, welche Zukunft die Vertragspartner für sich sehen: Legt man Wert auf die weitere Vertragspartnerschaft, gibt es Alternativen? Letztlich bestimmt die Verwertungsstrategie der Eigentümer und Verwalter für die jeweilige Immobilie am jeweiligen Ort, ob Wert auf die längerfristige Bindung der Vertragspartner gelegt oder kalte Bestandsbereinigung, etwa im Zuge großangelegter Umbauten, betrieben wird. Im Streitfall ist der Rechtsweg erstens nicht immer erfolversprechend, zweitens kaum die schnellste Variante der Beilegung. Selbst bei günstigem Terminstand der Spruchkammer kann durch Gutachten und "Durchprozessieren" die Angelegenheit in die Länge gezogen werden. Und ein Vollstreckungstitel garantiert bekanntlich nicht die Beitreibung auch nur eines Teils der Forderung. Zudem ist der Rechtsweg stets eine zusätzliche Eskalationsstufe, die Beziehung der (ehemaligen) Vertragspartner wird meist endgültig nachhaltig geschädigt. Ist der Streitwert zu gering für ein Schiedsverfahren nach der Zivilprozessordnung, aber zu hoch für ein sang- und klangloses Ausbucher, stellt sich die Frage nach einer strategisch sinnvollen Option.

Reine Nervensache?

- (1) Das Gericht soll in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein.
- (2) Der mündlichen Verhandlung geht zum Zwecke der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits eine Güteverhandlung voraus, es sei denn, es hat bereits ein Einigungsversuch vor einer außergerichtlichen Gütestelle stattgefunden oder die Güteverhandlung erscheint erkennbar aussichtslos. ...
- (5) ... In geeigneten Fällen kann das Gericht den Parteien eine außergerichtliche Streitschlichtung vorschlagen. ... (§ 278 ZPO Gütliche Streitbeilegung, Güteverhandlung, Vergleich.)

Zwar brachte die 2002er Zivilrechtsreform diese dem Arbeitsrecht nachempfundene Regelung, doch hängt ihre Anwendung von Geschick und Absichten der Richter und Rechtsbeistände ab. Generell ist die Klageerhebung ein Eingeständnis, dass man sich nicht aus eigener Kraft helfen konnte. Was Privatpersonen wegen der "Verrechtlichung", der Durchdringung aller Lebensbereiche mit Normen, nachgesehen werden kann, wiegt bei Unternehmern schwerer: Traut man diesen doch zu, Probleme zu lösen. Streitparteien können mehrere (konstruktive oder destruktive) Strategien nutzen, etwa

- fristlose vermierterseitige Kündigung, Versuch der Forderungsbeitreibung auf dem Rechtsweg;
- mieterseitiges „Abtauchen“ oder „Trockenlegen“ der Firma, verbunden mit vermierterseitigem Forderungsausfall oder
- den Versuch der Einigung mit einem großen Verhandlungsspielraum, wie nachfolgend beschrieben.

Jeder Konflikt hat neben der rechtlichen Dimension eine menschliche und eine finanzielle. Letztere umfasst nicht nur den eigentlichen Streitwert, sondern auch die als Streitfolgen entstehenden „Opportunitätskosten“, wie Auslagen für Gerichtsgebühren und Rechtsbeistand, Verluste durch den Aufschub von Entscheidungen (Ausfall von Mieteinnahmen), Aufwendungen für Recherchen, Schreibarbeiten oder die Wahrnehmung von Terminen. Das eigene Vorgehen sollte überdacht werden, ehe diese „Nebenkosten“ die Größenordnung des jeweiligen Streitwertes erreicht haben oder Streitfälle im Tagesgeschäft mehr als 10% der Kapazitäten beanspruchen.

Zudem sind Konflikte durchaus dynamische Prozesse: Ohne Lösung oder Hilfe von außen ist die Eskalation wahrscheinlich. Hoher Unterhaltungswert ist garantiert, denn in unserer Kultur wird man gern kreativ, wenn man anderen schaden will. So hängt der Konfliktverlauf von verschiedenen Faktoren wie Streitwert, Rechtslage, Konflikterfahrung der Beteiligten, Entscheidungsdruck und Ausweichmöglichkeiten ab (Kraus 2005). Jede Streitpartei folgt dabei eigenen „Programmen“:

- Ist es für mich wichtig, mich in diesem Konflikt zu behaupten, oder will ich eine sachliche Lösung? Habe ich es nötig, über Ansprüche zu verhandeln? (Wertorientierung)
- Was bringt es mir, über die Sache zu reden? Muss ich mich auf Verhandlungen einlassen? Regelt sich die Sache von selbst? (Gewinn- und Verlustorientierung)
- Wie werden andere über mich denken, wenn ich Kompromisse eingeehe? Werde ich mit der Sache allein fertig oder brauche ich Hilfe? (Referenzorientierung)

Das Prinzip der Mediation

Die beste Methode haben wir, wenn es so aussieht, als hätten wir gar keine. – *Zen-Lehrsatz*

Eskalation kann vermieden werden, kommen die Streitparteien frühzeitig miteinander ins Gespräch. Mediation ist ein über die Jahrhunderte bewährtes Mittel zur einvernehmlichen Beilegung von Streitfällen auf dem Verhandlungsweg, angeleitet durch einen neutralen Vermittler (Mediator). Nach der „reinen Lehre“ ist dies erfolversprechend, wenn auf den Fortbestand

einer Beziehung Wert gelegt wird. Doch kann bei hinreichend hohem Streitwert auch die Aufhebung und Rückabwicklung eines Vertrages medierend-moderierend begleitet werden. Mediation soll theoretisch zur Einigung zwischen gleichberechtigten Verhandlungspartnern führen. Praktisch gibt es meist unterschiedliche Verteilungen von Macht und Information, etwa wenn die Streitparteien

- gegensätzliche Rechtspositionen innehaben (Vermieter und Mieter) und eine Seite die andere unter Druck setzen kann;
- unterschiedliche Kommunikationsfähigkeiten und Konflikt-erfahrungen nutzen können;
- verschiedene finanzielle Hintergründe und damit Verhandlungsspielräume haben (Einzelhändler gegenüber Großvermieter):

Hier müssen voneinander entfernte Ausgangslagen auf gemeinsamer Basis zusammengebracht und weiterentwickelt werden. In jedem Fall empfiehlt sich die Konsultation der Beteiligten mit ihren Rechtsbeiständen. Mediation ist keine Rechtsberatung, und angesichts des deutschen Mietrechts schadet die Beachtung der Rechtslage nicht. Das Verfahren selbst folgt einem einfachen Schema:

0. Vorphase. Erstkontakt des Mediators mit den Streitparteien, Klärung der Bereitschaft zu Verhandlungen, Bestimmung erster Ziele und Termine.

1. Einleitung/Einführung. Eröffnung des Gesprächs, Vereinbarung von Regeln, Darstellung der bisher bekannten Sachlage durch den Mediator.

2. Darstellung. Schilderung des Streitfalls durch die Beteiligten, Mediator sorgt für Ausgewogenheit.

3. Klärung/Argumentation. Suche nach der gemeinsamen Basis, Vermittlung der jeweils anderen Perspektive, Suche nach Mustern und Ursachen des Konfliktes.

4. Lösung/Entscheidung. Suchen, Diskutieren, Bewerten und Auswählen hilfreicher Ideen.

5. Einigung/Vereinbarung. Schriftliches Abfassen und Unterzeichnen der gefundenen Lösung.

6. Nachsorge. Rückfrage des Mediators bei den Parteien nach angemessener Zeit.

Mediation ist keine Wissenschaft oder Psychotherapie und stützt sich in der Praxis auf empirische Grundannahmen, der „Rest“ ist eine Frage des Menschenbildes und der Erfahrung des Mediators:

Freiwilligkeit und Eigenverantwortlichkeit. Es gilt das Prinzip der Privatautonomie, die Streitparteien willigen aus eigenen Erwägungen in die Verhandlungen ein und können es jederzeit beenden. Sie müssen selbst verhandeln, selbst entscheiden und das Ergebnis selbst verantworten. In der Praxis ist jedoch der Rechtsweg eine „Zwangsalternative“ für den Fall des Scheiterns.

Neutralität des Vermittlers. Verwandtschaftliche, anderweitig private oder wirtschaftliche Beziehungen zwischen Mediator und Streitparteien sind ausgeschlossen.

Zukunftsorientierung. Mediation soll keine „Schuldfragen“ klären: Das Wie (des künftigen Umgangs miteinander) ist wichtiger als das Warum (der Probleme und Beziehungen).

Gleichstand der Information. Mediator und Streitparteien müssen alle Aspekte des Streitfalles erörtern, um selbstbestimmte Entscheidungen treffen zu können.

Vertraulichkeit. Mediator und Medianten verhandeln in einem „geschützten Raum“: Während der Mediation offenbarte Informationen dürfen nach einem Scheitern des Verfahrens nicht gegen einzelne Beteiligte verwendet werden, dies ist im Vorfeld zu regeln.

Ergebnisoffenheit. Das Ergebnis darf nicht vorher feststehen, etwa aufgrund von Weisungen Dritter. Der Mediator darf keine Lösungen vorgeben.

**Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum
GuT-Netzwerk**

Existenzgründer / 2. Standbein

Sie verfügen über einiges Organisationsgeschick und haben auch einen Blick für wirtschaftliche, politische, rechtliche Zusammenhänge und kulturelle Hintergründe?

Sie schätzen es als kreative Persönlichkeit, selbständig vor Ort am Aufbau eines überregionalen Netzwerks mitzuarbeiten?

Ihre Aufgabe ist es, wirtschaftlich orientierte, nachhaltige Interessen in Ihrer Region zu würdigen und zu bündeln, Partnerschaften zu entwickeln, Konfliktlösungen im Netzwerk anzubieten.

Ihre aussagekräftige Kontaktaufnahme erbitten wir an

Prewest Verlag Pressedienste
Medien und Kultur GmbH
Herrn Ulrich von Schoenebeck
Postfach 30 13 45 53193 Bonn

Der Verhandlungsspielraum ist im Einzelfall größer als im Zivilprozess. Diese weitgehende Vertragsfreiheit entspricht der Natur des Gewerbemietrechts. So können die Stundung von Verbindlichkeiten mit entsprechenden Fristenplänen, eine zeitweilige Mietsenkung, die anteilige Übernahme von aufwertenden Umbauten und vieles andere vereinbart werden. Während in Gut- und Bestlagen die Mieten regelmäßig mehr als nur die Kosten decken, also von vornherein gewisse Verhandlungsspielräume bestehen, bringen Einfachlagen grenzwertige Ergebnisse, so dass Makler und Vermieter gerade in Ballungszentren ohnehin mit Kulanzverwägungen und Einstiegsangeboten vertraut sind. Mindestens ebenso wichtig ist es jedoch, Missverständnisse auszuräumen und Feindbilder gar nicht erst entstehen zu lassen. Wie viele Konflikte entstehen dadurch, dass eine Seite als Selbstverständlichkeit ansieht, was der anderen als Zumutung erscheint?

Vorteile und Grenzen einer Einigung

A kriegt von B nichts. Was hat A von B, alles oder nichts?
Zutreffendes streichen! – *Arnfried Astel: Textaufgabe (1970)*

Generelle Erfolgskriterien für Mediation gibt es nicht, denn Zufriedenheit ist subjektiv: Alleinige „Prozessvermeidung“ reicht sicher nicht. Die Streitparteien werden dann zufrieden sein, wenn sie

- einen Weg gefunden haben, mit sich und ihrem Konflikt auszukommen;
- ihre Interessen vertreten und Ziele erreichen konnten;
- neue Einsichten gewonnen haben und damit Konflikte künftig effektiver bearbeiten können;
- durch die Mediation den Weg freigemacht haben für neue Projekte;
- gegenüber dem Rechtsweg Zeit, Geld und Nerven sparen konnten und
- eine rechtskonforme Lösung gefunden haben (Kraus 2005).

Wie lange hält die Einigung? Auch dies zeigt sich im Einzelfall. Deshalb müssen gefundene Lösungen auf Nutzen und Zukunftsfähigkeit geprüft, gegebenenfalls nach einiger Zeit nachverhandelt werden.

Mediation im Mietrecht (und anderen Rechtsgebieten) ist im Übrigen ausgeschlossen, wenn

1. eine Streitpartei abwesend ist oder die Kooperation verweigert;
2. zwischen den Streitparteien Machtgefälle bestehen, die ihre Autonomie während und nach der Verhandlung einschränken;
3. Wertvorstellungen und Glaubenssätze religiöser oder ideologischer Art, aber auch Suchtverhalten und dessen Folgen zu verhandeln wären;
4. eine Streitpartei Wert auf die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit (Presse) legt und diese möglicherweise als Druckmittel einsetzen will;

5. die zugrundeliegenden Konflikte außerhalb des Einflusses der Streitparteien liegen, also hierarchisch, kulturell oder politisch bedingt sind;

6. eine Streitpartei die prinzipielle Entscheidung auf dem Rechtsweg will, um eine Rechtsauffassung bestätigen zu lassen oder Rechtssicherheit für ähnliche Fälle zu bekommen.

Mediation ist erschwert, wenn

1. Streitparteien aufgrund verschwiegener Bindungen nicht völlig eigenverantwortlich verhandeln können und wiederholt Rücksprache halten müssen;

2. es auf dem Rechtsweg absehbar zu einer eindeutigen Entscheidung kommen würde;

3. mindestens eine Streitpartei Anlass zu der Vermutung gibt, dass die Mediation der Gewinnung vertraulicher Informationen, der Verzögerung oder der taktischen Positionierung dienen soll;

4. durch demonstrative Bereitschaft die Verantwortung für ein provoziertes späteres Scheitern auf den Gegner abgewälzt werden soll, um den Streitfall doch noch vor Gericht zu bringen;

5. fehlendes Wissen über die Mediation zu Vorbehalten führt, etwa wegen der Befürchtung, Geheimnisse verraten zu müssen, Fristen zu versäumen oder auf Ansprüche zu verzichten;

6. Streitparteien die Mediation als „minderwertige“ Alternative zum Rechtsweg betrachten oder Angst vor einem Gesichtverlust beim Einbeziehen von Dritten haben (Kraus 2005).

Dies zeigt einerseits, dass Mediation kein Patentrezept ist und keine Erfolgsgarantien bestehen. Andererseits lohnt es sich das Verhandeln: Mediation in Streitfällen aus Gewerbemietverträgen ist

- ein Beitrag zur vermierterseitigen betrieblichen Qualitätssicherung, da Störungen des Vertragsverhältnisses zeit- und ortsnahe behandelt werden können;
- eine Form der nachhaltigen Bestandsentwicklung;
- ein Frühwarnsystem, da auch konfliktbegünstigende Rahmenbedingungen aufgedeckt werden;
- eine Möglichkeit zur Beilegung von Streitfällen, die bei weitgehender Vertragsfreiheit über die Möglichkeiten des Zivilprozesses hinausgeht;
- eine Absicherung der Streitparteien für den Fall eines folgenden Rechtsstreits durch den Nachweis der Bemühungen um eine Einigung;
- eine Entlastung des Vermieters im Tagesgeschäft durch eine zusätzliche Handlungsoption und
- eine Form der Kostenkontrolle: Die Kosten für die Mediation in einem Streitfall liegen in der Größenordnung einer Monatsmiete!

Der Weg in die Praxis

Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. (§ 133 BGB Auslegung einer Willenserklärung.)

Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. (§ 157 BGB Auslegung von Verträgen.)

Mediatoren mit dem Fachgebiet (Immobilien-)Wirtschaft müssen bei Bedarf regional gesucht werden: Es gibt eine Reihe freier Mediatoren sowie Rechtsanwälte mit dem Nebengeschäft Mediation, einige Industrie- und Handelskammern betreiben kaufmännische Schlichtungsstellen, die Kölner „Centrale für Mediation“ führt ein Branchenverzeichnis (www.centrale-fuer-mediation.de). Ein Berufsverband existiert nicht, nur etwa ein Dutzend unterschiedlich präserter Verbände, die hauptsächlich Marktsegmente betreiben.

Im Vorgespräch mit dem Mediator sind folgende Fragen zu klären:

GuT-Netzwerk

Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum

www.gut-netzwerk.de

Hinweise in GuT 2007, 9

- Warum soll gerade jetzt eine Mediation stattfinden? Wie kam die Idee zustande? Wer verspricht sich was davon? Wie ist die Vorgeschichte des Streitfalles, was war der Auslöser?
- Sollen neue Lösungen entwickelt oder soll zwischen Lösungen ausgewählt werden?
- Welche Chancen und Risiken sieht der Mediator im konkreten Streitfall, wie schätzt er den Kosten- und Zeitrahmen ein? Besteht allseits Interesse an einer einvernehmlichen Beilegung?

Typische Stundensätze sind 150–300 Euro zuzüglich Umsatzsteuer, dabei erscheinen mehr als 2–3 Sitzungen als kaum sinnvoll. Da das neue Rechtsdienstleistungsgesetz erstmals Mediation von Rechtsberatung abgrenzt und die Streitparteien meist ohnehin einen Rechtsbeistand befragen, ist kein Rechtsverzicht zu befürchten. Insbesondere die Rechtsentsprechung (Sittenwidrigkeit) und das Ruhen von Fristen während der Verhandlungen sind für den konkreten Fall zu prüfen. Getroffene Einigungen können als Ergänzung in den Mietvertrag aufgenommen, vor Ort als Anwaltsvergleich festgeschrieben oder von einem Notar beglaubigt werden. Die Sorge früherer Jahre über „fehlende Rechtsverbindlichkeit“ von Mediation ist damit grundlos. Seit längerem wird vor allem in Hessen, Niedersachsen, Mecklenburg-Vorpommern, seit 2006 auch in Berlin, Mediation an ausgewählten Gerichten mit günstigen Gebührenregelungen angeboten. Verwiesen sei hier auf den Berliner Bericht über Gerichtsnahe Mediation (GMB 2005) und einen aktuellen Kostenvergleich (Bregenhorn 2007).

Der Weg zur Mediation ist also in Deutschland frei, doch wird die Akzeptanz einvernehmlicher Streitbeilegung in der Immobilienwirtschaft letztlich bestimmt durch

- das Selbstbild des Unternehmens;
- das Interesse an längerfristiger Kundenbindung im Einzelfall;
- die Einschätzung des Einzelfalles (Leidensdruck Kostenentwicklung) sowie
- die „Schlichtungserfahrung“ in vergleichbaren Problemlagen.

Trotz bisheriger Standardreaktionen („Ein ordentlicher Unternehmer wendet sich an ordentliche Gerichte!“ – „Ich habe es nicht nötig, über meinen Rechtsanspruch zu verhandeln!“) besteht die Hoffnung auf einen gesellschaftlichen Lernprozess. Eine neuere Studie belegt, dass positive Erfahrungen mit außergerichtlichen Einigungen deren Verbreitung fördern können (Nestler et al. 2005). Unternehmer beklagen gern gesellschaftliche und wirtschaftliche Zwänge – das Streben nach (Vertrags-)Freiheit durch die Nutzung von Verhandlungsspielräumen wäre da folgerichtig. Und schließlich können Unternehmen sich durch die Nutzung der Mediation zeitgemäß als innovative Dienstleister präsentieren, ohne jede ihrer Aussagen als Verhandlungsbasis erscheinen zu lassen. Das verstärkte Interesse skandinavischer, US-amerikanischer und britischer Investoren am deutschen Markt für Wohn- und Gewerbeimmobilien lässt die weitere Akzeptanz mediativer Optionen und Veränderungen in der Vertragspflege erwarten. Sind doch in den Rechtssystemen vieler anderer Länder solche Verfahrensweisen längst üblich. Die Entwicklung bleibt spannend.

Literatur

- Bregenhorn, Siegbert: Kostenvergleich Mediation - Schiedsgericht - Zivilgericht. Arbeitsmaterial Eucon-Institut, München 2007 (Bezugsquelle www.eucon-institut.de)
- Kraus, Mario H.: Mediation - wie geht denn das? Ein Praxis-Handbuch für außergerichtliche Streitbeilegung. Junfermann, Paderborn 2005
- Nestler, Claudia, Michael Hammes, Stephan Breidenbach, Ulla Gläser & Lars Kirchhoff: Commercial Dispute Resolution. Konfliktbearbeitungsverfahren im Vergleich. PricewaterhouseCoopers, Frankfurt/Main, und Europa-Universität Viadrina, Frankfurt/Oder 2005
- Bericht der Arbeitsgruppe Mediation bei den Berliner Gerichten (GMB). Berlin 2005 (Bezugsquelle www.centrale-fuer-mediation.de)

Der Autor

Mario H. Kraus, Mediator aus Berlin (www.mediation-kraus.de) betreut ein großes städtisches Wohnungsunternehmen, ist Lehrbeauftragter für Mediation an der Universität Rostock und Fachautor.

Gewerbemiete

§ 566 BGB a. F.

Gebäudemiete; Mietvorvertrag; Formerfordernis; Schriftform; Mitwirkung am Hauptvertrag; Seniorenpflegeheim; vergebliche Planungsaufwendungen

Die Vereinbarung in einem Vorvertrag, dass ein langfristiges Mietverhältnis begründet werden soll, unterliegt nicht dem Formerfordernis des § 566 BGB a. F.

Sie verpflichtet die Parteien aber zur Mitwirkung am Zustandekommen des schriftlichen und damit der Form des § 566 BGB a. F. genügenden Hauptvertrages.

(BGH, Urteil vom 7. 3. 2007 – XII ZR 40/05)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin nimmt die Beklagte wegen vergeblicher Planungsaufwendungen aus einer vertraglichen Absprache in Anspruch.

2 Die Parteien trafen am 7. Oktober 1999 eine als „Mietvertrag“ bezeichnete Vereinbarung, mit der sich die Klägerin verpflichtete, der Beklagten gegen Entgelt ein noch zu errichten-

des Altenpflegeheim zur Nutzung zu überlassen. Im Vertrag heißt es u. a.:

„§ 1 Mietobjekt

1. Der Vermieter wird Eigentümer der Immobilie – A. D. – in S. Auf dem Grundstück wird ein Senioren-Pflegeheim (Mietobjekt) errichtet.

2. Der Vermieter vermietet an den Mieter ein fertig gestelltes, betriebs- und benutzungsfähiges Seniorenpflegeheim mit insgesamt ca. 180 Betten gemäß folgenden Anlagen, die Bestandteil dieses Vertrages sind:

Anlage 1: Lageplan

Anlage 2: Baubeschreibung

Anlage 3: Baugenehmigung

Anlage 4: Ausführungszeichnungen (soweit vorhanden)

...

6. Der Mieter ist verpflichtet, das Mietobjekt mit Fertigstellung zu übernehmen. Als Fertigstellungstermin gilt der Zeitpunkt gemäß § 5 Abs. 2, spätestens jedoch der Zeitpunkt der behördlichen Gebrauchsabnahme. ...

§ 2 Vertragsdauer

1. Das Mietverhältnis wird auf die Dauer von 20 Jahren fest vereinbart. Es beginnt mit dem in § 1 Abs. 6 genannten Termin.

...

§ 5 Übergabe des Mietgegenstandes

...

2. Den verbindlichen Übergabetermin wird der Vermieter spätestens vier Monate vorher dem Mieter schriftlich mitteilen.

§ 16 Sonstiges

...

2. Vermieter und Mieter sind berechtigt, vom Mietvertrag zurückzutreten, wenn die Baugenehmigung, bezogen auf die geplante, in diesem Mietvertrag vorgesehene Nutzung, versagt wird und wenn die geplante Finanzierung, bezogen auf die Gesamtkonzeption und die Bonität des Hauptmieters, nicht zustande kommt.

3. Dieser Mietvertrag gilt weiterhin vorbehaltlich der Beibringung aller behördlichen Genehmigungen.“

3 Die Klägerin begann mit Planungen für das Objekt. Mit Schreiben vom 23. Juli 2001 kündigte die Beklagte die Vereinbarung unter Berufung auf § 16 des Vertrages. Die Klägerin nahm den von ihr gestellten Baugenehmigungsantrag zurück. Zwischen den Parteien besteht Streit, ob es sich bei der getroffenen Vereinbarung bereits um einen bindenden Mietvertrag oder lediglich um einen Vorvertrag handelt. Die Gründe, die dazu geführt haben, dass der Vertrag nicht durchgeführt wurde, sind zwischen den Parteien ebenfalls streitig.

4 Die Klägerin verlangt Ersatz der ihr mit dem Abschluss des Vertrages erwachsenen Aufwendungen. Das Landgericht Stendal hat der Klage dem Grunde nach stattgegeben. Es ist von einem rechtswirksamen Mietvertrag ausgegangen, den die Beklagte durch ihre unberechtigte Kündigung verletzt habe. Das Berufungsgericht [OLG Naumburg] hat das Urteil des Landgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen. Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision.

5 **Aus den Gründen:** Die Revision führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

6 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Klägerin stehe kein Anspruch auf Schadensersatz zu. Dabei könne dahinstehen, ob es sich bei der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung um einen Mietvertrag oder lediglich einen Vorvertrag dazu handele.

7 Bejahe man mit dem Landgericht einen Mietvertrag, so habe dieser mangels Einhaltung der Schriftform gemäß § 566 BGB a. F. ordentlich gekündigt werden können. Dabei könne offen bleiben, ob die Schriftform schon deshalb nicht gewahrt sei, weil die in § 1 Abs. 2 genannten Anlagen der Vereinbarung nicht beigelegt gewesen seien. Zu den wesentlichen Punkten, die dem Schriftformerfordernis unterlägen, gehöre die Dauer des Vertrages. Werde der Vertrag mit einer Festlaufzeit (hier: 20 Jahre) geschlossen, unterlägen Anfangs- und Enddatum der Beurkundungspflicht. Nur wenn sich beide Daten aus der Urkunde ergäben, könne ein Erwerber verlässlich erkennen, für welchen Zeitraum der Mietvertrag – noch – bestehe. Das gelte insbesondere für die Fälle, in denen das Mietobjekt bei Vertragsschluss noch nicht existiere, sondern erst errichtet werden solle. In einem solchen Fall könnten der Zeitpunkt des Vertragsschlusses und derjenige des Vertragsbeginnes um Jahre auseinander liegen. Im vorliegenden Fall datiere der Vertrag vom Oktober 1999, während das Vertragsverhältnis erst mit dem Zeitpunkt der Fertigstellung habe beginnen sollen. Dieser Zeitpunkt sei bei Vertragsschluss weder bestimmt noch bestimmbar gewesen.

8 Folge man der Ansicht, dass es sich bei der Vereinbarung noch nicht um den Mietvertrag selbst, sondern nur um einen

Vorvertrag handele, ergebe sich kein anderes Ergebnis. Zwar unterliege der Vorvertrag nicht dem Formerfordernis. Formbedürftig sei erst die Abrede, durch die der Vorvertrag zum endgültigen Vertrag werde. Im vorliegenden Fall sei bereits nicht ersichtlich, dass es dann überhaupt einen Mietvertrag gäbe, jedenfalls gäbe es keinen, der der Schriftform des § 566 BGB a. F. entspreche. Die Beklagte wäre im Ergebnis auch bei Annahme eines Mietvertrages, der ohne Beachtung der Form zustande gekommen wäre, nicht gehindert gewesen, den Vertrag zu kündigen.

9 2. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

10 a) Der Wirksamkeit der getroffenen Vereinbarung steht nicht entgegen, dass dem Vertrag die in § 1 Abs. 2 genannten Anlagen nicht beigelegt waren. Zwar gehört die Einigung über den Vertragsgegenstand zum wesentlichen Vertragsinhalt. Dieser muss zumindest bestimmbar sein (Schmidt-Futterer/Blank Mietrecht 9. Aufl. vor § 535 Rdn. 11). Das ist hier der Fall. Nach § 1 Abs. 2 der Vereinbarung sollte der Vermieter auf dem Grundstück „A. D.“ ein Senioren-Pflegeheim mit insgesamt 180 Betten errichten und dem Mieter zur Nutzung überlassen. Die Überlassungsverpflichtung bezog sich auf das gesamte Gebäude. Damit war der Vertragsgegenstand hinreichend individualisiert.

11 b) Die Schriftform scheidet nicht daran, dass die Parteien die in § 1 Abs. 2 genannten Anlagen der Vereinbarung nicht beigelegt haben. Zwar gehört auch der Mietgegenstand zu den wesentlichen und damit formbedürftigen Elementen eines langfristigen Mietvertrages (vgl. BGH, Senatsurteil vom 2. November 2005 – XII ZR 233/03 – NJW 2006, 140 [= GuT 2006, 10]). Danach muss der Mietgegenstand im Vertrag so ausreichend individualisiert sein, dass er für einen Rechtsnachfolger (§ 571 BGB a. F. = § 566 BGB), den § 566 BGB a. F. (= § 550 BGB) in erster Linie schützen will, ausreichend bestimmbar ist. Das ist hier der Fall. Mietgegenstand sollte nach seiner Fertigstellung ein „betriebs- und benutzungsfähiges Seniorenpflegeheim mit insgesamt 180 Betten“ auf dem Grundstück „A. D.“ sein. Damit war das gesamte Gebäude vermietet, das der Vermieter auf dem Grundstück errichten würde, unabhängig davon, welche Größe und Ausstattung es im Einzelnen aufweisen und wo genau es auf dem Grundstück entstehen würde. Den Anlagen, die bei Vertragsschluss erst zu einem geringen Teil vorhanden waren, kam insoweit kein eigener Erklärungswert zu; sie dienten lediglich der Verdeutlichung des im formgültig abgeschlossenen Vertrag enthaltenen Mietgegenstandes (Orientierungshilfe). Der Streitfall unterscheidet sich wesentlich von den Fällen, in denen nur Teile eines Gebäudes vermietet werden und für einen Rechtsnachfolger aus dem Mietvertrag nicht ersichtlich ist, um welche Teile es sich dabei handelt (vgl. dazu Senatsurteil vom 2. November 2005 – XII ZR 233/03 – NJW 2006, 140 [= GuT 2006, 10]).

12 c) Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Dauer des Mietvertrages zu den wesentlichen Vertragsbedingungen gehört und deshalb formbedürftig ist. Der Senat hat – nach Verkündung des Berufungsurteils – entschieden, dass die Vertragsdauer nicht bestimmt angegeben werden muss, sondern die Form gewahrt ist, wenn die Einigung über die Dauer beurkundet ist und ihr Inhalt bestimmbar bleibt (Senatsurteil vom 2. November 2005 – XII ZR 212/03 – NJW 2006, 139 [= GuT 2006, 11]). Dafür genügt es, dass der Sachverhalt so genau bestimmt ist, dass bei seiner Verwirklichung kein Zweifel am Vertragsbeginn verbleibt. Der Senat hat deshalb in der Vereinbarung, dass das Mietverhältnis „mit der Übergabe der Mieträume“ beginnen solle, einen ausreichend bestimmbar Beginn des Mietverhältnisses gesehen (Senatsurteil a. a. O.).

13 Nichts anderes gilt im Streitfall. Gemäß § 2 Abs. 1 der vertraglichen Vereinbarung sollte das Mietverhältnis mit dem in § 1 Abs. 6 genannten Fertigstellungstermin beginnen. Als Fertigstellungstermin bestimmt § 1 Abs. 6 Satz 2 den Zeitpunkt, den der Vermieter als Übergabetermin verbindlich festlegt. Aufgrund

dieser Beschreibung lässt sich der Beginn des Mietverhältnisses – nach Mitteilung des verbindlichen Übergabetermins – eindeutig bestimmen. Mit der Mitteilung des – zunächst unbestimmten – Übergabetermins steht der Beginn des Mietverhältnisses fest, wird aus dem bestimmbar ein bestimmter Termin.

14 d) Mit Erfolg wendet sich die Revision auch gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, bei Annahme eines Vorvertrages wäre die Beklagte nicht gehindert, diesen zu kündigen. Im Ausgangspunkt geht das Berufungsgericht allerdings zutreffend davon aus, dass ein Vorvertrag nicht den Formerfordernissen des § 566 BGB a. F. unterliegen würde (BGH, Urteile vom 7. Oktober 1953 – VI ZR 20/53 – BB 1953, 958 und vom 4. Juni 1961 – VIII ZR 132/60 – BB 1961, 1027). Dem schließt sich der Senat an.

15 Die Ausführungen des Berufungsgerichts legen demgegenüber aber den Schluss nahe, dass es entgegen der von ihm gewählten Formulierung der Meinung war, aus einem formlosen Vorvertrag könne kein Anspruch auf Abschluss eines – formgerechten – Hauptvertrages bestehen. Diese Auffassung ist unzutreffend. Ist im Vorvertrag vereinbart, dass ein langfristiges Mietverhältnis begründet werden soll, so sind beide Parteien zur Mitwirkung am Zustandekommen des schriftlichen und damit der Form des § 566 BGB a. F. genügenden Hauptvertrages verpflichtet (Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete Kap. 3 Rdn. 20; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht 9. Aufl. Vor § 535 Rdn. 107). Daneben bestehen vertragliche Nebenpflichten, insbesondere dahin, alles zu unterlassen, was dem Abschluss des Hauptvertrages entgegenstehen könnte. Werden diese Verpflichtungen verletzt, so kann der jeweils andere Vertragsteil Schadensersatz verlangen (Lindner-Figura/Oprée/Stellmann a. a. O. Rdn. 25; Schmidt-Futterer/Blank a. a. O. Rdn. 106). Die unberechtigte Kündigung des Vorvertrages bzw. die Weigerung, einen formgerechten Hauptvertrag abzuschließen, wären solche zum Schadensersatz führenden Verletzungen des Vorvertrages.

16 3. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden. Die Beklagte hat sich darauf berufen, dass sie – unabhängig von der Einhaltung der Schriftform – nach § 16 des Vertrages zur Kündigung berechtigt gewesen sei, weil die Klägerin ihrerseits ihren Verpflichtungen nicht nachgekommen sei. Das Landgericht hat dazu Beweis erhoben. Da das Berufungsgericht keine Feststellungen hierzu getroffen hat, ist eine Entscheidung darüber, ob der Klägerin ein Anspruch auf Schadensersatz zusteht, dem Senat derzeit nicht möglich.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 543, 273 BGB

Geschäftsraummiete; Zurückbehaltung der Mietsicherheit; fristlose Kündigung des Vermieters vor der Übergabe des Mietobjektes

Der Mieter von Geschäftsräumen hat in der Regel kein Zurückbehaltungsrecht an der Kaution.

Ob allein die Nichtzahlung der Kaution den Vermieter bereits vor Übergabe des Mietobjektes zur fristlosen Kündigung gemäß § 543 Abs. 1 BGB berechtigt, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab.

(BGH, Urteil vom 21. 3. 2007 – XII ZR 255/04)

1 **Zum Sachverhalt:** ie Klägerin verlangt von der Beklagten Miete und nach Kündigung des Vertrages Ersatz von Mietausfallschaden. Die Beklagte macht widerklagend entgangenen Gewinn geltend.

2 Mit notariellem Vertrag vom 27. September 1999 vermietete die Klägerin der Beklagten zwei Häuser in B. zur Nutzung als Medien- und Geschäftszentrum. Die Mietobjekte sollten von der Klägerin instand gesetzt und der Beklagten in einem der beigefügten Baubeschreibung entsprechenden Ausbauzustand

übergeben werden. Die Baubeschreibung sah u. a. die Errichtung einer solide dimensionierten Grundinstallation für die Telekommunikationsanlagen vor. „Nach vollständiger Fertigstellung ... des jeweiligen Hauses nebst Außenanlagen“ sollte die Beklagte zur Übernahme der Mietobjekte verpflichtet sein. Mit der Übergabe sollte der Mietvertrag beginnen und die Miete geschuldet sein. Zur Sicherung der Ansprüche der Klägerin aus dem Mietvertrag war die Beklagte gemäß § 16 des Mietvertrages verpflichtet, verschiedene Sicherheiten beizubringen. Änderungen des Vertrages sollten ebenso wie die Aufhebung der Schriftformklausel der Schriftform bedürfen (§ 21 Abs. 3 des Mietvertrages).

3 Mit notariell beurkundeten Nachtragsverträgen vom 21. August 2000, 12. Juli 2001 und Mietbestätigungsvereinbarung vom 8. Mai 2002 haben die Parteien den Mietvertrag wegen wiederholter Verzögerungen der zunächst für Februar bzw. September 2001 geplanten Fertigstellung zuletzt dahin abgeändert, dass die Fertigstellung und Übergabe der Mietobjekte spätestens zum 1. Februar 2003 erfolgen und der Mietvertrag bis zum 31. Januar 2023 laufen sollte. Eine Bürgschaft der Beklagten über 900 000 € sollte bis 31. Dezember 2002 und eine Sicherheit der T. M. C. Ltd., L. über 500 000 € bis 18. Mai 2002 beigebracht werden. Letztere hat die Beklagte der Klägerin fristgemäß übergeben.

4 Die Klägerin hat der Beklagten wiederholt die Übergabe der Mietobjekte angeboten (Schreiben vom 14. Januar 2003, 19. Februar 2003 und 20. März 2003) und die Bürgschaft der Beklagten angemahnt.

5 Unter Hinweis auf das Fehlen der Grundinstallation für die Telekommunikationsanlagen und weitere Mängel der Mietobjekte hat die Beklagte eine Übernahme abgelehnt und bezüglich der Bürgschaft ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht.

6 Mit Schreiben vom 28. März 2003 hat die Klägerin den Mietvertrag fristlos gekündigt, weil die Beklagte die geschuldete Kaution nicht erbracht und die Übernahme des vertragsgerecht fertig gestellten Objekts verweigert habe. Sie behauptet, die Parteien hätten abweichend von dem schriftlichen Mietvertrag nachträglich vereinbart, dass die Grundinstallation für die Telekommunikationsanlagen nicht von der Klägerin, sondern von der Beklagten in Auftrag gegeben werden solle. Bei den übrigen Mängeln handele es sich um kleinere Schönheitsfehler, die die Gebrauchs- und Bezugsfertigkeit der Mietobjekte nicht beeinträchtigten.

7 Die Beklagte hat ihrerseits, nachdem sie der Klägerin Abhilfezeiten zur Fertigstellung der Mietobjekte gesetzt hatte, mit Schreiben vom 7. April 2003 den Mietvertrag fristlos gekündigt.

8 Das Landgericht Berlin hat die auf Miete und Schadensersatz gerichtete Klage abgewiesen und der auf Zahlung entgangenen Gewinns gerichteten Teilwiderklage dem Grunde nach stattgegeben. Gegen das die Berufung der Klägerin zurückweisende Urteil richtet sich die Revision der Klägerin. Das Berufungsgericht [KG WuM 2005, 199] hat die Revision zur Fortbildung des Rechts im Hinblick auf die Frage der vertraglich vereinbarten Fertigstellung im Rahmen von Mietverträgen bzw. zur Nichterbringung einer vertraglich vorgesehenen Sicherheit vor Übergabe des Mietgegenstandes zugelassen.

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

10 I. Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

11 Der von der Klägerin für die Zeit vom 1. bis 28. März 2003 geltend gemachte Mietzinsanspruch bestehe nicht, weil der Mietzins gemäß § 5 Abs. 1 des Mietvertrages erst ab Übergabe der Mietobjekte geschuldet, die Beklagte aber mangels Fertigstellung der Mietobjekte nicht zur Übernahme verpflichtet gewesen sei.

12 Schon das Fehlen der gemäß Baubeschreibung geschuldeten Grundinstallation für die Telekommunikationsanlagen schließe eine Fertigstellung aus. Soweit die Klägerin behauptet

habe, die Parteien hätten insoweit den schriftlichen Mietvertrag mündlich geändert, stehe der Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung die in § 21 Abs. 3 des Mietvertrages enthaltene qualifizierte Schriftformklausel entgegen.

13 Selbst wenn man eine konkludente Abänderung der Schriftformklausel für zulässig halte, könne die Klägerin hieraus zu ihren Gunsten nichts herleiten. Es fehle an Vortrag dazu, wann/wo/wer mit wem in Abänderung des Vertrages eine Übernahme der Grundinstallation für die Telekommunikationsanlagen durch die Beklagte vereinbart habe.

14 Auch die weiteren von der Beklagten gerügten Mängel stünden einer Fertigstellung der Mietobjekte entgegen. Deren Gesamtheit rechtfertige die Annahme einer erheblichen Gebrauchsbeeinträchtigung im Sinne des § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB.

15 Die Klägerin habe auch keinen Anspruch auf Ersatz eines sogenannten Kündigungsfolgeschadens in Höhe des entgangenen Mietzinses für die geltend gemachte Zeit ab fristloser Kündigung bis Ende April 2003. Denn die Klägerin sei zu einer Kündigung aus wichtigem Grund wegen Nichtleistung der vereinbarten Sicherheit nicht berechtigt gewesen. Zwar werde die Auffassung vertreten, dass eine solche Kündigung auch schon vor Übergabe der Mietsache möglich sei, wenn das Sicherheitsbedürfnis des Vermieters durch das Verhalten des Mieters berührt werde, also wenn vertragswidriges Verhalten des Mieters den Zugriff auf die zu leistende Sicherheit rechtfertigen würde. Das sei hier gerade nicht der Fall. Da die Klägerin noch keinen Anspruch auf Zahlung der Miete gehabt habe, habe auch kein Sicherheitsbedürfnis bestanden.

16 Selbst wenn bei Nichtzahlung der Kaution ein Recht zur Kündigung vorgelegen hätte, hätte dieses nicht zu dem von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzanspruch geführt, da eine Mietzinsverpflichtung der Beklagten bereits deshalb nicht bestanden habe, weil eine Übergabe der Mietobjekte mangels Fertigstellung nicht möglich gewesen sei.

17 Soweit die Klägerin geltend mache, die Konzernmutter der Beklagten sei vermögenslos, weshalb die von ihr gestellte Sicherheit wertlos sei, stelle dies keinen wichtigen Grund zur Kündigung des Mietvertrages dar, da die Beibringung der Sicherheit den vertraglichen Vereinbarungen entsprochen habe und das Risiko der Wertlosigkeit von Anfang an bei der Klägerin gelegen habe.

18 Die Widerklage sei dem Grunde nach gerechtfertigt. Da die Klägerin bis zum Ablauf der von der Beklagten gesetzten Frist nicht in der Lage gewesen sei, den vertragsgemäßen Zustand herzustellen, sei die Beklagte zur Kündigung des Vertrages berechtigt gewesen. Deshalb stehe ihr auch ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280, 281 BGB jedenfalls dem Grunde nach zu.

19 II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

20 1. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Miete. Denn sie hat der Beklagten die Mietobjekte nicht in dem vertraglich vereinbarten Zustand zur Übernahme angeboten.

21 a) Es kann dahingestellt bleiben, ob das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen ist, dass die Beklagte zur Übernahme der Mietobjekte nicht verpflichtet war, weil diese mangels Herstellung der vertraglich geschuldeten Grundinstallation für die Telekommunikationsanlagen nicht fertig gestellt waren.

22 b) Die Beklagte war jedenfalls schon wegen der Vielzahl der anderen Mängel der Mietobjekte berechtigt, die Übernahme abzulehnen. Das Berufungsgericht ist nach Würdigung der Mängelliste der Beklagten vom 18. Februar 2003, die auch Gegenstand des von der Klägerin in Auftrag gegebenen Sachverständigengutachtens war, zu dem Ergebnis gelangt, dass diese Mängel in ihrer Gesamtheit die Annahme einer erheblichen Gebrauchsbeeinträchtigung im Sinne von § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB rechtfertigen.

23 Entgegen der Ansicht der Revision ist der Mieter nicht verpflichtet, eine Mietsache, die ihm in vertragswidrigem Zustand angeboten wird, zu übernehmen. Vielmehr kann er die Übernahme ablehnen, wenn das Mietobjekt nicht den vertraglichen Vereinbarungen entspricht und die Sach- oder Rechtsmängel nicht nur geringfügig sind (Staudinger/Emmerich 2006 § 543 Rdn. 18; Blank/Börstinghaus Miete 2. Aufl. § 535 Rdn. 217, § 543 Rdn. 49 m.w.N.; Grapentin in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. IV Rdn. 145). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Das Berufungsgericht ist in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass die Mängel eine erhebliche Gebrauchsbeeinträchtigung zur Folge haben.

24 2. Die Klägerin hat auch keinen Anspruch auf Ersatz entgangener Miete. Denn sie war zur fristlosen Kündigung wegen Nichtleistung der geschuldeten Kaution nicht berechtigt.

25 Zwar stand der Beklagten kein Zurückbehaltungsrecht an der Kaution zu, die nach den Vereinbarungen der Parteien einen Monat vor der Übergabe fällig sein sollte. Denn die Sicherheitsleistung soll den Vermieter ohne Rücksicht auf einen Streit der Parteien über die Berechtigung von Gegenrechten des Mieters in Bezug auf dessen Vertragspflicht zur Zahlung der vereinbarten Miete schützen und ihm während und nach Beendigung des Mietverhältnisses eine erleichterte Durchsetzung seiner berechtigten Ansprüche aus dem konkreten Mietverhältnis gegen den Mieter ermöglichen (OLG Karlsruhe Justiz 2007, 139 m.w.N.). Da die Sicherheitsleistung der Absicherung des Anspruchs des Vermieters auf künftige Leistungen dient, kann das Sicherungsinteresse auch schon vor Übergabe der Mietsache vorliegen. Mit dem Sicherungszweck der Kaution ist ein Zurückbehaltungsrecht des Mieters an der Kaution nach § 273 BGB in der Regel nicht zu vereinbaren.

26 Ob jedoch allein die Nichtzahlung der Kaution den Vermieter zur fristlosen Kündigung berechtigt, hängt gemäß § 543 Abs. 1 BGB von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere davon ab, ob ihm unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien, die Fortsetzung des Mietverhältnisses unzumutbar ist.

27 Hier ist eine Unzumutbarkeit für die Klägerin jedoch noch nicht gegeben. Denn bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin sich selbst nicht vertragstreu verhalten hat, indem sie die vertraglich geschuldete Herstellung der Mietobjekte verweigert hat. Die Durchführung des Mietvertrages war der Klägerin deshalb aufgrund der Nichtbeibringung der geschuldeten Bürgschaft nicht unzumutbar geworden.

28 3. Das Berufungsgericht hat auch zu Recht den mit der Widerklage geltend gemachten Anspruch der Beklagten auf Schadensersatz gemäß §§ 280, 281 BGB dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

29 a) Die von der Revision erhobene Rüge, das Grundurteil sei unzulässig, weil das Berufungsgericht zur Wahrscheinlichkeit eines Schadens keine Feststellungen getroffen habe, greift nicht. Das Berufungsgericht ist insoweit dem Urteil des Landgerichts gefolgt. Danach ist mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Beklagten ein Schaden aus der Nichterfüllung des Mietvertrages entstanden ist.

30 b) Die Beklagte hat den Mietvertrag – entgegen der Ansicht der Revision – auch wirksam fristlos gekündigt. Sie war schon vor Übergabe der Mietobjekte gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 BGB zur fristlosen Kündigung berechtigt, weil die Klägerin ihr die Mietobjekte – wie oben ausgeführt – nicht in dem vertraglich vereinbarten Zustand angeboten und die Mängel nicht binnen der von der Beklagten gesetzten Frist beseitigt hat. Die Klägerin hat sich dabei auch nicht etwa darauf berufen, zu einer Gebrauchsfertigstellung solange nicht verpflichtet zu sein, bis die Beklagte ihrerseits ihre Verpflichtung zur Erbringung der Kaution erfüllt hat. Sie hat vielmehr durch die Erklärung in ihrem Kündigungsschreiben vom 28. März 2003, sie habe das Mietobjekt im vertraglich vereinbarten Zustand zur Übergabe

angeboten, die geschuldete Vertragserfüllung endgültig verweigert. Deshalb war die Beklagte – entgegen der Ansicht der Revision – auch nicht wegen eigener Vertragsuntreue (Nichtbeibringung der geschuldeten Bürgschaft) an der Kündigung gehindert.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 543 BGB
Gewerberaumtiete; fristlose Kündigung;
Nichtzahlung der Kautio**

Zum Kündigungsrecht des Vermieters gemäß § 543 Abs. 1 BGB bei Nichtzahlung der Kautio durch den Mieter von Gewerberaum.

(BGH, Urteil vom 21. 3. 2007 – XII ZR 36/05)

1 Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten um die Frage, ob das zwischen ihnen bestehende Gewerberaumtietverhältnis durch fristlose Kündigung der Beklagten beendet worden ist.

2 Mit Vertrag vom 18. Februar 1999 mietete der Kläger von der Beklagten ein Ladengeschäft im E.-Center in B. Nach § 5. 10. in Verbindung mit § 20. 2. des Mietvertrages sollte der Kläger bis spätestens 31. März 2000 an die Beklagte eine Mietkautio von 60 000 DM zahlen. Dies ist jedoch zu keinem Zeitpunkt geschehen. In einem notariellen Schuldanerkenntnis vom 29. März 2000, dem Verhandlungen der Parteien vorausgegangen waren, versprach der Kläger die Zahlung von rückständigem Mietzins in Höhe von 173 000 DM in monatlichen Raten von 7000 DM ab 1. Mai 2000. Wegen dieser Forderung unterwarf er sich der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde in sein gesamtes Vermögen. Gleichzeitig verpflichtete er sich zur Zahlung einer monatlichen Gesamtmiete von 28 000 DM brutto monatlich an die Beklagte für das streitgegenständliche und ein weiteres von ihm im E.-Center gemietetes Ladengeschäft. Dabei handelte es sich um eine „pauschale Kulanzmiete“, die bis zum 31. März 2003 befristet war. Danach sollten wieder die ursprünglichen mietvertraglichen Vereinbarungen gelten. Der Kläger zahlte ab 1. April 2003 nicht die volle Miete in Höhe von monatlich 12 623,13 €, sondern machte geltend, diese sei wegen Flächenabweichung und Bauarbeiten gemindert. Die Beklagte mahnte mit Schreiben vom 12. Mai 2003 die Zahlung der Rückstände und der Kautio an. Mit Schreiben vom 21. August 2003 kündigte sie das Mietverhältnis fristlos, weil der Kläger mit Mietzahlungen in Höhe von 17 614,68 € in Verzug sei und auch die vereinbarte Mietkautio in Höhe von 30 677,51 € (= 60 000 DM) nicht bezahlt habe. Mit Schriftsatz vom 24. September 2003 kündigte die Beklagte erneut fristlos, weil der Kläger die Kautio nicht erbracht hatte.

3 Mit Endurteil vom 18. Februar 2004 stellte das Landgericht Berlin fest, dass das Mietverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 21. August 2003 nicht beendet worden sei. Zwar sei der Kläger schon deshalb nicht berechtigt gewesen, die monatlich geschuldete Miete von 12 623,13 € zu mindern, weil nach § 5. 9 des Mietvertrages eine Minderung nur zulässig sei, wenn sie unstreitig oder rechtskräftig festgestellt sei. Die fristlose Kündigung vom 21. August 2003 sei jedoch unwirksam, da die Rückstände nicht erheblich genug gewesen seien, um eine fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 a oder 3 b BGB zu begründen. Hinsichtlich der Nichtzahlung der Kautio fehle es an einer Abmahnung. Diese sei erforderlich, weil die Beklagte die Nichtzahlung eine längere Zeit hingenommen habe. Auf die Widerklage der Beklagten verurteilte das Landgericht den Kläger jedoch gleichzeitig zur Räumung des Ladengeschäfts. Die fristlose Kündigung vom 24. September 2003 wegen Nichtzahlung der Kautio sei wirksam. Die erforderliche Abmahnung sei durch das Schreiben vom 21. August 2003 erfolgt. Gegen dieses Urteil hat der Kläger Berufung eingelegt, soweit er auf die Widerklage zur Räumung des Ladengeschäfts verurteilt worden ist. Das Kam-

mergericht hat seine Berufung zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers, mit der er die Abweisung der Widerklage erstrebt.

4 Aus den Gründen: Die Revision hat keinen Erfolg.

5 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass das Mietverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung vom 24. September 2003 beendet worden sei. Es habe ein Kündigungsgrund im Sinne des § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB vorgelegen. Der Kläger habe trotz der Verpflichtung zur Zahlung der Kautio diese nicht an die Beklagte geleistet, so dass der Beklagten eine weitere Vertragsdurchführung nicht zuzumuten gewesen sei. Entgegen der Ansicht des Klägers sei nicht ersichtlich, dass die Beklagte dem Kläger die Zahlung der Kautio erlassen habe.

6 Der Anspruch auf Zahlung der Kautio sei im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung nicht verwirkt gewesen. Die Beklagte habe den Kläger mit Schreiben vom 21. Februar 2001 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Zahlung der Kautio zum 31. Dezember 2000 fällig gewesen sei. Der Kläger habe dann selbst vorgetragen, dass er aufgrund von Abreden mit der Beklagten im Februar 2001 damit habe rechnen müssen, wegen der Kautio nur vorläufig nicht in Anspruch genommen zu werden. Die Kautio sei dann mit Schreiben vom 12. Mai 2003 zur Zahlung bis 21. Mai 2003 angemahnt worden. Im nachfolgenden Schreiben vom 21. August 2003 habe die Beklagte erneut darauf hingewiesen, dass die Kautionszahlung noch offen stehe. Zwar liege zwischen dem ersten Schreiben vom 20. Februar 2001 und dem die Kautio betreffenden nächsten Schreiben ein Zeitraum von über zwei Jahren. Unabhängig von der Frage, ob die verstrichene Zeit überhaupt für die Annahme der Verwirkung ausreiche, fehle es für das Vorliegen einer Verwirkung am Umstandsmoment. Zwar habe der Kläger im Dezember 2002 die ihm eingeräumte Option auf Verlängerung des Vertrages ausgeübt, ohne dass dem die Beklagte wegen der Nichtleistung der Kautio widersprochen hätte. Daraus habe der Kläger jedoch nicht herleiten können, dass die Beklagte die Kautio nicht mehr verlangen werde. Soweit der Kläger sich darauf berufe, dass die Beklagte nach Beendigung des anderen Mietverhältnisses die für dieses gegebene Bankbürgschaft ohne weiteres zurückgegeben habe, ohne die Übertragung dieser Bürgschaft auf das streitbefangene Mietverhältnis zu verlangen, lasse sich auch daraus für das Umstandsmoment nichts herleiten. Denn es handle sich insoweit um zwei voneinander unabhängige Mietverhältnisse.

7 Die Beklagte habe sich im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses auch nicht im Annahmeverzug hinsichtlich der Kautio befunden. Soweit der Kläger unmittelbar nach dem Kündigungsschreiben vom 21. August 2003 angeblich mit dem Center-Manager T. in Kontakt getreten sei und diesem die Leistung einer Bankbürgschaft angeboten habe, fehle es an einem ausreichenden Angebot im Sinne von § 295 BGB. Denn der Kläger sei zur unmittelbaren Übergabe einer Bankbürgschaft in diesem Moment nicht in der Lage gewesen. Durch ein nur wörtliches Angebot des Schuldners komme der Gläubiger nur dann in Verzug der Annahme, wenn er zuvor dem Schuldner erklärt habe, die Leistung nicht entgegenzunehmen. Dies aber sei nicht der Fall gewesen. Soweit der Kläger weiter eine unmissverständliche und unbedingte Kautionsbereitstellung am 9. September 2003 behauptete, sei dieser Vortrag nicht ausreichend. Denn er stehe im Widerspruch zu dem Inhalt des Schreibens des früheren Klägersvertreters vom 10. September 2003. Denn dort heiße es, dass der Kläger die Kautio bis 21. September 2004 (richtig: 20. September 2003) erbringen wolle. Das Leistungsangebot habe damit nicht der Verpflichtung zur sofortigen Leistung entsprochen.

8 Die Nichtzahlung der Kautio stelle auch einen wichtigen Grund im Sinne des § 543 Abs. 1 BGB dar, weshalb der Beklagten die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zu dessen Beendigung durch Fristablauf am 31. März 2009 nicht zumutbar gewesen sei. Ob hierfür allein die Nichtzahlung der Kautio als Pflichtverletzung ausreiche, könne offen bleiben. Denn jeden-

falls habe die Beklagte aufgrund der Entwicklung des Mietverhältnisses ab April 2003 (wieder) einen Grund für die Sicherung ihrer Ansprüche aus dem Mietverhältnis gehabt. Dem Sicherungsbedürfnis der Beklagten sei zunächst dadurch Rechnung getragen worden, dass der Kläger sich in einer notariellen Urkunde zur Nachzahlung von 173 000 DM in monatlichen Raten von 7000 DM verpflichtet gehabt habe, weshalb die Beklagte vorläufig nicht auf die Leistung der Kaution habe bestehen müssen. Darin liege ein Entgegenkommen der Beklagten, das ihr nicht zum Nachteil gereichen könne mit der Folge, dass sie dadurch ihre Rechte wegen der Nichtzahlung der Kaution verloren hätte. Die (vorläufige) Befriedigung des Sicherungsbedürfnisses der Beklagten könne aber nur so lange angenommen werden, solange der Kläger seiner Mietzahlungsverpflichtung und der vereinbarten Ratenzahlung nachgekommen sei. Ab April 2003 habe der Kläger die schriftlich festgelegte Miete nicht mehr in voller Höhe geleistet. Ob die Miete gemindert gewesen sei oder mündliche Absprachen über eine niedrigere Miete vorlagen, könne dahinstehen, weil die Parteien gerade über diese Fragen gestritten hätten. Diese „Unstimmigkeiten“ zwischen den Parteien über die Mietzahlungsverpflichtung habe das berechtigte Sicherungsinteresse der Beklagten an der Leistung der Kaution wieder in den Vordergrund gerückt. Es habe darum ein Sicherungsbedürfnis der Beklagten bestanden, so dass die Nichtzahlung der Kaution für die Annahme eines wichtigen Grundes ausgereicht habe. Die erforderliche Abmahnung sei in der Kündigungserklärung vom 21. August 2003 zu sehen.

9 Die Kündigung sei auch nicht wegen Fristablaufs unwirksam. Zwar sei nach § 314 Abs. 3 BGB die fristlose Kündigung innerhalb angemessener Frist zu erklären. Diese sei jedoch gewahrt. Es könne dahingestellt bleiben, ob die Frist überhaupt in Gang gesetzt worden sei. Denn nach den vom Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung zu § 626 Abs. 2 BGB entwickelten Grundsätzen, wonach bei einem Dauertatbestand die Frist nicht vor dem Entfallen des Kündigungsgrundes zu laufen beginne, hätte die Kündigungsfrist vorliegend noch nicht begonnen, weil der Kläger die Kautionszahlung nie geleistet habe. Wenn angenommen werde, dass die Frist frühestens mit Ausspruch der Abmahnung beginne, so habe die Beklagte diese auch eingehalten. Die Abmahnung sei mit Schreiben vom 21. August 2003 erfolgt, die Kündigung mit Schriftsatz vom 24. September 2003.

10 Das Kündigungsrecht der Beklagten sei auch entgegen der Ansicht des Klägers nicht verwirkt. Zwar habe die Beklagte nach dem Schreiben vom 20. Februar 2001, mit dem sie die Kautionszahlung angemahnt habe, über zwei Jahre zugewartet, bevor sie die Kautionszahlung wieder gefordert und schließlich gekündigt habe. Es könne dahingestellt bleiben, ob dieser Zeitraum für die Annahme des Zeitmoments bereits ausreiche. Jedenfalls habe der Kläger kein Verhalten der Beklagten dargelegt, aus dem er hätte schließen können, diese werde ihr Kündigungsrecht auch künftig nicht ausüben.

11 II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

12 1. Das Berufungsgericht hat zu Recht und mit zutreffender Begründung verneint, dass die Beklagte dem Kläger die Kautionszahlung erlassen habe und dass die Beklagte bei Erklärung der fristlosen Kündigung ihren Anspruch auf die Kaution verwirkt gehabt habe. Insoweit wird das Urteil von der Revision auch nicht angegriffen.

13 2. Die Revision macht jedoch geltend, die von der Beklagten mit Schriftsatz vom 24. September 2003 erklärte fristlose Kündigung sei schon deswegen unwirksam, weil sich die Beklagte zu diesem Zeitpunkt – entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichts – hinsichtlich der Kaution im Annahmeverzug befunden habe. Zwar möge die Beklagte durch das wörtliche Angebot des Klägers kurz nach dem 21. August 2003 – wie das Berufungsgericht ausführe – noch nicht in Annahmeverzug geraten sein, weil das Angebot des Klägers vor und

nicht nach der Ablehnung der Kautionsleistung durch die Beklagte erfolgt sei. Doch habe das Oberlandesgericht nicht beachtet, dass der Kläger das mündliche Angebot vom 9. September 2003 und das schriftliche Angebot vom 10. September 2003 nach dieser Ablehnung der Kautionsleistung gemacht habe. Auch habe das Berufungsgericht verkannt, dass das mündliche Angebot vom 9. September ohne weiteres in Einklang zu bringen sei mit dem nachfolgenden schriftlichen Angebot, in dem die Übersendung der Mietkaution in Form einer Bankbürgschaft bis zum 20. September 2003 angetragen worden sei. Die Beklagte sei daher durch beide Angebote nach § 295 BGB in Annahmeverzug geraten.

14 Dem ist jedoch nicht zu folgen. Wenn man mit der Revision davon ausgeht, dass das mündliche Angebot vom 9. September und das schriftliche Angebot vom 10. September 2003 inhaltlich übereinstimmen, so hätte – weil die Beklagte zuvor angeblich abgelehnt hatte, die Kaution entgegenzunehmen – in beiden Fällen zwar ein wörtliches Angebot gemäß § 295 BGB genügt, um die Beklagte in Verzug der Annahme zu setzen. Ein solches Angebot hätte aber der geschuldeten Leistung, also der sofortigen Stellung einer Kaution in Höhe von 30 677,51 €, entsprechen müssen (vgl. Palandt/Heinrichs BGB 66. Aufl. § 295 Rdn. 3). Dies hat der Kläger der Beklagten jedoch nicht angeboten. Vielmehr sollte nach seinem Angebot die Kaution nicht sofort am 9. bzw. 10. September 2003, sondern erst am 20. September 2003 und lediglich in Höhe von 30 000 € gestellt werden. Außerdem sollte laut Schreiben vom 10. September 2003 für den Fall, dass der Kläger die Kaution nicht stellte, das Mietverhältnis bis zum 31. Dezember 2003 fort dauern und mit diesem Zeitpunkt enden.

15 3. Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Beklagte das zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis mit Schriftsatz vom 24. September 2003 wirksam aus wichtigem Grund gekündigt hat.

16 Nach § 543 Abs. 1 Satz 1 BGB kann jede Partei das Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann (§ 543 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Beantwortung der Frage, ob eine Unzumutbarkeit in diesem Sinne vorliegt, ist das Ergebnis einer wertenden Betrachtung; diese obliegt in erster Linie dem Tatrichter und kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob der Tatrichter die maßgebenden Tatsachen vollständig und fehlerfrei festgestellt und gewürdigt hat oder ob er die allgemein anerkannten Maßstäbe berücksichtigt und richtig angewandt hat (BGH Urteil vom 11. Januar 2006 – VIII ZR 364/04 – NJW 2006, 1585, 1586 [= WuM 2006, 193] m.w.N.). Das Revisionsgericht kann regelmäßig nur überprüfen, ob das Berufungsgericht Rechtsbegriffe verkannt hat oder ob dem Tatrichter von der Revision gerügte Verfahrensverstöße unterlaufen sind, er etwa wesentliche Tatbestände übersehen oder nicht vollständig gewürdigt oder Erfahrungssätze verletzt hat. Dies ist hier nicht der Fall.

17 a) Demgegenüber macht die Revision geltend, dass bei der Prüfung der Frage, ob dem Kündigungsberechtigten die Fortsetzung des Vertrages unzumutbar ist, strenge Anforderungen zu stellen seien. Die Nichtzahlung der Kaution stelle in der Regel keine derart schwerwiegende Störung des Mietverhältnisses dar, dass dem Vermieter dessen Fortsetzung nicht mehr zuzumuten wäre.

18 Dem kann nicht gefolgt werden. Die Kaution befriedigt regelmäßig ein legitimes Sicherungsbedürfnis des Vermieters. Die Nichtzahlung der Kaution stellt damit grundsätzlich eine erhebliche Vertragsverletzung dar. Der Vermieter kann daher jedenfalls im Bereich der Gewerberaumiete vor der Kündigung

in der Regel nicht auf die Einklagung der Kaution verwiesen werden (vgl. Schmidt- Futterer/Blank Mietrecht 9. Aufl. § 543 BGB Rdn. 178 f. m.w.N.).

19 b) Weiter rügt die Revision, das Berufungsgericht sei bei der Gesamtabwägung, ob dem Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses bei Ausspruch der Kündigung unzumutbar gewesen sei, von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen. Es habe nämlich angenommen, dass die Beklagte aufgrund der Entwicklung des Mietverhältnisses ab April 2003 (wieder) einen Grund für die Sicherung ihrer Ansprüche aus dem Mietverhältnis gehabt habe. Dabei habe es seinen Erwägungen zugrunde gelegt, dass sich der Kläger in der notariellen Urkunde vom 29. März 2000 auch hinsichtlich der geschuldeten Miete bis zum 31. März 2003 der Zwangsvollstreckung unterworfen gehabt habe. Dies sei jedoch nicht der Fall gewesen. Tatsächlich habe sich der Kläger lediglich wegen der Rückstände der Zwangsvollstreckung in sein Vermögen unterworfen. Dementsprechend habe das notarielle Schuldanerkenntnis dem Sicherungsbedürfnis der Beklagten auch nur für Forderungen bis April 2000, nicht aber darüber hinaus, Rechnung getragen.

20 Auch dem kann nicht gefolgt werden. Das Berufungsgericht ist ersichtlich davon ausgegangen, dass bis April 2003 dem Sicherungsbedürfnis der Beklagten Genüge getan worden sei, weil hinsichtlich der Rückstände einerseits ein Titel bestanden und andererseits der Kläger die Rückstände in den vereinbarten Raten sowie den reduzierten Mietzins tatsächlich gezahlt habe. Dies aber habe sich im April 2003 geändert. Der Kläger habe ab diesem Zeitpunkt die vereinbarte Miete nicht bezahlt, sondern Abzüge vorgenommen. Deswegen habe für die Beklagte ein Sicherungsbedürfnis bestanden, das die Nichtzahlung der Kaution, die mit Schreiben vom 12. Mai 2003 ausdrücklich angemahnt worden sei, als wichtigen Grund im Sinne von § 543 Abs.1 Satz 2 BGB erscheinen lasse. Diese Würdigung weist keine Rechtsfehler auf und ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

21 4. Entgegen der Meinung der Revision hat die Beklagte die fristlose Kündigung vom 24. September 2003 innerhalb einer angemessenen Frist im Sinne von § 314 Abs. 3 BGB ausgesprochen. Allerdings kann dem Berufungsgericht nicht darin gefolgt werden, dass die Frist entweder gar nicht begonnen habe, weil der Kläger die Kaution nicht gezahlt habe, oder sie frühestens mit der Abmahnung vom 21. August 2003 in Lauf gesetzt worden sei. Vielmehr beginnt die Frist, wie sich aus dem Wortlaut des § 314 Abs. 3 BGB ergibt, mit der Kenntniserlangung des Kündigungsgrunds durch den Berechtigten. Dies aber war im April/Mai 2003 der Fall, als der Kläger die Miete kürzte und außerdem die Kaution trotz Mahnung nicht leistete. Dass die Beklagte daraufhin den Kläger nicht bereits im Mai oder Juni 2003 abmahnte und sodann kündigte, sondern durch Zuwarten den Belangen des Klägers entgegenkam, gereicht ihr nicht zum Nachteil. Vielmehr erscheint die Frist von ca. vier Monaten, die die Beklagte bis zum Ausspruch der Kündigung hat verstreichen lassen, noch angemessen im Sinne von § 314 Abs. 3 BGB. Denn die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum vertraglich vorgesehenen Ende im Jahre 2009 blieb einerseits für die Beklagte wegen der fortdauernden Nichtleistung der Kaution unzumutbar. Andererseits ist kein schützenswertes Interesse des Klägers erkennbar, innerhalb eines kürzeren Zeitraums als von vier Monaten Klarheit darüber zu bekommen, ob das Mietverhältnis beendet werde, weil er, was er jederzeit hätte ändern können, die Kaution nicht leistete.

22 5. Schließlich führt das Berufungsgericht zutreffend aus, dass die Beklagte ihr Kündigungsrecht nicht verwirkt hat, weil es jedenfalls am Umstandsmoment fehlt. Der Kläger, der im Jahre 2001 in Verhandlungen mit der Beklagten erreichte, dass diese ihn wegen der Kaution vorläufig nicht in Anspruch nahm, konnte nicht davon ausgehen, dass dies auch dann gelten würde, wenn ein neues Sicherungsbedürfnis der Beklagten, wie ab April 2003, entstehen sollte. Vielmehr musste er in diesem Fall damit rechnen, dass die Beklagte die Kaution einfordert und das Mietverhältnis gegebenenfalls kündigt. Daran ändert auch

nichts, dass die Beklagte sich vor April 2003 nicht gegen eine optionale Vertragsverlängerung durch den Kläger gewandt und ihm auch eine für ein anderes Mietverhältnis gestellte Kaution zurückgegeben hat. Der Kläger verstößt selbst gegen Treu und Glauben, wenn er der Beklagten vorwirft, sie übe ihr Kündigungsrecht treuwidrig und verspätet aus, weil sie im Jahre 2001 mit Rücksicht auf seine geschwächte finanzielle Leistungsfähigkeit nicht auf der Leistung der Kaution bestanden und gekündigt habe.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 541, 537 BGB a. F.; § 543 ZPO
Untermiete; Mietzinspflicht bei beendetem
Hauptmietvertrag; Rechtsmangel**

Zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Untermieter bei Beendigung des Hauptmietverhältnisses verpflichtet ist, an seinen Untervermieter Miete zu zahlen.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 29.11.2006 – XII ZR 175/04)

Aus dem Tenor: Der Senat weist darauf hin, dass er beabsichtigt, die Revision des Beklagten gegen das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Stade vom 5. August 2004 gemäß § 552 a ZPO zurückzuweisen, weil die Voraussetzungen für deren Zulassung nicht vorliegen und die Revision auch keine Aussicht auf Erfolg hat. Es wird Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 5. Januar 2007 gegeben.

1 **Aus den Gründen:** I. 1. Das Berufungsgericht hat die Revision gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zugelassen. Dieser Zulassungsgrund setzt entweder Divergenz (Abweichung von einer höherrangigen Entscheidung des BGH oder eines anderen Berufungsgerichts) oder einen Rechtsfehler voraus, der geeignet ist, das Vertrauen in die Rechtsprechung zu beschädigen (insbesondere Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG oder Art. 103 GG, BGHZ 154, 288, 295). Für das Vorliegen einer dieser Fälle trägt die Revision nichts vor. Das Berufungsurteil enthält in seinen Gründen insoweit auch keinen Anhaltspunkt.

2 2. Der hier somit allein in Betracht kommende Zulassungsgrund der Fortbildung des Rechts (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 1. Alt. ZPO) liegt vor, wenn der Einzelfall Veranlassung gibt, Leitsätze für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen des materiellen oder formellen Rechts aufzustellen oder Gesetzeslücken auszufüllen. Hierzu besteht nur dann Anlass, wenn es für die rechtliche Beurteilung typischer oder verallgemeinerungsfähiger Lebenssachverhalte an einer richtungweisenden Orientierungshilfe ganz oder teilweise fehlt (BGHZ 151, 221, 225; 154, 288, 292).

3 a) Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Die vom Berufungsgericht als klärungsbedürftig angesehene Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Untermieter bei Beendigung des Hauptmietverhältnisses verpflichtet ist, an seinen Untervermieter Miete zu zahlen, kann im vorliegenden Fall anhand der hierzu ergangenen Rechtsprechung beantwortet werden.

4 Gemäß §§ 541, 537 BGB a. F. ist der Untermieter von der Entrichtung der Miete befreit, wenn ihm der vertragsgemäße Gebrauch durch das Recht eines Dritten entzogen wird. Der Anspruch des Hauptvermieters, nach Beendigung des Hauptmietvertrages die Herausgabe der Mietsache auch von dem Untermieter zu verlangen (§ 556 Abs. 3 BGB a. F.), ist ein solches Recht im Sinne von § 541 BGB a. F. Nach ständiger Rechtsprechung führt allerdings die bloße Existenz des Rechts eines Dritten noch nicht zu einem Rechtsmangel gemäß § 541 BGB a. F. Dieser entsteht vielmehr erst dann, wenn der Dritte sein Recht in einer Weise geltend macht, die zu einer Beeinträchtigung des Gebrauchs durch den Mieter führt (Senatsurteile vom

4. Oktober 1995 – XII ZR 215/94 – NJW 1996, 46, 47 [= WuM 1996, 32], vom 18. Januar 1995 – XII ZR 30/93 – NJW-RR 1995, 715; BGH Urteil vom 2. November 1988 – VIII ZR 7/88 – NJW-RR 1989, 77, 78 [= WuM 1989, 140] m. w. N.).

5 Hier ist das Berufungsgericht von dem konkludenten Abschluss eines Mietvertrages zwischen der Klägerin und der Eigentümerin und einer dadurch erfolgten Ausübung des der Eigentümerin nach Beendigung des Hauptmietvertrages wieder zugefallenen Nutzungsrechts ausgegangen. Durch den Abschluss des Mietvertrages hat die Eigentümerin ihr Nutzungsrecht in einer Weise ausgeübt, die dazu geführt hat, dass nicht mehr der Beklagte, sondern die Eigentümerin der Klägerin der Gebrauch der Mietsache gewährt. Es geht somit im vorliegenden Fall nur um die Anwendung der oben genannten Rechtsprechung auf den Einzelfall.

6 b) Auch wenn der geltend gemachte Zulassungsgrund vorgelegen hätte, ist dieser jedenfalls seit der Senatsentscheidung vom 12. Juli 2006 (- XII ZR 178/03 – NZM 2006, 699 [= GuT 2006, 241]) entfallen. In dieser Entscheidung hat der Senat die vom Berufungsgericht als klärungsbedürftig angesehene Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Untermieter nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses verpflichtet ist, an seinen Untervermieter den Mietzins zu zahlen, ausdrücklich beantwortet. Danach wird der Untermieter gemäß §§ 541, 537 BGB a. F. von seiner Verpflichtung zur Zahlung weiterer Untermiete frei, wenn er mit dem Hauptvermieter nach Beendigung des Hauptmietvertrages unmittelbar einen neuen Mietvertrag abschließt und die Miete an diesen zahlt. Denn durch den Abschluss des neuen Mietvertrages mit dem Hauptvermieter leitet der Untermieter seinen unmittelbaren Besitz nicht mehr von dem Untervermieter ab, der nicht mehr zum Besitz berechtigt ist, sondern unmittelbar von dem Hauptvermieter. Darin liegt ein nachträglicher Rechtsmangel, der die Untermiete nach §§ 541, 537 BGB a. F. auf Null mindert.

7 Der Wegfall eines Zulassungsgrundes steht der Zurückweisung der Revision gemäß § 552 a ZPO nicht entgegen, da es für die Frage, ob ein Zulassungsgrund vorliegt, auf den Zeitpunkt der Zurückweisungsentscheidung ankommt (BGH Beschluss vom 20. Januar 2005 – I ZR 255/02 – NJW-RR 2005, 650 [= GuT 2005, 73 KL]).

8 II. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg.

9 1. Das Berufungsgericht ist in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass zwischen der Klägerin/dem Zedenten und der Eigentümerin durch konkludentes Verhalten ein Mietvertrag abgeschlossen worden ist. Soweit die Revision meint, allein aus den Mietzahlungen könne nicht auf den Abschluss eines Mietvertrages geschlossen werden, versucht sie ihre eigene Würdigung der Umstände an die Stelle der revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Würdigung des Berufungsgerichts zu setzen. Auch widerspricht die Annahme des Berufungsgerichts nicht dem eigenen Vortrag der Klägerin. Vielmehr hat diese behauptet, dass sie sich mit der Eigentümerin, nachdem diese sie zur Räumung aufgefordert habe, auf die Zahlung einer monatlichen Miete von 1900 DM geeinigt und dementsprechend seit Juli 1998 die vereinbarte Miete an die Eigentümerin gezahlt habe.

10 2. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe dem Zedenten den Mietgebrauch nicht mehr gewähren kön-

nen, nachdem die Eigentümerin ihn zur Räumung aufgefordert und einen eigenen Mietvertrag mit dem Zedenten/der Klägerin abgeschlossen habe, steht in Einklang mit der oben genannten Rechtsprechung des Senats.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 60 InsO

Untervermietung durch den Insolvenzverwalter; persönliche Haftung des Verwalters gegenüber dem aussonderungsberechtigten Vermieter

a) Vermietet der Insolvenzverwalter – unter Verletzung der mietvertraglichen Pflicht, vor einer Untervermietung die Zustimmung des Vermieters einzuholen – eine vom Schuldner angemietete Immobilie an einen unzuverlässigen Untermieter und gefährdet er dadurch den Rückgabeanspruch des aussonderungsberechtigten Vermieters, kann dies seine persönliche Haftung begründen.

b) Verletzt der Insolvenzverwalter schuldhaft insolvenzspezifische Pflichten, haftet er auf den Ersatz des negativen Interesses (Fortführung von BGHZ 159, 104).

(BGH, Urteil vom 25.1.2007 – IX ZR 216/05)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin, eine Immobilienverwaltungsgesellschaft, vermietete Geschäftsräume, die sie ihrerseits gemietet hatte, an die (spätere) Insolvenzschuldnerin. Über deren Vermögen wurde am 1. März 2003 das Insolvenzverfahren eröffnet; der Beklagte wurde zum Insolvenzverwalter bestellt. Mit Schreiben vom 24. März 2003 kündigte dieser das (Unter-)Mietverhältnis zu der Klägerin zum 30. September 2003. Für die Zeit vom 30. Mai bis 30. September 2003 schloss er einen Untermietvertrag mit einer T. und überließ dieser das Objekt. Dies teilte er der Klägerin unter dem 3. Juni 2003 mit. Die Klägerin wies den Beklagten darauf hin, er habe sich durch die Untervermietung vertragswidrig verhalten, weil eine solche nach dem Mietvertrag nur mit vorheriger schriftlicher Erlaubnis des Vermieters zulässig sei. In Bezug auf die Untermieterin teilte die Klägerin mit, sie selbst habe in der Vergangenheit mehrere Objekte an die T. vermietet und mit dieser Gesellschaft wenig Freude gehabt; dem Beklagten werde es voraussichtlich nicht anders ergehen. Die T. räumte zum Ende des Untermietverhältnisses das Objekt nicht und zahlte fortan auch den Untermietzins nicht mehr. Die Klägerin gelangte erst im Februar 2005 wieder in den unmittelbaren Besitz der Räume. Der Beklagte hatte bereits am 4. Dezember 2003 die Unzulänglichkeit der Masse angezeigt.

2 Nach Klageabweisung in erster Instanz [LG Düsseldorf] hat die Klägerin mit ihrer in zweiter Instanz [OLG Düsseldorf] erweiterten Klage von dem Beklagten persönlich unter anderem Schadensersatz in Höhe des mit der Insolvenzschuldnerin vereinbarten Mietzinses für die Zeit vom Oktober 2003 bis Februar 2005, insgesamt 77 732,33 €, verlangt. In diesem Umfang hat das Berufungsgericht der Klage stattgegeben. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

3 **Aus den Gründen:** Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

4 I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts haftet der Beklagte nach § 60 InsO auf Schadensersatz. Er habe gegenüber der aussonderungsberechtigten Klägerin eine insolvenzspezifische Pflicht verletzt, indem er durch die Untervermietung an eine unzuverlässige Vertragspartnerin das Unvermögen der Schuldnerin zur pünktlichen Erfüllung ihrer Rückgabepflichtung aus § 546 Abs. 1 BGB verursacht habe. Zudem habe er gegen die mietvertragliche Pflicht verstoßen, die Erlaubnis der Klägerin zur Untervermietung einzuholen. Die Klägerin hätte diese bei vorheriger Anfrage nicht erteilt. Eine nachträgliche Genehmigung sei nicht ausgesprochen worden.

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

Bitte richten Sie Ihre Zuschriften, Manuskripte oder Entscheidungsmitteilungen unmittelbar an
Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH
Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn
info@prewest.de · Fax 02 28 / 47 09 54

5 II. Dies hält rechtlicher Überprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand.

6 1. Allerdings kann der Beklagte aus § 60 InsO auf Schadensersatz haften, weil er gegenüber der Klägerin schuldhaft insolvenzspezifische Pflichten verletzt hat.

7 a) Die Vorschrift des § 60 InsO sanktioniert die Verletzung solcher Pflichten, die dem Insolvenzverwalter in dieser Eigenschaft nach den Vorschriften der Insolvenzordnung obliegen (BT-Drucks. 12/2443 S. 129). Dazu gehören nicht solche Pflichten, die ihn wie jeden Vertreter fremder Interessen gegenüber Dritten treffen (BGHZ 99, 151, 154; 100, 346, 350; 148, 175, 178). Nicht insolvenzspezifisch sind außerdem im Allgemeinen Pflichten, die dem Insolvenzverwalter als Verhandlungs- oder Vertragspartner eines Dritten auferlegt sind (Münch-Komm-InsO/Brandes, InsO § 60 Rn. 72 ff; zur Konkursordnung ebenso BGHZ 148, 175, 178; BGH, Urt. v. 19. Januar 1990 – IX ZR 71/89, WPM 1990, 329, 332). Sie können jedoch eine Haftung nach § 60 InsO begründen, wenn diesem Dritten gegenüber andere, insolvenzspezifische Pflichten bestehen, deren Erfüllung durch die Verletzung der zuerst genannten Pflichten gefährdet wird.

8 b) Die Untervermietung bedurfte – was der Beklagte nicht in Frage stellt – der vorherigen Erlaubnis der Klägerin. Eine solche Erlaubnis hat der Beklagte nicht eingeholt. Die Pflicht des Mieters, eine Untervermietung nicht ohne Erlaubnis des Vermieters vorzunehmen, wurzelt zwar in dem Mietverhältnis. Sie ergibt sich aus § 540 Abs. 1 Satz 1 BGB und wird zumeist – so auch im vorliegenden Fall – noch ausdrücklich in den Mietvertrag aufgenommen. Sie trifft den anstelle des insolventen Mieters handelnden Insolvenzverwalter in derselben Weise, wie sie den Mieter getroffen hätte, falls über dessen Vermögen kein Insolvenzverfahren eröffnet worden wäre. Diese Pflicht erhält einen insolvenzspezifischen Charakter jedoch dadurch, dass die Untervermietung Auswirkungen auf die Erfüllung der künftigen Rückgabepflicht des Mieters haben kann. Er kann diese, weil er sich des unmittelbaren Besitzes an der Mietsache begeben hat, nur bewirken, wenn der Untermieter seinerseits vertragstreue ist.

9 Die Pflicht des Verwalters, den nach Beendigung des Mietverhältnisses aussonderungsberechtigten Vermieter eines von dem Insolvensschuldner gemieteten Gegenstandes nicht durch die Verzögerung der Herausgabe oder gar durch deren Vereitelung zu schädigen, ist insolvenzspezifisch (MünchKomm-InsO/Brandes, a. a. O. § 60 Rn. 54; Uhlenbruck, InsO 12. Aufl. § 60 Rn. 21; Kübler/Prütting/Lüke, InsO § 60 Rn. 15; FK-InsO/Kind, 4. Aufl. § 60 Rn. 15; zur Konkursordnung vgl. BGHZ 100, 346, 350; BGH, Urt. v. 5. März 1998 – IX ZR 265/97, NJW 1998, 2213, 2215; OLG Hamm ZIP 1985, 628). Dasselbe gilt dann für die Pflicht, eine Untervermietung nur mit Erlaubnis des Vermieters vorzunehmen. Die Erfüllung dieser Pflicht trägt dazu bei, dass die mit jeder Untervermietung verbundene Gefährdung des Rückgabeanpruchs vermindert wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Vermieter – wie im vorliegenden Fall – den in Aussicht genommenen Untermieter kennt und er berechtigte Zweifel an dessen Seriosität und Vertragstreue hegt.

10 c) Vergeblich greift die Revision die Auffassung des Berufungsgerichts an, der Mitteilung der Klägerin in ihrem Schreiben vom 10. Juni 2003, sie werde die vertragswidrige Weitervermietung „tolerieren“, sei keine nachträgliche Erlaubnis zu entnehmen, sondern sie sei dahin zu verstehen, dass die Klägerin die ihr aus der Vertragsverletzung des Beklagten erwachsenen Rechte bis zum Ende des Untermietvertrages nicht ausüben werde. Insoweit wendet sich die Revision in unzulässiger Weise gegen die tatrichterliche Auslegung dieses Schreibens. Diese ist rechtlich unbedenklich und wird insbesondere dadurch gestützt, dass der Beklagte zuvor gar nicht um die nachträgliche Zustimmung nachgesucht hatte. Zudem hätte die Klägerin nicht mehr die Möglichkeit gehabt, zwischen der Erteilung der Genehmigung und deren Versagung sinnvoll zu wählen. Mit der

Verweigerung der Genehmigung hätte sie praktisch nichts mehr bewirken können, weil der Beklagte das Objekt bereits an die T. übergeben und die Klägerin somit vor vollendete Tatsachen gestellt hatte.

11 2. Demgegenüber ist der Revision darin Recht zu geben, dass die Klägerin die Höhe des Schadens nicht schlüssig dargelegt hat.

12 a) Die Klägerin verlangt Schadensersatz in Höhe des mit der Schuldnerin vereinbarten Mietzinses für den Zeitraum vom 1. Oktober 2003 bis Februar 2005 mit der Begründung, ihr sei in dieser Zeit kein Mietzins zugeflossen, obwohl sie selbst als Mieterin unverändert die Miete habe weiterzahlen müssen. Diesen Vortrag hat das Berufungsgericht für die schlüssige Darlegung des Mietausfallschadens in der von der Klägerin geltend gemachten Höhe von 77 732,33 € ausreichen lassen.

13 b) Dem kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden.

14 aa) Das Berufungsgericht hat verkannt, dass der Schadensersatzanspruch aus § 60 InsO der Klägerin keinen Ersatzschuldner verschafft, sondern eine gesetzliche Haftung begründet, die regelmäßig auf den Ersatz des negativen Interesses gerichtet ist (BGHZ 159, 104, 118; Fischer WPM 2004, 2185, 2187). Der Geschädigte ist so zu stellen, wie wenn der Insolvenzverwalter die Pflichtverletzung nicht begangen hätte (§ 249 Abs. 1 BGB). Für einen Mietausfallschaden wegen der von dem Beklagten persönlich – der insoweit außerhalb des Mietverhältnisses steht – zu verantwortenden verspäteten Rückgabe des Mietobjekts gilt § 252 Satz 1 BGB. Die Klägerin hätte darlegen müssen, wann sie das Objekt bei rechtzeitiger Rückgabe anderweitig hätte vermieten können und zu welchem Mietzins. Dazu fehlt jeder Vortrag. Die Darlegungserleichterung gemäß § 252 Satz 2 BGB ändert nichts daran, dass der Geschädigte Anknüpfungstatsachen vorzutragen und zu beweisen hat, aus denen sich die Wahrscheinlichkeit ergibt, dass der geltend gemachte Gewinn zu erzielen gewesen wäre (BGHZ 54, 45, 55; BGH, Urt. v. 17. Juni 1998 – XII ZR 206/96, WPM 1998, 1787, 1788; v. 27. September 2001 – IX ZR 281/00, NJW 2002, 825, 826; v. 17. Oktober 2003 – V ZR 84/02, NJW-RR 2004, 79, 81 [= GuT 2004, 56]).

15 Da die Klägerin derartige Anknüpfungstatsachen nicht vorgetragen und somit ihrer Darlegungslast nicht genügt hat, hätte das Berufungsgericht auch ohne den – zutreffenden – Hinweis des Beklagten, die Klägerin habe nicht behauptet, dass bei rechtzeitiger Rückgabe des Objekts ein solventer Anschlussmieter bereit gestanden hätte, der Klage nicht stattgeben dürfen. Die Zurückweisung des Beklagtenvortrags als verspätet zeigt, dass das Berufungsgericht die Darlegungslast unrichtig gesehen hat. Der Hinweis einer Partei auf fehlendes Vorbringen des darlegungsbelasteten Gegners ist kein Verteidigungsmittel und kann deshalb nicht präkludiert sein.

16 III. Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), weil sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist. Auf die zur Höhe des Klageanspruchs bestehenden Bedenken ist die Klägerin von den Vordergerichten nicht hingewiesen worden. Ihr ist deshalb Gelegenheit zu geben, ihr Vorbringen zu ändern oder zu ergänzen (vgl. BGHZ 163, 351, 361; BGH, Urt. v. 7. Dezember 2000 – I ZR 179/98, NJW 2001, 2548, 2549).

17 Bei der neuen Verhandlung und Entscheidung wird sich das Berufungsgericht auch damit befassen müssen, ob der Beklagte bereits ab dem 1. Oktober 2003 Schadensersatz schuldet, obwohl sich die Klägerin – wie es in dem aufgehobenen Urteil heißt – „jedenfalls zunächst mit einer Räumung des Objekts erst zum 10. Oktober 2003 bereit erklärt“ hat.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 95, 96, 110 InsO

**Gewerberaumtiete; Insolvenz des Vermieters;
Aufrechnung mit dem Guthaben aus der Nebenkosten-
abrechnung gegen den Mietzinsanspruch der Masse;
Betriebskosten; Abrechnung; Miete**

Die Aufrechnungsmöglichkeiten nach § 95 Abs.1 InsO werden durch § 110 Abs. 3 InsO nicht beschränkt.

(BGH, Urteil vom 21.12.2006 – IX ZR 7/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Mit Vertrag vom 15. Februar 2000 mietete der Beklagte von der B. (künftig: Schuldnerin) Gewerberäume in einem Haus in Berlin. Über das Vermögen der Schuldnerin wurde am 1. September 2001 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Kläger zum Verwalter bestellt.

2 Mit Schreiben vom 14. Mai 2002 und 22. Mai 2002 rechnete der Kläger die Nebenkosten für das Jahr 2000 ab. Es ergab sich ein Guthaben von 901,83 € (berichtigt: 876,61 €), das der Beklagte von der Miete für Juli 2002 in Abzug brachte. Aus der Nebenkostenabrechnung für den Zeitraum 1. Januar bis 31. August 2001 ergab sich ein Guthaben von 842,37 €, das der Beklagte mit den Mieten für Februar und März 2003 verrechnete.

3 Der Kläger ist der Ansicht, dass der Beklagte mit seinen Nebenkostenguthaben bezüglich der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen Mietzinsansprüche für danach liegende Zeiträume nicht aufrechnen könne, und hat den Beklagten auf Zahlung der Restmieten in Anspruch genommen.

4 Das Amtsgericht Spandau hat der Klage in Höhe der Aufrechnungsbeträge stattgegeben. Die Berufung des Beklagten blieb ohne Erfolg. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Abweisungsbegehren in vollem Umfang weiter.

5 **Aus den Gründen:** Die Revision hat Erfolg; sie führt zur Klageabweisung.

6 I. Das Berufungsgericht [LG Berlin], dessen Urteil veröffentlicht ist in Grundeigentum 2006 S. 513, meint, die gegen die unstreitigen Mietzinsansprüche erklärten Aufrechnungen seien unwirksam. Gemäß § 110 Abs. 3 Satz 1 InsO bestehe im Fall der Insolvenz des Vermieters für den Mieter nur die Möglichkeit, für den Zeitraum des § 110 Abs. 1 InsO, dies wäre hier der September 2001 gewesen, mit Gegenforderungen aufzurechnen.

7 Eine Aufrechnungsmöglichkeit bestehe auch nicht gemäß § 110 Abs. 3 Satz 2, § 95 InsO über den September 2001 hinaus. Mietverhältnisse bestünden gemäß § 108 InsO mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort. Zum Ausgleich dafür habe der Gesetzgeber die Aufrechnungsmöglichkeit in § 110 InsO begrenzt.

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

9 1. Der Beklagte durfte gegen den Anspruch der Masse auf Zahlung der Mietzinsen für die Monate Juli 2002 sowie Februar und März 2003 gemäß § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO aufrechnen, nachdem die Voraussetzungen für die Aufrechnung – Fälligkeit des Anspruchs auf das Guthaben aus der Nebenkostenabrechnung und Erfüllbarkeit der Forderung der Masse – eingetreten war, § 387 BGB.

10 a) Der Anwendbarkeit des § 95 Abs. 1 InsO steht § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO nicht entgegen. § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO will die Aufrechnung erleichtern und geht der Regelung des § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO vor (BGHZ 160, 1, 3; BGH, Urte. v. 11. November 2004 – IX ZR 237/03, ZIP 2005, 181 [= GuT 2005, 13]).

11 b) Die Voraussetzungen des § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO liegen vor.

12 aa) § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO ist weit auszulegen. Er erfasst alle Fälle, in denen nur eine vertragliche Bedingung oder gesetzliche Voraussetzung für das Entstehen der einen oder der anderen Forderung fehlt. Er dehnt die Aufrechnungsbefugnis zudem auf Fälle aus, in denen lediglich ein Element der rechtlichen Voraussetzungen des Anspruchs noch nicht erfüllt ist. Die Vorschrift soll die Gläubiger schützen, deren Forderung in ihrem

rechtlichen Kern aufgrund gesetzlicher Bestimmungen oder vertraglicher Vereinbarung bereits gesichert ist und fällig wird, ohne dass es einer weiteren Rechtshandlung des Anspruchsinhabers bedarf (BGHZ 160, 1, 5 f; BGH, Urte. v. 6. November 1989 – II ZR 62/89, ZIP 1990, 53, 55).

13 bb) Die Mietzinsansprüche für Juli 2002 sowie Februar und März 2003 waren gemäß § 163 BGB befristet mit Beginn des jeweiligen Zeitabschnitts, für den der Mietzins zu zahlen war, entstanden (BGHZ 111, 84, 94 f; BGH, Urte. v. 30. Januar 1997 – IX ZR 89/96, WPM 1997, 545, 546; v. 11. November 2004 a. a. O. S. 182). Damit standen sie gemäß § 163 BGB aufschiebend bedingten Forderungen im Sinne des § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO gleich. Dies wird von den Parteien des Revisionsverfahrens nicht in Frage gestellt.

14 cc) Nach § 4 Nr. 4 des Mietvertrages waren die Nebenkostenvorauszahlungen jährlich abzurechnen. Da der Mietvertrag gemäß § 108 Abs. 1 InsO mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortbestand, war im Jahr der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Abrechnung für die Zeit bis zur Verfahrenseröffnung und für die Zeit danach getrennt vorzunehmen, weil die Erstattungsansprüche des Mieters für die Zeit bis zur Eröffnung des Verfahrens Insolvenzforderungen sind (§ 108 Abs. 2 InsO), für die Zeit danach dagegen Masseforderungen. Entsprechend hat der Kläger abgerechnet.

15 Aus dem Mietvertrag ergibt sich auch die – dort nicht ausdrücklich geregelte – Verpflichtung des Vermieters, ein Guthaben aus der Nebenkostenabrechnung an den Mieter auszuzahlen (BGH, Urte. v. 11. November 2004 a. a. O. S. 182 m.w.N.).

16 Die Abrechnungszeiträume, auf die sich die hier streitigen Überzahlungen bezogen, waren bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgelaufen, die für einen Rückzahlungsanspruch maßgebliche Bedingung der Überzahlung jeweils eingetreten. Es fehlte lediglich jeweils die Abrechnung, mit deren Erteilung der Rückforderungsanspruch fällig wurde (BGHZ 113, 188, 194 [= WuM 191, 150]). Auch dieser Fall wird von § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO erfasst (vgl. BGH, Urte. v. 11. November 2004 a. a. O.). Spätestens in dem Zeitpunkt, in dem auch die Mietforderungen fällig waren, konnte damit gemäß § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO durch den Beklagten die Aufrechnung erfolgen.

17 c) § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO stand einer Aufrechnung nicht entgegen. Der Anspruch auf Rückzahlung des Guthabens aus den Nebenkostenvorauszahlungen für das Jahr 2000 war mit dem Zugang der Abrechnungen vom 14. und 22. Mai 2002 fällig. Damit rechnete der Beklagte gegen die Mietzinsforderung der Masse für Juli 2002 auf, die gemäß § 5 Abs. 1 des Mietvertrages am dritten Werktag des Juli 2002 und damit nicht vor seiner eigenen Forderung unbedingt und fällig wurde.

18 Dasselbe gilt entsprechend für die Aufrechnung mit dem Guthaben aus der Nebenkostenabrechnung für Januar bis August 2001 gegen die Mietforderungen für Februar und März 2003.

19 2. Für eine Unwirksamkeit der Aufrechnung gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO besteht kein Anhaltspunkt. Sie wird vom Kläger auch nicht geltend gemacht. Für die Anfechtbarkeit einer Aufrechnungslage ist maßgeblich, wann das Gegenseitigkeitsverhältnis begründet wurde. Daher kommt es darauf an, zu welchem Zeitpunkt die spätere Forderung entstanden ist. Da Bedingungen und Befristungen gemäß § 140 Abs. 3 InsO außer Betracht bleiben, war maßgeblich der Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages (BGH, Urte. v. 11. November 2004 a. a. O.). Die Anfechtungsvoraussetzungen sind für diesen Zeitpunkt weder vorgetragen noch sonst erkennbar.

20 3. § 110 Abs. 3 Satz 1 InsO steht entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts der Aufrechnung nicht entgegen.

21 Die Vorschrift beschränkt nicht die Möglichkeit der Aufrechnung nach § 95 InsO, sondern schließt die Unzulässigkeit der Aufrechnung nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO für den dort bezeichneten Zeitraum aus. Sie gewährt ein besonderes, zusätzliches Aufrechnungsrecht, erweitert also die Aufrechnungsmög-

lichkeiten. Dies ergibt sich aus § 110 Abs. 3 Satz 2 InsO, wonach § 95 InsO und § 96 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 InsO unberührt bleiben. Für den Wirksamkeitszeitraum des § 110 Abs. 1 InsO wird unabhängig von den Voraussetzungen des § 95 InsO und abweichend von § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO eine Aufrechnung zugelassen, auch dann, wenn der Insolvenzgläubiger erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens etwas zur Masse schuldig geworden ist; der Schuldgrund der Gegenforderung ist dabei unerheblich (BT-Drucks. 12/2443 S. 147 zu § 124 des Reg-Entwurfs zur InsO; HK-InsO/Marotzke, 4. Aufl. § 110 Rn. 13; MünchKomm-InsO/Eckert, § 110 Rn. 22; Kübler/Prütting/Tintelnot, InsO § 110 Rn. 10; Andres/Leithaus, InsO § 110 Rn. 5; Nerlich/Römermann/Balthasar, InsO § 110 Rn. 13; Hess in Hess/Weiss/Wienberg, InsO 2. Aufl. § 110 Rn. 14; Uhlenbruck/Berscheid, InsO 12. Aufl. § 110 Rn. 12 f).

22 III. Die Urteile des Berufungsgerichts und des Amtsgerichts sind demgemäß aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Aufhebung nur wegen Rechtsverletzung erfolgt und der maßgebliche Sachverhalt feststeht, hat der Senat in der Sache selbst zu entscheiden und die Klage kostenpflichtig abzuweisen (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 91, 130, 140 InsO; § 562 BGB
Vermieterpfandrecht in der Insolvenz des Mieters

a) § 91 InsO ist im Falle der Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung mit den Sicherungsmaßnahmen des § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 InsO nicht entsprechend auf die Zeit zwischen Eröffnungsantrag und Insolvenzeröffnung anwendbar.

b) Das gesetzliche Vermieterpfandrecht an eingebrachten pfändbaren Sachen des Mieters entsteht mit der Einbringung, auch soweit es erst künftig entstehende Forderungen aus dem Mietverhältnis sichert (Bestätigung von BGH, Urt. v. 20. März 1986 – IX ZR 42/85, WPM 1986, 720, 721).

c) Das der Sicherung des Mietzinsanspruchs dienende Vermieterpfandrecht kann insolvenzrechtlich nicht in weiterem Umfang angefochten werden als die Mietzinszahlung selbst. Dem Vermieter steht deshalb in der Insolvenz des Mieters ein anfechtungsfreies Absonderungsrecht zu, soweit die von dem Pfandrecht erfassten Gegenstände bereits vor der Krise eingebracht wurden.

(BGH, Urteil vom 14.12.2006 – IX ZR 102/03)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Beklagte ist Verwalter in dem am 4. Oktober 2001 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der G. GmbH i.L. (nachfolgend: Schuldnerin).

2 Die Klägerin hatte der Schuldnerin mit Vertrag vom 4. Juli 2000 Büroräume vermietet. Am 30. Juli 2001 stellte die Schuldnerin Insolvenzantrag; der Beklagte wurde zum vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt. Die Klägerin widersprach am 1. August 2001 in Ausübung des von ihr geltend gemachten Vermieterpfandrechts der Entfernung der von der Schuldnerin in die Mieträume eingebrachten Gegenstände. Auf die Mietzinsansprüche der Klägerin für den Zeitraum vom 1. August 2001 bis zum 3. Oktober 2001 in Höhe von 26 490,09 € leistete die Schuldnerin keine Zahlungen. Der Beklagte verwertete nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die in die Mieträume eingebrachten Sachen und erzielte hierbei einen Erlös, der deutlich über den von der Klägerin geltend gemachten Mietzinsansprüchen lag. Er verwendete diesen jedoch nicht zur Befriedigung der klägerischen Forderungen, weil nach seiner Auffassung das Vermieterpfandrecht nur für Forderungen aus dem Mietverhältnis wirksam ist, die vor dem Insolvenzeröffnungsantrag entstanden sind.

3 Das Landgericht Mönchengladbach hat der auf Feststellung eines Vermieterpfandrechts für die Mietzinsforderungen aus dem Zeitraum des Eröffnungsverfahrens nebst Verzugszin-

sen und weiterem Verzugschaden gerichteten Klage stattgegeben. Mit der vom Senat zugelassenen Sprungrevision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

4 **Aus den Gründen:** Das Rechtsmittel hat überwiegend keinen Erfolg. Soweit es begründet ist, führt es zur Klageabweisung.

5 I. Das Landgericht hat ausgeführt, der Klägerin stehe ein Vermieterpfandrecht an den von der Schuldnerin in das Mietobjekt eingebrachten Sachen zu, das sie berechtige, sich wegen der geltend gemachten Mietzinsansprüche und Nebenforderungen aus dem Verwertungserlös zu befriedigen. Eine entsprechende Anwendung des § 91 InsO auf den Zeitraum zwischen Antragstellung und Insolvenzeröffnung komme nicht in Betracht. Das Vermieterpfandrecht sei auch für die nach Antragstellung fällig gewordenen Mietzinsforderungen bereits im Zeitpunkt der Einbringung der Gegenstände, die vor August 2001 stattgefunden habe, entstanden. Es könne nicht nach den §§ 129 ff InsO angefochten werden, weil es nicht auf einer Rechtshandlung beruhe, sondern kraft Gesetzes entstehe.

6 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung im Ergebnis lediglich in einem Punkt nicht stand.

7 1. Die Feststellungsklage ist, wie das Landgericht ohne weitere Ausführungen angenommen hat, zulässig. Zwar käme im Hinblick darauf, dass der Beklagte bei der Verwertung der von der Schuldnerin eingebrachten Gegenstände einen die Forderungshöhe deutlich übersteigenden Erlös erzielt hat, auch eine Zahlungsklage in Betracht. Trotz möglicher Leistungsklage liegt ein Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 ZPO dann vor, wenn zu erwarten ist, dass ein Feststellungsurteil zu einer endgültigen Streitbeilegung führen wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn angenommen werden kann, dass der Beklagte bereits auf ein Feststellungsurteil hin leisten wird (BGH, Urt. v. 9. Juni 1983 – III ZR 74/82, NJW 1984, 1118, 1119; Urt. v. 28. September 1999 – VI ZR 195/98, NJW 1999, 3774, 3775). Diese Voraussetzung liegt auch hier vor. Zwischen den Parteien ist lediglich streitig, ob das von der Klägerin geltend gemachte Vermieterpfandrecht besteht, so dass zu erwarten ist, dass der Beklagte als Insolvenzverwalter auf ein gegen ihn ergangenes Feststellungsurteil den Verwertungserlös in Höhe der nicht streitigen Forderungen auskehren wird.

8 2. Der von der Sprungrevision in Anlehnung an eine Mindermeinung im Schrifttum vertretenen Auffassung, wonach § 91 InsO bei Anordnung von Sicherungsmaßnahmen gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 InsO im Interesse eines umfassenden Schutzes der künftigen Insolvenzmasse vor nachteiligen Veränderungen entsprechend im Eröffnungsverfahren anzuwenden ist und dort auch der Entstehung gesetzlicher Pfandrechte entgegensteht (vgl. Nerlich/Römermann/Mönning, InsO § 21 Rn. 51), ist nicht zu folgen. Die Insolvenzordnung enthält keine Regelung, welche einen sonstigen, nicht auf Verfügungen des Schuldners oder Vollstreckungsmaßnahmen für einen Gläubiger beruhenden Rechtserwerb im Eröffnungsverfahren ausschließt. Eine erweiternde Auslegung der §§ 24 Abs. 1 InsO, 91 InsO scheidet schon angesichts des eindeutigen Wortlauts dieser Vorschriften aus. Da eine planwidrige Regelungslücke nicht vorliegt, kommt auch eine Analogie nicht in Betracht. Der Gesetzgeber hat vielmehr in Kenntnis der Problematik in § 24 InsO von einer Verweisung auf § 91 InsO abgesehen (vgl. BGHZ 135, 140, 147; Eickmann in Festschrift für Uhlenbruck S. 149, 151; Weis in Hess/Weis/Wienberg, InsO 2. Aufl. § 91 Rn. 7; Kübler/Prütting/Lüke, InsO § 91 Rn. 15; Blank EWiR 2003, 771, 772; vgl. auch MünchKomm-InsO/Haarmeyer, § 24 Rn. 12; HK-InsO/Kirchhof, 4. Aufl. § 24 Rn. 3).

9 3. Entgegen der Auffassung der Sprungrevision kann das Vermieterpfandrecht, soweit es Mietzinsforderungen in dem von § 130 Abs. 1 InsO erfassten Zeitraum sichert, nicht als kongruente Deckung angefochten werden, wenn – wie vorliegend – die von dem Pfandrecht erfassten Gegenstände bereits vorher eingebracht wurden.

10 a) Die Entstehung des Vermieterpfandrechts beruht auf einer Rechtshandlung im Sinne der §§ 129 ff InsO. Darunter ist jedes von einem Willen getragene Handeln zu verstehen, das eine rechtliche Wirkung auslöst und das Vermögen des Schuldners zum Nachteil der Insolvenzgläubiger verändern kann (vgl. BGH, Urt. v. 12. Februar 2004 – IX ZR 98/03, WPM 2004, 666, 667; Münch-Komm-InsO/Kirchhof, § 129 Rn. 7; HK-InsO/Kreft, a. a. O. § 129 Rn. 10; Uhlenbruck/Hirte, InsO 12. Aufl. § 129 Rn. 62; Kübler/Prütting/Paulus, a. a. O. § 129 Rn. 11). Erfasst werden nicht nur Rechtsgeschäfte, sondern auch rechts-geschäftsähnliche Handlungen und Realakte, denen das Gesetz Rechtswirkungen beimisst (vgl. MünchKomm-InsO/Kirchhof, a. a. O. Rn. 21 f; Kübler/Prütting/Paulus, a. a. O. Rn. 12). Zu diesen Handlungen gehört auch das Einbringen einer Sache, das zu einem Vermieterpfandrecht (§ 562 BGB n. F., vor dem 1. September 2001: § 559 BGB) führt (MünchKomm-InsO/Kirchhof, a. a. O. Rn. 22; Kübler/Prütting/Paulus, a. a. O. § 130 Rn. 6; Uhlenbruck, a. a. O. § 50 Rn. 29; zu § 30 KO: Jaeger/Henckel, KO 9. Aufl. § 30 Rn. 120; Giesen KTS 1995, 579, 586 f).

11 b) Das gesetzliche Vermieterpfandrecht an eingebrachten pfändbaren Sachen des Mieters entsteht mit der Einbringung, auch soweit es erst künftig entstehende Forderungen aus dem Mietverhältnis sichert (vgl. BGH, Urt. v. 20. März 1986 – IX ZR 42/85, NJW 1986, 2426, 2427; MünchKomm-BGB/Artz, 4. Aufl. § 562 Rn. 6; MünchKomm-InsO/Ganter, vor §§ 49 bis 52 Rn. 35; MünchKomm-InsO/Breuer, § 91 Rn. 63; Jaeger/Henckel, a. a. O. Rn. 80; Kuhn/Uhlenbruck, KO 11. Aufl. § 49 Rn. 5; a.A. Bamberger/Roth/Ehler, BGB § 562 Rn. 10; Palandt/Weidenkaff, BGB 66. Aufl. § 562 Rn. 5; MünchKomm-InsO/Kirchhof, a. a. O. Rn. 16; Eckert ZIP 1984, 663, 666). Diesen Grundsatz stellt auch die Sprungrevision nicht in Frage.

12 c) Mietzinsansprüche entstehen nach § 163 BGB auf-schiebend befristet erst zum Anfangstermin des jeweiligen Zeitraums der Nutzungsüberlassung (vgl. BGHZ 111, 84, 93 f; BGH, Urt. v. 30. Januar 1997 – IX ZR 89/96, WPM 1997, 545, 546; v. 11. November 2004 – IX ZR 237/03, WPM 2005, 178, 179 [= GuT 2005, 13]). Die Gegenauffassung, nach der es sich bei Mietzinsforderungen um betagte Forderungen handelt, die bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses entstehen, kann auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass es ansonsten der Regelung des § 110 Abs. 1 InsO (§ 21 Abs. 2 KO) nicht bedürft hätte, weil dann die Abtretung künftiger Mietzinsansprüche in der Insolvenz schon nach § 91 InsO (§ 15 KO) keine Wirkung entfalten könnte. § 110 InsO beschränkt nach richtigem Verständnis nicht die Wirksamkeit von Vorausverfügungen über Mietzinsforderungen, sondern sie verdrängt vielmehr in ihrem Anwendungsbereich § 91 InsO (vgl. MünchKomm-InsO/Eckert, § 110 Rn. 11 f m.w.N.; für § 114 InsO ebenso BGH, Urt. v. 11. Mai 2006 – IX ZR 247/03, ZIP 2006, 1254, 1255).

13 d) Eine Rechtshandlung gilt grundsätzlich als in dem Zeitpunkt vorgenommen, in dem ihre rechtlichen Wirkungen eintreten (§ 140 Abs. 1 InsO). Diesen Grundsatz hatte die Rechtsprechung schon zum früheren Recht entwickelt (vgl. G. Fischer ZIP 2004, 1679 m.w.N.). Die rechtlichen Wirkungen einer Rechtshandlung treten ein, wenn eine Rechtsposition begründet worden ist, die im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beachtet werden müsste (Begründung zu § 159 des Regierungsentwurfs einer Insolvenzordnung, BTDrucks. 12/2443, S. 166) oder anders ausgedrückt, sobald die Rechtshandlung die Gläubigerbenachteiligung bewirkt hat (vgl. BGHZ 156, 350, 357; BGH, Urt. v. 8. Oktober 1998 – IX ZR 337/97, ZIP 1998, 2008, 2009; G. Fischer a. a. O., 1680).

14 aa) Bei einer mehraktigen Rechtshandlung kommt es auf deren Vollendung, also auf den letzten zur Erfüllung des Tatbestandes erforderlichen Teilakt an (vgl. BT-Drucks. 12/2443, a. a. O.; BGHZ 99, 274, 286; 113, 393, 394; v. 22. Juli 2004 – IX ZR 183/03, ZIP 2004, 1819, 1821; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 140 Rn. 7; HK-InsO/Kreft, a. a. O. § 140 Rn. 4). In den Fällen der Vorausabtretung einer künftigen Forderung, deren Verpfändung oder Pfändung ist auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die Forderung entsteht (vgl. BTDrucks. 12/2443,

a. a. O. zur Vorausabtretung; BGHZ 135, 140, 148; 157, 350, 354; BGH, Urt. v. 30. Januar 1997 a. a. O.; v. 19. März 1998 – IX ZR 22/97, ZIP 1998, 793, 798; v. 20. März 2003 – IX ZR 166/02, WPM 2003, 896, 897; v. 22. Juli 2004 a. a. O.). Bei rechtsgeschäftlich begründeten Pfandrechten an beweglichen Sachen und an bereits bestehenden Rechten (§§ 1204, 1273 BGB) ist dagegen nach der bisherigen, noch zur Konkursordnung ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anfechtungsrechtlich der Zeitpunkt ihrer Bestellung maßgebend, auch soweit sie der Sicherung künftiger Forderungen dienen. Danach scheidet der belastete Gegenstand bereits mit der wirk-samen Entstehung des Pfandrechts aus dem unbelasteten Vermögen des Eigentümers aus. Das spätere Entstehen der gesicherten Forderung soll keine weitere Schmälerung des Vermögens des Eigentümers der Pfandsache mehr zur Folge haben; lediglich die Verwertung des Pfandes sei erst mit dem Entstehen und der Fälligkeit der Forderung möglich (vgl. BGHZ 86, 340, 346 ff; 93, 71, 76; BGH, Beschl. v. 5. November 1998 – IX ZR 246/97, ZIP 1999, 79).

15 bb) Ob an dieser Rechtsprechung zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Anfechtbarkeit eines rechtsgeschäftlichen Pfandrechts, das für künftige Forderungen bestellt wird, noch festzuhalten ist, kann vorliegend offen bleiben. Für das Vermieterpfandrecht ergibt sich aus dem Rechtsgedanken des § 140 Abs. 3 InsO, dass anfechtungsrechtlich auf den Zeitpunkt der Pfandrechtsentstehung, also auf die Einbringung der Sachen abzustellen ist.

16 (1) Die Auffassungen im Schrifttum sind in dieser Frage geteilt. Einige meinen, dass bei den rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Pfandrechten die Rechtshandlung mit der Entstehung des Pfandrechts auch insoweit vorgenommen ist, als damit künftige Forderungen aus dem Mietverhältnis gesichert werden (vgl. MünchKomm-InsO/Ganter, a. a. O. Rn. 35; Uhlenbruck/Hirte, a. a. O. § 140 Rn. 7; Giesen a. a. O., 587; ebenso zur KO Kuhn/Uhlenbruck, a. a. O. § 30 Rn. 29 f, 52 d a.E.; Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 21. Aufl. § 40 IV 5, S. 185). Nach anderer Auffassung hat der spätere Insolvenzschuldner gegen das nicht valutierte Pfandrecht eine Einrede, die mit Verfahrenseröffnung zur Masse gehöre. Entstehe die Forderung in der kritischen Zeit, werde dem Schuldner zum Nachteil seiner Gläubiger die Einrede entzogen, weshalb jedenfalls anfechtungsrechtlich auf diesen Zeitpunkt abzustellen sei (vgl. Jaeger/Henckel, a. a. O. Rn. 79 f; MünchKomm-InsO/Kirchhof, a. a. O. Rn. 15 f). In ähnlicher Weise wird die Frage erörtert, ob die vorinsolvenzliche Begründung von Pfandrechten für künftige Forderungen nach § 91 InsO (§ 15 KO) insolvenzfest ist, wenn diese erst nach Verfahrenseröffnung entstehen oder auf den Sicherungsnehmer übergehen. Während ein Teil der Literatur dies bejaht (vgl. MünchKomm-InsO/Ganter, a. a. O.; wohl auch Weis in Hess/Weis/Wienberg, a. a. O. § 91 Rn. 24 für Vermieterpfandrecht; Palandt/Bassenge, a. a. O. § 1204 Rn. 11 für Mobiliarpfandrecht; Kuhn/Uhlenbruck, a. a. O. § 15 Rn. 9, 9a), lehnen andere einen Rechtserwerb ab und begründen dies ebenfalls mit dem Wegfall der Einrede der Nichtvaluierung (vgl. Blersch/v. Olshausen in BK-InsO, § 91 Rn. 10 m.w.N.; Häsemeyer, Insolvenzrecht 3. Aufl. Rn. 10, 28; Kübler/Prütting/Lüke, a. a. O. § 91 Rn. 40; Jaeger/Henckel, a. a. O. § 15 Rn. 21; Kilger/Karsten Schmidt, Insolvenzgesetz 17. Aufl. § 15 KO Anm. 4 d; vgl. zum Ganzen auch Uhlenbruck, a. a. O. § 91 Rn. 10, 12).

17 (2) Für die Anwendbarkeit des § 91 InsO ist entscheidend, ob ein Vermögensgegenstand bereits im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung ganz oder teilweise aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden ist, ohne dass für ihn die Möglichkeit besteht, diesen aufgrund alleiniger Entscheidung wieder zurückzuerlangen (vgl. BGHZ 135, 140, 145; 155, 87, 93; BGH, Urt. v. 17. November 2005 – IX ZR 162/04, WPM 2006, 144, 145). Dieser Grundsatz hat auch bei der Bestimmung des Zeitpunkts der Vornahme einer Rechtshandlung nach § 140 Abs. 1 InsO Bedeutung. Bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise, auf die der Senat in jüngerer Zeit verstärkt abgestellt hat,

bewirkt die Begründung eines rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Pfandrechts an Vermögensgegenständen des Schuldners zur Sicherung künftiger Forderungen erst im Entstehenszeitpunkt der gesicherten Forderung die Schmälerung des Schuldnervermögens und somit die Gläubigerbenachteiligung. Aus ähnlichen Erwägungen heraus hat der Senat bereits früher entschieden, dass im Gesamtvollstreckungsverfahren § 2 Abs. 4 GesO i.V.m. § 394 BGB die Aufrechnung mit einer vor Eingang des Eröffnungsantrags begründeten Forderung gegen eine Werklohnforderung des Schuldners ausschließt, die gemäß § 631 Abs. 1 BGB zwar schon vor Antragstellung begründet wurde, die aber auf Werkleistungen beruht, die erst nach diesem Zeitpunkt erbracht worden sind (vgl. BGH, Urt. v. 4. Oktober 2001 – IX ZR 207/00, WPM 2001, 2208). Ebenso wie eine solche – noch nicht fällige – Forderung des Schuldners einen Vermögenswert erst nach Ausführung der geschuldeten Werkleistung darstellt, wird auch ein Pfandrecht zur Sicherung einer künftigen Forderung erst mit deren Entstehung für den Gläubiger werthaltig.

18 (3) Ob aus den genannten Gründen bei rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Pfandrechten nach § 140 Abs. 1 InsO allgemein auf den Zeitpunkt der Entstehung der gesicherten Forderung abzustellen ist, kann hier offen bleiben. Bei dem gesetzlichen Vermieterpfandrecht ist vorrangig § 140 Abs. 3 InsO zu beachten. Nach dieser Vorschrift bleibt bei einer bedingten oder befristeten Rechtshandlung der Eintritt der Bedingung oder des Termins außer Betracht. Maßgebender Zeitpunkt ist dann der Abschluss der rechtsbegründenden Tatumstände (BGHZ 159, 388, 395; BT-Drucks. 12/2443, S. 167). Bei Mietzinsforderungen, die als aufschiebend befristete Ansprüche unter diese Bestimmung fallen, ist das der Abschluss des Mietvertrages (vgl. BGH, Urt. v. 11. November 2004 a. a. O.; HK-InsO/Kreft, a. a. O. § 140 Rn. 14). Auf das Vermieterpfandrecht ist § 140 Abs. 3 InsO zwar nicht unmittelbar anwendbar. Die Vorschrift betrifft nur Rechtsgeschäfte, weil andere Rechtshandlungen – so auch das zur Entstehung des Vermieterpfandrechts führende Einbringen von Gegenständen – nicht bedingt oder befristet sein können (vgl. MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 140 Rn. 50; Kübler/Prütting/Paulus, a. a. O. § 140 Rn. 110; Smid/J. Zeuner, InsO § 140 Rn. 12; Uhlenbruck/Hirte, a. a. O. § 140 Rn. 18; Nerlich in Nerlich/Römermann, a. a. O. § 140 Rn. 19). Dennoch kann die Tatsache, dass die Zahlung des Mietzinses unter den vorstehend genannten Voraussetzungen insolvenzfest ist, für die Frage der Anfechtbarkeit des Vermieterpfandrechts nicht unberücksichtigt bleiben. Das der Sicherung des Mietzinsanspruchs dienende Vermieterpfandrecht kann nicht in weiterem Umfang der Insolvenzanfechtung unterliegen als die Erfüllung der Mietzinsforderungen durch den Mieter. Dem Vermieter muss deshalb bei ausbleibender Mietzinszahlung vor Insolvenzeröffnung in den Grenzen des § 50 Abs. 2 InsO auch ein anfechtungsfreies Absonderungsrecht eingeräumt werden, soweit die von dem Pfandrecht erfassten Gegenstände bereits vor der Krise eingebracht wurden. Ob sich die Insolvenzfestigkeit des Vermieterpfandrechts auch aus § 112 InsO ergibt, kann deshalb dahingestellt bleiben.

19 4. Die Klägerin ist gemäß § 50 Abs. 1 InsO nach Maßgabe der §§ 166 ff InsO zur abgesonderten Befriedigung aus den von der Schuldnerin in die Mieträume eingebrachten Sachen für Hauptforderung, Zinsen und Kosten berechtigt. Die Verteilung des vom Verwalter erzielten Verwertungserlöses richtet sich nach § 170 Abs. 1 InsO. Solange der Erlös in der Masse unterscheidbar vorhanden ist, setzt sich das Absonderungsrecht an ihm fort, ansonsten entsteht eine Masseforderung nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 und 3 InsO (vgl. HK-InsO/Landfermann, a. a. O. § 170 Rn. 8; MünchKomm-InsO/Ganter, § 50 Rn. 100; Uhlenbruck, a. a. O. § 50 Rn. 31; BGH, Urt. v. 18. Mai 1995 – IX ZR 189/94, WPM 1995, 1368, 1374, insoweit nicht in BGHZ 130, 38 ff abgedruckt).

20 Danach ist der Feststellungsausspruch des Landgerichts hinsichtlich der Hauptforderung, Verzugszinsen in Höhe von 614,31 € und eines weiteren Verzugschadens von 3839,80 €

(Buchstaben a) bis c) des Klageantrags) gerechtfertigt. Dagegen kann der Klägerin kein Vermieterpfandrecht an den von der Schuldnerin in die Mieträume eingebrachten Sachen in Bezug auf Verzugszinsen wegen der nicht erfolgten Auskehrung des Verwertungserlöses in Höhe von 8% über dem Basiszinsatz seit dem 4. Oktober 2001 aus 30 944,20 € zustehen. Kehrt der Verwalter den nach § 170 Abs. 1 InsO geschuldeten Betrag nicht unverzüglich an den Sicherungsgläubiger aus, so ist der Anspruch auf die Verzugszinsen eine Masseschuld nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO (MünchKomm-InsO/Lwowski, § 170 Rn. 52). Diese Zinsen fallen aber nicht unter § 50 Abs. 1 InsO.

21 III. Das angefochtene Urteil ist daher teilweise aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da keine weiteren Feststellungen erforderlich sind, hat der Senat selbst in der Sache zu entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Klage ist lediglich hinsichtlich des Buchstabens d) des Klageantrags abzuweisen; im Übrigen hat das Landgericht zu Recht der Klage stattgegeben.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 49 InsO; §§ 1123, 1124 BGB
Zwangsvollstreckung während der Insolvenz;
Pfändung von Mieten oder Pachten

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners ist die Pfändung mithaftender Mieten oder Pachten durch absonderungsberechtigte Grundpfandgläubiger nicht mehr zulässig.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 26.10.2006 – IX ZB 155/05)

1 **Zum Sachverhalt:** Das Amtsgericht eröffnete mit Beschluss vom 23. November 2004 über den Nachlass des verstorbenen Schuldners das Insolvenzverfahren und bestellte den Insolvenzverwalter. Zugunsten der Gläubigerin war aufgrund notarieller Urkunde vom 24. November 1994 eine Grundschuld in Höhe von 172 500 DM nebst Zinsen zu Lasten des Grundstücks des Schuldners im Grundbuch eingetragen worden.

2 Am 21. Februar 2005 hat die Gläubigerin auf der Grundlage der vollstreckbaren Grundschuldbestellungsurkunde einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss gegen den Nachlassinsolvenzverwalter erwirkt. Danach wurden dessen angebliche Forderungen auf fällige und künftig fällig werdende Mietzinsen gegen die Drittschuldnerin gepfändet und der Gläubigerin zur Einziehung überwiesen. Die Drittschuldnerin hat aufgrund des mit dem verstorbenen Schuldner geschlossenen Mietvertrages eine Nettomiete von 930 DM zu zahlen.

3 Die gegen den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss eingelegte Erinnerung hat das Amtsgericht Leipzig durch Beschluss des Richters als unbegründet zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde ist ohne Erfolg geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde beantragt der Insolvenzverwalter, die amts- und landgerichtlichen Entscheidungen aufzuheben und den Antrag auf Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses abzuweisen.

4 **Aus den Gründen:** II. Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte und nach § 575 Abs. 1 bis 3 ZPO auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet.

5 Der Senat hat zwischenzeitlich die von der Rechtsbeschwerde aufgeworfene rechtsgrundsätzliche Frage mit Beschluss vom 13. Juli 2006 (IX ZB 301/04, ZIP 2006, 1554, z.Vb. in BGHZ [= GuT 2006, 261]) entschieden. Danach ist nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners die Pfändung mithaftender Mieten oder Pachten durch absonderungsberechtigte Grundpfandgläubiger nicht mehr zulässig.

6 Bereits die wortgetreue Auslegung des § 49 InsO ergibt, dass Gläubiger, denen ein Recht auf Befriedigung aus unbeweglichen Gegenständen zusteht, nur nach Maßgabe des Ge-

setzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung zur abgesonderten Befriedigung berechtigt sind. Der Wortlaut spricht dagegen, dass Grundpfandgläubiger ihr Absonderungsrecht an den gemäß §§ 1123, 1124 BGB mithaftenden Mieten und Pachten auch noch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen (den Nachlass) des Grundstückseigentümers (Schuldners) im Wege der Forderungspfändung verfolgen können.

7 Bestätigt wird diese wortgetreue Auslegung des § 49 InsO insbesondere durch § 110 Abs. 1 und 2 InsO. Eine Vorauspfändung von Mieten gemäß §§ 829, 832, 835 ZPO begründet danach spätestens nach Ablauf des nächsten auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens folgenden Kalendermonats kein Absonderungsrecht mehr. Dann leuchtet aber nicht ein, dass die im hypothekarischen Haftungsverband stehenden Mieten und Pachten nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens von Grundpfandgläubigern durch Pfändung beschlagnahmt werden könnten.

8 Dieses Ergebnis entspricht auch der Interessenlage der Beteiligten, weil die Durchsetzung des Absonderungsrechts von Grundpfandgläubigern in die nach §§ 1123, 1124 BGB mithaftenden Mieten oder Pachten auf dem Wege der Forderungspfändung den Insolvenzverwalter in die Lage brächte, öffentliche Lasten des Grundeigentums und laufende Kosten der Gebäudeinstandhaltung und der Gebäudeversicherung als Masseverbindlichkeiten berichtigen zu müssen, ohne dafür aus der Nutzung des Absonderungsgutes Deckung zu erhalten. Hierdurch würden die Insolvenzgläubiger ungerechtfertigt benachteiligt. Der Insolvenzverwalter wäre demgemäß verpflichtet, diesen Folgen mit einem eigenen Antrag gemäß § 165 InsO, §§ 172 f ZVG zu begegnen.

9 Die angefochtenen Entscheidungen sind deshalb aufzuheben und der Antrag auf Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses ist abzuweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Ebenso Beschlüsse vom 26.10.2006 – IX ZB 177/05; vom 21.12.2006 – IX ZB 264/05.

**§ 117 BGB; §§ 11, 35 BJagdG; § 31 RhPflJagdG
Jagdpacht; Scheingeschäft bei der Anpachtung;
Strohmann; Ausgleich von Wildschäden;
Erklärungsmangel bei gütlicher Einigung**

a) Zu den Voraussetzungen eines Scheingeschäfts bei der Anpachtung einer Jagd durch einen Strohmann.

b) Die gütliche Einigung über den Ausgleich von Wildschäden im Vorverfahren schließt eine spätere Berufung des Jagdpächters auf materiellrechtliche Mängel der Erklärung nicht aus.

(BGH, Beschluss vom 4. 4. 2007 – III ZR 197/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Die klagende Jagdgenossenschaft nimmt den Beklagten zu 2 als Pächter des gemeinschaftlichen Jagdbezirks S. II und die Beklagte zu 1 als Erbin des früheren Mitpächters, des ursprünglichen Beklagten zu 1 (im Folgenden einheitlich: der Beklagte zu 1), auf Zahlung von Wildschadensersatz für die Jahre 2001 und 2002 in Höhe von 31 232 € in Anspruch. Unter dem 22. März 1995 unterzeichneten die Beklagten einen entsprechenden Jagdpachtvertrag. Sie wenden gegenüber der Klage im Wesentlichen ein, als leitende Angestellte der P. H. AG hätten sie nur formell die Pächterrolle übernommen, da diese mangels Jagdpachtfähigkeit nach außen keinen Jagdpachtvertrag habe schließen können. Pächterin habe in Wirklichkeit diese sein sollen. Sie habe bis zu ihrer Insolvenz auch die Pächterrechte ausgeübt und alle Kosten getragen. Das habe die Klägerin gewusst und gebilligt.

2 Amtsgericht Prüm und Landgericht Trier haben die Klage abgewiesen. Mit ihrer Beschwerde erstrebt die Klägerin die Zulassung der Revision.

3 **Aus den Gründen:** II. Die Beschwerde ist unbegründet. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Eine Entscheidung des Revisionsgerichts ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 543 Abs. 2, § 544 ZPO).

4 1. Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch nicht zu, weil der zugrunde liegende Jagdpachtvertrag mit den Beklagten nach den vom Berufungsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen als Scheingeschäft gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtig ist. Das kann der Senat selbst entscheiden, obwohl das Landgericht diese Frage letztlich offen gelassen und auf derselben Tatsachengrundlage eine Gesetzesumgehung und Nichtigkeit gemäß § 134 BGB i.V.m. § 11 Abs. 6 Satz 1 BJagdG angenommen hat (siehe auch für einen vergleichbaren Fall OLG Koblenz, Urteil vom 6. Juli 1994 – 7 U 1173/93 – juris: Nichtigkeit des Jagdpachtvertrags nach §§ 117, 134 BGB). Umgehungsabsicht würde voraussetzen, dass die vertraglich vereinbarten Rechtsfolgen ernsthaft gewollt wären (Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Aufl., § 117 Rn. 5). Das ist nach dem festgestellten Sachverhalt indes nicht der Fall.

5 a) Ein bloßes Scheingeschäft liegt vor, wenn die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein eines Rechtsgeschäfts hervorgerufen, dagegen die mit dem Geschäft verbundenen Rechtsfolgen nicht eintreten lassen wollen (BGHZ 36, 84, 87 f.; Senatsurteil vom 24. Januar 1980 – III ZR 169/78, NJW 1980, 1572, 1573; BGH, Urteil vom 20. Juli 2006 – IX ZR 226/03, ZIP 2006, 1639, 1640). Wird beim Vertragsschluss eine Person als Vertragspartner vorgeschoben (sogenannter Strohmann), so sind die Voraussetzungen eines Scheingeschäfts allerdings in der Regel nicht erfüllt. Denn die erklärte Rechtsfolge ist von den Beteiligten normalerweise ernsthaft gewollt, weil andernfalls der erstrebte wirtschaftliche Zweck nicht oder nicht in rechtsbeständiger Weise erreicht würde. Das gilt selbst dann, wenn der Vertragspartner die Strohmanneigenschaft kannte; auch hier ist ausschlaggebend, ob die Parteien die Rechtsfolgen der Vereinbarung, insbesondere die damit für sie selbst verbundenen Pflichten, wirklich herbeiführen wollen (BGHZ 21, 378, 381 f.; Senatsurteile vom 24. Januar 1980 a. a. O. und vom 22. Oktober 1981 – III ZR 149/80, NJW 1982, 569 f.; BGH, Urteil vom 6. Dezember 1994 – XI ZR 19/94, NJW 1995, 727).

6 b) Nach diesen Maßstäben ist – im Gegensatz zu der Fallgestaltung, die dem Senatsbeschluss vom 29. September 1983 – III ZR 8/83 – (Jagdrechtliche Entscheidungen III Nr. 69) zugrunde lag – hier von einem Scheingeschäft auszugehen.

7 Das Berufungsgericht stellt dazu fest: Tatsächlich berechtigt und verpflichtet aus dem Jagdpachtvertrag sollten nicht die Beklagten, sondern die hinter diesen stehende P. H. AG werden. Über den Umstand hinaus, dass diese sämtliche Kosten im Zusammenhang mit den Jagdbezirken S. I und II übernommen habe, sprächen dafür folgende weiteren Gründe: In einer Abtretungs- und Nutzungserklärung zwischen den Beklagten und der Aktiengesellschaft vom 24. März 1995 werde ausdrücklich festgehalten, dass die Jagdbezirke für die P. H. AG gepachtet worden seien und erklärt, alle Rechte und Pflichten seien an das Unternehmen abgetreten worden, deren Hauptniederlassung auch alle Kosten und Folgekosten der Pachtverträge übernehme und dass diese das Revier zur uneingeschränkten Verfügung habe. Auch die Verpflichtungserklärungen der P. H. AG vom 3. November 1999 und vom 28. März 2000 belegten, dass diese sich als Nutzerin beider Jagdbezirke angesehen habe. Entsprechend habe sie Einladungen zur Jagd „im Revier P. H.“ verschickt. Schließlich spreche auch das Ergebnis der vom Amtsgericht durchgeführten umfangreichen Beweisaufnahme indiziell dafür, dass tatsächlich die P. H. AG die Pächterrolle ausgeübt habe. Aus alledem folge, dass diese faktisch Pächterin von S. II gewesen sei. Zur Überzeugung der Kammer stehe überdies fest, dass die Klägerin bereits beim Abschluss des Jagdpachtvertrags gewusst habe, dass eigentliche Pächterin die P. H. AG habe sein sollen und dass dies auch alle Parteien gewollt hätten. Die P. H. AG habe vor Abschluss des hier interessierenden Pachtvertrags schon jahrelang die faktische Pächterrolle und schlechthin alle

Pächterrechte in dem Jagdbezirk S. I ausgeübt. Der Zeuge N., der dort die Rolle des Jagdpächters übernommen habe, sei finanziell nicht in der Lage gewesen, für die Kosten aufzukommen. Trotzdem habe die Klägerin mit ihm den Pachtvertrag geschlossen, weil sie auf die vermeintliche Solvenz des Unternehmens vertraut habe. Dies verdeutliche, dass es der Klägerin gleichgültig gewesen sei, wer formell die Pächterrolle getragen habe. Gleiches gelte für den streitgegenständlichen Pachtvertrag S. II. Auch die Klägerin habe somit die P. H. AG und nicht die Beklagten als Pächter von S. II angesehen. Dies belegten zudem ihre Protokolle und ihre Korrespondenz mit der Aktiengesellschaft nach dem Ausscheiden der Beklagten aus der Firma zum 1. Januar 1998, in der die Klägerin mit der P. H. AG über eine Auswechslung der Beklagten als Jagdpächter gegen neue Mitarbeiter der Gesellschaft verhandelt habe. Die Tatsache, dass die P. H. AG für die Beklagten gebürgt habe, spreche nicht dagegen, dass diese eigentliche Pächterin habe sein sollen. Dadurch habe die Klägerin eine Absicherung gegenüber der P. H. AG erhalten.

8 Auf der Grundlage dieser Feststellungen ist die – allerdings rechtlich den Tatbestand eines Scheingeschäfts ausfüllende – Schlussfolgerung des Berufungsgerichts, die Beklagten seien tatsächlich nicht Pächter gewesen, vielmehr die P. H. AG, und dies sei entgegen dem Vertragstext von den Parteien auch so gewollt gewesen, frei von Rechtsfehlern. Die von der Nichtzulassungsbeschwerde weiter erhobenen Rügen einer Verletzung von Verfahrensgrundrechten der Klägerin hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet; von einer näheren Begründung wird abgesehen (§ 544 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 2 ZPO).

9 2. Entgegen der Beschwerdebegründung ist es den Beklagten auch nicht wegen der gütlichen Einigungen über den Ausgleich von Wildschäden in den nach Landesrecht durchgeführten Vorverfahren verwehrt, sich jetzt auf die Nichtigkeit des Jagdpachtvertrags zu berufen. Rechtsfolge einer solchen gütlichen Einigung gemäß § 62 der rheinland-pfälzischen Landesverordnung zur Durchführung des Landesjagdgesetzes vom 25. Februar 1981 (GVBl S. 27) ist nach den Bestimmungen der § 35 BJagdG und § 31 RhPflJagdG, ungeachtet der damit verbundenen Vollstreckbarkeit, eine rechtsgeschäftliche Verpflichtungserklärung als Anerkenntnis oder Vergleich. Materiell-rechtliche Mängel dieser Erklärungen können darum auch noch nachträglich geltend gemacht werden (vgl. für eine Anfechtung wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung Mitzschke/Schäfer, BJagdG, 4. Aufl., § 35 Rn. 16). Im Streitfall fehlt es, da die Beklagten in Wahrheit nicht Jagdpächter waren, für die Klägerin erkennbar an einer dem Zeugen N. wirksam erteilten Vollmacht.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 584b, 546a, 581, 543 BGB
Abtretung des Pachtzinsanspruchs;
Abtretung des Entschädigungsanspruchs
bei Vorenthaltung der Pachtsache

a) Wird der Pachtvertrag über ein Grundstück vom Zwangsverwalter wegen Zahlungsverzugs unter Gewährung einer Räumungsfrist außerordentlich fristlos gekündigt, schuldet der frühere Pächter wegen Vorenthaltung der Pachtsache die Nutzungsentschädigung.

b) Ist der Pachtzinsanspruch an die Bank abgetreten, an die der Pächter unmittelbar den Pachtzins zu überweisen hat, bedarf es der Prüfung, ob der Nutzungsentschädigungsanspruch wie der vertragliche Pachtzinsanspruch unmittelbar nur von der Bank eingefordert werden darf, auch wenn die Bank die Zwangsvollstreckung betreibt.

(nichtamtliche Leitsätze)

(BGH, Beschluss vom 23. 8. 2006 – XII ZR 214/04)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt als Zwangsverwalterin eines Grundstücks von der Beklagten Pachtzins und Nutzungsentschädigung in Höhe von insgesamt 50 133,76 €.

2 Die Beklagte pachtete mit Vertrag vom 22. Februar 2001 von den Eigentümern ein Grundstück in Berlin. Der monatliche Pachtzins betrug 29 500 DM (15 083,11 €) zuzüglich MWSt. In § 6 des Pachtvertrages heißt es:

„§ 6 Abtretung

1. Der Pachtzins wird abgetreten an die D.bank AG in Höhe von zurzeit monatlich 29. 500 DM ...

Der monatliche Pachtzins wird von der Pächterin unmittelbar an die D.bank AG als Zessionarin auf das Darlehenskonto ... überwiesen, bis zum 30. Juni 2001 jedoch nur ein Betrag von 25.000 DM. Nach dem 30. Juni 2001 erfolgt die Überweisung in Höhe von monatlich 29. 500 DM.

...“

3 Die D.bank AG betreibt die Zwangsvollstreckung in das Grundstück. Mit Beschluss des Amtsgerichts vom 7. Dezember 2001 wurde die Klägerin als Zwangsverwalterin bestellt. Die Zwangsverwalterin hat den Pachtvertrag mit Schreiben vom 13. Juni 2002 wegen Zahlungsverzugs der Beklagten unter Gewährung einer Räumungsfrist bis zum 10. Juli 2002 gekündigt. Die Beklagte hat das Grundstück am 6. August 2002 an die Klägerin herausgegeben. Die Klägerin verlangt von der Beklagten Pachtzins bzw. Nutzungsentschädigung für Mai in Höhe eines Restbetrages von 11 734,54 €, für Juni und Juli jeweils den vollen Pachtzins in Höhe von 17 496,41 € und für die Zeit vom 1. August bis 6. August 2002 einen Betrag von 3386,40 €, insgesamt also 50 113,76 €. Das Landgericht Berlin hat die Klage abgewiesen. Die Klageforderung sei an die Bank abgetreten. Die Abtretung sei nicht nach § 1124 Abs. 2 BGB unwirksam geworden, da die Bank die Zwangsvollstreckung selbst betreibt. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin in vollem Umfang Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 33 461,76 € nebst Zinsen verurteilt und im Übrigen die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Die Abtretung an die Bank sei wirksam. Sie umfasse aber nur den Nettopachtzins, nicht aber die Nutzungsentschädigung und die vereinbarte MWSt. Diese beiden Posten stünden daher der Klägerin zu. Nutzungsentschädigung schulde die Beklagte ab 14. Juni 2002 (ein Tag nach Zugang der Kündigungserklärung) bis zum 6. August 2002 (Tag des Auszugs). Dies ergebe einen Betrag von insgesamt 30 797,44 € einschließlich MWSt (entsprechend 26 549,52 € netto zuzüglich 4247,92 € MWSt). Außerdem stehe der Klägerin für die Monate Mai 2002 restliche MWSt in Höhe von 1618,56 € und für die Zeit vom 1. Juni bis 13. Juni 2002 in Höhe von 1045,76 €, insgesamt somit 2664,32 € zu. Die Revision hat das Kammergericht nicht zugelassen. Hiergegen richtet sich die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten, mit der sie die Zulassung der Revision und die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils zu erreichen sucht.

4 **Aus den Gründen:** II. Das angefochtene Urteil ist nach § 544 Abs. 7 ZPO insoweit aufzuheben, als die Beklagte zur Zahlung der Netto-Nutzungsentschädigung in Höhe von 26 549,52 € verurteilt worden ist.

5 Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Nichtzulassungsbeschwerde ist in diesem Umfang begründet. Das Berufungsgericht hat, ohne vorher einen Hinweis zu geben, seine Entscheidung insoweit auf einen Gesichtspunkt gestützt, den beide Parteien und das Erstgericht anders beurteilt haben. Damit hat es nicht nur § 139 Abs. 2 ZPO, sondern auch den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör gemäß § 103 Abs. 1 GG verletzt. Ein Gericht verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG und das Gebot eines fairen Verfahrens, wenn es ohne vorherigen Hinweis auf rechtliche Gesichtspunkte abstellt, mit denen auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte (vgl. BVerfG NJW 2003, 2524). Das ist hier, wie die Beklagte zu Recht rügt, der Fall.

6 1. Das Berufungsgericht geht allerdings zu Recht davon aus, dass die außerordentliche Kündigung im Schreiben der Klä-

gerin vom 13. Juni 2002 das Pachtverhältnis sofort und nicht erst mit Ablauf der Räumungsfrist am 10. Juli 2002 beendet hat. Denn die Klägerin hat, wie sich aus der Klageschrift – entgegen der Behauptung der Nichtzulassungsbeschwerde – ergibt, das Pachtverhältnis gemäß § 581 Abs. 2, § 543 Abs. 3 BGB wegen Zahlungsverzugs der Beklagten außerordentlich fristlos gekündigt. Damit war mit Zugang der Kündigung das Pachtverhältnis sofort beendet. Die Einräumung einer Räumungsfrist ändert daran nichts.

7 Weiter hat das Berufungsgericht zu Recht angenommen, dass die Beklagte für die Räumungsfrist vom 14. Juni bis 10. Juli 2002 Nutzungsentschädigung schuldet. Dies scheidet entgegen der Meinung der Nichtzulassungsbeschwerde nicht daran, dass die Beklagte der Klägerin in diesem Zeitraum die Pachtsache nicht vorenthalten habe. Im Rahmen des Mietrechts ist bereits entschieden, dass zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Vorenthaltung nach § 546 a BGB der grundsätzliche Rückerlangungswille des Vermieters ausreicht. Davon ist bei Einräumung einer Räumungsfrist auszugehen. Die Entschädigungsforderung steht dem Vermieter daher auch für den Zeitraum zu, für den er eine Räumungsfrist gewährt hat (BGH Urteil vom 13. Oktober 1982 – VIII ZR 197/81 – NJW 1983, 112). Für ein Pachtverhältnis gilt nichts anderes. Dies ist umso mehr der Fall, als § 546 a und § 584 b BGB im Hinblick auf die genannte Tatbestandsvoraussetzung denselben Wortlaut haben.

8 2. Die Beklagte rügt jedoch, dass das Berufungsgericht entgegen der übereinstimmenden Bewertung der Parteien und der Sichtweise des Landgerichts angenommen habe, dass die Ansprüche auf Nutzungsentschädigung nicht von der Abtretung umfasst seien, und insoweit auch keinen Hinweis erteilt habe. Hätte das Berufungsgericht einen Hinweis erteilt, hätte sie dargelegt, dass eine Vertragsauslegung, die sich am mutmaßlichen Willen der Parteien und an der Interessenlage orientiere, zwingend dazu führe, dass die Abtretung des Pachtzinses auch die an seine Stelle tretende Nutzungsentschädigung umfasse. Diese Rüge greift durch. Das Urteil des Berufungsgerichts stellt sich als Überraschungsentscheidung dar, was nicht nur gegen § 139 Abs. 2 ZPO, sondern zugleich gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstößt.

9 Der Verstoß ist auch entscheidungserheblich. Hiervon ist bereits dann auszugehen, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Gericht bei Berücksichtigung der Stellungnahmen der Parteien anders entschieden hätte (vgl. BGH Urteil vom 18. Juli 2003 – V ZR 187/02 – NJW 2003, 3205 unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts). Dies ist hier der Fall.

10 III. Im Übrigen ist die Nichtzulassungsbeschwerde zurückzuweisen.

11 Soweit die Beklagte zur Zahlung der MWSt-Anteile in Höhe von 6912,24 € verurteilt worden ist, liegt ein Zulassungsgrund nicht vor. Ein Verstoß gegen Verfahrensgrundrechte ist nicht gerügt. Die Rechtssache hat insoweit auch weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Von einer näheren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 2 ZPO abgesehen.

12 IV. Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass das Berufungsgericht unter Berücksichtigung der Stellungnahmen der Parteien insbesondere zu prüfen haben wird, ob unter dem Begriff Pachtzins in § 6 des Vertrages im Hinblick auf den Zweck der Abtretung und die Interessenlage nicht auch ein Entschädigungsanspruch nach § 584 b BGB zu verstehen ist (vgl. Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 9. Aufl. Rdn. 474; vgl. auch Senatsurteil BGHZ 140, 175). Gegebenenfalls werden auch die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung heranzuziehen sein.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 129 InsO; §§ 5, 12 ZAV 2002; § 7 MGV
Landpacht; Landwirtschaft; Milchquote; Übergang der
Anlieferungs-Referenzmenge auf den Verpächter;
Insolvenz des vormaligen Pächters; Anfechtung im
Insolvenzverfahren; Gläubigerbenachteiligung**

Zur Anfechtung des Übergangs einer Anlieferungs-Referenzmenge („Milchquote“) im Insolvenzverfahren über das Vermögen des vormaligen Pächters bei Pachtverträgen, die vor dem 1. April 2000 abgeschlossen worden sind.

(BGH, Urteil vom 28. 9. 2006 – IX ZR 98/05)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Schuldner, ein Landwirt, pachtete im Jahre 1985 von seiner Mutter, der Beklagten, und seinem zwischenzeitlich verstorbenen Vater einen landwirtschaftlichen Hof in Hohne (Niedersachsen). Während der Laufzeit des Pachtvertrages führte er bis März 2001 einen landwirtschaftlichen Betrieb in Warnau (Sachsen-Anhalt). Dort erwarb er als Wiedereinrichter ein Milchkontingent von 360 000 kg, das er durch eine Betriebsverlegung im Jahre 2001 auf den Pacht Hof in Hohne übertrug. Diesen führte er bis Ende März 2003 weiter.

2 Mit zwei Vereinbarungen vom März 2003 hoben der Schuldner und die Beklagte den Pachtvertrag zum 31. März 2003 beziehungsweise zum 1. April 2003 auf. Beide Vereinbarungen enthalten folgende Klausel: 2

„Sämtliche bestehenden Kartoffel-, Zuckerrüben- und Milchlieferrechte (Quoten) werden, soweit sie nicht ohnehin mit Rückgabe des Hofes an den Verpächter übergehen, hiermit an diesen übertragen.“

3 Aufgrund eines Antrags der Beklagten bescheinigte die Kreisstelle der Landwirtschaftskammer ihr den Übergang einer Referenzmenge in Höhe von insgesamt 738 175 kg mit Beginn des 1. April 2003. In dieser Menge ist das Milchkontingent von 360 000 kg enthalten, das der Schuldner im Jahre 2001 nach Hohne mitgebracht hatte.

4 Am 1. Juli 2003 stellte ein Gläubiger Insolvenzantrag. Am 4. September 2003 wurde das Verfahren eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Er forcht die Übertragung des aus Warnau mitgebrachten Milchkontingents auf die Beklagte durch die Vereinbarungen von März 2003 als gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung an. Der Kläger meint, an der gemäß § 8 Zusatzabgabenverordnung vom 12. Januar 2000 (BGBl. I S. 27) eingerichteten zuständigen Verkaufsstelle („Quotenbörse“) sei für dieses Kontingent am 30. Oktober 2003 ein Betrag von (360 000 kg × 0,40 €/kg =) 144 000 € zu erzielen gewesen. Er verlangt von der Beklagten in dieser Höhe Zahlung, hilfsweise Rückübertragung des Milchkontingents, äußerst hilfsweise Duldung des Verkaufs an der Verkaufsstelle. Das Landgericht Lüneburg hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht [OLG Celle] hat dem Zahlungsantrag entsprochen. Mit der zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

5 **Aus den Gründen:** Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt zur Wiederherstellung der klageabweisenden Entscheidung des Landgerichts.

6 I. Das Berufungsgericht meint: Die streitige Anlieferungs-Referenzmenge von 360 000 kg (fortan auch Referenzmenge oder Milchkontingent) habe der Schuldner durch eine Rechtshandlung (§ 129 Abs. 1 InsO) auf die Beklagte übertragen. Ein Übergang kraft Gesetzes scheide aus. Rechtsgrundlage für einen gesetzlichen Übergang könne nur § 12 Abs. 2 der Zusatzabgabenverordnung vom 12. Januar 2000 in der hier maßgeblichen Fassung vom 6. Februar 2002 (BGBl. I S. 586; fortan: ZAV 2002) sein. Das Milchkontingent werde von dieser Regelung jedoch nicht erfasst. Bei ihm habe es sich zu keinem Zeitpunkt um eine dem Betrieb in Hohne entsprechende, also an dessen Betriebsflächen gebundene Anlieferungs-Referenzmenge nach § 7 der Milch-Garantiemengen-Verordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. März 1994 (BGBl. I S. 586),

zuletzt geändert durch Verordnung vom 25. März 1996 (BGBl. I S. 535; fortan nur MGV 1996) gehandelt. Die Flächenbindung sei durch die Zusatzabgabenverordnung mit Wirkung vom 1. April 2000 abgeschafft worden. Deshalb könne das erst im Jahre 2001 von dem Schuldner aus Sachsen-Anhalt mitgebrachte Milchkontingent dem Pachtbetrieb nicht zugeordnet werden. Vielmehr sei es unmittelbar aus dem Vermögen des Schuldners auf die Beklagte übergegangen.

7 II. Diese Begründung trifft nicht zu, weil sie die Reichweite der in § 12 Abs. 2 und 4 ZAV 2002 getroffenen Übergangsregelung verkennt. Danach ist die Referenzmenge kraft Gesetzes mit Rückgabe des gepachteten Betriebes (vgl. BVerwG RdL 2005, 215, 217; 2006, 246, 247 f) auf die Beklagte als Verpächterin übergegangen. Die anlässlich der Beendigung des Pachtvertrages in die Vereinbarungen von März 2003 aufgenommenen Klauseln betreffend die Übertragung der Anlieferungsquoten gingen deshalb – soweit hier von Interesse – ins Leere. Auf der Grundlage des klägerischen Vortrags fehlt es sonach schon an einer gläubigerbenachteiligenden Rechtshandlung im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO. Andere Ansprüche als die anfechtungsrechtliche Rückgewähr sind nicht Streitgegenstand.

8 1. Die Milchreferenzmenge berechtigt einen Milcherzeuger, im Umfang der ihm zugeteilten Quote Milch abgabefrei an einen Abnehmer zu veräußern (BGHZ 115, 162, 167; BGH, Urt. v. 26. April 1991 – V ZR 53/90, NJW 1991, 3280, 3281). Die Referenzmenge ist deshalb grundsätzlich an einen milcherzeugenden Betrieb gebunden (vgl. EuGH, Urt. v. 13. Juli 1989 – Rs 5/88, AgrarR 1990, 118; BGHZ 114, 277, 282; 115, 162, 167; BVerwGE 84, 140, 146; 92, 322, 326; BVerwG RdL 2006, 246, 247; Wagner in Bamberger/Roth, BGB § 591 Rn. 9; MünchKomm-BGB/Harke, 4. Aufl. § 591 Rn. 2).

9 2. Die rechtliche Zuordnung der Referenzmenge eines Pächters bei Beendigung des Pachtvertrages, der – wie hier – vor dem 1. April 2000 geschlossen worden ist, ist in § 12 Abs. 2 ZAV 2002 geregelt. Diese Bestimmung trifft eine Übergangsregelung für die bei Inkrafttreten der Zusatzabgabenverordnung laufenden Pachtverträge.

10 a) Danach gehen bei Beendigung dieser Pachtverträge die entsprechenden Anlieferungs-Referenzmengen nach § 7 Abs. 1 bis 2a, Abs. 4 Satz 1 bis 3, Abs. 5 und 6 MGV 1996 auf den Verpächter mit der Maßgabe über, dass 33 v.H. der zurückgewährten Anlieferungs-Referenzmenge zugunsten der Reserve des Landes, in dem der Betriebsitz des Pächters liegt, eingezogen werden. Nach § 12 Abs. 4 Nr. 2 ZAV 2002 gilt der Abzug nicht, wenn – wie hier – ein ganzer Betrieb zurückgewährt wird. In dieser Regelung kommt einer der Grundgedanken des Milchquotenrechts nach der Milch-Garantiemengen-Verordnung zum Ausdruck, dass die Vorteile durch eine öffentlich-rechtliche Erlaubnis bei Pachtende als betriebsakzessorisches Recht grundsätzlich dem Verpächter zugewiesen werden, mag die Erlaubnis auch dem Pächter erteilt worden sein.

11 b) Auf dieser rechtlichen Grundlage hat die Landwirtschaftskammer der Beklagten, die selbst Milcherzeugerin ist, gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 1 ZAV 2002 den Übergang der zunächst dem Schuldner zugeordneten Referenzmengen mit Ende des Pachtverhältnisses bescheinigt. Zwar ist dort – im Gegensatz zu dem beschiedenen Antrag – formularmäßig vermerkt, dass die Beklagte durch „Vereinbarung vom 22. 3. 2003“ Rechtsnachfolgerin des Schuldners gemäß § 7 Abs. 2 ZAV 2002 geworden sei. Diese nicht konstitutive (vgl. BVerwG RdL 2002, 215, 216) rechtliche Einordnung des Übergangs entfaltet aber im Verhältnis zwischen den Prozessparteien keine Bindungswirkung, weil sich die Tatbestandswirkung der nach § 17 Abs. 1 Nr. 1 ZAV 2002 zur Vorlage beim Käufer (der Milch) bestimmte Bescheinigung nur darauf beschränkt, dass (und nicht „wie“) der benannte Milcherzeuger Inhaber der Milchquote geworden ist.

12 c) Der Kläger ist in den Tatsacheninstanzen der Anwendbarkeit des § 12 Abs. 2 ZAV 2002 mit dem Argument entgegengetreten, dass diese Vorschrift nur Pachtverträge bezüglich Anlieferungs-Referenzmengen, nicht aber Hofpachtverträge be-

treffe. Dies folge aus der Verweisung auf die „in Absatz 1 genannten Pachtverträge“, welche die „Anlieferungs-Referenzmengen ... betreffen“. Der Schuldner habe von der Beklagten nicht die im Streit befindliche Anlieferungs-Referenzmenge, sondern einen Hof gepachtet gehabt.

13 Diese Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 12 Abs. 2 ZAV 2002 trifft nicht zu. Sowohl die genannte Vorschrift als auch die dort in Bezug genommenen Regelungen des § 7 MGV 1996 betreffen den Übergang von Referenzmengen bei Betriebs- und Teilbetriebsübertragungen. Nur § 7 Abs. 2a Satz 2 Nr. 1 MGV 1996 enthält eine Regelung für den Fall einer Referenzmengenübertragung ohne Übergang des entsprechenden Betriebes oder der entsprechenden Flächen. Träfe § 12 Abs. 1 und 2 ZAV 2002 ausschließlich eine Übergangsregelung für Referenzmengen ohne Betrieb, liefe die detailliert ausgestaltete Verweisung auf § 7 MGV 1996 weitgehend leer. Hiervon kann nicht ausgegangen werden (vgl. auch EuGH, Urt. v. 13. Juli 1989 – Rs 5/88, AgrarR 1990, 118 f; BVerwGE 96, 337, 339; BVerwG RdL 2006, 246; Düsing/Kauch, Die Zusatzabgabe im Milchsektor, S. 42).

14 3. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts erfasst der Rechtsübergang kraft Gesetzes nach § 12 Abs. 2 ZAV 2002 auch die Referenzmenge, die aus der Verlagerung der Milchproduktion von Warnau nach Hohne im Jahre 2001 herrührt. Auch diese Referenzmenge ist bis zur Auflösung des Pachtvertrages für die Zwecke des Betriebes in Hohne genutzt worden.

15 a) Nach § 12 Abs. 2 ZAV 2002 gehen in den dort angesprochenen Übergangsfällen bei Beendigung des Pachtvertrages die entsprechenden Anlieferungs-Referenzmengen nach § 7 Abs. 1 bis 2a, Abs. 4 Satz 1 bis 3, Abs. 5 und 6 MGV 1996 auf den Verpächter über. Diese Bestimmungen enthalten für den hier in Rede stehenden Fall, dass der gesamte Betrieb an den Verpächter zurückgegeben wird, grundsätzlich keinen Pächterschutz (vgl. EuGH, a. a. O. S. 119; BGHZ 115, 162, 168; BVerwGE 87, 94, 100; 96, 337, 339; Düsing/Kauch, a. a. O. S. 60 f m.w.N.).

16 aa) Der Anwendung der Übergangsvorschrift auf die dem Schuldner unter Geltung der Milch-Garantiemengen-Verordnung zugeteilte Referenzmenge steht nicht entgegen, dass die Verordnung vor der Einbringung der Anlieferungs-Referenzmenge in den Betrieb der Beklagten in Hohne durch die Zusatzabgabenverordnung ersetzt worden ist. Der von dem Kläger in diesem Zusammenhang hervorgehobene „Paradigmenwechsel“ von der subventionsähnlichen abgabenrechtlichen Bevorzugung zum flächenungebundenen Recht hat im Rahmen der Übergangsvorschrift des § 12 ZAV jedenfalls dann keine Bedeutung, wenn die Referenzmenge bis zur Auflösung des Altpachtvertrages für die Zwecke des Pachtbetriebes genutzt worden ist. Zwar bezieht sich § 12 ZAV in seinen Absätzen 1 und 2 auf Anlieferungs-Referenzmengen nach der Milch-Garantiemengen-Verordnung. Dies könnte bei einer isolierten Betrachtung für eine Beschränkung der Übergangsvorschrift auf Referenzmengen sprechen, die von ihrer Zuteilung an bis zur Auflösung des Pachtverhältnisses dem Pachtbetrieb als flächengebundenes Recht zugewiesen waren. Andererseits wird der Begriff der „Anlieferungs-Referenzmenge“ unterschiedslos für den Rechtszustand vor dem 1. April 2000 und danach verwendet (§ 5 Abs. 1 Satz 1 ZAV). Er findet sich sowohl in § 7 ZAV, der den Rechtszustand nach der Neuordnung des Übertragungssystems behandelt, als auch in § 12 ZAV, der die sogenannten Altpachtverträge betrifft. Daraus folgt, dass die Übergangsvorschrift des § 12 ZAV weit auszulegen und auf Altpachtverträge ungeachtet der zwischenzeitlich erfolgten zahlreichen Änderungen des Milchquotenrechts anzuwenden ist, falls die Anlieferungs-Referenzmenge entsprechend § 5 Abs. 1 ZAV bei Beendigung des Pachtvertrages für den gepachteten Betrieb genutzt worden ist.

17 bb) Dies ist hier der Fall. Indem der Schuldner die Milchproduktion – unter Mitnahme der Referenzmenge – ganz auf den Betrieb in Hohne verlagerte, wurde die Referenzmenge dort zu einem betriebsakzessorischen Recht (vgl. BGH, Urt. v. 11.

Juli 2003 – V ZR 276/02, NJW-RR 2004, 210, 211). Ob sie – wie der Kläger behauptet – nach Aufgabe des Betriebs in Warnau dem Schuldner nach § 7 Abs. 3 ZAV flächenungebunden übertragen worden war, ist unerheblich (vgl. BVerwG RdL 2006, 246, 248). Der Schuldner hat die Referenzmenge in den Betrieb in Hohne eingebracht und damit eine Betriebsbindung geschaffen. Während der Pachtzeit hat er von der von ihm neu geschaffenen Betriebsbindung insofern profitiert, als er die auf dem Hof erzeugte Milch bis zur Erschöpfung der Referenzmenge abgabefrei vermarkten konnte. Die Betriebsbindung wurde auch nicht gegenstandslos, als der Schuldner das Pachtverhältnis in Hohne beendete und den Betrieb an die Verpächterin zurückgab. Nach Beendigung des Pachtverhältnisses – die damit begründet wurde, dass der Schuldner den Betrieb nicht weiterführen könne – konnte die Referenzmenge nicht bei ihm verbleiben, weil er keinen Betrieb mehr hatte und auch die Eigenschaft als aktiver Milcherzeuger nicht mehr besaß.

18 b) Eine abweichende Zuordnung der Milchquote ergibt sich nicht aus den in § 12 Abs. 2 Satz 1 ZAV 2002 in Bezug genommenen Vorschriften der MGV 1996.

19 aa) § 7 Abs. 1 Satz 1 MGV 1996 formuliert wiederum den Grundsatz des Übergangs der Anlieferungs-Referenzmenge auf den Verpächter, der den gesamten Betrieb zurückerhält.

20 (1) Hiervon erkennt Satz 2 der Vorschrift nur für den Fall Ausnahmen an, dass dem Pächter die Referenzmenge zuvor entgeltlich zugeteilt worden ist oder er sie aufgrund einer Vereinbarung nach Abs. 2a der Vorschrift erhalten hat. Danach kann ein Milcherzeuger unter der Geltung der MGV 1996 Referenzmengen ohne Übergang des entsprechenden Betriebs oder der entsprechenden Fläche – in engen Grenzen – einem anderen durch schriftliche Vereinbarung übertragen oder überlassen. Diese Vorschrift ist trotz der Ersetzung der Milch-Garantiemengen-Verordnung durch die Zusatzabgabenverordnung weiter anwendbar, weil § 12 Abs. 2 ZAV 2002 für die Abwicklung laufender Pachtverträge unter anderem auf sie verweist (vgl. BGH, Urt. v. 11. Juli 2003 – V ZR 276/02, NJW-RR 2004, 210, 211).

21 (2) Der Schuldner hat die Referenzmenge indes nicht, wie es die Ausnahmenvorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 MGV 1996 im Ausgangspunkt voraussetzt, aufgrund einer mit einem Milcherzeuger getroffenen Vereinbarung nach Absatz 2a erworben. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist sie ihm vielmehr als Wiedereinrichter eines landwirtschaftlichen Betriebes in Sachsen-Anhalt amtlich zugeteilt worden.

22 bb) Die Verlagerung der Milchproduktion von Sachsen-Anhalt nach Hohne erfüllt auch keinen anderen der in § 12 Abs. 2 Satz 1 ZAV 2002 in Bezug genommenen Ausnahmetatbestände der MGV 1996, der den Grundsatz der Betriebsakzessorität in Frage stellen könnte. Dies ist von dem Kläger in den Tatsacheninstanzen auch nicht geltend gemacht worden.

23 4. Andere Anknüpfungspunkte für die geltend gemachte Insolvenzanfechtung sind nicht ersichtlich.

24 a) Gegenstand der Insolvenzanfechtung kann nicht der Verzicht auf das Übernahmerecht des Pächters gemäß § 12 Abs. 3 Satz 1 ZAV 2002 sein. Nach dieser Bestimmung hat der Pächter in den Fällen des gesetzlichen Übergangs der Anlieferungs-Referenzmenge nach Absatz 2 Satz 1 das Recht, die zurück zu gewährende Menge vom Verpächter innerhalb eines Monats nach Ablauf des Pachtvertrages zu übernehmen, sofern nicht er den Pachtvertrag gekündigt hat. Hier hat jedoch der Schuldner die Beendigung des Pachtverhältnisses betrieben. Außerdem besteht das Übernahmerecht nach § 12 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ZAV 2002 nicht, wenn ein ganzer Betrieb zurückgewährt wird. Dies war hier der Fall. Deshalb kann unentschieden bleiben, ob der Verzicht auf die Ausübung des Übernahmerechts bei Abschluss des Aufhebungsvertrages oder zu einem späteren Zeitpunkt eine nach § 129 Abs. 2 InsO anfechtbare Unterlassung darstellt und ob der Kläger den Rückgewähranspruch aus § 143 InsO im vorliegenden Rechtsstreit auch hierauf gestützt hat.

25 b) Ein etwaiger Verzicht des Schuldners auf eine Anpassung des Pachtvertrages im Zusammenhang mit der Verlagerung der Milchproduktion nach Hohne im Jahr 2001 (vgl. BGHZ 115, 162, 168; BGH, Urt. v. 22. November 2000 – LwZR 12/00, RdL 2001, 81 f) ist nicht Gegenstand der vorliegenden Klage. Dasselbe gilt für die Einbringung der Referenzmenge in den Betrieb in Hohne.

26 5. Im vorliegenden Rechtsstreit ist nicht darüber zu entscheiden, ob die Beklagte die Milchreferenzmenge nach § 8 des Normalpachtvertrages zu vergüten hat. Nach dessen Absatz 2 – der im Wesentlichen dem § 591 Abs. 1 BGB entspricht – hat der Verpächter dem Pächter bei Pachtende Aufwendungen insoweit zu ersetzen, als die Maßnahmen den wirtschaftlichen Wert des Hofes bei Pachtende noch erhöhen oder eine Werterhöhung noch nach Pachtende zu erwarten ist (vgl. BGHZ 115, 162, 166 ff.). Die beiläufige Erwähnung dieser Bestimmung in einem Schriftsatz während der Berufungsinstanz hat den Streitgegenstand nicht erweitert. Außerdem liegen die Voraussetzungen des § 533 ZPO insoweit nicht vor. Schon deshalb bedurfte es keines Hinweises durch das Berufungsgericht gemäß § 139 ZPO, dass die tatsächlichen Voraussetzungen eines Aufwendungsersatzanspruchs nicht dargetan waren.

27 III. Das Berufungsurteil kann deshalb keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO).

28 Da der Sachverhalt hinreichend geklärt ist, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Auf die Fragen zur Pfändbarkeit von Anlieferungs-Referenzmengen (vgl. § 36 InsO), zur Verwirklichung eines der Anfechtungstatbestände (§§ 130 ff InsO) und zum Gegenstand des Rückgewähranspruchs (vgl. § 143 InsO) kommt es nicht an.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Zur Rückübertragung der Referenzmenge bei Pachtende vgl. auch BGH – XII ZR 165/01 – in GuT 2005, 26 KL.

**§§ 596, 593 BGB; Art. 33, 37, 42, 46 VO (EG)
1782/2003; Art. 12, 14 GG**

Landpacht; Übertragung von Zahlungsansprüchen auf den Verpächter bei Pachtende; Vertragsanpassung bei Systemwechsel der Agrarförderung

Zahlungsansprüche des landwirtschaftlichen Pächters aus dem Recht der Betriebsprämien sind mit der Beendigung des Rechts zur Bewirtschaftung von dem Pächter weder auf den Verpächter noch auf den neuen Bewirtschafter zu übertragen. Die für Referenzmengen geltenden Rechtsgrundsätze sind auf den Zahlungsanspruch nicht zu übertragen. Über eine Anpassung des Landpachtvertrages als „Altvertrag“ infolge Systemwechsels der Agrarförderung ist im vorliegenden Prozessverfahren nicht zu entscheiden.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Versäumnisurteil vom 24.11.2006 – LwZR 6/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger ist Verpächter, der Beklagte Pächter einer landwirtschaftlichen Fläche von 10,5 ha. Der Pachtvertrag ist auf unbestimmte Zeit geschlossen und besteht ungekündigt fort. Dem Beklagten sind Zahlungsansprüche nach Art. 33 der VO (EG) 1782/2003 zugewiesen worden.

2 Der Kläger hat die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten beantragt, ihm die auf die verpachteten Flächen zugeteilten Zahlungsansprüche bei Pachtende zu übertragen. Das Amtsgericht Alfeld (Leine) – Landwirtschaftsgericht – hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht Celle – Senat für Landwirtschaftssachen – hat sie abgewiesen. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

3 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht (das Urteil ist in RdL 2006, 221 ff. veröffentlicht) ist der Ansicht, dass der Klä-

ger keinen Anspruch auf Übertragung des den Beklagten zugewiesenen Zahlungsanspruchs habe. Weder das Gemeinschaftsrecht noch die nationalen Ausführungsvorschriften dazu normierten eine Verpflichtung des Pächters zur Übertragung zugewiesener Zahlungsansprüche. Ein solcher Anspruch sei auch nicht nach § 596 Abs. 1 BGB begründet.

4 Die für die Rückgabe von Milchreferenzmengen und Zuckerrübenlieferrechten geltenden Rechtsgrundsätze kämen hier nicht zur Anwendung. Bei der Auslegung des nationalen Pachtrechts müsse zudem der Vorrang des Rechts der Europäischen Gemeinschaft beachtet werden. Verschiedene Vorschriften der Verordnungen des Rates (EG) 1782/2003 und der Kommission (EG) 795/2004 stünden einer Verpflichtung des Pächters zur Übertragung der Zahlungsansprüche nach Pachtende entgegen.

5 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

6 1. Zutreffend, und von der Revision auch nicht angegriffen, ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass ein Anspruch des Verpächters gegen den Pächter auf Übertragung der Zahlungsansprüche, die diesem auf Grund der Reform der Gemeinsamen Agrarpolitik der Europäischen Union (GAP-Reform) zugewiesen worden sind, weder auf die Verordnungen des Rates vom 29. September 2003 über die gemeinsamen Regeln für Direktzahlungen im Rahmen der Gemeinsamen Agrarpolitik (VO «EG» 1782/2003 – ABl. L 270) und der Kommission vom 21. April 2004 mit den Durchführungsbestimmungen zur Betriebsprämienregelung (VO «EG» 795/2004 – ABl. L 141) noch auf das zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts erlassene Betriebsprämien-Durchführungsgesetz vom 21. Juli 2004 (BGBl. I 1763) und die zu diesem ergangene Betriebsprämien-Durchführungsverordnung vom 3. Dezember 2004 (BGBl. I 3204) gestützt werden kann. Diese Normen enthalten keine Vorschrift, nach der die Zahlungsansprüche mit der Beendigung eines Rechts zur Bewirtschaftung auf den Verpächter oder den neuen Bewirtschafter zu übertragen sind.

7 Das neue Betriebsprämienrecht enthält für die Zahlungsansprüche auch keine Übergangsvorschrift für die zum Zeitpunkt der Umsetzung der GAP-Reform bestehenden Pachtverhältnisse wie z. B. § 12 Abs. 2 der Milchabgabenverordnung vom 9. August 2004 (BGBl. I 2143) für die Altverträge, nach der die Anlieferungs-Referenzmengen auch nach der zum 1. April 2000 aufgehobenen Flächenbindung (dazu Nies, AgrarR 2001, 4, 7) – abzüglich eines an die Landesreserve zu überführenden Anteils von $\frac{1}{3}$ – weiterhin auf die Verpächter übergehen.

8 2. Der Anspruch des Klägers ergibt sich auch nicht aus § 596 Abs. 1 BGB. Die Norm, die den Pächter zur Rückgabe der Pachtsache in dem Zustand verpflichtet, der einer bis dahin fortgesetzten ordnungsgemäßen Bewirtschaftung entspricht, erstreckt sich nicht auf den dem Pächter zugewiesenen Zahlungsanspruch nach der Verordnung des Rates (EG) 1782/2003.

9 a) Der Zahlungsanspruch ist – anders als die von dem Pächter bei der Erzeugung von Milch oder Zuckerrüben genutzten Referenzmengen und die daran anknüpfenden Beihilfevorschriften – nicht Reflex einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung der Pachtsache. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass sich der Zahlungsanspruch nach Kapitel 3 der Verordnung (EG) Nr. 1782/2003 sowohl in den rechtlichen Grundlagen als auch in dem von ihm verfolgten Zweck von den die Produktion betreffenden Anlieferungs-Referenzmengen für Milch und den Lieferrechten für Zuckerrüben wesentlich unterscheidet. Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Ansicht (Dehne, WF 2005, 125, 126; Jansen/Hannusch, AUR 2005, 245) sind die für die Referenzmengen geltenden Rechtsgrundsätze auf den Zahlungsanspruch nicht zu übertragen (ebenso Krüger/Schmitte, AUR 2005, 84, 86; BMELV-Gutachten, AUR 2006, 89, 94).

10 Die Milch-Referenzmenge war nach der Bestimmung in Art. 7 Abs. 1 der Verordnungen («EWG» Nr. 857/84; «EWG» 3590/92) bis zur Aufhebung der Flächenbindung unmittelbar mit dem verpachteten Betrieb oder Betriebsteil verbunden und

ging daher schon auf Grund der die Bewirtschaftung regelnden Vorschriften mit der Beendigung des Pachtverhältnisses kraft Gesetzes wieder auf den Verpächter über (vgl. Senat: BGHZ 114, 277, 282 unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 13. Juli 1989, Rs 5/88, RdL 1989, 214 und BVerwGE 84, 140, 146). Diese Grundsätze sind (wie bereits oben unter 1 ausgeführt) für die Altverträge auch nach der Aufhebung der Flächenbindung zum 1. April 2000 beibehalten worden.

11 Für die Rübenlieferrechte gab es zwar keine vergleichbaren Bestimmungen in den die Zuckermarktordnung bestimmenden Verordnungen (VO «EWG» 1009/67; abgelöst durch die VO «EG» 1260/2001), nach denen die Kontingente den Zuckerrüben verarbeitenden Unternehmen zugeordnet wurden, die wiederum mit den Produzenten Lieferrechte vereinbarten (dazu: Lhotzky in Faßbender/Hötzel/Lukanow, Landpachtrecht, 3. Aufl., Teil II, Rdn. 68; 74 ff.; BMELV-Gutachten, AgrarR 2006, 89, 94). Die aus den Kontingenten der Unternehmen abgeleiteten Lieferrechte der Erzeuger beruhen jedoch – insoweit wie die Milchreferenzmenge – auf Marktlenkungsinstrumenten. Erwirtschaftung und Ausnutzung der Lieferrechte sind Bestandteil einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung landwirtschaftlicher Flächen zum Rübenanbau (Senat, Beschl. v. 29. November 1996, LwZR 10/95, BGHR § 596 Abs. 1 Rübenlieferrechte 1; Urt. v. 27. April 2001, LwZR 10/00, NJW 2001, 2537, 2538).

12 An diesem, die Produktion lenkenden Element fehlt es bei den Zahlungsansprüchen, die von der konkreten landwirtschaftlichen Nutzung entkoppelt sind. Aus der Pflicht des Pächters, solche Kontingente, welche die Produktion in dem verpachteten Betrieb oder auf den verpachteten Flächen lenken sollen, auszuüben und bei Beendigung des durch den Pachtvertrag begründeten Nutzungsrechts auf den Verpächter zu übertragen, lässt sich daher eine Anwendung des § 596 Abs. 1 BGB auf die Beihilfen zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit des Betriebes oder zur Stärkung der Einkommenssituation des Pächters nicht begründen.

13 b) Ebenso wenig ist der Zahlungsanspruch nach Art. 43 ff. der VO (EG) Nr. 1782/2003 nach seinem Zweck und seiner Ausgestaltung Bestandteil der von dem Pächter nach § 586 Abs. 1 Satz 3 BGB geschuldeten ordnungsgemäßen Bewirtschaftung der Pachtsache. Er ist vielmehr davon unabhängig.

14 aa) Die als Betriebsprämie gewährte Beihilfe ist nach ihrem Zweck eine „Gegenleistung“ für ein im öffentlichen Interesse liegendes Verhalten des Betriebsinhabers. Sie wird nach Art. 3 Abs. 1 Art. 3 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 1782/2003 dafür gewährt, dass der Betriebsinhaber im öffentlichen Interesse Grundanforderungen für eine Erzeugung (nach Art. 4 der Verordnung i. V. m. der Anlage III) einhält oder die Flächen, die nicht mehr für die Erzeugung genutzt werden, nach Art. 5 der Verordnung in gutem landwirtschaftlichen und ökologischen Zustand erhält.

15 Der nach den Verhältnissen an einem Stichtag (31. März 2005) dem Pächter als Betriebsinhaber zugewiesene Zahlungsanspruch trägt damit zwar ebenso wie die früheren produktionsabhängigen Beihilfen als eine mit öffentlichen Mitteln finanzierte Leistung zur Aufrechterhaltung der Wirtschaftlichkeit eines landwirtschaftlichen Betriebes bei (insoweit zutreffend Staudinger/von Jeinsen, BGB <2005>, § 596 Rdn. 35). Die mit dem Systemwechsel der Förderung durch die GAP-Reform gewollte Entkoppelung der Beihilfe von der (vertraglich geschuldeten) Bewirtschaftung der Flächen und die Bestimmung der Voraussetzungen der Förderung nach der Einhaltung bestimmter, nicht von der Produktion abhängiger, im öffentlichen Interesse liegender Anforderungen durch den Betriebsinhaber entzieht den Zahlungsanspruch indessen dem Anwendungsbereich des § 596 Abs. 1 BGB.

16 bb) § 596 Abs. 1 BGB ist auch nicht deshalb auf den Zahlungsanspruch anzuwenden, weil die Bemessung des Anspruchs bei seiner Zuweisung flächenbezogen erfolgte und der Anspruch

künftig auch nur in dem Umfang nach Art. 46 der VO (EG) 1782/2003 genutzt („aktiviert“) werden kann, wie der Betriebsinhaber über beihilfefähige Fläche verfügt.

17 Grundsätzlich richtig ist allerdings der Hinweis der Revision, dass der dem Pächter als Betriebsinhaber nach Art. 33, 34 VO (EG) Nr. 1782/2003 im Jahre 2005 zugewiesene Zahlungsanspruch auch Bezug zu den Pachtflächen hatte, da diese in die für die Berechnung anzusetzende Hektarzahl der bewirtschafteten Flächen einbezogen worden sind. Der Pächter hat somit einen vermögenswerten Vorteil dadurch erlangt, dass ihm im Bezugszeitraum die angepachteten Flächen zur Verfügung standen. Der Umfang der dem Betriebsinhaber zugewiesenen Zahlungsansprüche hing bei allen nach der Verordnung zugelassen Formen für deren Bemessung durch die Ausführungsvorschriften in den Mitgliedsstaaten (historisches Betriebsprämienmodell, Regionalmodell oder Kombinationsmodell – dazu Schmitte, AUR 2005, 80, 81) von den beihilfefähigen Flächen ab, die von dem Betriebsinhaber im Bezugszeitraum (2000 bis 2002) bewirtschaftet wurden. Die verpachteten Flächen haben insoweit zu einer Erhöhung des dem Betriebsinhaber mit dem Zahlungsanspruch zugewiesenen Vermögenswertes geführt. Insofern ist es unzutreffend, hier von einer im Unterschied zu den Milchreferenzmengen nicht flächengebundenen Zuteilung der Zahlungsansprüche an die Betriebsinhaber zu sprechen (so indes Krüger/Schmitte, AUR 2005, 84, 85).

18 Richtig ist ferner der Hinweis der Revision, dass mit der Zuweisung an den Pächter die Zuteilung von Zahlungsansprüchen für diese Flächen verbraucht worden ist. Letzteres gilt allerdings nicht ohne Ausnahme; die Zuteilung der Zahlungsansprüche ist insofern nicht abschließend, wie die Revision meint (dazu unten (2)).

19 Die Regelungen über die Zuteilung der Zahlungsansprüche tragen indes nicht den daraus von der Revision gezogenen Schluss, dass der dem Betriebsinhaber zugeordnete Zahlungsanspruch eine an die verpachteten Flächen gebundene Beihilfe sei, die der Pächter deshalb bei der Beendigung des Pachtverhältnisses mit den Flächen an den Verpächter nach § 596 Abs. 1 BGB herauszugeben habe. Zu Recht hat das Berufungsgericht – wie auch andere Oberlandesgerichte (OLG Naumburg, RdL 2006, 220, 221 = NL-BzAR 2006, 204, 206; OLG Celle, RdL 2006, 221, 222; OLG München, NL-BzAR 2006, 334, 342) – es insoweit als entscheidend angesehen, dass die zuteilten Zahlungsansprüche nach ihrer Ausgestaltung durch das Gemeinschaftsrecht [...] dem Betriebsinhaber zugewiesene, nicht auf die Bewirtschaftung konkreter Flächen bezogene Rechte für den Bezug einer Beihilfe sind. Die Zahlungsansprüche sind gemäß ihrem nach Nr. 21 der Erwägungsgründe zur VO (EG) 1782/2003 verfolgten Zweck und ihrer Ausgestaltung in der Verordnung selbst von der Nutzung der gepachteten Flächen entkoppelte Ansprüche auf eine Beihilfe zur Verbesserung der Einkommensverhältnisse des Betriebsinhabers.

20 (1) Diese Entkoppelung der Zahlungsansprüche von den im Bezugszeitraum bewirtschafteten Flächen folgt bereits daraus, dass allein der Betriebsinhaber über die Ansprüche (auch ohne eine Fläche) verfügen und diese auch für andere Flächen als die aktivieren kann, die ihm im Bezugszeitraum zur Bewirtschaftung zur Verfügung standen. Diese Lösung von der Bindung an die Pachtfläche ergibt sich aus Art. 46 der VO (EG) 1782/2003. Der darin liegende grundlegende Unterschied zu den früheren Bestimmungen über Milchreferenzmengen (nach Art. 7 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 857/84 und (EWG) 3590/92) ist in Lit. und Rspr. zu Recht als ein wesentliches Kriterium dafür gewertet worden, dass das in dem Zahlungsanspruch enthaltene Recht auf die Beihilfe dem Pächter als Betriebsinhaber und aktivem Erzeuger zugewiesen wurde, [...] das dieser auch nach Pachtende entweder durch Veräußerung oder durch Aktivierung auf anderen Flächen nutzen kann (vgl. BMELVGutachten, AUR 2006, 89, 93; Krüger/Schmitte, AUR 2005, 84, 86).

21 (2) Die Vorschriften über die Zuteilung von Zahlungsrechten aus der nationalen Reserve nach Art. 42 der VO des Ra-

tes (EG) 1782/2003 und in den Art. 20 und 22 Abs. 2 der Durchführungsbestimmungen in der VO der Kommission (EG) 795/2004 i. V. m. §§ 14 und 16 BetrPrämienDurchV stehen ebenfalls der Annahme entgegen, dass die Zahlungsansprüche eine auf die Bewirtschaftung der verpachteten Flächen bezogene Beihilfe seien, die der Pächter nach § 596 Abs. 1 BGB auf den Verpächter zu übertragen habe. Nach den zitierten Bestimmungen werden bestimmten Rechtsnachfolgern (Erben oder Käufern von Betrieben oder Betriebsteilen, die im Bezugszeitraum verpachtet gewesen sind) für die Fortführung oder Erweiterung ihrer landwirtschaftlichen Tätigkeit nach der Beendigung des Pachtverhältnisses Zahlungsansprüche aus der nationalen Reserve zugewiesen (dazu Schmitte, AUR 2005, 80, 82).

22 Solcher Vorschriften zum Schutze selbst wirtschaftender Bodeneigentümer hätte es nicht bedurft, wenn die dem Pächter zugewiesenen Zahlungsansprüche mit dem Ende der Pachtzeit nach § 596 Abs. 1 BGB auf den Verpächter zu übertragen wären (BMELV-Gutachten, AUR 2005, 89, 93 f.). Die Erforderlichkeit einer Zuweisung von Zahlungsansprüchen aus der nationalen Reserve an Verpächter in besonderer Lage zeigt gerade, dass die Zahlungsansprüche auch nach dem Ende der Pachtzeit beim Pächter verbleiben (vgl. auch OLG München, NL-BzAR 2006, 335, 340). Wollte man das anders sehen, erhielte der Verpächter zwei Ansprüche: den vom Pächter nach § 596 Abs. 1 BGB übertragenen und den aus der nationalen Reserve zugeleiteten Zahlungsanspruch. Das wäre offensichtlich systemwidrig. Soweit Janssen/Hannusch (AUR 2005, 245, 247) meinen, dass eine solche – nicht gewollte – doppelte Förderung desselben Betriebes deshalb nicht eintreten könne, weil die Zuteilung von Ansprüchen aus der nationalen Reserve nur dann möglich sei, wenn Zahlungsansprüche auf den verpachteten Flächen nicht entstanden seien oder nicht zurückübertragen werden könnten, findet sich in den vorgenannten Bestimmungen der Verordnung dafür kein Anhaltspunkt. Der in Art. 42 Abs. 1 VO (EG) 1782/2003 vorgesehene Kürzungssatz bei der Zuweisung der Zahlungsansprüche zur Bildung der nationalen Reserve hat vielmehr seinen Grund darin, dass es bei der Zuweisung von Zahlungsansprüchen aus der nationalen Reserve für Betriebsinhaber in besonderer Lage nach Art. 42 Abs. 4 der Verordnung zu einer doppelten Berücksichtigung derselben Produktionskapazität bei zwei verschiedenen Betriebsinhabern kommt (vgl. dazu Krämer, AUR 2006, 77).

23 (3) Auch die Grundsätze für die Berechnung des einheitlichen Zahlungsanspruchs stehen einer Einbeziehung des Anspruchs in den pachtrechtlichen Herausgabeanspruch entgegen; denn damit wären auch die nicht auf die Pachtsache bezogenen Ansprüche des Pächters auf die Beihilfe anteilig auf den Pächter zu übertragen. Die Bemessung des Zahlungsanspruchs ist von den Eigentumsverhältnissen im Bezugszeitraum unabhängig, sie kann daher sinnvoll nur dem jeweiligen Betriebsinhaber zugeordnet werden (vgl. BMELVGutachten, AUR 2006, 89, 92).

24 (a) Das ist eine Folge der auf den Betrieb des Landwirts bezogenen Berechnungsgrundlagen für einen einheitlichen Betriebsprämienanspruch. Der Zahlungsanspruch setzt sich aus einem flächenbezogenen und einem betriebsindividuellen Anteil zusammen. In die Berechnung des betriebsindividuellen Referenzbetrages nach Art. 37 VO (EG) 1782/2003 sind nach § 5 BetrPrämDurchV flächenbezogene und nicht flächenbezogene, insbesondere auf die Tierhaltung und den Tierbestand des Pächters bezogene Förderungen einbezogen worden. Hätte der Pächter die Zahlungsansprüche insgesamt nach § 596 Abs. 1 BGB an den Verpächter herauszugeben, fielen diesem auf Dauer Ansprüche auf Beihilfen zu, die nicht aus der Bewirtschaftung der Pachtsache, sondern aus der Bewirtschaftung des Eigentums des Pächters entstanden sind (vgl. Studte, Land und Forst, 2005, 48, 49). Die Revision verweist in diesem Zusammenhang insoweit zu Unrecht auf die Entscheidung des Senats (BGHZ 115, 162, 168) zu den Nutzungsvorteilen aus der Milchreferenzmenge, die dem Pächter nach der damaligen Regelung nur für die Pacht-

zeit zugewiesen waren. Hier fehlt es indes zumindest bei dem aus dem Tierbestand des Pächters folgenden betriebsindividuellen Anteil an dem Zusammenhang zwischen dem Gebrauch der Pachtsache und der öffentlichen Beihilfe. Diese Anteile am Zahlungsanspruch können daher (entgegen Dehne WF 2005, 125, 127) nicht entschädigungslos auf den Pächter zu übertragen sein; denn damit wäre der Pächter auf Dauer auch von den (anteiligen) Ansprüchen auf Beihilfen ausgeschlossen, mit denen dessen Tierhaltung für den bei ihm verbleibenden Tierbestand gefördert werden soll.

25 (b) In den betriebsindividuellen Anteil am Zahlungsanspruch fließen nach Art. 33, 37 VO (EG) 1782/2003 zudem die im Bezugszeitraum enthaltenen Direktzahlungen aus der Bewirtschaftung der nicht gepachteten, sondern im Eigentum des Pächters stehenden Flächen ein. Eine Anwendung des § 596 Abs. 1 BGB, bei der der Pächter einen der Pachtfläche entsprechenden Anteil seines Zahlungsanspruchs herauszugeben hätte, führte hier zu einer den Vorteilen aus der Nutzung der Pachtsache nicht entsprechenden Verzerrung, wenn aus der Bewirtschaftung der Pachtflächen im Bezugszeitraum keine oder nur geringe Ansprüche auf Direktzahlungen entstanden sind oder – wie in dem im Gutachten des BMELV gebildeten Extremfall (AUR 2006, 89, 91) – der Pächter im Bezugszeitraum (2000 bis 2002) ausschließlich eigene und in den Folgejahren (ab 2003) ausschließlich gepachtete Flächen bewirtschaftete.

26 (4) Schließlich kann der Zahlungsanspruch auch nicht deshalb als ein Bestandteil des Herausgabeanspruchs angesehen werden, weil dieser die nachhaltige Ertragsfähigkeit der Pachtsache – auch über das Ende der Pachtzeit hinaus – sichere (so indes Bremer/Sörgel/Lüddecke, Land und Forst 2004, 56, 58).

27 (a) Ob ein solcher Bezug zwischen dem Zahlungsanspruch und der Ertragsfähigkeit der Pachtsache besteht und ob diese durch den Systemwechsel der Förderung durch die Reform der Gemeinsamen Agrarpolitik mithin entwertet wird, wenn nicht der Pächter mit dem Ende der Pachtzeit zur Übertragung eines Zahlungsanspruchs verpflichtet wird, ist streitig (bejahend v. Jeinsen, AUR 2003, 293, 294; Staudinger/v. Jeinsen, BGB <2005>, § 596 Rdn. 35; Bremer/Sörgel/Lüddecke, Land und Forst 2004, 56, 58; verneinend Krüger/Schmitte, AUR 2005, 84, 86; Schmitte, MittBayNotO 2004, 95, 97).

28 Das zuständige Bundesministerium geht davon aus, dass sich auf mittlere Sicht keine nachhaltigen Einbußen für die Bodeneigentümer ergeben werden, da durch die Zuweisung von Zahlungsansprüchen aus der nationalen Reserve und durch den Verbrauch beihilfefähiger Flächen durch Infrastrukturmaßnahmen mit einem Überangebot von Zahlungsansprüchen zu rechnen sei (BMELV-Gutachten, AUR 2006, 89, 95). Diese Erwägungen betreffen indes nur den Umfang und das Maß der Ertragsseinbußen für den verpachtenden Eigentümer, jedoch nicht die sich für diesen durch den Systemwechsel der Förderung der Landwirtschaft ergebende Beeinträchtigung als solche, wenn dieser nach dem Ende der Vertragszeit die Pachtsache wieder selbst bewirtschaften oder anderweitig verpachten will. Erhält der Eigentümer nach dem Pachtende weder von dem bisherigen Pächter Zahlungsansprüche übertragen noch als Betriebsinhaber in besonderer Lage aus der nationalen Reserve zugeteilt, sind er oder der neue Pächter darauf angewiesen, sich gegen Entgelt solche Zahlungsansprüche zu verschaffen, um – wie der bisherige Pächter – eine Förderung für die Bewirtschaftung der nach § 596 Abs. 1 BGB zurückgegebenen Pachtsache erhalten zu können.

29 Da im landwirtschaftlichen Bereich die vertraglichen Vereinbarungen sowohl zur Höhe des Pachtzinses als auch zur Übertragung handelbarer Ansprüche auf Beihilfen von der Ausgestaltung der gesetzlichen Vorschriften zur Förderung abhängen, kann eine für die Verpächter nachteilige Änderung durch den Systemwechsel der Förderung bei den daran nicht angepassten Altverträgen mithin nicht ausgeschlossen werden.

30 (b) Allein diese Erwägungen rechtfertigen es indes nicht, die dem Pächter als Betriebsinhaber zugewiesenen Zahlungs-

ansprüche entgegen dem System des neu gestalteten Beihilfe-rechts nach Beendigung des Pachtverhältnisses dem Verpächter zuzuweisen. Der Senat teilt auch nicht die von der Revision in der mündlichen Verhandlung auf Art. 12 GG und Art. 14 GG gestützten Bedenken gegen diese Folge der GAP-Reform, die dem Pächter als Betriebsinhaber die Zahlungsansprüche über die Pachtzeit hinaus zuweist. Denn ein Anrecht auf den Bezug von Subventionen aus öffentlichen Haushalten ist weder Bestandteil der Berufsfreiheit noch der Eigentumsgarantie (vgl. BVerfG NVwZ 2002, 197, 198 m.w.N.).

31 In Betracht kommen könnte insofern allenfalls ein Anspruch auf Anpassung des „Altvertrages“ an die durch den Systemwechsel der Agrarförderung nachhaltig veränderten Verhältnisse gem. § 593 Abs. 1 BGB (vgl. dazu OLG Oldenburg, NJW-RR 1994, 974; OLG München, NL-BzAR 2006, 334, 343). Ein solcher Anspruch ist in der mündlichen Verhandlung zwar angesprochen, indes im Rechtstreit nicht geltend gemacht worden. Er hat nicht eine Leistung aus dem Vertrag, sondern eine Änderung der Vertragspflichten zum Inhalt (Faßbender/Hötzel/Lukanow, Landpachtrecht, 3. Aufl., § 593 BGB Rdn. 59). Er wäre zudem nicht im streitigen, sondern gem. § 1 Nr. 1, § 9 LwVG in einem nach den Grundsätzen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu führenden Verfahren zu behandeln (OLG Dresden, NL-BzAR 2006, 42). Eine Verbindung eines Antragsverfahrens auf Vertragsanpassung mit dem vorliegenden Prozessverfahren wäre nicht zulässig (OLG Koblenz RdL 2003, 127, 128).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Koblenz

§ 596 BGB

Landpacht; Übertragung von Zahlungsansprüchen auf den Verpächter bei Pachtende

§ 596 Abs. 1 BGB ist auf die nach Art. 43 ff. der VO (EG) Nr. 1782/2003 den Pächtern zugewiesenen Zahlungsansprüche, die Ansprüche auf Beihilfen zur Stärkung der Einkommenssituation des Betriebsinhabers begründen, nicht anzuwenden.

(BGH, Urteil vom 24. 11. 2006 – LwZR 1/06)

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH – LwZR 6/06 – vorstehend; wortidentische Entscheidungsgründe zu II.

§ 241 BGB

Landwirtschaft; Bereitstellung von Beregnungswasser; Hilfsmaßnahme-Pflicht nach Wasserrohrbruch; Allgemeines Verwaltungsrecht; öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis

Zu den Pflichten eines Beregnungswasser für die Landwirtschaft bereitstellenden Wasser- und Bodenverbands, nach einem Wasserrohrbruch Hilfsmaßnahmen zugunsten der betroffenen Landwirte zu ergreifen.

(BGH, Urteil vom 8. 3. 2007 – III ZR 55/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger ist Landwirt und Mitglied des beklagten Wasser- und Bodenverbands, einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Zu den satzungsmäßigen Aufgaben des Beklagten gehört es unter anderem, der Landwirtschaft im Verbandsgebiet Beregnungswasser zur Verfügung zu stellen und zu diesem Zweck Beregnungsanlagen herzustellen, zu betreiben und zu unterhalten. Auch der Kläger bezieht zur Bewässerung seiner landwirtschaftlichen Kulturen Wasser vom Beklagten.

2 Anfang September 2002 kam es zu einem Rohrbruch im Leitungsnetz des Beklagten, so dass die Wasserzufuhr für einen Teilbereich etwa eine Woche lang unterbrochen war. Betroffen waren auch die landwirtschaftlichen Flächen des Klägers. Der Kläger richtete deswegen am 5. September 2002 ein Faxschreiben an den Beklagten, in dem er erhebliche Schäden an Salat-, Kohlrabi- und Blumenkohlpflanzen anmeldete.

Mit der Klage nimmt er den Beklagten wegen der Schädigung von Jungpflanzen durch die Trockenphase auf Schadensersatz in Höhe von 112 175 € nebst Zinsen in Anspruch.

3 Das Landgericht Frankenthal hat die Klage abgewiesen; das Oberlandesgericht Zweibrücken hat sie dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und den Rechtsstreit zur Entscheidung über die Höhe des Anspruchs an das Landgericht zurückverwiesen. Mit seiner – vom erkennenden Senat zugelassenen – Revision begehrt der Beklagte Wiederherstellung des klageabweisenden erstinstanzlichen Urteils.

4 **Aus den Gründen:** Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

5 I. Das Oberlandesgericht lässt es dahinstehen, ob der Beklagte dem Kläger wegen Verletzung einer Amtspflicht gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG hafte. Eine Schadensersatzpflicht bestehe jedenfalls nach den Grundsätzen der §§ 275 ff. BGB im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses, zumindest deswegen, weil es für den Ausfall der Beregnungsanlage keinen Notfallplan zur Wasserversorgung gegeben habe und der Beklagte auch nach Erhalt des Faxschreibens vom 5. September 2002 keine Schritte unternommen habe, um im Wege einer sofortigen Notversorgung die Bewässerung der Kulturen des Klägers sicherzustellen. Selbst wenn dessen Faxschreiben keine ausdrückliche Aufforderung zur Hilfeleistung enthalten habe, sei der Beklagte damit hinreichend über Schwierigkeiten des Klägers aufgrund des Ausfalls der Beregnungsanlage informiert worden. Infolge dessen habe er aus dem bestehenden Schuldverhältnis eine Verpflichtung zur Hilfeleistung gehabt. Auf Unmöglichkeit könne sich der Beklagte nicht berufen. Für den Bruch großdimensionierter Zubringerleitungen habe er nämlich keine Vorsorge durch die Erstellung eines Notfallplans getroffen. Unabhängig davon treffe ihn zusätzlich der Vorwurf, nach der Schadensmeldung vom 5. September 2002 untätig geblieben zu sein. Als Eilmaßnahme wäre nicht nur die vom Kläger angesprochene Notleitung zur Überbrückung der Schadensstelle in Betracht gekommen, sondern die Wasserversorgung hätte auch vorübergehend durch Tankfahrzeuge sichergestellt werden können. Außer auf Einsatzfahrzeuge der Feuerwehr hätte der Beklagte dabei auf andere Hilfsorganisationen wie das THW oder die Bundeswehr zurückgreifen können. Eine Vorsorge- und Notfallmaßnahme hätte sich zudem nicht auf das gesamte betroffene Gebiet erstrecken müssen. Vielmehr sei der Kläger von ca. 100 Landwirten in dem unterversorgten Gebiet der einzige gewesen, der nach dem Setzen von Jungpflanzen dringend auf Wasser angewiesen und dem auch eine kurzfristige Selbsthilfe nicht möglich gewesen sei.

6 Durch die unterlassene Notversorgung sei dem Kläger mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden entstanden. Ein etwaiges Mitverschulden, weil der Kläger das Wasser eines Bachs oder Brunnens nicht übergangsweise mittels Notleitung zur Beregnung seiner Pflanzen genutzt habe, werde das Landgericht prüfen müssen. Ein Mitverschulden könne aber keinesfalls zu einem völligen Haftungsausschluss führen.

7 II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht in vollem Umfang stand.

8 1. Ein Schadensersatzanspruch des Klägers aus § 2 Abs. 1 HPfLG kommt nicht in Betracht. Der Schaden ist hier weder durch die Wirkungen des von einer Rohrleitung ausgehenden Wassers verursacht noch auf das Vorhandensein der Anlage selbst zurückzuführen, sondern darauf, dass deren Funktion unterbrochen worden ist. Das begründet keine Gefährdungshaftung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 HPfLG (Filthaut, HPfLG, 7. Aufl., § 2 Rn. 23 m.w.N.).

9 2. Im Ansatz zutreffend geht das Berufungsgericht von einem zwischen den Parteien bestehenden öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis aus, auf das die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Leistungsstörungen (§§ 275 ff. BGB; hier gemäß Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB noch anwendbar in der vor dem

Schuldrechtsmodernisierungsgesetz geltenden Fassung, weil das Rechtsverhältnis den Umständen nach bereits vor dem 1. Januar 2002 entstanden war) entsprechend anzuwenden sind. Die Regeln des vertraglichen Schuldrechts sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei auf Dauer angelegten öffentlich-rechtlichen Leistungsbeziehungen sinngemäß heranzuziehen, wenn ein besonderes, enges Verhältnis des Einzelnen zur öffentlichen Verwaltung begründet worden ist und mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ein Bedürfnis für eine angemessene Verteilung der Verantwortlichkeit innerhalb des öffentlichen Rechts vorliegt (Senatsurteile BGHZ 54, 299, 303; 61, 7, 11 und 166, 268, 276 f. Rn. 17; BGHZ 59, 303, 305; Senatsurteile vom 14. Dezember 2006 – III ZR 303/05 – WuM 2007, 76 Rn. 9 [= GuT 2007, 36 KL] und vom 11. Januar 2007 – III ZR 294/05 – Rn. 9). Das hat der Senat beispielsweise für den Anschluss an die gemeindliche Abwasserkanalisation bejaht (BGHZ 54, 299, 302 ff.; 115, 141, 146; zuletzt Senatsurteil vom 14. Dezember 2006 a. a. O.). Dasselbe gilt aber auch bei der (öffentlich-rechtlichen) Lieferung von Trink- oder Brauchwasser (BGHZ 17, 191, 192 f.; 59, 303, 305 f.; Senatsurteil vom 1. Februar 2007 – III ZR 289/06 [= GuT 2007, 148 L]), wie im Streitfall, zumal der Kläger hier gleichzeitig Mitglied des beklagten Verbands ist und auch deswegen in engen Beziehungen zu diesem steht (zu einer solchen Fallgestaltung vgl. Senatsurteil vom 5. März 1987 – III ZR 265/85 – VersR 1987, 768). Die vom Berufungsgericht offen gelassene und in der Revisionsbegründung aufgegriffene Frage, ob für die Wasserlieferungen des Beklagten ein Anschluss- und Benutzungszwang besteht, kann für die Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als öffentlich-rechtlich von Bedeutung sein (s. etwa BGHZ 17, 191, 192; Senatsurteil vom 13. Oktober 1977 – III ZR 122/75 – VersR 1978, 85, 86), ist aber für die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Normen entgegen der Revision ohne Belang.

10 3. Richtig ist hiernach ferner, dass die Beweislast den Beklagten trifft, wenn streitig bleibt, ob die vorübergehende Unmöglichkeit der Belieferung mit Wasser Folge eines von ihm zu vertretenden Umstands ist (§ 282 BGB a. F., jetzt § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das entbindet die Gerichte aber nicht von der vorrangigen Prüfung, ob der Beklagte den Rohrbruch als eigentliche Ursache der Lieferunterbrechung verschuldet hat und verneinendenfalls, welche begleitenden Maßnahmen er im Einzelnen schuldet, um die Wasserversorgung seiner Mitglieder trotzdem sicherzustellen. Inhalt und Umfang derartiger zusätzlicher Pflichten sind, da nähere Bestimmungen hierüber fehlen, wie im Vertragsrecht an den Geboten von Treu und Glauben auszurichten. Von Bedeutung werden dabei insbesondere die technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten einschließlich der Leistungsfähigkeit des beklagten Wasser- und Bodenverbands einerseits und die Wahrscheinlichkeit sowie das Ausmaß drohender Schäden bei den bezugsberechtigten Landwirten andererseits sein.

11 4. Der Revision ist zuzugeben, dass das Berufungsgericht nach diesen Maßstäben die Anforderungen an den beklagten Verband teils überspannt, teils bei deren Bemessung Sachvortrag des Beklagten übergeht.

12 a) Das Oberlandesgericht lässt offen, ob das Bewässerungssystem des Beklagten mangelhaft war, der Beklagte Überwachungspflichten verletzt hat oder es im Rahmen der Schadensbeseitigung zu vermeidbaren Verzögerungen gekommen ist. Das Berufungsurteil macht dem Beklagten jedenfalls zum Vorwurf, dass er für den Ausfall der Beregnungsanlage keinen Notfallplan besessen habe, obwohl in jedem Jahr Rohrbrüche in verschiedenen Dimensionen aufgetreten seien, darunter auch schon drei- oder viermal bei Hauptleitungen wie im September 2002.

13 Diese Erwägung trägt eine Verurteilung des Beklagten nicht. Sie bezieht sich allein auf die verfahrensmäßige Seite einer Schadensabwicklung und bleibt materiell so lange inhaltsleer, als nicht feststeht, welche einzelnen Notfallmaßnahmen ein solcher Plan hätte enthalten müssen und dass diese den Scha-

denseintritt verhindert hätten. Feststellungen hierzu sind dem Berufungsurteil nicht zu entnehmen. Auch der notwendige Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden ist mit diesem Ansatz daher nicht zu begründen.

14 b) Mit Erfolg wendet sich die Revision weiter gegen den alternativen Vorhalt des Berufungsgerichts, der Beklagte sei trotz des vom Kläger am Morgen des 5. September 2002 übermittelten Faxschreibens pflichtwidrig untätig geblieben. Diese Mitteilung enthält, geht man nur von ihrem Wortlaut aus, nicht mehr als eine bloße Schadensmeldung. Ob die vom Berufungsgericht vorgenommene erweiternde Auslegung im Sinne einer Bitte um Hilfeleistung rechtlich möglich ist, kann offen bleiben. Jedenfalls war es bei einer solchen Unklarheit auf Seiten des beklagten Verbands nicht pflichtwidrig und vorwerfbar, dass er das Schreiben des Klägers nicht so verstanden hat.

15 Auf dieser Grundlage bestehen gegen die vom Oberlandesgericht für möglich und zumutbar gehaltenen Hilfsmaßnahmen nach den bisherigen tatrichterlichen Feststellungen sowie dem für die Revisionsinstanz als richtig zu unterstellenden Beklagtenvortrag durchgreifende Bedenken.

16 Auf die Möglichkeit einer Notleitung zur Überbrückung der Schadensstelle hat das Berufungsgericht lediglich hingewiesen, ohne dazu Näheres auszuführen. Feststellungen zur – vom Beklagten bestrittenen – Realisierbarkeit einer derartigen Abhilfe fehlen. Eine Schadensersatzpflicht des Beklagten lässt sich hierauf deshalb ebenso wenig stützen.

17 Soweit ferner das Berufungsgericht auf den vorübergehenden Einsatz von Tankfahrzeugen nicht nur der Feuerwehr, sondern auch des Technischen Hilfswerks oder der Bundeswehr verweist, sind jedenfalls für die letzteren schon die rechtlichen Voraussetzungen ihrer Inanspruchnahme nicht dargetan. Das Technische Hilfswerk hat gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 des THW-Helferrechtsgesetzes vom 22. Januar 1990 (BGBl. I S. 118) technische Hilfe allein bei der Bekämpfung von Katastrophen, öffentlichen Notständen und Unglücksfällen größeren Ausmaßes auf Anforderung der für die Gefahrenabwehr zuständigen Stellen zu leisten. Es ist nicht ersichtlich, dass diese Voraussetzungen im Streitfall vorgelegen hätten. Entsprechendes gilt für die nach Art. 35 Abs. 2 Satz 2 GG allenfalls unter ähnlichen Umständen in Frage kommende Hilfeleistung durch die Bundeswehr.

18 Die Revision rügt darüber hinaus mit Recht, dass das Berufungsgericht das durch Sachverständigengutachten unter Beweis gestellte Vorbringen des Beklagten, Tankfahrzeuge in dem erforderlichen Umfang zur Bewässerung der vom Ausfall der Leitung betroffenen Flächen hätten tatsächlich nicht zur Verfügung gestanden, unberücksichtigt gelassen hat. Dem lässt sich nicht mit dem Berufungsurteil entgegenhalten, nur dem Kläger sei es nicht gelungen, kurzfristig selbst eine Wasserversorgung zu beschaffen, so dass sich die Notmaßnahmen des Beklagten allein auf eine Hilfe für ihn hätten beschränken können. Eine solche Betrachtung fußt ersichtlich auf einer nachträglichen Sicht. Die für den Beklagten erforderlichen Maßnahmen können nur an den ihm seinerzeit zugänglichen Informationen gemessen werden. Der Beklagte hätte demnach – da er, wie ausgeführt, das Faxschreiben des Klägers nicht als Bitte um Hilfeleistung verstehen musste – entweder für alle ca. 100 betroffenen Landwirte eine Notversorgung bereitstellen oder zunächst – soweit überhaupt durchführbar – zumindest zeitaufwändig den erforderlichen Bedarf ermitteln müssen. Ob und gegebenenfalls wann ihm dies gelungen und sodann eine Hilfeleistung für den Kläger angebracht gewesen wäre, bleibt nach den Feststellungen des Berufungsgerichts offen.

19 5. Aus diesen Gründen kann das Berufungsurteil nicht bestehen bleiben. Die Sache ist unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur weiteren Sachaufklärung an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht erhält hierdurch – sollte es nach ergänzenden Feststellungen wiederum darauf ankommen – auch Gelegenheit, sich mit den weiteren Rügen

der Revision zur Wahrscheinlichkeit des Schadens sowie zur Behandlung des Mitverschuldenseinwands im Grundurteil auseinanderzusetzen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Art. 31 GG; § 2 HPfIG; § 242 BGB;
§§ 10, 35 AVBWasserV
Unterhaltungskosten für den Hausanschluss an die
gemeindliche Wasserversorgung; Reparaturkosten**

a) Inhaber des von einer Wasserversorgungsanlage abzweigenden Hausanschlusses ist das Versorgungsunternehmen (hier: die Gemeinde als Betreiberin des Städtischen Wasserwerks), auch soweit die Anschlussleitung innerhalb des Privatgrundstücks verläuft.

b) Die Gemeinde ist bei öffentlich-rechtlicher Regelung der Wasserversorgung berechtigt, in ihrer Satzung die Unterhaltungskosten für Hausanschlüsse den Anschlussnehmern aufzuerlegen (ebenso BVerwGE 82, 350). Einen dahingehenden Erstattungsanspruch kann sie bei einem Bruch der Anschlussleitung dem auf Ersatz der Reparaturkosten gerichteten, auf § 2 Abs. 1 HPfIG gestützten Schadensersatzanspruch des Grundstückseigentümers nach Treu und Glauben entgegenhalten. Der Vorrang des Bundesrechts gemäß Art. 31 GG steht dem nicht entgegen.

(BGH, Urteil vom 1. 2. 2007 – III ZR 289/06)

**§§ 812, 930 BGB
Sicherungsübereignete Bowlingbahn im Mietobjekt;
Anspruch des Sicherungseigentümers gegen den
Vermieter auf Herausgabe gezogener Nutzungen;
Bowling-Center; Insolvenz; Vermieterpfandrecht;
Neuvermietung**

Ein Sicherungseigentümer, dem nach der Sicherungsabrede mit dem Sicherungsgeber kein Nutzungsrecht zusteht, kann von einem Dritten die durch Vermietung des Sicherungsgutes gezogenen Nutzungen nicht gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB (Eingriffskondiktion) herausverlangen.

(BGH, Urteil vom 26. 9. 2006 – XI ZR 156/05)

1 **Zum Sachverhalt:** Die klagende Sparkasse nimmt die Beklagten auf Entschädigung für die Nutzung einer Bowlingbahn in Anspruch.

2 H. kaufte die Bowlingbahn am 22. April 1997 unter Eigentumsvorbehalt und ließ sie bis September 1997 in gemietete Räume einbauen. Am 10. Dezember 1997 übertrug er der Rechtsvorgängerin der Klägerin (im Folgenden: Klägerin), die den Kaufpreis finanzierte, das Sicherungseigentum an der Bowlingbahn. Die Bezahlung des Kaufpreises erfolgte am 17. September 1998. Die Beklagten erwarben am 25. Januar 1999 das Eigentum an den Räumen, in die die Bowlingbahn eingebaut worden war, und führten das Mietverhältnis mit H. fort. Nachdem H. insolvent geworden war, kündigten sie am 28. November 2001 das Mietverhältnis und übten das Vermieterpfandrecht an allen eingebrachten Sachen aus. Am 30. November 2001 vermieteten sie die Räume an die G. GmbH, die die Bowlingbahn weiterbetrieb.

3 Das Landgericht Stralsund hat die Klage auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung für die Zeit vom 1. Dezember 2001 bis zum 31. Mai 2003 in Höhe von 72 000 € nebst Zinsen und auf zukünftige Zahlung monatlicher Entschädigungen in Höhe von 4000 € für die Dauer der Nutzung, beginnend am 3. Juni 2003, abgewiesen. Das Berufungsgericht [OLG Rostock] hat, nachdem es die Berufung der Klägerin gegen die Abweisung der Klage auf zukünftige Zahlung monatlicher Nutzungsentschädigung als unzulässig verworfen hat, der Klage in Höhe von

40 259,34 € nebst Zinsen stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag in vollem Umfang weiter.

4 **Aus den Gründen:** A. Die Revision ist insgesamt statthaft (§ 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). [...]

6 B. Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

7 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

8 Die Klägerin sei aktivlegitimiert. Sie habe Sicherungseigentum an der Bowlingbahn erworben. Diese sei in dem Sicherungsübereignungsvertrag vom 10. Dezember 1997 hinreichend bestimmt als „1 Bowlingbahnen mit Zubehör“ im „Bowlingcenter K.“ bezeichnet. Die Bowlingbahn sei nicht gemäß § 94 BGB wesentlicher Bestandteil des Grundstücks geworden, weil H. sie nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grundstück verbunden habe. Der Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen H.s habe seinen Anspruch auf Herausgabe und Verwertung der Bowlingbahn an die Klägerin abgetreten.

9 Die Beklagten seien gemäß § 812 Abs. 1, § 818 Abs. 1 BGB (Eingriffskondition) zur Herausgabe der gezogenen Nutzungen verpflichtet, denn die unberechtigte Nutzung sei ein Eingriff in das Eigentum der Klägerin. Ihr Vermieterpfandrecht habe den Beklagten kein Nutzungs-, sondern nur ein Besitzrecht gegeben. Die Beklagten hätten durch die Vermietung der Bowlingbahn Nutzungen gezogen. Da die Bowlingbahn Zubehör der von den Beklagten vermieteten Räume sei, sei in entsprechender Anwendung des § 314 BGB a. F. zu vermuten, dass die Beklagten sie mit den Mieträumen vermietet hätten. Die Behauptung der Beklagten, sie hätten nur die Räume vermietet und nur hierfür einen Mietzins vereinbart, sei nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht erwiesen.

10 Die Klageforderung sei zeitlich nicht deshalb begrenzt, weil das Recht H.s gemäß § 539 Abs. 2, § 258 BGB, die Bowlingbahn wegzunehmen, seit Ende Mai 2002 verjährt sei (§ 548 Abs. 2 BGB). Nach dem Eintritt der Verjährung sei der Vermieter zwar gegenüber dem Mieter zum Besitz berechtigt und schulde diesem keine Nutzungsentschädigung. Dies gelte aber nicht im Verhältnis zur Klägerin als Eigentümerin der Bowlingbahn. Auch wenn der Vermieter gutgläubig vom Eigentum des Mieters an den eingebrachten Sachen ausgehe, erlange er gegenüber dem Eigentümer kein fortdauerndes Besitz- und Nutzungsrecht. Die Regeln des gutgläubigen Rechtserwerbs seien nicht entsprechend anwendbar, weil der Vermieter das bestandskräftige Besitz- und Nutzungsrecht nicht aufgrund eines den Besitzübergang begleitenden Rechtsgeschäfts, sondern als gesetzliche Folge der Verjährung erlange.

11 Die Höhe der monatlichen Nutzungsentschädigung sei gemäß § 287 ZPO auf 2236,63 € zu schätzen.

12 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung im wesentlichen Punkt nicht stand. Die Klägerin hat gegen die Beklagten keinen Anspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, § 818 Abs. 1 BGB (Eingriffskondition) auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen.

13 1. Rechtsfehlerfrei sind allerdings die Ausführungen des Berufungsgerichts, die Beklagten hätten die Bowlingbahn an die G. GmbH vermietet und daraus Nutzungen im Sinne des § 100 BGB gezogen. § 314 BGB a. F., wonach sich die Verpflichtung zur Veräußerung oder Belastung einer Sache im Zweifel auch auf das Zubehör erstreckt, gilt für Mietverträge entsprechend (BGH, Urteil vom 29. September 1999 – XII ZR 313/98, WPM 2000, 539, 542). Die Vorschrift enthält eine Auslegungsregel, nach der die Bowlingbahn als Zubehör der vermieteten Räume vom Mietvertrag umfasst wird. Das Berufungsgericht ist deshalb rechtlich zutreffend davon ausgegangen, dass der Gegenbeweis den Beklagten obliegen hätte (vgl. Baumgärtel/Strieder, Handbuch der Beweislast im Privatrecht

2. Aufl. § 314 Rdn. 1; Staudinger/Wufka, BGB Neubearb. 2001, § 314 Rdn. 2). Diesen Gegenbeweis hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei als nicht geführt angesehen. Dabei hat es sich entgegen der Auffassung der Revision mit dem Wortlaut des Mietvertrages, in dem als Mietzweck der „Betrieb einer Bowlingbahn mit Restaurant“ genannt ist, auseinandergesetzt. Dass es die darin vereinbarte Vermietung des Objekts „wie besehen“ als Anhaltspunkt für die Einbeziehung der Bowlingbahn in den Mietvertrag gewertet hat, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Auch im Übrigen zeigt die Revision keinen Rechtsfehler der Beweiswürdigung des Berufungsgerichts auf, sondern versucht lediglich, diese Würdigung durch ihre eigene zu ersetzen.

14 2. Das Berufungsgericht hat ferner rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Klägerin Sicherungseigentum an der Bowlingbahn erworben hat.

15 a) Der Sicherungsübereignungsvertrag vom 10. Dezember 1997 genügt dem Bestimmtheitsgrundsatz. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sind die übereigneten Sachen hinreichend bestimmt, wenn für jeden, der die Parteiabreden in dem für den Eigentumsübergang vereinbarten Zeitpunkt kennt, ohne weiteres ersichtlich ist, welche individuell bestimmten Sachen übereignet worden sind (BGHZ 73, 253, 254; BGH, Urteile vom 13. Januar 1992 – II ZR 11/91, WPM 1992, 398 und vom 3. Juli 2000 – II ZR 314/98, WPM 2000, 1704, 1705). In dem Vertrag vom 10. Dezember 1997 werden als Gegenstand der Übereignung die in einem bestimmten Bowlingcenter aufgestellten Bowlingbahnen mit Zubehör bezeichnet. Darin kommt hinreichend bestimmt zum Ausdruck, dass alle in dem Bowlingcenter befindlichen Gegenstände übereignet werden sollen, die Bestandteil der Bowlingbahnen sind oder funktional zum Betrieb der Bahnen benötigt werden.

16 b) Die Bowlingbahn ist mit dem Einbau in das Bowlingcenter nicht gemäß § 94 BGB wesentlicher Bestandteil des Grundstücks geworden. Diese Feststellung des Berufungsgerichts ist entgegen der Auffassung der Revision bereits deshalb rechtsfehlerfrei, weil für die Voraussetzungen des § 94 Abs. 1 Satz 1 BGB in den Tatsacheninstanzen nichts vorgetragen wurde.

17 3. Das Berufungsgericht hat aber verkannt, dass eine Eingriffskondition im Sinne des § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB einen Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines Rechtsguts voraussetzt, dessen wirtschaftliche Verwertung dem Kondiktionsgläubiger vorbehalten ist (vgl. BGHZ 107, 117, 120 m.w. Nachw. und BGH, Urteil vom 23. Oktober 1980 – III ZR 146/78, WPM 1981, 129, 131). Daran fehlt es hier, weil der Klägerin als Sicherungseigentümerin auch nach Eintritt der Verwertungsreife kein Recht auf Inanspruchnahme der aus der Bowlingbahn gezogenen Nutzungen zusteht (vgl. BGH, Urteil vom 24. Oktober 1979 – VIII ZR 298/78, WPM 1979, 1326).

18 Art und Umfang des Verwertungsrechts des Sichernehmers richten sich in erster Linie nach den der Sicherungsübereignung zugrunde liegenden Vereinbarungen. Der Sicherungsübereignungsvertrag vom 10. Dezember 1997 räumt der Klägerin kein Recht auf die Nutzungen ein. Nach Nr. 8. 3 kann die Klägerin die sicherungsübereignete Sache zwar mit Eintritt des Verwertungsrechts herausverlangen und freihändig, auch durch Abtretung des Herausgabeanspruchs oder durch öffentliche Versteigerung, verwerten. Ein Recht, die Sache zu nutzen oder bereits gezogene Nutzungen herauszuverlangen, sieht der Vertrag aber nicht vor.

19 Dieses Recht ergibt sich auch nicht aus dem Wesen einer treuhänderischen Sicherungsabrede. Andere Verwertungsarten als die Veräußerung, z. B. Nutzungsziehung, Verfall des Sicherungseigentums oder Selbsteintritt des Sichernehmers, werden von der Verwertungsbefugnis ohne besondere Vereinbarung nicht umfasst. Das Sicherungseigentum ist kein volles, ungebundenes Eigentum. Es gewährleistet dem Sicherungsnehmer für den Fall der Nichterfüllung seiner Forderung die Befriedigung aus dem Sicherungsgut, belässt den sicherungsübereigneten Gegenstand aber regelmäßig zunächst dem Sicherungs-

geber zur Nutzung, um ihm die Fortführung seines Betriebes zu ermöglichen. Dieser Zweck des Sicherungseigentums ändert sich nicht zwangsläufig mit dem Eintritt der vereinbarten Voraussetzungen für die Verwertung durch den Sicherungsnehmer. Dieser ist weder verpflichtet, mit der Verwertung sofort zu beginnen, noch berechtigt, in anderer als der vereinbarten Weise in den Geschäftsbetrieb des Sicherungsgebers einzugreifen (BGH, Urteil vom 24. Oktober 1979 – VIII ZR 298/78, WPM 1979, 1326, 1327). Deshalb gehört neben dem Veräußerungsrecht ein weiteres Recht, etwa das auf die gezogenen Nutzungen, nur dann zum Inhalt der Verwertungsbefugnis, wenn die Parteien der Sicherungsabrede dies vereinbart haben. Dies ist hier nicht geschehen. Das Recht zur Ziehung von Nutzungen stand deshalb bis zu einem berechtigten Herausgabeverlangen der Klägerin H. als Sicherungsgeber zu.

20 III. Die angefochtene Entscheidung stellt sich nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

21 1. Ein Anspruch der Klägerin gemäß § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB scheidet schon deshalb aus, weil die Vermietung einer Sache keine Verfügung über das Eigentum an der Sache ist. Eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift scheidet daran, dass der Mietzins keinen Gegenwert darstellt, den die Beklagten anstelle der Klägerin als Sicherungseigentümerin erzielt haben (vgl. BGHZ 131, 297, 305 f. [= WuM 1996, 216]). Diese hatte, wie dargelegt, kein Recht, die Bowlingbahn durch eine Vermietung zu nutzen.

22 2. Ein Anspruch gemäß § 687 Abs. 2 Satz 1, § 681 Satz 2, § 667 BGB besteht nicht, weil die Vermietung der Bowlingbahn kein Geschäft der Klägerin war. Diese war, wie dargelegt, zur Vermietung nicht berechtigt.

23 3. § 1214 Abs. 2 BGB kommt als Grundlage für einen eigenen Anspruch der Klägerin ebenfalls nicht in Betracht. Hiernach hat ein Pfandgläubiger, der vertraglich berechtigt ist, die Nutzungen des Pfandes zu ziehen, diese dem Pfandschuldner gutzubringen. Die Vorschrift ist auf Pfandgläubiger, die Nutzungen ohne vertragliche Ermächtigung ziehen, entsprechend anwendbar. Auch diese haben die Nutzungen dem Pfandschuldner, dessen Geschäft die Nutzung des Pfandes war, gutzubringen (RGZ 105, 408, 409; OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 585; PWW/Nobbe, BGB § 1214 Rdn. 2). Inhaberin eines Anspruchs auf Herausgabe gezogener Nutzungen wäre danach nicht die Klägerin, sondern H. als Schuldner und Sicherungsgeber.

24 4. Ein Anspruch gemäß §§ 990 Abs. 1, 987 Abs. 1 BGB (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 24. Oktober 1979 – VIII ZR 298/78, WPM 1979, 1326, 1327) kann nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand ebenfalls nicht bejaht werden.

25 Das Berufungsgericht hat zwar ein Besitzrecht der Beklagten im Sinne des § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB aufgrund der Verjährung des Anspruchs des H. gegen die Beklagten auf Gestattung der Wegnahme der Bowlingbahn (§ 539 Abs. 2, § 258 Satz 2, § 548 Abs. 2 BGB) rechtsfehlerfrei verneint. Mit Eintritt der Verjährung ist ein dauerndes Recht der Beklagten zum Besitz der Bowlingbahn nur gegenüber H. entstanden (vgl. BGHZ 81, 146, 151 [= WuM 1982, 50]). Die in § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB geforderte Besitzberechtigung gegenüber der Klägerin als Eigentümerin folgt daraus nicht. Es fehlen aber Feststellungen des Berufungsgerichts zum (mittelbaren) Besitz der Beklagten an der Bowlingbahn und zur Bösgläubigkeit der Beklagten in Bezug auf ein Besitzrecht im Sinne des § 990 Abs. 1 BGB.

26 IV Das Berufungsurteil war demnach, soweit es angefochten ist, aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht wird die erforderlichen Feststellungen zu den tatsächlichen Voraussetzungen eines eigenen Anspruchs der Klägerin aus §§ 990 Abs. 1, 987 Abs. 1 BGB zu treffen haben.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 1004 BGB

Haftung des Zustandsstörers; Räumung und Herausgabe der Grundstücksfläche; Dereliktion; Verzicht auf das Eigentum an Aufbauten auf dem Areal

Der Eigentümer kann sich der Haftung als Zustandsstörer (§ 1004 Abs. 1 BGB) nicht durch Verzicht auf sein Eigentum entziehen.

(BGH, Urteil vom 30. 3. 2007 – V ZR 179/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Das klagende Land ist Eigentümer einer Grundstücksfläche, auf dem G. M. aufgrund eines mit dem Land geschlossenen Mietvertrags eine Bootsanlage betrieben und hierzu Gebäude und andere Baulichkeiten errichtet hatte, die nach den Vereinbarungen der Vertragsparteien als nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grundstück verbunden gelten und im Eigentum der Mieterin bleiben sollten. 1992 wurde die Bootsanlage an U. B. veräußert, der mit dem Land ebenfalls einen Mietvertrag abschloss. Dieser Vertrag sah unter Berücksichtigung einer ausgeübten Verlängerungsoption eine Vertragsdauer bis Ende 2001 vor. Im September 1996 veräußerte U. B. die Bootsanlage an den Beklagten. Nachdem ein Ankauf des Grundstücks durch den Beklagten gescheitert war, bemühte sich dieser Ende 2001 um den Abschluss eines Mietvertrages. Das Land lehnte dies ab. Es verlangt die Herausgabe und die Räumung des Areals, die Beseitigung von zur Bootsanlage gehörenden Bauten sowie die Zahlung einer Nutzungsentschädigung.

2 Nach teilweiser Klagerücknahme hat das Landgericht Berlin der Klage stattgegeben. In der Berufungsverhandlung vor dem Kammergericht hat der Prozessbevollmächtigte des Beklagten zu Protokoll erklärt, sein Mandant gebe – für den Fall, dass das Berufungsgericht von einem fortdauernden Besitz des Beklagten ausgehen sollte – einen etwaigen Besitz an der Fläche auf. Mit der Entfernung sämtlicher auf dem Grundstück vorhandenen Aufbauten durch das Land sei der Mandant einverstanden.

3 Das Kammergericht [WuM 2006, 535 KL] hat das Urteil des Landgerichts geändert und die Klage abgewiesen. Das Land möchte mit der von dem Kammergericht zugelassenen Revision eine Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, einem Räumungsanspruch stehe das Fehlen eines Mietvertrages entgegen. Herausgabe könne nicht verlangt werden, weil das Land nicht bewiesen habe, dass der Beklagte wenigstens bei Eintritt der Rechtshängigkeit noch Besitzer der Fläche gewesen sei. Für Ansprüche auf Nutzungsentschädigung fehle es an der von den §§ 987 f. BGB vorausgesetzten Vindikationslage. Die Voraussetzungen des § 1004 BGB lägen nicht vor. Da die Bauten nicht auf Veranlassung des Beklagten errichtet worden seien, komme eine Zurechnung als Handlungsstörer nicht in Betracht. Zustandsstörer sei der Beklagte nicht mehr, weil die Erklärung seines Prozessbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung zur Aufgabe des Eigentums geführt hätten. Die Revision sei zuzulassen, soweit es um die Frage gehe, ob die Haftung als Zustandsstörer nach § 1004 Abs. 1 BGB durch Aufgabe des Eigentums an der störenden Sache ende.

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

5 II. 1. Die Revision ist nur zulässig, soweit sich das Land gegen die Abweisung des Räumungs- und Beseitigungsverlangens wendet. Im Übrigen steht der Statthaftigkeit des Rechtsmittels die fehlende Zulassung entgegen (§ 543 Abs. 1 ZPO).

6 a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Revision auf einen tatsächlich und rechtlich selbstständigen Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden, der Gegenstand eines selbstständig anfechtbaren Teil- oder Zwischenurteils sein könnte oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte (vgl. nur Senat, Beschl. v. 29. Januar 2004, V ZR 244/03, NJW-RR 2004, 1365, m.w.N.; ferner BGH, BGHZ 101, 276, 278; BGH, Urt. v. 20. Mai 2003, XI ZR 248/02, VersR 2003, 1396, 1397, v. 4. Juni 2003, VIII ZR 91/02, NJW-RR 2003, 1192, 1193, und v. 5. November 2003, VIII ZR 320/02, NJW-RR 2004, 426 f.; Urt. v. 12. Dezember 2006, VI ZR 4/06, Rdn. 4 m.w.N., zur Veröffentlichung bestimmt). Zumindest die zuletzt genannte Alternative liegt vor, weil das Land die Abweisung der Klage wegen der Ansprüche auf Herausgabe und Nutzungsentschädigung hätte hinnehmen und demgemäß sein Rechtsmittel auf das Räumungs- und Beseitigungsverlangen hätte beschränken können.

7 b) Der Annahme einer beschränkten Revisionszulassung steht nicht entgegen, dass die Entscheidungsformel des Berufungsurteils keine Einschränkung enthält. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass der Tenor im Lichte der Entscheidungsgründe auszulegen und demgemäß von einer beschränkten Revisionszulassung auszugehen ist, wenn sich dies aus den Gründen der Beschränkung klar ergibt (vgl. nur Senat, Beschl. v. 29. Januar 2004, a. a. O.; Urt. v. 8. Oktober 2004, V ZR 84/04, BauR 2005, 444; BGH, Urt. v. 3. März 2005, IX ZR 45/04, NJW-RR 2005, 715, 716; jeweils m.w.N.). So liegt es hier, weil sich die von dem Berufungsgericht als zulassungsrelevant angesehene Frage nur für einen eindeutig abgrenzbaren selbstständigen Teil des Streitstoffes stellt (vgl. dazu nur BGHZ 48, 134, 136; 153, 358, 362; Urt. v. 3. März 2005, a. a. O.). Aus den Gründen des Berufungsurteils ergibt sich deutlich, dass das Berufungsgericht die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nur mit Blick auf die Frage bejaht hat, ob die Haftung als Zustandsstörer nach § 1004 Abs. 1 BGB durch Aufgabe des Eigentums an der störenden Sache endet. Erheblich ist diese Rechtsfrage allein für die Streitgegenstände Räumung und Beseitigung. Für die weiteren – auf Herausgabe und Nutzungsentschädigung gerichteten – Klageansprüche ist sie bedeutungslos.

8 2. In dem zugelassenen Umfang hat das Rechtsmittel auch in der Sache Erfolg.

9 a) Die Verneinung von Ansprüchen aus § 1004 BGB hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

10 aa) Verfehlt ist schon der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Es entspricht der Rechtsprechung des Senats, dass sich der Eigentümer einer Haftung als Zustandsstörer nicht durch Verzicht auf sein Eigentum entziehen kann (vgl. BGHZ 18, 253, 258; 41, 393, 397; Urt. v. 4. Februar 2005, V ZR 142/04, NJW 2005, 1366, 1367; so auch die ganz überwiegende Auffassung im Schrifttum, etwa AnwKomm-BGB/Keukenschrijver, § 1004 Rdn. 49; Soergel/Mühl, BGB, 12. Aufl., § 1004 Rdn. 98; vgl. auch MünchKomm-BGB/Medicus, 4. Aufl., § 1004 Rdn. 28, 52 m.w.N. auch zum Streitstand; ebenso für das öffentliche Recht BVerwG NJW 1999, 231 f.). Daran hält der Senat fest. Der gegenteilige Standpunkt des Berufungsgerichts führte dazu, dass die Vorschrift des § 1004 BGB die ihr zugeordnete Aufgabe, zusammen mit § 985 BGB das Eigentum und die damit verbundene Sachherrschaft in umfassender Weise zu schützen (vgl. Senatsurt. v. 4. Februar 2005, a. a. O., m.w.N.), nur noch unvollständig erfüllen könnte. Das ist deshalb nicht hinnehmbar, weil deliktsrechtliche Schadensersatzansprüche wegen des Verschuldensfordernisses keinen dem negatorischen Beseitigungsanspruch gleichwertigen Eigentumsschutz gewährleisten (Senat, a. a. O.).

11 Dem steht nicht entgegen, dass ein Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB infolge der Veräußerung der störenden Sache

entfallen kann (vgl. Senat, BGHZ 41, 393, 397 f.; Urt. v. 10. Juli 1998, V ZR 60/97, NJW 1998, 3273). Denn der Wegfall der Haftung beruht in solchen Fällen zum einen darauf, dass der Störer infolge der auf den Rechtsnachfolger übergehenden umfassenden Sachherrschaft in der Regel nicht mehr in der Lage ist, die Störung zu beseitigen (vgl. Senat, a. a. O.), und zum anderen darauf, dass die Beseitigung der Störung bei Übernahme der umfassenden Sachherrschaft nunmehr Sache des Erwerbers als Ausdruck seiner Verantwortlichkeit als Zustandsstörer ist (vgl. MünchKomm-BGB/Medicus, a. a. O., Rdn. 50). In den Dereliktionsfällen trifft weder das eine noch das andere zu.

12 bb) Davon abgesehen lässt sich der Erklärung des Prozessbevollmächtigten des Beklagten vor dem Berufungsgericht nicht der für eine Dereliktion (§ 959 BGB) erforderliche Verzichtswille entnehmen. Einer dahin gehenden Auslegung steht entgegen, dass nur dem Land gestattet worden ist, die Sachen von dem Grundstück zu beseitigen.

13 b) Nach allem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist im Sinne von § 563 Abs. 3 ZPO. Weitere Feststellungen kommen nicht in Betracht.

14 aa) Die Voraussetzungen des § 1004 Abs. 1 BGB liegen vor. Insbesondere stellt der weitere Verbleib der als Scheinbestandteile nach § 95 BGB zu qualifizierenden Bauten auf dem Grundstück des Landes eine dem Beklagten als Zustandsstörer zurechenbare Eigentumsbeeinträchtigung dar. Zwar ist eine Störung dem Eigentümer nicht schon allein wegen seines Eigentums zuzurechnen. Erforderlich ist vielmehr darüber hinaus, dass die Beeinträchtigung zumindest mittelbar auch auf seinem Willen beruht (std. Senatsrechtsprechung, vgl. nur BGHZ 19, 126, 129 f.; 122, 283, 284; 155, 99, 105; Urt. v. 4. Februar 2005, V ZR 142/04, NJW 2005, 1366, 1368 m.w.N.). Diese Voraussetzung ist jedoch auch dann gegeben, wenn die Störung – wie hier – mit dem maßgebenden Willen desjenigen aufrechterhalten wird, der infolge Eigentumserwerbs die Herrschaft über die störenden Sachen übernommen hat (Senat, BGHZ 29, 314, 317; Urt. v. 22. September 2000, V ZR 443/99, WPM 2001, 208; Urt. v. 1. Dezember 2006, V ZR 112/06, Rdn. 12 m.w.N. [= WuM 2007, 77 = GuT 2007, 44 KL], zur Veröffentlichung bestimmt; vgl. auch MünchKomm-BGB/Medicus, a. a. O., Rdn. 50 f. m.w.N.).

15 bb) Die Eigentumsbeeinträchtigungen braucht das Land nicht nach § 1004 Abs. 2 BGB zu dulden. Dass die Bauten mit seiner Zustimmung errichtet worden sind, rechtfertigt keine andere Beurteilung, weil es entscheidend darauf ankommt, ob gegenwärtig noch eine schuldrechtliche oder dingliche Grundlage für die Eigentumsbeeinträchtigung gegeben ist (Senatsurt. v. 26. Januar 2007, V ZR 175/06, Rdn. 9 [= GuT 2007, 161] m.w.N.). Daran fehlt es hier.

16 (1) Aus eigenem Recht steht dem Beklagten keine Duldungspflicht zur Seite. Der mit dem Land geschlossene notarielle Kaufvertrag besteht nicht mehr. Zum Abschluss eines Mietvertrages zwischen den Parteien ist es nicht gekommen.

17 (2) Einer Duldungspflicht aus abgeleitetem Recht entsprechend § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. Senatsurt. v. 5. Mai 2006, V ZR 139/05, NJW-RR 2006, 1160, 1161 [= GuT 2006, 197] m.w.N.) steht entgegen, dass G. M. die Errichtung der Baulichkeiten nur zum vorübergehenden Verbleib gestattet worden war. Aus dem zwischen dem Land und dem unmittelbaren Rechtsvorgänger des Beklagten, U. B., geschlossenen Mietvertrages kann der Beklagte schon deshalb nichts für sich herleiten, weil dieser Vertrag Ende 2001 ausgelaufen war.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Zur Dereliktion vgl. OLG Düsseldorf GuT 2007, 33 (Miteigentumsanteil an einem Grundstück; Az. des BGH: V ZB 247/06) und OLG Düsseldorf GuT 2007, 42 (Miteigentumsanteil an einem Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung; Az. des BGH: V ZB 18/07).

§§ 6, 61 VVG

**Repräsentantenhaftung; Vertragsverwalter;
Gefahrverwalter; Brandstiftung;
Pelzgroßhandel mit Lager; Betriebsversicherung;
Rauchwaren-Einheitsversicherung;
Geschäftsversicherung**

1. Hat der Versicherungsnehmer die eigenverantwortliche Wahrnehmung der Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsvertrag einem Dritten übertragen, ist dieser insoweit sein Repräsentant.

2. Überträgt der Versicherungsnehmer dem Dritten die selbständige Wahrnehmung seiner Befugnisse nur in einem bestimmten, abgrenzbaren Geschäftsbereich – hier: Vertragsverwaltung –, ist die Zurechnung des Repräsentantenverhaltens darauf beschränkt und kann nicht auf andere Tätigkeitsbereiche ausgedehnt werden.

(BGH, Urteil vom 14. 3. 2007 – IV ZR 102/03)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerinnen verlangen von der Beklagten Versicherungsleistungen wegen eines Brandes vom 15. August 1994 in ihren Geschäftsräumen in der N.-Straße 57 in F. Sie betrieben dort unter der Firma C. K. E. im dritten Obergeschoss einen Pelzgroßhandel mit Lager. Sie unterhielten bei der Beklagten eine Rauchwaren-Einheitsversicherung, eine Geschäfts- und Betriebsversicherung sowie eine Betriebsunterbrechungsversicherung.

2 Am 15. August 1994 brach kurz vor 4.00 Uhr in dem Gebäude an mehreren Stellen infolge vorsätzlicher Brandstiftung unter Verwendung brennbarer Flüssigkeiten Feuer aus, und zwar in den Treppenträumen vom dritten bis zum sechsten Obergeschoss, im Pelzlager eines anderen Unternehmens im vierten Obergeschoss und in den Geschäftsräumen der Klägerinnen im dritten Obergeschoss. Zu diesem Zeitpunkt befand sich der Zeuge W. in den Geschäftsräumen der Klägerinnen. Er ist der Vater der damals 19 Jahre alten Klägerin zu 2 und nach Behauptung der Beklagten der Lebensgefährte der Klägerin zu 1.

3 Die Beklagte beruft sich auf Leistungsfreiheit wegen vorsätzlicher Brandstiftung durch den Zeugen W. nach § 61 VVG und entsprechenden Bestimmungen in den vereinbarten Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB). Dessen Verhalten müssten sich die Klägerinnen zurechnen lassen, da er als deren Repräsentant anzusehen sei. Er sei faktisch alleiniger Geschäftsführer gewesen und habe insbesondere alle Versicherungsangelegenheiten mit der Beklagten vor und nach dem Brand in eigener Verantwortung erledigt.

4 Die Klägerinnen machen mit der Klage einen Schaden an den Waren, an der Geschäftseinrichtung und durch Betriebsunterbrechung von etwa 350 000 € geltend. Die darauf gerichteten, in den Vorinstanzen [LG Köln; OLG Köln] abgewiesenen Anträge verfolgen sie mit der Revision weiter.

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

6 I. Das Oberlandesgericht nimmt an, die Beklagte sei nach § 61 VVG in Verbindung mit entsprechenden Bestimmungen in den AVB von der Leistungspflicht frei, weil der als Repräsentant der Klägerinnen anzusehende Zeuge W. den Brand vorsätzlich gelegt habe. Repräsentanteneigenschaft könne nicht nur bei Übertragung der Risikoverwaltung, sondern auch dann vorliegen, wenn jemand aufgrund eines Vertretungs- oder ähnlichen Verhältnisses die Verwaltung des Versicherungsvertrages eigenverantwortlich ausübe. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei davon auszugehen, dass der Zeuge W. in eigener Verantwortung die Verwaltung des Versicherungsvertrages ausgeübt habe. Auf die Frage, ob er außerdem faktisch Geschäftsführer des Unternehmens der Klägerinnen gewesen sei, komme es daher nicht an.

7 II. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die vorsätzliche Brandstiftung durch einen Dritten, der nur für die Verwaltung des Versicherungsvertrages als Repräsentant anzusehen ist, braucht sich der Versicherungsnehmer nicht zurechnen zu lassen. Die Annahme einer vorsätzlichen Brandstiftung durch den Zeugen W. beruht auf einem Verstoß gegen das Verfahrensgrundrecht der Klägerinnen aus Art. 103 Abs. 1 GG.

8 1. a) Nach der Rechtsprechung des Senats hat der Versicherungsnehmer für das – selbst vorsätzliche – Verhalten seines Repräsentanten wie für eigenes Verhalten einzustehen (vgl. Urteil vom 10. Juli 1996 – IV ZR 287/95 – VersR 1996, 1229 unter 2 b m.w. N. insbesondere auf das Urteil vom 20. Mai 1981 – IVa ZR 86/80 – VersR 1981, 822). Der Grund der Haftungszurechnung liegt darin, dass es dem Versicherungsnehmer nicht freistehen darf, den Versicherer dadurch schlechter und sich besser zu stellen, dass er einen Dritten an seine Stelle hat treten lassen. Dieser Zurechnungsgrund greift nicht nur dort, wo es im Rahmen der übertragenen Gefahrverwaltung (Risikoverwaltung im engeren Sinne) um die Herbeiführung des Versicherungsfalles durch den Repräsentanten geht. Ihm ist vielmehr auch dann Rechnung zu tragen, wenn das vertraglich oder gesetzlich geschützte Interesse des Versicherers an der Einhaltung von Obliegenheiten gerade deshalb durch einen Dritten verletzt werden kann, weil der Versicherungsnehmer den Dritten in die Lage versetzt hat, insoweit selbständig und in nicht unbedeutendem Umfang für ihn zu handeln, er ihm also insoweit die eigenverantwortliche Verwaltung des Versicherungsvertrages übertragen hat. Repräsentation kraft Vertragsverwaltung ist nicht erst nach Eintritt des Versicherungsfalles möglich (a.A. Bruck/Möller/Johannsen, VVG 8. Aufl. Bd. 3 G 49; unklar Knappmann, VersR 1997, 261, 262 f., 267). Den Versicherungsnehmer treffen auch vor Eintritt des Versicherungsfalles Anzeige- und sonstige Obliegenheiten, deren Verletzung zur Leistungsfreiheit führen kann. Davon kann er sich zu Lasten des Versicherers nicht dadurch befreien, dass er diese Obliegenheiten einem Dritten zur selbständigen Wahrnehmung überträgt.

9 b) Aus dem tragenden Grund dafür, dass der Versicherungsnehmer für das Verhalten seines Repräsentanten wie für eigenes Verhalteneinzustehen hat, ergibt sich zugleich die Grenze der Zurechnung. Der Versicherungsnehmer muss sich Repräsentantenverhalten nur insoweit zurechnen lassen, als er den Dritten an seine Stelle hat treten lassen. Überträgt er dem Dritten die selbständige Wahrnehmung seiner Befugnisse nur in einem bestimmten abgrenzbaren Geschäftsbereich, ist die Zurechnung darauf beschränkt und kann nicht auf andere Tätigkeitsbereiche ausgedehnt werden (vgl. BGH, Urteil vom 19. März 1986 – IVa ZR 182/84 – VersR 1986, 541 unter 3). Eine auf einen bestimmten Bereich bezogene Repräsentantenstellung kommt insbesondere bei Geschäfts- und Betriebsversicherungen in Betracht (vgl. Senatsurteile vom 25. März 1992 – IV ZR 17/91 – VersR 1992, 865 unter 2 und vom 14. April 1971 – IV ZR 17/70 – VersR 1971, 538 unter 3). Für die Übertragung der Vertragsverwaltung folgt daraus, dass der Versicherungsnehmer sich ein Fehlverhalten des Repräsentanten nur in Vertragsangelegenheiten zurechnen lassen muss. Das betrifft Obliegenheiten vor Eintritt des Versicherungsfalles, z. B. Mitteilungen zur Begrenzung des subjektiven Risikos (§§ 11 VGB 62, 9 Abs. 1 AFB 87), die Anzeige von Gefahrerhöhungen (§§ 23 Abs. 2, 27 Abs. 2 VVG) und Obliegenheiten nach Eintritt des Versicherungsfalles i. S. von § 6 Abs. 3 VVG. Dagegen braucht er sich ein Verhalten des Vertragsverwalters, das zum Eintritt des Versicherungsfalles führt, nicht zurechnen zu lassen, sofern ihm nicht auch die Gefahrverwaltung übertragen ist (so im Ergebnis auch Johannsen, a. a. O.; Prölss in Prölss/Martin, VVG 27. Aufl. § 6 Rdn. 58 a.E.; Knappmann, VersR 1997, 262 f.; Versicherungsrechts-Handbuch/Looschelders, § 17 Rdn. 45; ders. VersR 1999, 666, 671).

10 c) Nach diesen Grundsätzen ist die vom Berufungsgericht angenommene vorsätzliche Brandstiftung des Zeugen W. den Klägerinnen nicht nach § 61 VVG zuzurechnen. Das Berufungsgericht hat nur festgestellt, dass er deren Repräsentant im

Bereich der Vertragsverwaltung war. Ob ihm als faktischem Geschäftsführer auch die Gefahrverwaltung übertragen war, wie die Beklagte behauptet, hat es offen gelassen.

11 2. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig dar. Die Revisionserwiderung macht unter Hinweis auf §§ 14 Nr. 2, 17 AFB 87 geltend, die Beklagte sei von der Leistungspflicht frei, weil der Zeuge W. versucht habe, sie arglistig über seine Beteiligung an der Brandstiftung zu täuschen und dieses Verhalten seiner Stellung als Vertragsverwalter zuzuordnen sei.

12 a) Dem ist zu folgen, soweit das Berufungsgericht den Zeugen W. als Repräsentant im Bereich der Verwaltung des Versicherungsvertrages angesehen hat. Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht hierzu ausreichende Feststellungen getroffen. Danach sind die Verhandlungen mit den Vertretern der Beklagten fast ausschließlich von dem Zeugen geführt worden. Soweit die Klägerin zu 1 in geringem Umfang daran beteiligt war, hat sie keine Entscheidungen getroffen, sondern dies dem Zeugen überlassen. Daraus hat das Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung der gesamten Umstände des Falles (vgl. Senatsurteil vom 14. Mai 2003 – IV ZR 166/02 – r+s 2003, 367 unter II 2 a) rechtsfehlerfrei geschlossen, der Zeuge habe in eigener Verantwortung die Verwaltung des Versicherungsvertrages ausgeübt.

13 Ob und in welchem Umfang der Zeuge der Beklagten Angaben über das Brandgeschehen gemacht hat, wird nach der Zurückverweisung zu klären sein. Die Schadensanzeige erweckt jedenfalls den Eindruck, dass sie von ihm ausgefüllt und zweimal unterschrieben worden ist.

14 b) Dagegen hat das Berufungsgericht eine vorsätzliche Brandstiftung durch den Zeugen W. nicht verfahrensfehlerfrei festgestellt. Es hat den Anspruch der Klägerinnen auf rechtliches Gehör in mehreren Punkten verletzt. Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen (BVerfG NJW-RR 2002, 68, 69 m.w.N.). Es ist nicht auszuschließen, dass die Entscheidung auf dem Gehörsverstoß beruht.

15 aa) Die Klägerinnen hatten vorgetragen, der Zeuge habe den mit erheblichem zügigem Treppensteigen über mehrere Stockwerke verbundenen Tathergang aufgrund seines schlechten Gesundheitszustandes unmöglich ausführen können. Zum Beweis dafür haben sie sich auf dessen Zeugnis, Zeugnis des Hausarztes und ein ärztliches Sachverständigengutachten berufen. Das Berufungsgericht hat diesen Vortrag nur im Tatbestand kurz erwähnt. In den Entscheidungsgründen hat es dazu und zu den Beweisangeboten nichts ausgeführt, den Vortrag also ersichtlich nicht in seine Erwägungen einbezogen.

16 bb) An der Kleidung des Zeugen wurde kein Benzingeruch festgestellt. Zur Tatausführung wurde aus mehreren Kanistern Benzin verschüttet. Die Klägerinnen hatten dazu unter Bezugnahme auf das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen und des von ihnen beauftragten Privatgutachters vorgetragen, das Fehlen von Benzingeruch an der Kleidung und am Körper des Zeugen schließe seine Täterschaft zwingend aus. Hätte der Zeuge das Benzin verschüttet, wäre noch Stunden danach Benzingeruch an der Kleidung und den freien Hautoberflächen wahrzunehmen gewesen.

17 Die Frage des Benzingeruchs hat das Berufungsgericht im Tatbestand erwähnt und in den Entscheidungsgründen allein mit den Sätzen beschieden, das Fehlen von entsprechendem Geruch schließe eine Täterschaft nicht aus, es habe unter Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden Zeit die Möglichkeit bestanden, Geruchsanhaftungen an der Kleidung zu vermeiden. Wie das konkret hätte vermieden werden können oder von dem Zeugen vermieden worden ist, führt das Berufungsgericht nicht aus. Es geht insbesondere nicht darauf ein, dass der gerichtliche Sachverständige und seine Mitarbeiter, die bei ihrem Versuch sicherlich sorgfältig mit dem Benzin umgegangen sind, starke Benzinanhaftungen an der Kleidung nicht vermeiden

konnten. Die Frage des Benzingeruchs an den freien Hautoberflächen übergeht das Berufungsgericht völlig. Seine Begründung erschöpft sich damit in einer bloßen Leerformel, die nicht erkennen lässt, dass es den Vortrag der Klägerinnen erwogen hat.

18 cc) Die Klägerinnen hatten weiter vorgetragen und mit dem Privatgutachten belegt, dass der Zeuge W. bei der Brandstiftung zwangsläufig Brandverletzungen hätte erleiden müssen. Dazu hat das Berufungsgericht nur ausgeführt, der Umstand, dass das Vorgehen des Brandstifters mit einer gewissen Selbstgefährdung verbunden gewesen sei, wie der Gutachter im Einzelnen erläutert habe, führe ebenfalls nicht dazu, eine Täterschaft des Zeugen ausgeschlossen erscheinen zu lassen. Auch dies ist eine bloße Leerformel, die nichts dazu besagt, weshalb die auch nach den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen durchaus mögliche erhebliche Selbstgefährdung die Täterschaft des Zeugen nicht als ausgeschlossen erscheinen lässt.

19 dd) Der Senat verkennt nicht, dass erhebliche Verdachtsmomente für die Täterschaft des Zeugen sprechen und die Revisionserwiderung den Rügen der Revision mit einer nachvollziehbaren, aber revisionsrechtlich unbeachtlichen Würdigung entgegentritt. Die Beweiswürdigung ist nicht Sache des Revisionsgerichts, sondern des Tatrichters, der sich dieser Aufgabe erneut zu unterziehen hat.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Kurzfassungen/Leitsätze (KL)
Gewerbemiete etc.

§ 556 BGB – Betriebskostenabrechnung; formelle Ordnungsmäßigkeit; Mitteilung der Gesamtkosten des Hauses zu einer Position

Eine formell ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung setzt voraus, dass dem Mieter auch dann die Gesamtkosten einer berechneten Kostenart mitgeteilt werden, wenn einzelne Kostenteile nicht umlagefähig sind; dem Mieter muss ersichtlich sein, ob und in welcher Höhe nicht umlagefähige Kosten vorab abgesetzt worden sind.

(BGH, Urteil vom 14. 2. 2007 – VIII ZR 1/06)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2007, 196.

§§ 138, 241, 311 BGB – Kfz-Miete; Unfallersatztarif; Aufklärungspflichten des Vermieters

Zur Aufklärungspflicht des Autovermieters über die Erstattungsfähigkeit von Unfallersatztarifen (Fortführung der Senatsurteile vom 28. Juni 2006 – XII ZR 50/04 – NJW 2006, 2618 [= GuT 2006, 220] und vom 10. Januar 2007 – XII ZR 72/04 [= GuT 2007, 92]).

(BGH, Urteil vom 7. 2. 2007 – XII ZR 125/04)

§§ 249, 254 BGB – Unfallersatztarif; Schadensminderungspflicht; Vorkasse bei Normaltarif

Zu den Anforderungen an den Vortrag eines Verkehrsunfallgeschädigten, der sich für die Inanspruchnahme eines Unfallersatztarifs darauf beruft, er habe die Anmietung eines Ersatzfahrzeugs zum Normaltarif wegen der Notwendigkeit, eine Kautionsleistung zu leisten und in Vorkasse zu treten, abgelehnt.

(BGH, Urteil vom 6. 3. 2007 – VI ZR 36/06)

§§ 585, 581, 596 BGB – Landpacht; Schaden bei vorzeitiger, fristloser Beendigung des Pachtvertrags; Milchquote

1 Soweit der Beklagte für die Zeit vom April 2003 bis Mai 2005 zur Zahlung verurteilt worden ist, ist er mit 5940 € be-

schwert. Nur insoweit hat er die Verurteilung zur Zahlung von 7729,50 € durch das Landgericht [Osnabrück] angefochten. Seine Berufung wurde zurückgewiesen.

2 Die Feststellung, er habe dem Kläger den künftigen Schaden zu ersetzen, der darauf beruht, dass der am 6. Oktober 1999 geschlossene Pachtvertrag nicht zum 31. März 2008, sondern durch fristlose Kündigung vom 4. September 2003 beendet worden ist, beschwert den Beklagten mit weiteren 11 070 €:

3 Für die Zeit von Juni 2005 bis März 2008 beträgt der zu erwartende Pachtausfallschaden des Klägers nach seiner Behauptung $34 \times (327,90 \text{ €} - 31,24 \text{ €}) = 10 086,44 \text{ €}$. Bei der Wertfestsetzung ist ein Abschlag von 20% vorzunehmen, so dass sich eine Beschwer von 8070 € errechnet.

4 Ein weiterer Schaden des Klägers könnte sich daraus ergeben, dass er bei vorgesehenem Ende des Pachtvertrages möglicherweise Anspruch auf Rückübertragung der gesamten Milchquote haben könnte. Dies wäre u. a. der Fall, wenn er bei der Beendigung des Vertrages im Jahre 2008 Milcherzeuger wäre (vgl. im Einzelnen § 12 Milchabgabenverordnung). Der bereits eingetretene unentgeltliche Verfall von 33% der Milchquote würde sich dann aufseiten des Klägers als Schaden in Höhe von 5676,00 € ($13 200 \text{ kg} \times 0,43 \text{ kg/€}$) verwirklichen. Es erscheint aber nicht wahrscheinlich, dass der Kläger im Jahre 2008 die in § 12 Milchabgabenverordnung genannten Voraussetzungen erfüllen wird. Daher ist es angemessen, den Wert der Beschwer insoweit auf 3000 € festzusetzen.

5 Ein weiterer erheblicher Schaden der Klägerin infolge der fristlosen Kündigung des Pachtvertrages ist nicht zu erwarten.

6 Insgesamt ergibt sich somit eine Beschwer von 17 010 €. (BGH, Beschluss vom 13.12.2006 – XII ZR 18/06)

Hinw. d. Red.: Zur Übertragung der Milchquote bei Pachtende vgl. BGH GuT 2007, 141 (in diesem Heft).

§§ 312, 355 BGB – Widerrufsbelehrung beim Haustürgeschäft; Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen

Eine Widerrufsbelehrung, die lediglich über die Pflichten des Verbrauchers im Falle des Widerrufs, nicht jedoch über dessen wesentliche Rechte informiert, entspricht nicht den Anforderungen des Gesetzes.

(BGH, Urteil vom 12.4.2007 – VII ZR 122/06)

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH-Pressemitteilung Nr. 42/2007 in GuT 2007, 181.

§ 312 BGB; Art. 3, 8 Richtlinie 85/577/EWG – Haustürwiderruf; Bau von Immobilien

Verträge über den Bau von Immobilien fallen in den Anwendungsbereich von § 312 BGB (im Anschluss an BGH, Urteil vom 19. November 1998 – VII ZR 424/97, BauR 1999, 257 = ZfBR 1999, 152).

(BGH, Urteil vom 22.3.2007 – VII ZR 268/05)

§ 707 BGB – Geschlossener Immobilienfonds; Nachschusspflicht der Gesellschafter bei Unterdeckung im Vermietungsgeschäft

a) Sollen in dem Gesellschaftsvertrag einer Publikums-Gesellschaft über die betragsmäßig festgelegte Einlageschuld hinausgehende laufende Beitragspflichten vereinbart werden, müssen diese aus dem Gesellschaftsvertrag eindeutig hervorgehen und der Höhe nach bestimmt oder zumindest objektiv bestimmbar sein (Sen.-Urt. v. 23. Januar 2006 – II ZR 126/04, ZIP 2006, 754, 755).

b) Eine gesellschaftsvertragliche Bestimmung, die den einzelnen Gesellschafter zu Nachschusszahlungen verpflichtet, „soweit bei der laufenden Bewirtschaftung der Grundstücke Unterdeckungen auftreten“, genügt diesen Anforderungen nicht und kann deshalb nicht Grundlage einer Nachschussverpflichtung sein.

(BGH, Urteil vom 19.3.2007 – II ZR 73/06)

§§ 164, 675, 705, 780 BGB; §§ 727, 736, 794 ZPO; Art. 1 § 1 RBerG – Immobilienfonds in Form der GbR; Zwangsvollstreckung in das Vermögen einer GbR; Haftung des Gesellschafters der GbR

a) Ein Vertrag, durch den ein Immobilienfonds in der Form einer GbR die Führung seiner Geschäfte umfassend auf einen Geschäftsbesorger überträgt, der nicht Gesellschafter der GbR ist, sowie die ihm erteilte umfassende Vollmacht fallen grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des Art. 1 § 1 RBerG (Bestätigung des Senatsurteils vom 18. Juli 2006, WPM 2006, 1673).

b) Der von Gesellschaftern einer kreditnehmenden GbR dem Geschäftsbesorger der GbR außerhalb des Gesellschaftsvertrages erteilte Auftrag mit Vollmacht, sie nicht nur bei der Abgabe vollstreckbarer Schuldversprechen gegenüber der kreditgebenden Bank zu vertreten, verstößt gegen Art. 1 § 1 RBerG.

c) Sind Gesellschafter einer kreditnehmenden GbR aufgrund des Darlehensvertrages und Gesellschaftsvertrages zur Abgabe vollstreckbarer Schuldversprechen in Höhe ihrer kapitalmäßigen Gesellschaftsbeteiligung verpflichtet, so ist auch ein Drittgeschäftsführer der GbR zur Abgabe der vollstreckbaren Schuldversprechen für die Gesellschafter berechtigt (Bestätigung der Senatsurteile vom 2. Dezember 2003, WPM 2004, 372, vom 15. Februar 2005, WPM 2005, 1698 und vom 25. Oktober 2005, WPM 2006, 177).

d) Die Zwangsvollstreckung in das Vermögen einer GbR erfordert nicht einen Titel gegen die Gesellschaft als solche. Ausreichend ist auch ein Titel gegen alle Gesellschafter als Gesamtschuldner, nicht dagegen ein solcher gegen alle Gesellschafter als Teilschuldner der Verbindlichkeit der GbR.

e) Ein Vollstreckungstitel gegen den Gesellschafter einer GbR kann, was dessen persönliche Haftung angeht, nach Übernahme seines Gesellschaftsanteils, nicht auf den neuen Gesellschafter umgeschrieben werden.

(BGH, Urteil vom 17.10.2006 – XI ZR 19/05)

§ 823 BGB – Verkehrssicherungspflicht; Heuwagen; Entflammung; Brandstiftung; Brandschaden

Voraussetzung für die Annahme einer Verkehrssicherungspflicht ist, dass sich vorausschauend für ein sachkundiges Urteil die nahe liegende Möglichkeit einer Schädigung von Rechtsgütern anderer ergibt (hier: Schaden an einer Brücke durch Brand von unter der Brücke abgestellten, mit Heu beladenen Wagen).

(BGH, Urteil vom 6.2.2007 – VI ZR 274/05)

§ 1004 BGB – Flüssiggastank; Befüllung durch Dritte; Unterlassungsanspruch des Eigentümers

a) Die unbefugte Befüllung eines in fremdem Eigentum stehenden Flüssiggasbehälters ist auch dann eine Eigentumsbeeinträchtigung i.S. von § 1004 BGB, wenn der Behälter nicht mit einer auf den Eigentümer hinweisenden Beschriftung oder sonstigen Kennzeichnung versehen ist.

b) Wird nach Abgabe einer auf gekennzeichnete Tanks beschränkten Unterlassungserklärung das Eigentum erneut dadurch beeinträchtigt, dass ein nicht gekennzeichnete Tank befüllt wird, wird hierdurch die Wiederholungsgefahr begründet, sofern die Erklärung nicht ausnahmsweise dahin auszulegen ist, dass der Eigentümer die Fremdbefüllung seiner nicht gekennzeichneten Lagerbehälter dulden will.

(BGH, Urteil vom 26.2.2007 – II ZR 13/06)

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH GuT 2006, 39 KL (Az. II ZR 323/03 sowie II ZR 56/04) jew. m.w. Hinw. d. Red.

§§ 35, 36 InsO – Entscheidung des Insolvenzverwalters über die Freigabe eines Gegenstands

a) Der Anspruch auf Prozesskostenerstattung gehört zur Insolvenzmasse, wenn der die Erstattungsforderung begründende Sachverhalt vor oder während des Insolvenzverfahrens verwirklicht wurde.

b) Es ist ausschließlich Sache des Insolvenzverwalters darüber zu befinden, ob ein zur Insolvenzmasse gehörender Gegenstand im Wege der Freigabe aus dem Insolvenzbeschluss gelöst und wieder der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners unterstellt wird.

(BGH, Versäumnisurteil vom 1. 2. 2007 – IX ZR 178/05)

§§ 6, 56 InsO – Anfechten der Einsetzung eines Sonderinsolvenzverwalters durch den Insolvenzverwalter

Der Insolvenzverwalter kann die Einsetzung eines Sonderverwalters, der Ersatzansprüche der Gläubigersamtheit gegen den Insolvenzverwalter zu prüfen hat, nicht mit der sofortigen Beschwerde anfechten.

(BGH, Beschluss vom 1. 2. 2007 – IX ZB 45/05)

§§ 56, 57, 58, 59 InsO; §§ 42, 406 ZPO – Ablehnung des (Sonder-)Insolvenzverwalters wegen Befangenheit; Ablehnung durch den Insolvenzverwalter

a) Die Befangenheit eines (Sonder-)Insolvenzverwalters kann nur nach Maßgabe der §§ 56 bis 59 InsO geltend gemacht werden; die Verfahrensvorschriften der Zivilprozessordnung über die Ablehnung von Gerichtspersonen oder Gutachtern finden auf den (Sonder-)Insolvenzverwalter keine Anwendung.

b) Dem Insolvenzverwalter, der die Entlassung eines bestellten Sonderinsolvenzverwalters wegen Befangenheit begehrt, steht gegen die ablehnende Entscheidung des Insolvenzgerichts keine sofortige Beschwerde zu.

(BGH, Beschluss vom 25. 1. 2007 – IX ZB 240/05)

Hinw. d. Red.: Vgl. auch BGH, Beschluss vom 25. 1. 2007 – IX ZB 241/05.

§ 116 ZPO – Prozesskostenhilfe für Insolvenzverwalter

Die Bewilligung von Prozesskostenhilfe an den Verwalter in einem Insolvenzverfahren über das Vermögen einer juristischen Person setzt nicht voraus, dass die Unterlassung der Rechtsverteidigung allgemeinen Interessen i. S. von § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO zuwiderlaufen würde.

(BGH, Beschluss vom 15. 2. 2007 – I ZB 73/06)

§ 233 ZPO – Annahmeverweigerung einer unterfrankierten Postsendung durch das Gericht

Wird die Annahme einer unterfrankierten, fristgebundenen Postsendung durch das Gericht verweigert und gelangt die Sendung infolge einer Postverzögerung erst nach Fristablauf (hier: Wahrung der Berufungsfrist) an den Absender zurück, hat dieser die durch die vergebliche Übermittlung eingetretene Verzögerung ebenso zu verantworten wie die Risiken, die mit einer erneuten Übermittlung verbunden sind.

(BGH, Beschluss vom 26. 3. 2007 – II ZB 14/06)

Hinw. d. Red.: Der Senat zitiert zustimmend BGH NJW 2002, 2180 zur fehlerhaften Frankierung durch die Büroangestellte und geht vorliegend von einem Organisationsverschulden des Rechtsanwalts aus. Vgl. dazu gänzlich anderer Auffassung BGH – VIII ZB 22/79 – VersR 1979, 1028. Desweiteren führt der Senat aus, die Entrichtung des Nachentgelts könne dem Empfänger (hier: dem Gericht) generell nicht zugemutet werden.

Vgl. dazu: RV d. JM vom 16. März 1981 (1420 – I B, 47) [NRW; in der Sache durch VO v. 3. 5. 2002 i. d. F. v. 1. 7. 2004 bestätigt]: „Durchführung förmlicher Zustellungen und Annahme nicht oder unzureichend freigemachter Postsendungen“:

„2. Annahme nicht oder unzureichend freigemachter Postsendungen

Aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung und zur Vermeidung von Unzuträglichkeiten sind bis auf Weiteres nicht oder unzureichend freigemachte Postsendungen unter Zahlung der Nachgebühr anzunehmen. Dies gilt jedoch nicht, wenn Absender ständig Sendungen nicht oder unzureichend freimachen.“

Vgl. für Österreich: Verordnung des BMJ v. 9. 5. 1951 BGBl. Nr. 264/1951:

§ 104 Annahme der nachgebührenbelasteten Sendung und Eintragung in ein Verzeichnis.

§ 206 Kein Recht zur Annahmeverweigerung. Berichtigung der Nachgebühren durch das Gericht.

Die Vorschriften NRW und Österreich können bis zum 29. 6. 2007 als Datei bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 128, 356, 373, 379 ZPO; § 249 BGB – Prozessrecht schriftliches Verfahren, Auslagenvorschuss, Sachverständigenbeweis, Umfang der Zeugenaussage; Unfallersatztarif; regionaler Mietwagenmarkt

1. Schweigen der Parteien auf die Anordnung des schriftlichen Verfahrens „im vermuteten Einverständnis der Parteien“ bedeutet grundsätzlich keine Zustimmung gemäß § 128 Abs. 2 Satz 1 ZPO.

2. Das Gericht darf die beweisbelastete Partei nicht allein wegen einer nach Nichtzahlung eines Auslagenvorschusses (§ 379 ZPO) oder nach Versäumung einer Ausschlussfrist (§ 356 ZPO) fehlenden Möglichkeit des Sachverständigenbeweises als beweiskraftlos ansehen, sondern muss versuchen, vor Erlass einer Entscheidung zunächst die beweishebliche Frage in anderer Weise auf Grund des Parteivortrags und der verfügbaren Beweismittel zu klären.

3. Es ist nicht Aufgabe eines Zeugen, auf Grund von Erfahrungssätzen oder besonderen Fachkenntnissen Schlussfolgerungen aus einem feststehenden Sachverhalt zu ziehen oder dem Gericht allgemeine Erfahrungssätze oder besondere Kenntnis in einem jeweiligen Wissensgebiet – wie hier in einem regionalen Mietwagenmarkt – zu vermitteln (Anschluss an BGH, Urteil vom 23. November 1973 – I ZR 59/72 – MDR 1974, 382).

(BGH, Urteil vom 20. 3. 2007 – VI ZR 254/05)

§§ 345, 514 ZPO – Auwärtiger Gerichtstermin; Wahl des Verkehrsmittels; Verspätungen im Flugverkehr; Beachtung der Wetterverhältnisse

a) Der Prozessbevollmächtigte, der zu einem auswärtigen Gerichtstermin anzureisen hat, ist bei der Auswahl des öffentlichen Verkehrsmittels grundsätzlich frei; er kann sich auch für das Flugzeug entscheiden.

b) Bezieht der Prozessbevollmächtigte einen Inlandsflug in die Reiseplanung ein, braucht er für die Bemessung von Pufferzeiten für den Übergang zu einem Anschlussverkehrsmittel grundsätzlich keine Verzögerungen von mehr als einer Stunde in Rechnung zu stellen.

c) Eine auf die Entwicklung der Wetterverhältnisse zur geplanten Flugzeit ausgerichtete Beobachtungspflicht trifft den Prozessbevollmächtigten nur bei bereits bestehenden oder angekündigten Schlechtwetterlagen, welche die Durchführung der Reise wahrscheinlich verhindern.

(BGH, Urteil vom 22. 3. 2007 – IX ZR 100/06)

§ 540 ZPO – Anforderungen an das Berufungsurteil

Zu den Anforderungen an die tatbestandlichen Darstellungen im Berufungsurteil.

(BGH, Urteil vom 11. 1. 2007 – IX ZR 181/05)

§ 540 ZPO – Möglichkeit revisionsrechtlicher Nachprüfung von Berufungsurteilen

1 Die Klägerin hat der Beklagten Geräte vermietet. Diese wurden von der Klägerin repariert, weshalb sie von der Beklagten Bezahlung der Rechnungen verlangt. Das Landgericht [Osnabrück] hat die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Amtsgerichts [Osnabrück] zurückgewiesen. Hiergegen hat die Beklagte die vom Berufungsgericht zugelassene Revision eingelegt.

2 Das Berufungsurteil ist aufzuheben, da es mangels tatsächlicher Feststellungen und der Wiedergabe der Berufungsanträge in der Revision nicht überprüfbar ist.

3 1. Nach § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO kann in einem Berufungsurteil der Tatbestand ersetzt werden durch Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen im Urteil der ersten Instanz, verbunden mit erforderlichen Berichtigungen, Änderungen und Ergänzungen, die sich aus dem Vortrag der Parteien und aus etwaiger Bezugnahme vor dem Berufungsgericht ergeben.

4 Diese Mindestvoraussetzungen sind, auch wenn das neue Prozessrecht die Berufungsgerichte bei der Urteilsabfassung entlasten will, für den Inhalt eines Urteils nicht entbehrlich (BGHZ 158, 60, 61 m. N.). Dies ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut des Gesetzes, sondern auch und vor allem aus seinem Sinn, trotz der Erleichterungen bei der Abfassung von Berufungsurteilen die revisionsrechtliche Nachprüfung zu ermöglichen. Deshalb müssen sich die tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung aus dem Urteil oder – im Falle des § 540 Abs. 1 Satz 2 ZPO aus dem Sitzungsprotokoll – so erschließen, dass eine revisionsrechtliche Nachprüfung möglich ist (BGHZ a. a. O., 62).

5 2. Die Revision rügt zu Recht, dass das Berufungsurteil diesen Anforderungen nicht genügt. Das Urteil enthält weder einen Tatbestand noch eine Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen des amtsgerichtlichen Urteils noch die Wiedergabe der Berufungsanträge. Auch die Gründe des Urteils lassen die tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung des Berufungsgerichts nicht erkennen.

6 Das Berufungsurteil ist deshalb von Amts wegen aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

(BGH, Urteil vom 10.1.2007 – XII ZR 235/04)

§§ 712, 714, 719, 769 ZPO – Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung in der Revisionsinstanz ohne Antrag in der Berufungsinstanz im Einzelfall

1 I. Der Anordnung gemäß § 769 ZPO durch den Senat steht nicht entgegen, dass der Kläger im Berufungsverfahren keinen entsprechenden Antrag gestellt hat (zur diesbezüglichen Obliegenheit bei Vollstreckungsschutzanträgen gemäß §§ 712, 714, 719 Abs. 2 ZPO vgl. Senatsbeschlüsse vom 6. Juni 2006 – XII ZR 80/06 – NJW-RR 2006, 1088 [= GuT 2006, 201], vom 4. September 2002 – XII ZR 173/02 – NJWRR 2002, 1650 f. und vom 7. September 1999 – XII ZR 237/99 – BGHR ZPO § 719 Abs. 2 Einstellungsgründe 3).

2 Auf Antrag des Klägers hatte das Landgericht Duisburg am 27. Dezember 2001 die Einstellung der Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung von 400 000 DM angeordnet. Die Beklagte hat erst nach teilweiseem Abschluss der Berufungsinstanz durch Teilurteil vom 5. März 2004 – über zwei Jahre später – mit Schriftsatz vom 18. August 2006 beantragt, diesen Beschluss aufzuheben. Somit durfte der Kläger bis zur Aufhebung des Beschlusses durch das Landgericht Duisburg mit Beschluss vom 21. September 2006 darauf vertrauen, es sei nicht erforderlich, eine (zusätzliche) einstweilige Anordnung im Berufungsverfahren zu beantragen.

3 Dies rechtfertigt die vorliegende Ausnahme von dem Grundsatz, dass Anträge auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung in der Revisionsinstanz nur Erfolg haben können, wenn ein entsprechender Antrag schon in der Berufungsinstanz gestellt wurde (Senatsbeschlüsse vom 6. Juni 2006 a. a. O. und 3. Juli 1991 – XII ZR 262/90 – NJW-RR 1991, 1216).

4 II. Der Senat hat die Interessen der Parteien, die bei der hier getroffenen Ermessensentscheidung gemäß § 769 ZPO jedenfalls dann, wenn die Zwangsvollstreckung – wie hier – nur gegen Sicherheitsleistung eingestellt wird (vgl. § 707 Abs. 1 Satz 2 ZPO; Zöller/Herget ZPO 25. Aufl. § 769 Rdn. 6; Musielak/Lackmann ZPO 5. Aufl. § 769 Rdn. 3), nicht die Intensität eines nicht zu ersetzenden Nachteils i. S. § 719 Abs. 2 ZPO erreichen müssen, gegeneinander abgewogen. Er ist zu dem Ergebnis gekommen, dass sowohl der Verlauf der zwischen den Parteien anhängigen Rechtsstreitigkeiten als auch die der Beklagten drohende Insolvenz eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Zuschlagsbeschluss (nur) gegen Sicherheitsleistung durch den Kläger rechtfertigt. Daran wird auch nach nochmaliger Prüfung auf die Gegenvorstellung hin festgehalten.

(BGH, Beschluss vom 22.11.2006 – XII ZR 58/04)

§ 719 ZPO – Nicht zu ersetzender Nachteil durch Zwangsvollstreckung des für vorläufig vollstreckbar erklärten Zahlungstitels

Die Zwangsvollstreckung würde dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen, wenn im Falle der Aufhebung oder Abänderung des Vollstreckungstitels der Gläubiger voraussichtlich wegen Mittellosigkeit nicht in der Lage sein wird, den beigetriebenen Geldbetrag zurückzuzahlen.

(BGH, Beschluss vom 30.1.2007 – X ZR 147/06)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung u. a. in WuM 2007, 143.

Art. 32, 33, 34 Nr. 2, Art. 45, 54 Brüssel I-VO – Vollstreckbarerklärung einer ausländischen Entscheidung

Entscheidungen der Gerichte anderer Mitgliedstaaten im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, denen kein kontradiktorisch angelegtes Verfahren vorausgegangen ist, können nicht anerkannt und für vollstreckbar erklärt werden.

(BGH, Beschluss vom 21.12.2006 – IX ZB 150/05)

www.gut-netzwerk.de

Fachleute auf den Gebieten Recht, Wirtschaft, Wettbewerb, Steuern, Miete, Leasing, Immobilien, Stadtentwicklung, Architektur, Politik und Kultur

im Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum

Erleichtern Sie Ratsuchenden die Kontaktaufnahme über das GuT-Netzwerk!

Teileigentum

§ 7 VermG

Erbbaurecht; Restitution; Herausgabe der durch die Vermietung gezogenen Nutzungen; Mieteinnahmen

Der Berechtigte, dem ein Erbbaurecht restituiert worden ist, kann von dem Verfügungsberechtigten die Herausgabe der seit dem 1. Juli 1994 aus einer Vermietung des Bauwerks gezogenen Nutzungen verlangen. Entsprechendes gilt, wenn die Zeit, für die das Erbbaurecht bestellt war, während des Restitutionsverfahrens abgelaufen und dem Berechtigten deshalb nur ein Entschädigungsanspruch gemäß § 27 ErbbauVO zurückübertragen worden ist.

(BGH, Urteil vom 2. 3. 2007 – V ZR 61/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Zugunsten der Klägerin, einer heute in Liquidation befindlichen Gesellschaft, waren 1926 und 1927 Erbbaurechte an mehreren Grundstücken in Leipzig begründet worden. In Ausübung dieser für die Dauer von 70 Jahren bestellten Rechte errichtete die Klägerin Mehrfamilienhäuser auf den Grundstücken. 1954 wurde ihr Betriebsvermögen einschließlich der Erbbaurechte entschädigungslos in Volkseigentum überführt. Nachfolgend wurden diese Rechte im Grundbuch gelöscht und die Erbbaugrundbücher geschlossen.

2 1991 beantragte die Klägerin unter anderem die Restitution ihrer früheren Erbbaurechte. Ihre gegen den ablehnenden Bescheid des Landesamts zur Regelung offener Vermögensfragen gerichtete Klage war im Jahr 2000 schließlich erfolgreich. Im Hinblick darauf, dass die wiederzubegründenden Erbbaurechte inzwischen durch Zeitablauf erloschen gewesen wären, verpflichtete das Bundesverwaltungsgericht den Freistaat Sachsen, zugunsten der Klägerin Entschädigungsansprüche für das jeweilige Bauwerk gemäß § 27 ErbbauVO und an rangbereiter Stelle entsprechende dingliche Rechte nach § 28 ErbbauVO zu begründen. Das geschah durch Restitutionsbescheid vom 29. August 2000.

3 Die Klägerin verlangt die Herausgabe der Mieten, die die Beklagte als Verfügungsberechtigte vereinnahmt hat, und zwar vom 1. Juli 1994 bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die Erbbaurechte durch Zeitablauf erloschen wären. Ihre Klage hatte in den Vorinstanzen im wesentlichen Erfolg.

4 Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

5 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht meint, die Klägerin könne gemäß § 7 Abs. 7 Satz 2 VermG die Herausgabe der Nutzungen für die Zeit vom 1. Juli 1994 bis zum Erlöschen der Erbbaurechte beanspruchen. Diese Vorschrift, durch die der für den Verfügungsberechtigten zuvor bestehende Anreiz habe beseitigt werden sollen, das Restitutionsverfahren zu verzögern, um länger in den Genuss der Einnahmen aus der Vermietung des zurückzuübertragenden Grundstücks zu kommen, sei im Hinblick auf die vergleichbare Lage auch bei der Wiederbegründung eines Erbbaurechts anzuwenden. Das gelte auch dann, wenn die Zeit, für die das Erbbaurecht bestellt gewesen sei, vor der Bestandskraft des Restitutionsbescheids abgelaufen sei. Müsste der Verfügungsberechtigte die Mieteinnahmen in diesem Fall nicht herausgeben, bestünde die Gefahr, dass er alles unternehme, um das Restitutionsverfahren bis zu diesem Zeitpunkt zu verzögern. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach der Restitutionsberechtigte bei einer investiven Veräußerung des Grundstücks keinen Anspruch auf die von dem Verfügungsberechtigten seit dem 1. Juli 1994 gezogenen Nutzungen habe, stehe dem nicht entgegen. Beiden Fällen sei zwar gemeinsam, dass der Berechtigte statt des zu restituierenden Vermögensgegenstands nur ein Surrogat erhalte. Der Grund

hierfür sei aber völlig verschieden. Während die ursprüngliche Vermögenszuordnung bei der investiven Veräußerung nicht wiederhergestellt werde, entfalle der Restitutionsanspruch bei einem durch Zeitablauf erloschenen Erbbaurecht nicht, sondern bestehe mit geändertem Inhalt fort.

6 Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision stand.

7 II. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die Klägerin die Herausgabe der von der Beklagten seit dem 1. Juli 1994 erzielten Mieten nach § 7 Abs. 7 Satz 2 VermG verlangen kann.

8 Die genannte Vorschrift, die bestimmt, dass der Berechtigte, dem der Vermögenswert restituiert worden ist, die Herausgabe der dem Verfügungsberechtigten zustehenden Entgelte aus einem Miet-, Pacht oder sonstigen Nutzungsverhältnisse für die Zeit seit 1. Juli 1994 verlangen kann, findet auf die Restitution eines Erbbaurechts Anwendung.

9 1. Dem steht nicht der Einwand der Revision entgegen, die Regelungen in § 7 Abs. 7 VermG beträfen nach ihrem eindeutigen Wortlaut nur die Restitution von Eigentum, nicht aber von dinglichen Rechten. Hieraus folgt nicht, dass die Wiederbegründung eines Erbbaurechts von der Vorschrift nicht erfasst wäre.

10 a) Zum einen lässt sich der Systematik des Vermögensgesetzes entnehmen, dass der in § 7 Abs. 7 VermG verwendete Eigentumsbegriff im weiteren Sinne zu verstehen ist und schon deshalb das Erbbaurecht einschließt. Die Vorschrift des § 7 Abs. 7 Satz 1 VermG ist Ausdruck der Konzeption des Vermögensgesetzes, nach der der zu restituierende Vermögenswert bis zur Bestandskraft des Rückübertragungsbescheids im Eigentum des Verfügungsberechtigten verbleibt. Der Grundsatz, dass ihm so lange auch die Nutzungen des Vermögensgegenstands zustehen, gilt daher für alle restitutionsfähigen Vermögenswerte, mithin auch für solche, an denen es kein Eigentum im zivilrechtlichen Sinn gibt (z. B. dingliche Rechte, Urheberrechte, Kontoguthaben und sonstige Forderungen, vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1, § 2 Abs. 2 VermG). Das rechtfertigt den Schluss, dass der in § 7 Abs. 7 VermG verwendete Eigentumsbegriff alle Rechte an Vermögenswerten im Sinne des § 2 Abs. 2 VermG meint, die diese Werte ihrem Inhaber ebenso ausschließlich zur privaten Nutzung und zur eigenen Verfügung zuweisen wie das Eigentum an einer Sache. Hierzu zählt auch das Erbbaurecht (vgl. BVerfGE 79, 174, 191 [= WuM 1989, 120]).

11 b) Selbst wenn aber der in § 7 Abs. 7 VermG verwendete Eigentumsbegriff im engeren zivilrechtlichen Sinn zu verstehen sein sollte, wäre die Vorschrift auf die Rückübertragung eines Erbbaurechts jedenfalls entsprechend anzuwenden. Denn das Erbbaurecht zeichnet sich durch einen eigentumsähnlichen Charakter aus und wird deshalb weitgehend wie Grundeigentum behandelt (vgl. BVerfGE 99, 129, 140 f.; Senat, BGHZ 62, 179, 180 f.). Eine unterschiedliche Behandlung der von dem Verfügungsberechtigten nach § 7 Abs. 7 Satz 2 VermG herauszugebenden Nutzungen, je nachdem, ob dem Berechtigten das Eigentum oder ein Erbbaurecht an dem Grundstück zurückübertragen worden ist, käme deshalb im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG nur in Betracht, wenn hierfür ein sachlicher, die Differenzierung rechtfertigender Grund bestünde (vgl. BVerfGE 99, 129, 141). Entgegen der Auffassung der Revision rechtfertigen es die strukturellen Unterschiede zwischen Grundeigentum und Erbbauberechtigung jedoch nicht, bei der Rückübertragung eines Erbbaurechts von der Anwendung des § 7 Abs. 7 Satz 2 VermG abzusehen.

12 aa) Aus Sinn und Zweck des Anspruchs gemäß § 7 Abs. 7 Satz 2 VermG lassen sich keine Gründe für eine Differenzierung herleiten. Grund für die Einführung des Anspruchs durch das Entschädigungs- und Ausgleichleistungsgesetz vom 27.

September 1994 war es, dem Misstand abzuwehren, dass die Mieteinnahmen aus restitutionsbelasteten Immobilien vielfach nicht für notwendige Reparatur- und Erhaltungsmaßnahmen zugunsten des Objekts eingesetzt, sondern für andere Zwecke verwendet wurden. Zugleich sollte ein Beitrag zur zügigen Rücküberweisung der zu restituierenden Immobilien geleistet werden, indem finanzielle und betriebliche Interessen der Verfügungsberechtigten an der Aufrechterhaltung der Verwaltung und damit an einer Verzögerung der Restitutionsverfahren entfielen (vgl. Senat, BGHZ 141, 232, 235 [= WuM 1999, 410]; Urt. v. 25. Februar 2005, V ZR 105/04, ZOV 2005, 88 [= GuT 2005, 124 KL]; Urt. v. 10. Oktober 2003, V ZR 39/02, WPM 2004, 889, 890 [= GuT 2004, 18 KL]; BGH, Urt. v. 19. März 1998, III ZR 145/97, WPM 1998, 1348, 1349 [= WuM 1998, 380 KL]).

13 Die Annahme der Revision, der Misstand, dem § 7 Abs. 7 Abs. 2 VermG begegnen will, könne bei der auf Wiederbegründung eines Erbbaurechts gerichteten Restitution nicht auftreten, weil der Verfügungsberechtigte – anders als bei der Restitution von Eigentum – ein eigenes Interesse an der Instandhaltung der Immobilie habe, ist nicht stichhaltig. Denkbar ist zwar, dass der Verfügungsberechtigte bei der Entscheidung über die Verwendung der Mieteinnahmen berücksichtigt, dass das Bauwerk mit dem Ablauf des zu restituierenden Erbbaurechts an ihn zurückfällt, so dass vor der Restitution getätigte Investitionen in das Gebäude zu einem späteren Zeitpunkt auch ihm als Grundstückseigentümer zugute kommen. Gleichzeitig wird er allerdings bedenken, dass der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten nach dem Erlöschen des Erbbaurechts eine Entschädigung für das Bauwerk leisten muss (§ 27 ErbbauVO), die sich in der Regel nach dem Verkehrswert des Bauwerks richtet und daher umso höher ausfällt, je besser der Zustand der Immobilie im Zeitpunkt des Erlöschens des Erbbaurechts ist. Diese Entschädigungspflicht, die den Erbbauberechtigten motivieren soll, sich auch gegen Ende der Laufzeit des Erbbaurechts um die Instandhaltung des Bauwerks zu bemühen (vgl. Staudinger/Rapp, BGB <2002>, § 27 ErbbauVO Rdn. 8), wird den Verfügungsberechtigten jedenfalls dann, wenn die Wiederbegründung eines Erbbaurechts mit nur noch geringer Laufzeit absehbar ist, im Allgemeinen davon abhalten, größere Investitionen zu tätigen, weil er andernfalls einem höheren Entschädigungsanspruch der Erbbauberechtigten ausgesetzt wäre.

14 Hat das zu restituierende Erbbaurecht eine längere Restlaufzeit, wird das Interesse des Verfügungsberechtigten, die Mieteinnahmen in größerem Umfang für die Instandhaltung des Gebäudes zu verwenden, ohnehin gering sein, weil die Investitionen nach der Restitution unmittelbar dem Erbbauberechtigten zugute kämen. Anders als die Revision meint, ist in der Regel auch nicht zu erwarten, dass der Verfügungsberechtigte die Mieteinnahmen aufgrund der Erwägung in das Bauwerk investiert, dass sich die Instandsetzung eines vernachlässigten Gebäudes in der Regel als wesentlich teurer erweist, als es die laufende Instandhaltung gewesen wäre. Da der Verfügungsberechtigte nicht vorhersehen kann, ob der Berechtigte nach der Wiederbegründung des Erbbaurechts das Bauwerk seinerseits sorgfältig instandhalten wird, kann er, wenn das Erbbaurecht noch eine längere Laufzeit hat, nicht davon ausgehen, dass sich die während der Dauer des Restitutionsverfahrens getätigten Investitionen für ihn bei Erlöschen des Erbbaurechts noch bezahlt machen.

15 bb) Entgegen der Auffassung der Revision ergibt sich ein erheblicher struktureller Unterschied zu der Rückübertragung von Eigentum auch nicht daraus, dass der Berechtigte eines Erbbaurechts hinsichtlich der vereinnahmten Mieten und der gemäß § 7 Abs. 7 Satz 4 VermG anrechenbaren Betriebs-, Erhaltungs- und Verwaltungskosten einerseits annähernd so gestellt wird, als wäre das Erbbaurecht bereits zum 1. Juli 1994 wiederbegründet worden, andererseits aber, solange die Restitution nicht erfolgt ist, keinen Erbbauzins zahlen muss. Letzteres ist nämlich unzutreffend. Der Berechtigte, der die Nutzungen des Erbbaurechts für die Zeit vom 1. Juli 1994 bis zur Bestandskraft des Restitutionsbescheids bzw. bis zum Ablauf des

Zeitraums, für den das Erbbaurecht bestellt war, herausverlangt, muss sich hierauf – sofern es sich bei dem Verfügungsberechtigten um den Grundstückseigentümer handelt – den fiktiven Erbbauzins anrechnen lassen, den er bei einer Wiederbegründung der Erbbauberechtigung geschuldet hätte. Das folgt aus dem Sinn und Zweck des § 7 Abs. 7 Satz 2 VermG, den Berechtigten hinsichtlich der Nutzungen so zu stellen, wie er bei zügiger Abwicklung des Restitutionsverfahrens stünde (vgl. Senat, BGHZ 142, 111, 115). Wenn der Berechtigte von diesem Anspruch Gebrauch macht, muss er sich im Verhältnis zum Verfügungsberechtigten hinsichtlich des Erbbauzinses ebenfalls so behandeln lassen, als wäre es zum 1. Juli 1994 zu einer Restitution der Erbbaurechte gekommen. Andernfalls stünde er besser als im Fall einer Rückübertragung seiner Rechte. Das ginge über die Zielsetzung des § 7 Abs. 7 Satz 2 VermG hinaus und ist von dem Gesetzgeber, wie die Verrechnungsmöglichkeiten in § 7 Abs. 7 Satz 4 VermG deutlich machen, auch nicht gewollt.

16 Die im Berufungsurteil nicht angesprochene Möglichkeit, dem Herausgabeverlangen der Klägerin den seit dem 1. Juli 1994 fiktiv geschuldeten Erbbauzins entgegenzuhalten, kann der Revision allerdings nicht zum Erfolg verhelfen, weil sie nicht aufzeigt, dass die Beklagte sich in den Tatsacheninstanzen auf diese Verrechnungsmöglichkeit berufen und sie beziffert hat.

17 2. Das Berufungsgericht hat ferner zu Recht angenommen, dass der Anspruch auf Herausgabe der Mieteinnahmen nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil der Klägerin statt der erloschenen Erbbaurechte die jeweiligen Entschädigungsansprüche nach § 27 ErbbauVO mit den dazugehörigen dinglichen Rechten (§ 28 ErbbauVO) zurückübertragen worden sind.

18 a) Die Revision weist allerdings zutreffend darauf hin, dass der Anspruch aus § 7 Abs. 7 Satz 2 VermG die Rückübertragung des Vermögenswerts, dessen Nutzungen der Verfügungsberechtigte herausgeben soll, auf den Berechtigten voraussetzt (vgl. § 7 Abs. 7 Satz 3 VermG sowie Senat, BGHZ 142, 111, 113; Urt. v. 25. Februar 2005, V ZR 105/04, ZOV 2005, 88 [= GuT 2005, 124 KL]). Hieran fehlt es, wenn der Vermögensgegenstand, wie bei einer investiven Veräußerung, auf einen Dritten übertragen wird. Da der Anspruch des Berechtigten auf Rückübertragung in diesem Fall erlischt, kann der Berechtigte auch nicht die Herausgabe der von dem Verfügungsberechtigten gezogenen Nutzungen verlangen (vgl. Senat, Urt. v. 28. Oktober 2005, V ZR 70/05, NJW-RR 2006, 160, 161). Statt des Rückübertragungsanspruchs nach § 3 Abs. 1 Satz 1 VermG und des Anspruchs aus § 7 Abs. 7 Satz 2 VermG erhält er einen Anspruch auf Zahlung eines Geldbetrages in Höhe der auf den Vermögenswert entfallenden Geldleistung aus dem investiven Vertrag, mindestens aber in Höhe des Verkehrswerts (§ 16 Abs. 1 Satz 1 InVorG). Das bedeutet eine in sich geschlossene, mit der Grundregel von § 7 Abs. 7 Satz 1 VermG in Einklang stehende Regelung (Senat, BGHZ 142, 111, 114).

19 Kommt es hingegen zu einer Rückübertragung auf den Berechtigten, steht diesem der Anspruch aus § 7 Abs. 7 Satz 2 VermG auch dann zu, wenn der Vermögenswert von vornherein nur befristet entstanden war und nach dem 1. Juli 1994 im Laufe des Restitutionsverfahrens erloschen ist. Das folgt daraus, dass § 7 Abs. 7 Satz 2 VermG die Wirkungen der Restitution teilweise vorwegnimmt und den Berechtigten in Bezug auf die anfallenden Entgelte aus Miet-, Pacht- und sonstigen Nutzungsverhältnissen so stellt, als sei es bereits am 1. Juli 1994 zu einer Rückübertragung des Vermögenswerts gekommen (vgl. Senat, BGHZ 142, 111, 115). Demgemäß entspricht es der Intention des Gesetzes, dass der Berechtigte, der die Wiederbegründung eines am 1. Juli 1994 noch bestehenden Erbbaurechts erstrebt hat, die Herausgabe der Entgelte auch dann verlangen kann, wenn die Rückübertragungsentscheidung länger auf sich warten lässt und das wiederzubegebende Erbbaurecht bei Abschluss des Restitutionsverfahrens infolge Zeitablaufs nicht mehr besteht. Andernfalls bestünde gerade bei Erbbaurechten mit geringer Restlaufzeit ein erheblicher Anreiz für den Verfü-

gungsberechtigten, das Restitutionsverfahren bis zum Ablauf der Zeit zu verzögern, für die das Erbbaurecht bestellt war, und so die Herausgabe der zuvor gezogenen Nutzungen zu vermeiden. Ein solches Verhalten sollte durch die Einführung des § 7 Abs. 7 Satz 2 VermG gerade verhindert werden.

20 b) Eine Gleichbehandlung mit den Fällen der investiven Veräußerung ist auch nicht deshalb geboten, weil an die Stelle der erloschenen Erbbaurechte Entschädigungsansprüche nach § 27 ErbbauVO getreten sind. Diese Ansprüche stehen dem Geldausgleich, den der Berechtigte im Fall der investiven Veräußerung seines Vermögenswerts erhält, schon deshalb nicht gleich, weil sie nicht an die Stelle des Rückübertragungsanspruchs nach § 3 Abs. 1 Satz 1 VermG treten, sondern den Restbestand des an die Klägerin restituierten Vermögenswerts darstellen. Der Entschädigungsanspruch nach § 27 ErbbauVO und das dazugehörige dingliche Recht nach § 28 ErbbauVO gehören zum originären Inhalt des Erbbaurechts und sind daher von dem Anspruch auf Restitution dieses Rechts von vornherein umfasst (vgl. BVerwG VIZ 2000, 405, 407). Beschränkt sich die Restitution infolge der befristeten Bestellung auf diesen Teil des Erbbaurechts, handelt es sich dennoch um eine Rückübertragung der alten Rechtsposition und nicht um einen Geldausgleich für den Verlust des Rückübertragungsanspruchs aus § 3 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 34 Abs. 1 VermG.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 10, 15, 23 WEG

Wohnungseigentum; Wohnungsnutzung als Hotelzimmer im Boarding-House-System

Zur Zulässigkeit einer Beschlussfassung der Wohnungseigentümerversammlung über die Nutzung von Wohnungen zu „boarding-house“-Zwecken.

(OLG Saarbrücken, Beschluss vom 3. 2. 2006 – 5 W 115/05-31)

Zum Sachverhalt: Die Antragsteller sind Miteigentümer der Wohnungseigentümergeinschaft X.-Straße 41 in Saarbrücken. Die Antragsgegner sind die übrigen Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft.

In der Teilungserklärung der Gemeinschaft ist unter Teil I Nr. 2 ausgeführt, dass auf dem Grundstück ein Bauwerk errichtet wird mit einer Büroeinheit, einer Hoteleinheit und 27 Wohneinheiten sowie einer Kfz-Abstellhalle. In Teil II Nr. A 2 sind die einzelnen Miteigentums-, Teileigentums- und Sondereigentumsanteile aufgeführt. Unter Nr. 2 ist ein Teileigentum an den Räumen des Hotels samt gesondertem Treppenhaus und Aufzug festgelegt. Unter Nr. 1 ist ein Teileigentum an Büro- und Geschäftsräumen im Erdgeschoss und 1. Obergeschoss, unter Nr. 3 bis 29 sind die einzelnen Wohnungen aufgeführt, die sich über den Büro- und Geschäftsräumen befinden. Das Treppenhaus und der Aufzug zur Benutzung der Büro- und Geschäftsräume und der Wohnungen ist von dem Treppenhaus des Hotels vollständig getrennt. Eine Verbindung innerhalb des Gebäudes besteht nicht.

Die Eigentümerin der Wohnung Nr. 21 gemäß Teilungserklärung vermietete ihre Wohnung dem Hotelbetreiber. Dieser überließ die Wohnung Interessenten zur Nutzung, die sich nur vorübergehend in Saarbrücken – meist aus geschäftlichen Gründen – aufhielten, jedoch nicht in einem Hotelzimmer „aus dem Koffer“ leben wollten. Die Vermietung erfolgte über das Hotel, die Wohnung war telefonisch über die Zentrale des Hotels zu erreichen. Die Wohnung wurde durch Hotelpersonal gereinigt. Auch sonstige Serviceleistungen des Hotels – beispielsweise das Frühstücksbuffet – standen den Bewohnern dieser Wohnung Nr. 21 zur Verfügung.

Acht der 27 Wohnungen gemäß Teilungserklärung werden tatsächlich als Büroräume genutzt. Zwei Wohnungen werden im Boarding-House-System genutzt. Sechs Wohnungen sind in das Hotel integriert.

Die Antragsteller nahmen die Eigentümerin der Wohnung Nr. 21 im Verfahren 1 II WEG 148/01 vor dem Amtsgericht Saarbrücken auf Unterlassung in Anspruch, ihre Wohnung durch Hotelgäste nutzen zu lassen.

In der Eigentümerversammlung am 5.12.2002 informierte der Ehemann der Eigentümerin der Wohnung Nr. 21 die Anwesenden darüber, dass die Wohnung zu „Boarding-House-Zwecken“ genutzt werden solle und berichtete über das laufende Verfahren 1 II WEG 148/01. Im Protokoll ist daran anschließend unter TOP1 folgendes aufgenommen:

„Anschließend beschloss die Versammlung, einer Nutzungsänderung unter der Voraussetzung zuzustimmen, dass

- kein Hotelbetrieb geführt wird
- Die Hotelrezeption die Nutzer persönlich in die Örtlichkeiten einweist
- Frau B. als Ansprechpartner beim Auftreten von Problemen zur Verfügung steht
- Die Beleuchtung des Flures technisch auf Bewegungsmelder zu Lasten des Antragstellers umgerüstet wird
- Die Beschilderung entsprechend angepasst wird
- Die Nutzung sich ausschließlich auf das Boarding-House-System beschränkt und keine weitere Untervermietung gestattet ist.

Dieser Beschluss erging bei Zustimmung der Eigentümer S., R., D., B., Sc. und Partner, W. B., Da., Un. Keine Zustimmung erteilte die Eigentümerin Kü., Sk. und Co. Frau Sch. enthielt sich der Stimme.“

Mit Schriftsatz vom 6.1.2003 wandten sich die Antragsteller gegen diesen Beschluss. Sie beantragten die Feststellung, dass dieser Beschluss ein Nichtbeschluss sei, weil er nicht verkündet worden sei. Hilfsweise begehrte sie die Feststellung, dass der Beschluss nichtig sei, weil er zu unbestimmt sei und die Nutzungsänderung der Wohnung Nr. 21 nicht mit Stimmenmehrheit, sondern nur durch eine Vereinbarung hätte vorgenommen werden dürfen. Mit Beschluss vom 19.1.2004 hat das Amtsgericht festgestellt, dass der Beschluss der Eigentümerversammlung vom 5.12.2002 zu TOP1 nichtig ist. Der Eigentümerversammlung habe zur Nutzungsänderung die Beschlusskompetenz gefehlt. Gegen diesen Beschluss haben die Antragsgegner rechtzeitig sofortige Beschwerde eingelegt. Mit Beschluss vom 21. 2. 2005 hat das Landgericht Saarbrücken die sofortige Beschwerde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: II. [...] Der angefochtene Beschluss des Landgerichts, in dem der Beschluss des Amtsgerichts über die Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses der Eigentümerversammlung vom 5.12.2002 zu TOP1 bestätigt wurde, beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§§ 27 Abs. 1 FGG, 546 ZPO).

(1.) Der von den Wohnungseigentümern am 5.12.2002 mehrheitlich gefasste Beschluss, die Nutzung der Wohnung Nr. 21 zu Boarding-House-Zwecken zu gestatten, ist bereits deshalb nichtig, weil es der Wohnungseigentümerversammlung an der erforderlichen Beschlusskompetenz fehlte (§§ 10 Abs. 2, 23 Abs. 1 WEG). Durch Mehrheitsbeschluss können die Wohnungseigentümer nach § 15 Abs. 2 WEG den Gebrauch des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums nur insoweit regeln, als die Grenzen der Ordnungsmäßigkeit nicht überschritten sind und eine durch Vereinbarung getroffene Gebrauchsregelung nicht entgegensteht. Liegt eine solche Vereinbarung vor, so fehlt es den Wohnungseigentümern an der Kompetenz, durch vereinbarungsändernden Mehrheitsbeschluss eine abweichende Regelung zu treffen. Die aus diesem Grund gegebene absolute Beschlusszuständigkeit macht den Beschluss nicht nur anfechtbar, sondern nichtig (BGH, Beschl. v. 22.01.2004 – V ZB 51/03 – NJW 2004, 937 [= WuM 2004, 165]). Auf die Einhaltung der Anfechtungsfrist nach § 23 Abs. 4 WEG kommt es dann nicht an.

Im vorliegenden Fall findet sich eine Regelung des Gebrauchs mit Blick auf den Nutzungszweck bereits in der Teilungserklärung. Hiervon weicht der Beschluss der Wohnungseigentümer ab, weil die im Beschluss erlaubte Nutzung des Sondereigentums zu Boarding-Haus-Zwecken eine andere Nutzung darstellt als die in der Teilungserklärung bestimmte Wohnnutzung (dazu im Folgenden unter (a)). Der am 5.12.2002 gefasste Beschluss weicht auch nicht nur in einem konkreten Einzelfall von der Regelung der Teilungserklärung ab. Er beschränkt sich nicht auf die Genehmigung einer einzelnen – vereinbarungswidrigen – Nutzung, sondern trifft aus Anlass eines Einzelfalles eine allgemeine Regelung, nach der die Nutzung der Wohnung Nr. 21 zukünftig überhaupt zu Boarding-Haus-Zwecken zulässig sein soll (dazu im Folgenden unter (b)). Damit handelt es sich nicht nur um einen vereinbarungswidrigen Beschluss, der die Bestimmungen der Teilungserklärung fehlerhaft anwendet, sondern um einen vereinbarungsändernden Beschluss, mit dem der Gebrauch neu geregelt werden soll. Ein solcher Beschluss ist mangels Öffnungsklausel in der Teilungserklärung und damit fehlender Beschlusskompetenz nichtig (BGH, Beschl. v. 20.9.2000 – V ZB 58/99 – NJW 2000, 3500 [= WuM 2000, 620]).

(a) Die Bezeichnung des Miteigentumsanteil Nr. 21 in der Teilungserklärung als Wohnung stellt eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter (§ 15 Abs. 1 WEG) dar. Bei einem in der Teilungserklärung beschriebenen Raumeigentum entspricht es der nächstliegenden Bedeutung der Grundbucheintragung, dass damit eine Zweckbestimmung getroffen ist, auf die sich der einzelne Erwerber verlassen kann, jedenfalls insoweit, als keine Nutzung zulässig ist, die mehr als eine Nutzung als Wohnung stört (BayObLG NJW-RR 1991, 849; OLG Hamm DNotZ 2004, 389; Pick in Bärman/Pick/Merle, Wohnungseigentumsgesetz, 9. Aufl., § 15 Rn. 16).

Der Gegenstand des Beschlusses vom 5.12.2002 hält sich nicht im Rahmen der durch die Teilungserklärung festgeschriebenen Wohnnutzung und stellt keine konkretisierende Gebrauchsregelung dieser Wohnnutzung nach § 15 Abs. 2 WEG dar. Vielmehr gestattet er eine Nutzung zu Boarding-Haus-Zwecken in einer Ausgestaltung, die nach der Teilungserklärung einer anderen Nutzungszweckbestimmung zuzuordnen ist – nämlich im Sinne einer Beherbergung wie bei der für andere Raumteile vorgesehenen Hotelnutzung.

Durch den Beschluss wird eine Nutzung gestattet, die eine Vermietung der Wohnung an den jeweiligen Betreiber des angrenzenden Hotels gestattet, der die Wohnung in Ausübung seines Gewerbes Gästen überlässt, die nicht nur ein einzelnes Hotelzimmer, sondern ein Appartement samt Hotelservice (Reinigung, Frühstück) suchen. Die Wohnung ist mit der Hotelrezeption telefonisch verbunden und wird über das Hotel gebucht. Eine zeitliche Mindstdauer ist nicht geregelt, ergibt sich lediglich negativ aus der Umschreibung, dass kein Hotelbetrieb geführt werde, es also nicht nur um wenige Nächte gehen soll. Diese Ausgestaltung der Boarding-Haus-Nutzung nähert die Nutzung der Wohnung jedoch – in der Form, die der angegriffene Beschluss erlaubt – soweit einem Beherbergungsunternehmen an, dass die in der Teilungserklärung vorgenommene Grenzziehung zwischen Wohnung und Hotelbetrieb überschritten wird.

Die von der Teilungserklärung unterschiedlich verwendeten Zweckbestimmungen „Wohnung“ und „Hotel“ unterscheiden sich nach der zeitlichen Dauer der Raumbelastung durch denselben Nutzer und nach der Eigengestaltung der Haushaltsführung. Während eine Wohnnutzung durch das auf Dauer angelegte Bewohnen durch denselben Nutzer geprägt wird, der an seiner baulichen und sozialen Umgebung ein Mindestmaß an Interesse aufbringt und die Haushaltsführung mehr oder weniger selbst gestaltet, zeichnet sich die Hotelnutzung durch einen ständigen Wechsel von Benutzern von Räumen aus, die kein Interesse an der Haushaltsführung und ihrer Umgebung – von der Beachtung des gewählten qualitativen Standards abgesehen – aufbringen. Insoweit ist allerdings nicht von Bedeutung,

dass im Boarding-Haus-System Dienstleistungen Dritter – die Bereitstellung von Reinigungs- und Versorgungsservice – genutzt werden. Sie finden sich typischerweise auch bei herkömmlicher Benutzung von Räumen zu Wohnzwecken. Jedoch rechtfertigt ein ständiger Wechsel der Bewohner in kürzeren Zeitabständen die Annahme einer pensions- oder hotelartigen Nutzung, die über eine Nutzung zu Wohnzwecken hinausgeht (BayObLG NJW 1992, 917 [= WuM 1992, 153]; KG Berlin NJW 1992, 3045 [= WuM 1992, 554]; OLG Stuttgart NJW 1992, 3046 [= WuM 1992, 555]). Dabei ist nicht auf die tatsächliche Verweildauer abzustellen, sondern darauf, ob zu Beginn des Wohngebrauchs mit einer längeren Aufenthaltsdauer zu rechnen ist.

Zwar stellt auch die Vermietung von Räumen zu Wohnzwecken eine Nutzung dar, die der Zweckbestimmung der Teilungserklärung „Wohnung“ entspricht. Grundsätzlich kann auch in solchen Fällen der Vermietung zu Wohnzwecken ein mehr oder weniger häufiger Wechsel von Benutzern stattfinden, weil das Gesetz von den Vorschriften des Mieterschutzes einerseits und den Befugnissen zur außerordentlichen Auflösung von Mietverhältnissen sowie Vermietungen zu vorübergehendem Gebrauch andererseits abgesehen Kündigungsfristen vorsieht, die einen Mieterwechsel nach jeweils drei Monaten grundsätzlich erlauben würden. Schon der gesetzliche Bestandsschutz von Mietverhältnissen – mit dem Erwerber einer Eigentumswohnung in einem Komplex wie dem hier betroffenen rechnen müssen – zeigt indessen, dass typischerweise mit längeren Intervallen des Benutzerwechsels zu rechnen ist. Das Oberlandesgericht Stuttgart hat daher konsequent eine Dauer unter einem halben Jahr bei der Unterbringung von Aussiedlerfamilien als pensionsartige Nutzung angesehen, die nicht einem üblichen Wohngebrauch entspreche (OLG Stuttgart a. a. O.).

Bei der Beurteilung der im Beschluss vom 5.12.2002 vorgesehenen Nutzungsart kommt es zwar auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an. Jedoch bedarf es dort, wo es um die Frage der Kompetenz zu einem generalisierenden Beschluss geht, einer typisierenden Betrachtungsweise (BayObLG FGPrax 2005, 11; OLG Hamm DNotZ 2004, 389). Deshalb ist es nicht entscheidend, wie lange die Aufenthaltsdauer der Nutzer der Wohnung Nr. 21 in der Vergangenheit tatsächlich war. Entscheidend ist, dass die Nutzungsgestattung in dem Beschluss vom 5.12.2002 keine zeitliche Untergrenze festlegt, so dass eine pensionsartige Nutzung mit ständigem Wechsel erlaubt wird.

Diese Nutzungsgestattung beeinträchtigt die anderen Wohnungseigentümer stärker als die in der Teilungserklärung vorgesehene Wohnnutzung. Die ständig wechselnden Bewohner erhöhen die Anonymität zwischen den Nachbarn und verringern das Sicherheitsgefühl der anderen Wohnungseigentümer. Außerdem ist – bei der gebotenen typisierenden Betrachtung – die Gefahr größer, dass die Bewohner, die eine Nutzung von kurzer Dauer ohne Kontakte zur Nachbarschaft beabsichtigen, weniger auf die Interessen der Hausgemeinschaft und die Sorge für das gemeinsame Eigentum Rücksicht nehmen, als diejenigen Bewohner, die ihren Lebensmittelpunkt in der Wohnungseigentumsanlage haben und im Interesse ihrer Nachbarn und im Eigeninteresse auf ihre Umgebung achten.

Daran ändert das Argument der Antragsgegner nichts, dass es im Haus durch die Boarding-Haus-Bewohner ruhiger geworden sei, weil es sich überwiegend um Geschäftsleute handele, die an den Wochenenden abwesend seien und die wegen des Mietpreises ohnehin zu einer gehobenen Benutzergruppe gehörten. Eine Nutzung durch eine gehobene Benutzergruppe spricht zwar dagegen, dass von den wechselnden Bewohnern selbst ein „Sicherheitsproblem“ ausgeht. Allerdings enthält die Nutzungsregelung im Beschluss vom 5.12.2002 keine Einschränkung der Vermietung auf einen bestimmten Benutzerkreis. Wegen der typisierenden Betrachtungsweise kommt es auch nicht darauf an, ob es im Einzelfall Probleme mit den Benutzern der Wohnung Nr. 21 gegeben hat, die die Wohnung über das Hotel bezogen haben.

Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass sich der Hauscharakter ändert, wenn immer weniger Wohnungen im Rahmen der oben beschriebenen üblichen Wohnnutzung bewohnt werden und immer mehr Wohnungen zu Büro- und Beherbergungszwecken. Weil bereits eine Vielzahl von Wohnungen als Büro bzw. zu Hotelzwecken genutzt werden, führt jede Nutzungsänderung weiterer Wohnungen zu einer Verstärkung dieser Entwicklung, die mit den oben beschriebenen Nachteilen für die anderen Wohnungseigentümer verbunden sind. Es ist ein Unterschied, ob die eigene Wohnung in einem Gebäudeteil liegt, in dem die anderen Wohnungen langfristig zur üblichen Wohnnutzung mit Selbstversorgung vermietet sind oder vom Eigentümer so genutzt werden, oder ob sie als Büro bzw. zur Beherbergung von kurzfristigen Nutzern belegt werden. Dieser Unterschied ist in der Teilungserklärung festgelegt. Er ist durch die vollständige bauliche Trennung zwischen Hotel und übrigen Gebäude mit jeweils eigenen Treppenhäusern auch tatsächlich verwirklicht. Auf das Fortbestehen dieses Unterschiedes müssen sich die Eigentümer verlassen können.

Die in der Teilungserklärung festgelegte Zweckbestimmung ist auch der entscheidende Maßstab der Beurteilung. Er ist nicht dadurch verändert worden, dass die Wohnungseigentümer es geduldet haben, andere Wohnungen zu Büro- oder Hotelzwecken zu nutzen. Für eine Änderung der Teilungserklärung wäre Voraussetzung, dass sich sämtliche Wohnungseigentümer auf eine entsprechende Regelung geeinigt hätten (BayObLG NJW 1986, 385 [= WuM 1986, 26]). Davon ist bei einer bloßen Duldung nicht auszugehen. Aus der Duldung lässt sich nicht schließen, dass die Wohnungseigentümer mit einer entsprechenden Nutzung dieser Wohnung oder anderer Wohnungen in dieser Weise in der Zukunft einverstanden waren. Auch wenn die Wohnungseigentümer möglicherweise durch die veränderte Nutzung einer einzigen oder weniger Wohnungen zu Büro- oder Beherbergungszwecken nicht beeinträchtigt wurden, kann dies mit steigender Zahl von entsprechend genutzten Wohnungen anders werden. Deshalb besagt eine stillschweigende Änderung der Nutzungsmöglichkeit einer anderen Wohnung über die hier maßgebliche Festlegung des Nutzungszwecks der Wohnung Nr. 21 nichts. Dass die Wohnung Nr. 21 aber bereits über einen längeren Zeitraum unbeanstandet zu Boarding-Hauszwecken genutzt wurde, ist nicht erkennbar.

(b) Die Abgrenzung, ob ein vereinbarungsändernder Beschluss vorliegt, der nichtig ist und nicht bestandskräftig werden kann, oder ein vereinbarungswidriger Beschluss, der bestandskräftig wird, wenn er nicht innerhalb der Frist des § 23 Abs. 4 WEG angefochten wird, hängt davon ab, welche Folgen die Beteiligten mit diesem Rechtsgeschäft erreichen wollen, wird also vom Inhalt der Regelung bestimmt. Die Unterscheidung zwischen einer konkret-individuellen und einer generell-abstrakten Regelung ist dabei wesentliches Unterscheidungsmerkmal (BGH, Beschl. v. 22.1.2004 – V ZB 51/03 – NJW 2004, 937 [= WuM 2004, 165]; Lüke in Weitnauer, Wohnungseigentumsgesetz, 9. Aufl., § 10 Rn. 56). Gleiches ist mit der Abgrenzung gemeint, dass sich ein Beschluss, der die Gemeinschaftsgrundordnung abändert, anders als ein bloß gemeinschaftsordnungswidriger Beschluss, nicht in seinem Vollzug erschöpft, sondern darüber hinaus darauf gerichtet ist, weitere, gegen die Gemeinschaftsordnung verstoßende Entscheidungen oder Maßnahmen zu legitimieren (Merle in Bärmann/Pick/Merle, a. a. O., § 23 Rn. 12).

Die Antragsgegner haben im Beschluss vom 5.12.2002 nicht lediglich eine konkrete Einzelmaßnahme, etwa die Vermietung an einen bestimmten Dritten geregelt, sondern sie haben eine allgemeine Regelung getroffen, nach der die Nutzung der Wohnung Nr. 21 zukünftig zu Boarding-Haus-Zwecken überhaupt zulässig sein soll. Sie sprechen in dem Beschluss selbst von einer „Nutzungsänderung“ und stellen für diese abstrakt-generell Voraussetzungen auf, unter denen eine Nutzung zu Boarding-Haus-Zwecken über den Einzelfall hinaus zulässig sein soll. Damit ist dieser Beschluss vereinbarungsändernd und nicht bloß vereinbarungswidrig.

(2.) Es entspricht billigem Ermessen nach § 47 S.1 WEG, den Antragsgegnern die Gerichtskosten des Verfahrens der weiteren Beschwerde aufzuerlegen. Nach § 5 Abs.1 S.1 KostO sind die Antragsgegner Gesamtschuldner.

Anhaltspunkte, von dem Grundsatz abzuweichen, dass jeder seine eigenen außergerichtlichen Kosten trägt, liegen nicht vor.

Hinw. d. Red.: Vgl. OVG Berlin-Brandenburg ZMR 2007, 407 zur Zuordnung eines Boardinghouses zur Wohnnutzung oder zum Beherbergungsbetrieb (§§ 2, 3, 52, 79 BauO Berlin).

§ 1004 BGB; § 1 WEG
Teilrechtsfähigkeit der Teileigentümergeinschaft;
Unterlassungsanspruch aus dem Miteigentum;
Prozessführungsbefugnis; Mitbenutzung der
Sprinkleranlage durch den Nachbarn als Störung

Die Teileigentümer einer Tiefgarage müssen die Mitbenutzung ihrer Sprinkleranlage durch den Nachbarn nicht dulden; eine unentgeltliche Gestattung kann grundsätzlich jederzeitig gekündigt werden. Die weitere Verbindung des Rohrsystems zur Tiefgarage des Nachbarn beeinträchtigt die Sprinkleranlage in ihrer Funktion; der Unterlassungsanspruch gegen die Dauerstörung verjährt daher insoweit nicht.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 26.1.2007 – V ZR 175/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin ist eine Teileigentümergeinschaft, deren Mitglieder Miteigentümer eines nach dem Wohnungseigentumsgesetz geteilten Grundstücks sind (im Folgenden Teileigentümer). In dem darauf errichteten Gebäude befindet sich eine Tiefgarage, die über eine Sprinkleranlage verfügt. 1968/1969 wurde auf dem Nachbargrundstück, das der Beklagten seit 2004 gehört, ein Gebäude errichtet, in dessen Untergeschoss ebenfalls Stellflächen für Fahrzeuge hergestellt wurden. Auch dieser Parkraum wurde mit einer Sprinkleranlage versehen, die mit derjenigen der Teileigentümer verbunden wurde. 1999 wurden die Tiefgarage auf dem Nachbargrundstück vergrößert und die dort installierte Sprinkleranlage erweitert.

2 Den für die Funktionsfähigkeit der Sprinkleranlagen erforderlichen Leitungsdruck stellt eine Kompressionsanlage sicher, die zu dem Rohrleitungssystem der Teileigentümer gehört. Der Betrieb der Sprinkleranlage der Beklagten führt dazu, dass der Kompressor vermehrt eingesetzt werden muss. Ob die Verbindung der beiden Sprinkleranlagen mit Zustimmung der Klägerin hergestellt wurde, ist ebenso streitig, wie die Frage, wann die Klägerin von der Verbindung der Rohrsysteme erfuhr. Jedenfalls forderte die Klägerin im Oktober 2000 von der Beklagten für die anteilige Mitbenutzung ihrer Anlage in den Jahren 1996 bis 1999 einen Betrag von 3240,52 DM, den die Rechtsvorgängerin der Beklagten zahlte. Da es für die Folgezeit nicht zu einer Verständigung kam, erklärte die Klägerin wiederholt die Kündigung eines etwaigen Nutzungsverhältnisses, zuletzt im Dezember 2004 gegenüber der Beklagten. Die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung lehnte die Beklagte ab.

3 Die darauf erhobene Unterlassungsklage hat das Landgericht Düsseldorf abgewiesen. Demgegenüber hat das Oberlandesgericht Düsseldorf die Beklagte unter Einräumung einer Schonfrist verurteilt, es zu unterlassen, die Sprinkleranlage der Klägerin zu nutzen. Mit ihrer von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, es liege eine Wiederholung gleichartiger Rechtsverletzungen vor, deren Unterlassung die Klägerin nach § 1004 Abs.1 Satz 2 BGB verlangen könne. Da der Kern der Eigentumsbeeinträchtigung nicht in dem mehr als dreißig Jahre zurücklie-

genden Anschluss an das Rohrleitungssystem der Klägerin zu sehen sei, sondern in dessen fortwährender Nutzung, sei der Anspruch nicht verjährt. Zur Duldung sei die Klägerin nicht verpflichtet. Insbesondere sei durch die Kündigung eine eventuelle Nutzungsgestattung oder ein etwa abgeschlossener Leihvertrag jedenfalls deshalb beendet worden, weil sich die Investitionen der Beklagten nach Ablauf von 30 Jahren amortisiert hätten. Die Voraussetzungen für eine Verwirkung oder einen Rechtsmissbrauch lägen nicht vor.

5 II. 1. Das Berufungsurteil unterliegt der Aufhebung, weil es an Feststellungen zur Prozessführungsbefugnis der Klägerin fehlt.

6 Nach der neueren Rechtsprechung des Senats bildet die Wohnungseigentümergeinschaft – für die Teileigentümergeinschaft gilt nach § 1 Abs. 6 WEG nichts anderes – einen teilrechtsfähigen Verband, der Partei eines Rechtsstreits sein kann (vgl. Senat, BGHZ 163, 154, 158 ff. [= WuM 2005, 530 = GuT 2005, 229 KL]; Beschl. v. 30. März 2006, V ZB 17/06, NJW 2006, 2087, 2088 [= WuM 2006, 270]). Der Verband ist jedoch weder Mitglied der Eigentümergeinschaft noch Miteigentümer. Unterlassungsansprüche aus dem Miteigentum stehen daher weder dem Verband zu, noch können sie von ihm ohne einen entsprechenden Beschluss der Wohnungs- oder Teileigentümer gerichtlich geltend gemacht werden (vgl. Senatsbeschl. v. 30. März 2006, a. a. O.; vgl. auch Senat, BGHZ 116, 392, 395 [= WuM 1992, 159]; Wenzel, ZWE 2006, 2, 6 u. 462, 467 f.; Briesemeister, ZWE 2006, 15; Demharter, NZM 2006, 81, 82). Da dieser rechtliche Gesichtspunkt bislang keine Rolle gespielt hat, ist der Klägerin Gelegenheit zu ergänzendem Sachvortrag zu geben.

7 2. Für den Fall, dass das Berufungsgericht auf Grund der neuen Verhandlung zur Bejahung der Prozessführungsbefugnis der Klägerin gelangen sollte, weist der Senat auf Folgendes hin:

8 a) Die Voraussetzungen des § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB liegen vor. Der Zugriff auf das zur Tiefgarage der Teileigentümer gehörende Sprinkleranlagensystem stellt eine der Beklagten als Störerin zuzurechnende Eigentumsbeeinträchtigung dar. Der Betrieb der Sprinkleranlage der Beklagten führt insbesondere dazu, dass der im Eigentum der Teileigentümer stehende Kompressor vermehrt zur Aufrechterhaltung des für den Brandschutz erforderlichen Leitungsdrucks in Betrieb gesetzt wird. Nach § 903 BGB steht es jedoch im Belieben der Teileigentümer, ihre Brandschutzvorrichtungen allein für ihr Eigentum einzusetzen und andere von jeder Einwirkung hierauf auszuschließen. Die Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen folgt spätestens aus der verweigerten Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung.

9 Eine Duldungspflicht nach § 1004 Abs. 2 BGB hat das Berufungsgericht zutreffend verneint. Soweit der Prozessbevollmächtigte der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat unter Berufung auf Staudinger/Gursky, BGB (2005), § 1004 Rdn. 196 gemeint hat, ein einmal gegebenes – hier streitiges – Einverständnis mit der Mitbenutzung der Sprinkleranlage, begründe eine Duldungspflicht (oder lasse gar die Eigentumsbeeinträchtigung entfallen), so ist dies falsch. Ohnehin wäre die Klägerin nicht an ein Einverständnis gebunden, das sie der Rechtsvorgängerin der Beklagten gegeben hätte; § 566 BGB gilt nämlich nicht. Davon abgesehen bindet eine unentgeltliche Gestattung nicht ewig. Etwas anderes nimmt auch Gursky nicht an. Er führt vielmehr zutreffend aus: „für § 1004 Abs. 2 BGB kann ... nur entscheidend sein, ob gegenwärtig die notwendige schuldrechtliche oder dingliche Unterlage für die Eigentumsbeeinträchtigung gegeben ist“. Daran fehlt es spätestens nach Kündigung eines etwaigen Nutzungsverhältnisses. Diese Kündigung bedurfte – entgegen der Auffassung des Prozessbevollmächtigten der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat – keines „wichtigen Grundes“. Solches sieht das Gesetz für ordentliche Kündigungen gerade nicht vor. Vielmehr ist bei unentgeltlichen Gestattungsverträgen sogar grundsätz-

lich von einer jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit auszugehen (vgl. für die Leihe § 604 Abs. 3 BGB).

10 b) Entgegen der Auffassung der Revision ist der Unterlassungsanspruch nicht verjährt (zur Verjährbarkeit des Anspruchs aus § 1004 BGB nach § 195 BGB a. F. vgl. Senatsurt. v. 12. Dezember 2003, V ZR 98/03, NJW 2004, 1035, 1036 m.w.N.). Zu Recht hat das Oberlandesgericht nicht isoliert auf die vor über dreißig Jahren hergestellte Verbindung der Rohrsysteme abgestellt. In Fällen der vorliegenden Art geht es nicht nur um die natürliche Fortwirkung einer beeinträchtigenden Einwirkung (vgl. Senat, BGHZ 60, 234, 241), sondern um die Wiederholung gleichartiger Rechtsverletzungen, die jeweils einen neuen – selbständigen – Unterlassungsanspruch auslöst (vgl. Senatsurt. v. 22. Juni 1990, NJW 1990, 2555, 2556 u. v. 21. Oktober 2005, V ZR 169/04, NJW-RR 2006, 236 [= GuT 2006, 39 KL]). Die Verbindung der Rohrleitungssysteme bildet lediglich die notwendige Voraussetzung für die wiederholten Zugriffe auf das im Eigentum der Teileigentümer stehende Sprinkleranlagensystem, insbesondere auf deren Kompressionsanlage, ohne die – bei den mehrfach am Tag auftretenden Druckabfällen in den Leitungen – ein funktionsfähiger Brandschutz nicht aufrechterhalten werden könnte. Bei jedem Druckabfall macht sich damit die Beklagte etwas zu Eigen, was nach § 903 BGB allein den Teileigentümern zugewiesen ist. Schon dies erhellt, dass die von der Revision befürwortete Fokussierung nur auf die vor über dreißig Jahren vorgenommene Verbindung der Rohrsysteme zu kurz greift. Das gilt umso mehr, als die Eigentumsbeeinträchtigungen infolge der Erweiterung der Sprinkleranlage im Jahr 1999 intensiviert worden sind. Davon abgesehen führte die Rechtsauffassung der Revision letztlich dazu, dass die Teileigentümer nicht nur die Verbindung der Rohre hinnehmen, sondern darüber hinaus ihre Sprinkleranlage und auch Löschwasser solange für die Beklagte vorhalten müssten, wie sie ihre eigene Sprinkleranlage nutzen. Dass dies nicht richtig sein kann, liegt auf der Hand.

11 c) Die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs verstößt nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB).

12 aa) Da jeder Zugriff auf das Sprinklersystem der Teileigentümer einen eigenständigen Unterlassungsanspruch auslöst, scheidet die Annahme einer Verwirkung schon an dem dafür erforderlichen Zeitmoment (vgl. Senat, Urt. v. 21. Oktober 2005, V ZR 169/04, NJW-RR 2006, 236 [= GuT a. a. O.]).

13 bb) Von Rechtsmissbrauch kann schon deshalb keine Rede sein, weil es nicht Sache der Teileigentümer ist, Brandschutzeinrichtungen für das Eigentum der Beklagten vorzuhalten. Abgesehen davon verweist die Revision weder auf Vorbringen, wonach es der Beklagten schlechterdings unmöglich ist, selbst für einen wirksamen Brandschutz Sorge zu tragen, noch auf Vorbringen, aus dem sich eine Unverhältnismäßigkeit der Aufwendungen ergibt.

14 cc) Vor diesem Hintergrund lässt sich etwas anderes auch nicht aus den Grundsätzen über das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis herleiten, nach denen die Herrschaftsmacht des Eigentümers gemäß § 242 BGB nur in zwingenden Ausnahmefällen eingeschränkt werden kann (Senatsurt. v. 5. Mai 2006, V ZR 139/05, NJW-RR 2006, 1160, 1161 f. [= GuT 2006, 197] m.w.N.).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 1 WEG; § 1004 BGB; § 887 ZPO
Wohnungseigentümer; Pflicht zur Beseitigung einer Störung; Teilrechtsfähigkeit der WE-Gemeinschaft

Die Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft schließt die Inanspruchnahme einzelner Wohnungseigentümer zur Störungsbeseitigung (hier: Ersatzvornahme der titulierten Pflicht) nicht aus.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 12.12.2006 – I ZB 83/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Durch rechtskräftiges Urteil des Amtsgerichts Wuppertal vom 26. November 2002 wurden sämtliche Eigentümer der Wohnungseigentümergeinschaft N.-Straße 217 in W. (einschließlich der Schuldnerin zu 5) antragsgemäß als Gesamtschuldner verurteilt, geeignete bauliche Maßnahmen durchzuführen, die ein Abrutschen des Erdreichs vom Grundstück N.-Straße 217 auf das Grundstück N.-Straße 215 verhindern.

2 Die Gläubiger haben beantragt, sie gemäß § 887 ZPO zu ermächtigen, die Handlung auf Kosten der Schuldner vornehmen zu lassen. Dieser Antrag konnte nur den Schuldnern zu 3, 5, 6, 7 und 8 zugestellt werden. Der Schuldner zu 6 ist nach der Zustellung verstorben.

3 Die Schuldnerin zu 5 (im Folgenden: Schuldnerin) hat demgegenüber die Auffassung vertreten, der Vollstreckungstitel richte sich nur gegen die Wohnungseigentümergeinschaft N. Straße 217 als solche, da nur diese passivlegitimiert gewesen sei. Das Rubrum des Titels sei dementsprechend zu berichtigen.

4 Das Amtsgericht hat die Gläubiger im Hinblick auf die Schuldnerin sowie die Schuldner zu 3, 7 und 8 zur Ersatzvornahme ermächtigt und diese als Gesamtschuldner verpflichtet, voraussichtliche Kosten in Höhe von 6144,52 € an die Gläubiger vorauszuzahlen.

5 Das Beschwerdegericht hat die sofortige Beschwerde der Schuldnerin zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung hat die Schuldnerin die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde eingelegt und begründet.

6 Mit Schriftsatz vom 7. Dezember 2006, eingegangen am 11. Dezember 2006, hat die Schuldnerin beantragt, die Vollziehung des Beschlusses des Amtsgerichts in Verbindung mit dem Beschluss des Beschwerdegerichts bis zur Entscheidung des Senats über die Rechtsbeschwerde auszusetzen und die Zwangsvollstreckung aus dem Beschluss einzustellen, weil am 13. Dezember 2006 Zwangsvollstreckungsmaßnahmen des Gerichtsvollziehers wegen des Kostenvorschusses drohten.

7 Die Gläubiger haben sich zu dem Antrag nicht geäußert.

8 **Aus den Gründen:** II. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 575 Abs. 5 i.V. mit § 570 Abs. 3 ZPO ist unbegründet.

9 1. Die Aussetzung der Vollziehung einer erstinstanzlichen Entscheidung, die durch das Beschwerdegericht bestätigt worden ist, kommt regelmäßig nur dann in Betracht, wenn dem Rechtsbeschwerdeführer durch die (weitere) Vollziehung größere Nachteile drohen als den anderen Beteiligten im Fall der Aussetzung, die Rechtslage zumindest zweifelhaft ist und die Rechtsbeschwerde zulässig erscheint (vgl. BGH, Beschl. v. 21. 3. 2002 – IX ZB 48/02, NJW 2002, 1658 f.). Nach diesen Grundsätzen kommt die Aussetzung der Vollziehung des Beschlusses des Amtsgerichts nicht in Betracht, weil der Senat nach Abwägung der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels und der drohenden Nachteile für die Gläubiger überwiegende Gründe für die Aussetzung der Vollziehung nicht feststellen kann.

10 2. Die vom Beschwerdegericht gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO zugelassene Rechtsbeschwerde ist zwar zulässig; sie hat aber nach derzeitigem Sachstand voraussichtlich keinen Erfolg.

11 a) Die Schuldnerin ist der Ansicht, dass die Zwangsvollstreckung gegen sie unzulässig sei, weil das rechtskräftig gewordene Urteil des Amtsgerichts Wuppertal vom 26. November 2002 in Wahrheit nicht gegen sie, sondern nur gegen die Wohnungseigentümergeinschaft N.-Straße 217 ergangen sei; es müsse deshalb das Passivrubrum des Urteils berichtigt werden. Sie stützt sich dabei auf den Beschluss des V. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (BGHZ 163, 154 [= WuM 2005, 530]), nach dem die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer rechtsfähig ist, soweit sie bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums am Rechtsverkehr teilnimmt. Diesem Vorbringen kann nach vorläufiger Prüfung nicht zugestimmt werden.

12 Nach § 319 Abs. 1 ZPO sind offenbare Unrichtigkeiten in einem Urteil jederzeit von dem Gericht auch von Amts wegen zu berichtigen. Eine offensichtliche Unrichtigkeit in diesem Sinne liegt jedoch nur vor, wenn sie sich aus dem Zusammenhang des Urteils selbst oder aus den Vorgängen bei seiner Verkündung ergibt und wenn sie ohne weiteres erkennbar ist (BGH, Beschl. v. 3. 6. 2003 – X ZB 47/02, BGH-Rep 2003, 1168, 1169 m.w. N.). Eine Rubrumsberichtigung ist nur zulässig, wenn die Identität der Partei, im Verhältnis zu der das Prozessrechtsverhältnis begründet worden ist, gewahrt bleibt (BGH BGHRep 2003, 1168, 1169 m.w. N.).

13 Eine derartige offenbare Unrichtigkeit des Rubrums des rechtskräftigen amtsgerichtlichen Urteils scheidet nach vorläufiger Beurteilung im Streitfall aus. Die Gläubiger haben ihre Klage gegen die Schuldner persönlich gerichtet. Das Amtsgericht hat die Schuldner antragsgemäß als Miteigentümer des Grundstücks N.-Straße 217 verurteilt.

14 Unabhängig davon spricht gegen eine offenbare Unrichtigkeit des Rubrums, dass Ansprüche Dritter gegen die Wohnungseigentümer als solche in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit auch auf der Grundlage der Rechtsprechung des V. Zivilsenats nicht ausgeschlossen sind. Die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft ist nicht umfassend, sondern auf die Teilbereiche des Rechtslebens beschränkt, bei denen die Wohnungseigentümer im Rahmen der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums als Gemeinschaft am Rechtsverkehr teilnehmen, wie dies insbesondere bei Rechtsgeschäften oder Rechtshandlungen im Außenverhältnis der Fall ist (BGHZ 163, 154, 177 f. [= WuM a. a. O.]). Den Gläubigern ist hier ein gesetzlicher Störungsbeseitigungsanspruch gegen die Wohnungseigentümer als Miteigentümer zugesprochen worden. Der von der Miteigentümergeinschaft gebildete teilrechtsfähige Verband ist nicht Miteigentümer des Grundstücks (vgl. BGH, Beschl. v. 30. 3. 2006 – V ZB 17/06, NJW 2006, 2187 Tz 12 [= WuM 2006, 270]).

15 b) Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung kann auch deshalb keinen Erfolg haben, weil die Schuldnerin nicht dargelegt hat, dass ihr durch die Zwangsvollstreckung größere Nachteile drohen als den Gläubigern im Fall der Aussetzung der Vollziehung des angefochtenen Beschlusses und der Einstellung der Zwangsvollstreckung.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Teileigentum etc.

§ 311 BGB – Aufklärungspflicht der kreditgebenden Bank; Erwerb einer minderwertigen Eigentumswohnung

Die Bank muss den kreditsuchenden Kunden nicht nur auf eine erkannte Sittenwidrigkeit der Kaufpreisvereinbarung, sondern auch auf eine erkannte arglistige Täuschung des Verkäufers gemäß § 123 BGB über wesentliche Eigenschaften der Kaufsache und/oder auf eine damit häufig verbundene vorsätzliche culpa in contrahendo ungefragt hinweisen.

(BGH, Urteil vom 17. 10. 2006 – XI ZR 205/05)

§§ 123, 276 BGB a. F. – Aufklärungspflicht der kreditgebenden Bank; Bauherren- und Erwerbermodell; Steuersparmodell; Überschuldung des Mietpools; Schrottimmoblie

a) Bei steuersparenden Bauherren- und Erwerbermodellen treffen die finanzierende Bank, die den Beitritt des Darlehensnehmers zu einem für das Erwerbsobjekt bestehenden Mietpool zur Voraussetzung der Darlehensauszahlung gemacht hat, nicht ohne Weiteres über die damit verbundenen Risiken Aufklärungspflichten wegen eines durch sie bewusst geschaffenen oder begünstigten besonderen Gefährdungstatbestands.

b) Aufklärungspflichten wegen eines durch sie bewusst geschaffenen oder begünstigten besonderen Gefährdungstatbestands können sich nur bei Hinzutreten spezifischer Risiken des konkreten Mietpools ergeben. Aufklärungspflichten können etwa in Betracht kommen, wenn sie den Beitritt in Kenntnis einer bereits bestehenden Überschuldung des konkreten Mietpools verlangt oder in Kenntnis des Umstands, dass dem konkreten Mietpool Darlehen gewährt wurden, für die die Anleger als Poolmitglieder haften müssen, oder in Kenntnis des Umstands, dass an die Poolmitglieder konstant überhöhte Ausschüttungen ausbezahlt werden, die ihnen einen falschen Eindruck von der Rentabilität und Finanzierbarkeit der Anlage vermitteln.

(BGH, Urteil vom 20. 3. 2007 – XI ZR 414/04)

§ 21 WEG; §§ 209, 633 BGB a. F. – Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft; ordnungsgemäße Herstellung mängelfreien Gemeinschaftseigentums; Mängel des Sondereigentums; Prozessstandschaft der Wohnungseigentümergeinschaft; Verjährungsunterbrechung durch Mahnbescheid

1. a) Die Wohnungseigentümergeinschaft kann durch Mehrheitsbeschluss die Durchsetzung der auf die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Rechte der Erwerber von Wohnungseigentum wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums an sich ziehen. Macht sie von dieser Möglichkeit Gebrauch, begründet dies ihre alleinige Zuständigkeit. Im Gerichtsverfahren tritt die Wohnungseigentümergeinschaft als gesetzlicher Prozessstandschafter auf.

b) Eine Wohnungseigentümergeinschaft kann in gewillkürter Prozessstandschaft Ansprüche verfolgen, die in einem engen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums stehen und an deren Durchsetzung sie ein eigenes schutzwürdiges Interesse hat. Sie kann von den einzelnen Wohnungseigentümern ermächtigt werden, neben den Ansprüchen wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums Ansprüche wegen Mängeln des Sondereigentums geltend zu machen.

2. a) Ein Mahnbescheid unterbricht die Verjährung des Anspruchs auf Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten auch dann, wenn – von der Sachbefugnis abgesehen – noch nicht sämtliche Anspruchsvoraussetzungen vorliegen (Bestätigung von BGH, Urteil vom 5. Mai 1988 – VII ZR 119/87, BGHZ 104, 268, 273).

b) Bei Geltendmachung eines Anspruchs auf Kostenvorschuss für die Beseitigung mehrerer Mängel kommt einem Mahnbescheid verjährungsunterbrechende Wirkung nur zu, wenn für den Antragsgegner erkennbar ist, wegen welcher einzelnen Mängel und in welcher jeweiligen Höhe Ansprüche gegen ihn erhoben werden.

(BGH, Urteil vom 12. 4. 2007 – VII ZR 236/05)

§ 21 WEG; § 633 BGB a. F.; § 7 MaBV – Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft; Ansprüche der Erwerber aus Bürgschaften; Freigabe von Grundschulden; Schuld restlicher Vergütung

a) Die teilrechtsfähige Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann Ansprüche der Erwerber von Wohnungseigentum aus Bürgschaften nach § 7 MaBV in gewillkürter Prozessstandschaft geltend machen.

b) Die Gemeinschaft kann regelmäßig auch Ansprüche von Erwerbern, die noch nicht im Grundbuch eingetragen sind, auf Freigabe von Grundschulden, die auf dem Wohnungseigentum lasten, in gewillkürter Prozessstandschaft geltend machen.

c) Eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV sichert auch Ansprüche eines Erwerbers auf Rückgewähr seiner Vorauszahlungen, die sich aus § 633 Abs. 3 BGB a. F. ergeben.

d) Eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV sichert das Vorauszahlungsrisiko eines Erwerbers auch insoweit, als es um Mangel am Gemeinschaftseigentum geht, obwohl ein einzelner Erwerber die Erstattungen von Mängelbeseitigungskosten lediglich an die Gemeinschaft verlangen kann.

e) Der Anspruch eines Erwerbers auf Rückgewähr seiner Vorauszahlungen wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum ist durch eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV in Höhe des Anteils gesichert, welcher dem Haftungsanteil des Erwerbers/Bürgschaftsgläubigers im Verhältnis zur Wohnungseigentümergeinschaft für Aufwendungen der Instandsetzung und Instandhaltung entspricht.

f) Ein Erwerber kann gegen eine von ihm geschuldete restliche Vergütung nicht mit einem auf Leistung an die Gemeinschaft gerichteten, nach den Mängelbeseitigungskosten berechneten Anspruch wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum aufrechnen.

(BGH, Urteil vom 12. 4. 2007 – VII ZR 50/06)

§§ 16, 43, 47 WEG – Umlage von Prozesskosten und Rechtsverfolgungskosten in der Wohnungseigentümergeinschaft

a) § 47 WEG regelt nur die Erstattungspflicht im Prozessrechtsverhältnis der beteiligten Parteien, nicht die Kostenverteilung im Innenverhältnis der Eigentümergemeinschaft. Die Kosten eines Verfahrens nach § 43 WEG dürfen allerdings nur auf diejenigen Wohnungseigentümer umgelegt werden, die sie gemäß § 47 WEG zu tragen haben.

b) § 16 Abs. 5 WEG nimmt Rechtsverfolgungskosten, die aus Binnenstreitigkeiten zwischen den Wohnungseigentümern entstanden sind, von den nach § 16 Abs. 2 WEG umzulegenden Kosten der Verwaltung aus. Die Norm soll verhindern, dass Konflikte innerhalb der Eigentümergemeinschaft auf Kosten aller Wohnungseigentümer ausgetragen werden.

c) Das hat aber nicht zur Folge, dass solche Rechtsverfolgungskosten unter den kostenpflichtigen Wohnungseigentümern gemäß § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB nach Kopfteilen aufzuteilen wären. Vielmehr sind sie nach dem in § 16 Abs. 2 WEG zum Ausdruck gekommenen natürlichen Maßstab für den Ausgleich unter Wohnungseigentümern, also nach Miteigentumsanteilen, umzulegen. Dieser Übernahme des Ausgleichsmaßstabs steht § 16 Abs. 5 WEG nicht entgegen.

d) Haben die Wohnungseigentümer in der Gemeinschaftsordnung bestimmt, dass Verwaltungskosten nach Eigentumseinheiten umzulegen sind, so gilt dieser Umlegungsmaßstab auch für die Verteilung der Rechtsverfolgungskosten aus Binnenstreitigkeiten.

(BGH, Beschluss vom 15. 3. 2007 – V ZB 1/06)

§§ 1, 18 ZVG; § 1 WEG – Zeitgleiche Zwangsversteigerungen von Wohnungs- bzw. Teileigentum

Zur Zulässigkeit einer zeitgleichen Durchführung mehrerer Zwangsversteigerungen, die nicht nach § 18 ZVG zu einem Verfahren verbunden sind (hier: zeitgleiche Versteigerung eines Teileigentums und eines Wohnungseigentums).

(BGH, Beschluss vom 22. 3. 2007 – V ZB 139/06)

Unsere Anzeigenpreisliste 3/2007

im Internet: www.prewest.de

oder gmailt: info@prewest.de

oder geschrieben: Fax 02 28 / 47 09 54

Wettbewerb

Internet – Umschau Mai 2007

Rechtsanwalt Daniel Dingeldey, Berlin

.de – DENIC veröffentlicht Domain-Atlas 2006

Die bayrische Metropole München hat sich den Titel als Domain-Hauptstadt vom Vorjahressieger Düsseldorf zurückerobert - mit diesen und anderen statistischen Meldungen glänzt der Domain-Atlas 2006, den die DENIC eG zum Stichtag 31. 12. 2006 neu aufgelegt hat.

Mit einem hauchdünnen Vorsprung hatte sich im Jahr 2005 erstmals Düsseldorf als inoffizielle Domain-Hauptstadt feiern lassen dürfen. Das wollte man offenbar in München nicht auf sich sitzen lassen und hat sich die Position erfolgreich zurückerkämpft: bezogen auf die Zahl der Einwohner führt nunmehr wieder München mit 282 Domains je 1.000 Einwohner. Überraschend auf Platz zwei vorgestoßen ist eine weitere bayrische Stadt: Nürnberg kommt auf 264 Domains je 1.000 Einwohner, knapp vor Bonn mit 260. Auf Platz vier folgt dann schon wieder das Münchner Umland, wo sich durchschnittlich 251 Domains je 1000 Einwohner finden. Bei soviel bayrischer Dominanz würde man erwarten, dass der Freistaat auch die Länderstatistik anführt, doch weit gefehlt: mit 2,25 Millionen .de-Domains führt hier Nordrhein-Westfalen deutlich vor Bayern, die auf 1,67 Millionen kommen. Mit Baden-Württemberg schafft es sodann nur ein weiteres Bundesland mit 1,25 Millionen ebenfalls in den siebenstelligen Bereich. Den größten Zuwachs kann mit Thüringen erfreulicherweise ein Bundesland aus dem Osten vermelden: hier stieg die Domain-Zahl im Jahresvergleich um 10,37 Prozent an, bleibt mit etwas über 150 000 aber bescheiden.

Bei den absoluten Zahlen bleibt das Spitzentrio nach Angaben der DENIC unverändert: nach wie vor sind in Berlin mit über 547.000 die meisten .de-Domains registriert; dahinter folgen Hamburg mit 386 000 und München mit 356 000. Gleichzeitig hat sich auch am starken Ost-West-Gefälle nur wenig geändert: die Domain-Hochburgen bleiben im Westen. Anlass zum Optimismus gibt jedoch ein Blick auf die Liste der zehn Städte und Kreise mit der größten Steigerung der Domain-Zahl: hier gewinnt der Saale-Holzland-Kreis mit einer Steigerung um satte 71,87 Prozent klar vor Schleswig-Flensburg mit 56,99 Prozent. Auch die Plätze 5 (Aschersleben-Staßfurt) und 6 (Altmarkkreis Salzwedel) gehen in die neuen Bundesländer.

Für Ausländer bleibt .de weiterhin attraktiv: gab es Ende des Jahres 2005 nur 160 000 Domain-Inhaber mit Sitz im Ausland, ist diese Zahl binnen einen Jahres auf mehr als 580 000 angestiegen, umgerechnet eine Steigerung um 266 Prozent. Nach Angaben der DENIC hat vor allem der Domain-Handel zu diesem explosiven Wachstum geführt. Kurios: mit 26 Prozent den größten Anteil ausländischer Domain-Inhaber verzeichnen die Vereinigten Arabischen Emirate. Hier haben sich in den Händen einiger weniger Domain-Spekulanten riesige Portfolios mit zum Teil mehreren zehntausend Domains angesammelt.

Weitere ausführliche Statistiken finden Sie unter:
http://www.denic.de/de/denic/presse/press_81.html

ringlockschuppen.com – Vertipper ohne Anspruch

Das OLG Hamm (Urteil vom 27. 11. 2006, Az.: 6 U 106/05) befasste sich mit dem Streit um die Vertipperdomain ringlockschuppen.com (statt ringlokschuppen.com), und kam zu einem für die Klägerin erstaunlichen Ergebnis: deren Klage wurde in 2. Instanz abgewiesen.

Die Klägerin betreibt unter dem Namen Ringlokschuppen ein Veranstaltungszentrum in Bielefeld. Sie ist im Internet unter der Domain ringlokschuppen.com erreichbar. Früher betrieb die Geschäftsführerin der Klägerin die Diskothek PC 69 in Bielefeld.

Der Beklagte ist seit dem 23.09. 2003 Inhaber der streitigen Domain ringlockschuppen.com, unter der er bis zum 01.07. 2004 Inhalte veröffentlicht hatte, die die mittlerweile geschlossene Diskothek PC 69 in Bielefeld betrafen. Seitdem enthält die Webseite überhaupt keine Inhalte mehr. Die Klägerin verlangte unter Berufung auf ihr Namensrecht nach § 12 BGB vom Beklagten, die Domain ringlockschuppen.com nicht mehr zu nutzen und auf sie zu verzichten. Vor dem Landgericht Bielefeld (Az.: 2 O 81/05) war die Klägerin damit erfolgreich. Doch ging der Beklagte in Berufung.

Das OLG Hamm setzte sich ausführlich mit dem Namensrecht auseinander und kam zum Ergebnis, die Klägerin habe keine namensrechtlichen, auf § 12 Abs. 2 BGB gestützten Unterlassungsansprüche betreffend die Verwendung der Domain ringlockschuppen.com gegen den Beklagten. Andere als namensrechtliche Ansprüche habe sie nicht geltend gemacht. Dabei geht das Gericht selbstverständlich davon aus, dass § 12 BGB nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen schützt, wobei der Namensschutz auch den mit der Firma identischen oder den von ihm abgeleiteten Domain-Namen erfasse. Die Klägerin ist Inhaberin des Namens Ringlokschuppen. Diese Bezeichnung ist ein Name im Sinne des § 12 BGB, der im Bielefelder Raum für das von der Klägerin betriebene Veranstaltungszentrum Verkehrsgelung erlangt habe. Der seitens des Beklagten genutzte Domain-Name sei auch mit dem Namen der Klägerin ähnlich. Allerdings verletzte der Beklagte mit der Domain nicht den Namen der Klägerin, den sie im Geschäftsverkehr führt:

Namen, die man im Geschäftsverkehr führt, sind nämlich nur dann nach § 12 BGB geschützt, soweit das geschäftliche Interesse berührt ist. Nur soweit eine geschäftliche Beeinträchtigung aufgrund der Nutzung durch einen Dritten zu befürchten ist, entfaltet sich ein Anspruch nach § 12 BGB. Nutzt ein Dritter den Namen jedoch anderweitig, so dass geschäftliche Belange des Namensträgers nicht berührt werden, liegt keine Rechtsverletzung vor. So ist es im vorliegenden Falle: Die Klägerin ist Inhaberin der Domain ringlokschuppen.com und kann darüber ihre Geschäfte führen. Durch die Registrierung und Nutzung von ringlockschuppen.com durch den Beklagten wird ihre Arbeit nicht beeinträchtigt. Der Beklagte nutzt die Domain im Grunde gar nicht. Eine so genannte Sperrwirkung, hervorgerufen durch die Registrierung der ähnlichen Domain, liegt damit nicht vor. In der Diskussion um diesen Punkt zogen die Parteien und das Gericht die BGH-Entscheidungen zu shell.de und weltonline.de bei. In beiden Entscheidungen wird deutlich, dass von einer Sperrwirkung nur die Rede sein kann, wenn die Registrierung des Domain-Namens eine erhebliche Beeinträchtigung mit sich bringt. Bei shell.de war es dem Öl-Konzern benommen, die .de-Domains zu registrieren, da sie von einem Gleichnamigen registriert worden war. Im Fall der Webadresse weltonline.de hatte die Klägerin mit welt.de eine optimale Internetpräsenz. So gestalte es sich auch in diesem Falle.

Die Entscheidung des OLG Hamm findet man unter: <http://www.bonnanwalt.de/entscheidungen/OLG-Hamm6U106-05.html>

Die Entscheidung des BGH zu shell.de findet man unter: <http://www.jurpc.de/rechtspr/20020139.htm>

Die Entscheidung des BGH zur Domain weltonline.de findet man unter (.pdf): <http://snipurl.com/1f4fn>

OLG Köln – Unterscheidungskraft dank Bindestrich?

Eine etwas ältere Entscheidung des Oberlandesgericht Köln beschäftigte sich mit dem Bindestrich in einem Domain-Namen. Das Gericht (Urteil vom 14. 7. 2006, Az.: 6 U 26/06) gewann im Juli vergangenen Jahres dabei der Rechtsprechung zum Bindestrich in Domain-Namen eine verblüffende Facette ab: Wo früher der Bindestrich keinerlei Unterscheidungskraft be-

saß, hat ein Namensträger nun keinen Anspruch auf alle Varianten eines Domain-Namens, auch wenn sich die Domains lediglich durch einen Bindestrich unterscheiden.

Die Inhaberin der Domain internationalconnection.de, die den Begriff „International Connection“ im Firmennamen führt, machte gegen die Inhaberin der Domain international-connection.de Ansprüche auf Unterlassung und Freigabe der Domain geltend und berief sich dabei auf ihr Namensrecht. Sowohl vor dem Landgericht Köln als auch vor dem OLG Köln kam die Klägerin nicht durch.

Das Oberlandesgericht prüfte zunächst markenrechtliche (§§ 5, 15 Abs. 2 und 3, 14 Abs. 2 und 3 MarkenG) und dann namensrechtliche (§ 12 BGB) Ansprüche. Ansprüche aus dem Markenrecht scheiterten aus Sicht des OLG Köln einerseits bereits an der fehlenden Branchenähnlichkeit (§§ 5, 15 Abs. 2, 14 Abs. 2 MarkenG), aber auch an mangelnder Bekanntheit und Verkehrsgeltung der für die Klägerin geschützten Kennzeichen (§§ 5, 15 Abs. 3, 14 Abs. 3 MarkenG), wobei es die Ausführungen des Landgerichts bestätigte: Da die Domain internationalconnection.de und der Unternehmensname für sich schon nicht unterscheidungskräftig sind, war die Verkehrsgeltung festzustellen. Dabei differenzierte das LG Köln zwischen der Bekanntheit eines (Internet-) Angebots und dem des Unternehmenskennzeichens, wobei sich von der Bekanntheit des ersteren nicht ohne weiteres auf die Bekanntheit des Unternehmenskennzeichens schliessen lasse. Greift ein Internetnutzer auf die Internetpräsenz eines Unternehmens zu, heisst das nicht, er kenne das Unternehmen. Letztlich fehlte es aus Sicht der Gerichte aber an der Darlegung der Bekanntheit der Unternehmensbezeichnung bei den maßgeblichen Verkehrskreisen.

Deshalb fand das Gericht den Raum, namensrechtliche Ansprüche nach § 12 BGB zu prüfen. Für Firmennamen ist das ein sensibler Bereich: Da der aus § 12 BGB abgeleitete Schutz einer Firma, eines Firmenbestandteils oder einer Unternehmensbezeichnung lediglich auf den Funktionsbereich des betreffenden Unternehmens beschränkt ist und nur so weit reicht, wie geschäftliche Beeinträchtigungen zu befürchten sind, muss hinsichtlich einer unbefugten Namensnutzung eine Zuordnungsverwirrung entstehen. Doch, so meint das OLG Köln und weicht hier von der wohl immer noch überwiegenden Rechtsprechung glücklicherweise ab, die von § 12 BGB vorausgesetzte Verwirrung wiegt nicht besonders schwer, „wenn sie durch die sich öffnende Homepage rasch wieder beseitigt wird“. In diesem Falle konnten Besucher der Internetseite gleich erkennen, dass es sich nicht um die Seite der Klägerin handelte.

Eine geringe Verwirrung reiche jedoch für eine Namensanmaßung im Sinne von § 12 BGB aus, wenn die Interessen des Namensträgers in besonderem Maße beeinträchtigt würden. Das wäre der Fall, wenn dem Namensträger durch Nutzung einer namensgleichen Domain der übliche Weg, sich im Internet zu präsentieren, verwehrt würde, da die mit der Bezeichnung gebildete Internetadresse nur einmal vergeben werden kann. Aber genau das ist nicht der Fall: die Klägerin hat mit ihrer Domain ihren Platz im Internet. Das Gericht schließt mit der Feststellung, ein besonders schutzwürdiges Interesse des Namensträgers, das über die für seine registrierte Internetadresse genutzte Schreibweise hinaus keine weiteren in seinem Domainnamen denkbaren Schreibweisen verwendet werden, bestehe grundsätzlich nicht.

Aus Sicht des OLG Köln gilt das unumschränkt und für jeden Fall, bei dem jemand unbefugt eine Bindestrichdomain oder sonst leicht abgewandelte Domain registriert. Denn es betont, für den hier genutzten beschreibenden Begriff „international connection“ gelte das ganz besonders. Ändert sich damit die Rechtsprechung zur Unterscheidungskraft des Bindestrichs? Eher nicht. Grundsätzlich wird man bei Marken und Namen weiter davon ausgehen müssen, dass der Bindestrich keine unterscheidungskräftige Wirkung zeitigt. Das OLG Köln ist hier einem Einzelfall auf der Spur gewesen, der freilich nicht so selten vorkommt. Doch auf den Einzelfall kommt es immer wie-

der an. Im Jahr 1999 hatte das Landgericht Köln im Streit um den Domain-Namen ts-computer.de (Urteil vom 10.06.1999, Az.: 31 O 55/99) noch ausgeführt, „dass der Bindestrich innerhalb der Domain des Beklagten nicht zur Unterscheidung beiträgt, bedarf keiner Begründung“. Doch seinerzeit stritten Branchengleiche miteinander; das OLG Köln steht mit der Entscheidung über die Adresse international-connection.de damit nicht im Widerspruch.

Die Entscheidung des OLG Köln finden Sie in Auszügen und als .pdf-Datei unter: <http://short4u.de/461d2eb80c8d3>

peugeot-tuning.de – Kleinteile führen zur Haftung

Schon vor einiger Zeit stellte sich dem OLG Düsseldorf (Urteil vom 21.11.2006, Az.: I-20 U 24/05) bei peugeot-tuning.de die Frage, inwieweit ein mit dem Markeninhaber nicht assoziierter Dienstleister berechtigt ist, eine Domain aus der Kombination „Marke“ und einem weiteren Begriff zu registrieren und zu nutzen. Bei der streitigen Domain kam das Gericht zu einer eindeutigen Entscheidung.

Die Klägerin ist die deutsche Tochter des in Frankreich ansässigen Fahrzeugherstellers Peugeot. Sie klagte gegen den Inhaber des Domain-Namens peugeot-tuning.de, einem Kfz-Betrieb, der unter der Domain Tuningdienstleistungen für Fahrzeuge der Marke Peugeot anbot. Vor dem LG Düsseldorf (Urteil vom 30.11.2005) hatte die Klägerin mit ihren markenrechtlichen Ansprüchen keinen Erfolg. Sie ging jedoch in Berufung.

Das OLG Düsseldorf gab der Berufung statt. Der Beklagte nutzte das Zeichen „Peugeot“ im geschäftlichen Verkehr. Bei diesem Begriff handelte es sich um das einzige unterscheidungskräftige Zeichen im Domain-Namen. Grundsätzlich werden solche Begriffe in kombinierten Domain-Namen als Herkunftshinweisfunktion verstanden. Die Internetnutzer verstehen das so genutzte Kennzeichen als Hinweis auf ein Angebot des Fahrzeugherstellers; mithin gehen die Nutzer davon aus, dass unter peugeot-tuning.de der Fahrzeughersteller oder ein autorisiertes Unternehmen seine Tuningdienstleistung anbietet. Demnach bestand eine Verwechslungsgefahr.

Das Gericht weist allerdings darauf hin, dass es anders entschieden hätte, wenn der Beklagte einen kleinen, weiteren Zusatz in seinen Domain-Namen aufgenommen hätte: lautete die Webadresse zum Beispiel tuning-von-peugeotfahrzeugen.de wäre deutlich geworden, dass der Beklagte, und nicht die Klägerin oder ein von ihr hierzu ermächtigtes Unternehmen, Anbieter der Dienstleistungen ist; dabei würde der Beklagte die angesprochenen Verkehrskreise dennoch verständlich über die Bestimmung der von ihm angebotenen Dienstleistung informieren.

Das Urteil des OLG Düsseldorf findet man unter: <http://snipurl.com/1i19u>

Knutprobe – Knut-Domains finden keinen Käufer

Das Knutfieber grassiert nicht nur in Deutschland, aber hier schlägt es zweifelsfrei die höchsten Wellen. Jetzt wurde es auf die Probe gestellt: die Domain-Namen youknut.de und you-knut.com standen gemeinsam bei eBay zum Verkauf. Bestand wirkliches Interesse?

Der Startpreis der Domains lag bei gewagten EUR 100 000,-, 50% des erzielten Erlöses sollten an den Berliner Zoo gespendet werden. Bieten durfte nicht jeder. Wer Interesse an den Domains hatte, musste zunächst einen Bogen ausfüllen, um seinen eBay-Benutzernamen für die Auktion freischalten zu lassen. Dem Bogen musste eine Kopie des Personalausweises beigefügt werden, um so die Identität des Bieters festzustellen. Dann durfte auf die Domains geboten werden.

Dabei machte ein kleiner, aber essentieller Widerspruch stutzig: Neben den Domains sollten auch „sämtliche Nutzungsrechte und Inhalte der Website“ übertragen werden. Dass die Betreiber der Seite jedoch irgendwie berechtigt wären, Nutzungsrechte an den Inhalten weiterzugeben, konnte man auf-

grund des auf jeder Seite der Domains ersichtlichen Disclaimers „Für alle Bilder, Videos, Texte auf dieser Homepage gilt: Wir distanzieren uns hiermit ausdrücklich von allen Inhalten und allen verlinkten Seiten und machen uns diese Inhalte nicht zu Eigen.“ schwerlich annehmen.

Ob es nun genau daran lag, oder der Hürde, die zum Einstieg in die Bieterarena zu nehmen war, oder einfach Desinteresse an den Domains: Mittwoch, den 24. April 2007, um 19.00 Uhr schloss die Versteigerung, ohne dass ein Gebot abgegeben worden war. Bis zuletzt tat sich auf der eBay-Seite nichts. Unsere Anfragen an den Veranstalter wurden nicht beantwortet. Es zeigt sich: so einfach ist es mit dem Domain-Handel nicht.

Die eBay-Angebotsseite finden Sie unter:
<http://snipurl.com/1ho6a>

Lesetipp – Domain-Namen im Lichte des Nutzers

Stefanie Schubert, unter anderem Diplom-Wirtschaftsjuristin aus Berlin, referiert in ihrem Aufsatz „Das empirische Verbraucherverständnis über Top-Level-Domains“ eine Untersuchung zum Verständnis der Internetnutzer von Domain-Namen, Domain-Inhalten und Domain-Endungen. Die Studie gibt dabei durchaus interessante Anregungen für die Rechtsprechung.

Die von Frau Schubert nun vorgestellte, bisher unveröffentlichte empirische Untersuchung der eResult GmbH aus Göttingen gibt ein paar Hinweise darauf, wie Nutzer Domains und Top Level Domains wahrnehmen. Zur Teilnahme an dieser Studie, die im Auftrag der dotBERLIN GmbH & Co. KG erfolgte, wurden per Zufall 6000 Nutzer eingeladen, Fragen zu beantworten; von ihnen reagierten 68%, indem sie zumindest eine Frage beantworteten. Zur Auswertung wurden schließlich Eingänge von 700 repräsentativen Personen ausgewählt, die alle Fragen zuverlässig beantwortet hatten. Die Studie selbst ist uns nicht näher bekannt. Die Studie, wie sie von Frau Schubert, die in Verbindung zum Auftraggeber der Studie steht, in ihrem Aufsatz darstellt, zeichnet ein nachvollziehbares Bild der Internetnutzer, das sich mehr oder weniger mit dem gesunden Menschenverstand deckt und diesen wohl bestätigt.

So erfahren wir, dass die traditionellen Domain-Endungen wie .com, .net und .org bei den Befragten eine Bekanntheit von über 90% erzielen, während jüngere TLDs wie .info und Länderendungen wie .tv und .de durchaus mit einem Grad von über 70% glänzen. Weniger bekannt dagegen sind die aktive TLD .jobs und die noch nicht aktive Endung .asia. Für 60% der Befragten besteht auch ein Zusammenhang von Domain-Name und Domain-Inhalt; ca. 27% sehen im Domain-Namen meistens lediglich eine Adressfunktion. Für die restlichen ca. 13% gehören Domain-Name und Angebot im Internet immer zusammen, was durchaus den Schluss zuließe, Domain-Namen und Inhalt würden überwiegend als Einheit wahrgenommen. Für die Rechtsprechung könnte das heißen, den Inhalt unter einer Domain bei Fragen der Namensrechtsverletzung doch zu berücksichtigen. Bisher geht die überwiegende Rechtsprechung andere Wege. Weiten Raum nehmen die Ergebnisse der Verbrauchervorstellungen darüber ein, wer Betreiber der unterschiedlichen Angebote ist, und das meint sowohl von Domain-Namen nebst Inhalten sowie unterschiedlicher Top Level Domains. Laut Schubert kommt die Studie in diesen Punkten zu dem Ergebnis, dem Nutzer ist bewusst, dass er es mit zahlreichen unterschiedlichen Anbietern zu tun hat; er orientiert sich am eigentlichen Domain-Namen, nimmt jedoch durchaus auch die Domain-Endung als Merkmal wahr.

Geht es um den Aussagegehalt der Top Level Domain als solcher, findet eine leichtere Zuordnung statt, wenn die Domain-Endung für sich schon Begriffscharakter aufweist: mit den Endungen .eu und .asia wussten die Probanden jedenfalls mehr anzufangen, als mit dem hinter .com versteckten Sinn des „commerce“ und dem der .ag zugeschriebenen „Aktiengesellschaft“.

Die Studie scheint deutlich zu machen, dass die Nutzer sich im wesentlichen am Domain-Namen orientieren, also der Second Level Domain, doch mit stärkerer Bildhaftigkeit des Be-

griffs der Top Level Domain diese stärker als unterscheidendes Merkmal wahrnehmen. Eine Tendenz, der die Rechtsprechung nachkommen wird, wie zuletzt der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung solingen.info (Urteil vom 21. 9. 2006, Az.: I ZR 201/03) in einem Satz hat anklingen lassen; danach sei es nach Ansicht des Gerichts nicht von vornherein auszuschließen, dass Endungen wie .biz und .pro der Zuordnung bestimmter Namensträger zu bestimmten Domain-Namen entgegenwirken.

Den kompletten Aufsatz findet man unter:
<http://www.jurpc.de/aufsatz/20070062.htm>
mailto: dingeldey@domain-recht.de
mailto: RA@daniel-dingeldey.de

§ 20 GWB; § 141 SGB IX

Wettbewerb; Gewerberaumtiete; Schilderpräger; Kommunale Vermietung; Kfz-Zulassungsstelle; Bevorzugung einer Behindertenwerkstatt; Ausschreibung; Diskriminierungsverbot; kartellrechtliches Behinderungsverbot

a) § 141 Satz 1 SGB IX rechtfertigt es nicht, auf eine ansonsten gebotene Ausschreibung nur deshalb zu verzichten, weil der Vertrag mit einer anerkannten Werkstätte für behinderte Menschen abgeschlossen werden soll.

b) Der Normadressat des Diskriminierungs- und Behinderungsverbots, der zur Auswahl eines Vertragspartners eine Ausschreibung durchführen muss, ist nicht daran gehindert, soziale Belange zu berücksichtigen. Diese müssen jedoch den sich an der Ausschreibung beteiligenden Unternehmen rechtzeitig zur Kenntnis gegeben werden, damit sie die Möglichkeit haben, die Bedingungen für eine bevorzugte Berücksichtigung zu erfüllen.

(BGH, Urteil vom 7.11.2006 – KZR 2/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Die beklagte Stadt betreibt im Ö.-Weg die Kfz-Zulassungsstelle für die Stadt und den Landkreis. Die Klägerin ist ein bundesweit tätiges Unternehmen der Schilderprägerbranche. Sie betreibt zahlreiche, meist in der Nähe der örtlichen Zulassungsstelle liegende Ladenlokale, in denen sie Kfz-Schilder prägt und verkauft. Sie unterhält auch im Ö.-Weg auf der anderen Straßenseite etwa 100 m vom Eingang der Zulassungsstelle entfernt eine Niederlassung und steht dort im Wettbewerb mit anderen Schilderprägern, die ebenfalls Kfz-Schilder anbieten. Um zu diesen Anbietern zu gelangen, müssen die Kunden das Gelände der Zulassungsstelle verlassen.

2 Im Jahre 2002 stellte die Beklagte für einen Schilderprägebetrieb Räumlichkeiten im Gebäude der Zulassungsstelle zur Verfügung, die vom Schalter der Zulassungsstelle nur durch einen Warteraum getrennt sind. Beim Verlassen der Zulassungsstelle kommen die Kunden an diesen Räumlichkeiten vorbei. Die Beklagte vermietete diese Räume bis Ende 2007 ohne vorangegangene Ausschreibung an eine Gesellschaft, die Arbeitsplätze für schwer zu vermittelnde, insbesondere geistig, körperlich oder seelisch behinderte Personen einrichtet, bereitstellt und unterhält. Die Beklagte hält eine Ausschreibung für entbehrlich und stützt sich dabei auf ein – durch Nichtannahme der Revision (BGH, Beschl. v. 14. 7. 1998 – KZR 40/97) rechtskräftig gewordenes – Urteil des Berufungsgerichts aus dem Jahre 1997, das die freihändige Vergabe in einer entsprechenden Situation für sachlich gerechtfertigt erklärt hatte (OLG Frankfurt WuW/E DE-R 55). Die Klägerin sieht in dem Verhalten der Beklagten einen Verstoß gegen das kartellrechtliche Diskriminierungs- und Behinderungsverbot. Sie hat geltend gemacht, die Umsätze der Niederlassung im Ö.-Weg seien aufgrund der neuen Schilderprägestelle im Gebäude der Niederlassung um etwa 70% gesunken, obwohl sie, die Klägerin, mit ihren Preisen um nahezu 30% unter denen des neuen Schilderprägers liege.

3 Die Klägerin hat in erster Linie beantragt, es der Beklagten zu untersagen, einem Schilderprägebetrieb eine im Gebäude der Zulassungsstelle gelegene Fläche ohne vorherige Aus-

schreibung weiterhin zu überlassen. Mit einem ersten Hilfsantrag hat sie die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten begehrt. Weiter hilfsweise – und nur mit diesem Antrag ist die Streitigkeit in die Revisionsinstanz gelangt – hat sie beantragt, es der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen,

die im Gebäude der Kfz-Zulassungsstelle ..., Ö.-Weg, gelegene Fläche ohne vorherige Ausschreibung zum Zwecke der Herstellung und des Vertriebes von Kfz-Kennzeichen entgeltlich oder unentgeltlich Dritten, insbesondere der b. GmbH, über den 31. Dezember 2007 hinaus zu überlassen.

4 Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten.

5 Das Landgericht Kassel hat die Klage mit dem Hauptantrag abgewiesen und die hilfsweise beantragte Feststellung ausgesprochen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht Frankfurt am Main die Klage auch mit dem ersten Hilfsantrag abgewiesen und das mit dem zweiten Hilfsantrag beantragte Verbot ausgesprochen.

6 Hiergegen richtet sich die – vom Berufungsgericht zugelassene – Revision der Beklagten, mit der sie ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

7 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht hat in der Vermietung der im Gebäude der Zulassungsstelle gelegenen Flächen an Dritte ohne vorangegangene Ausschreibung einen Verstoß gegen das für marktbeherrschende Unternehmen geltende Diskriminierungs- und Behinderungsverbot gesehen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

8 Die Beklagte sei Normadressatin des § 20 Abs. 1 GWB, weil sie auf dem relevanten Markt der Vermietung von Gewerbeflächen, die sich für einen Schilderpräger eignen, um den bei Besuchern der Zulassungsstelle anfallenden Bedarf an Kfz-Schildern zu decken, über eine überragende Stellung verfüge. Wenn die Klägerin bei der Vermietung der in Rede stehenden Räumlichkeiten nicht berücksichtigt werde, werde sie objektiv behindert und unterschiedlich behandelt. Diese Behinderung sei unbillig und für die Ungleichbehandlung fehle ein sachlicher Grund, weil die Auswahl unter mehreren in Frage kommenden Interessenten durch eine Ausschreibung zu treffen sei. An der – seiner früheren Entscheidung zugrunde liegenden – Auffassung, der marktbeherrschende Vermieter dürfe ohne Berücksichtigung anderer Nachfrager ein Unternehmen auswählen, das eine wichtige sozialpolitische Aufgabe erfülle, könne nicht festgehalten werden.

9 Es bestehe auch eine Wiederholungsgefahr, nachdem die Beklagte sich bereits bei der Vermietung der Räumlichkeiten im Jahre 2002 kartellrechtswidrig verhalten habe. Die Wiederholungsgefahr entfalle nicht deswegen, weil sich die Beklagte im Jahre 2002 im Hinblick auf die erwähnte Entscheidung des OLG Frankfurt in einem entschuldbaren Rechtsirrtum befunden habe.

10 II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg. Mit Recht hat das Berufungsgericht in dem Verhalten der beklagten Stadt im Jahre 2002 einen Verstoß gegen das kartellrechtliche Behinderungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB gesehen und der Klägerin einen Unterlassungsanspruch aus § 33 Abs. 1 GWB zugebilligt.

11 1. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die beklagte Stadt als Eigentümerin der Räumlichkeiten innerhalb des Gebäudes Ö.-Weg über eine überragende Stellung auf dem Markt für Gewerbeflächen verfügt, die sich wegen der Nähe zur Zulassungsstelle für Kraftfahrzeuge besonders als Standort für Schilderprägebetriebe eignen. Dies entspricht ständiger Rechtsprechung des Senats (BGH, Urt. v. 14. 7. 1998 – KZR 1/97, WuW/E DE-R 201, 202 – Schilderpräger im Landratsamt; Urt. v. 24. 9. 2002 – KZR 4/01, WuW/E DE-R 1003, 1004 – Kommunalen Schilderprägebetrieb; Urt. v. 8. 11. 2005 –

KZR 21/04, WuW/E DE-R 1724 Tz 12 [= GuT 2003, 193] – Hinweis auf konkurrierende Schilderpräger). Die Revision erhebt insoweit auch keine Rügen.

12 2. Da die Beklagte Räumlichkeiten an ein anderes Unternehmen vermietet hat, handelt es sich auch um einen Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist. Der Umstand, dass die Räumlichkeiten an ein Unternehmen vermietet wurden, das – anders als die Klägerin – schwer zu vermittelnde Personen beschäftigt, vermag an der Gleichartigkeit nichts zu ändern. Dieses Tatbestandsmerkmal dient lediglich einer groben Sichtung (st. Rspr.; vgl. BGH, Urt. v. 4. 11. 2003 – KZR 2/02, WuW/E DE-R 1203, 1204 [= GuT 2004, 71 KL] – Depotkosmetik im Internet, m. w. N.). Die Klägerin und das mit ihr im Wettbewerb stehende Unternehmen, das die Räumlichkeiten in der Zulassungsstelle von der Beklagten gemietet hat, erfüllen im Markt gleichartige Funktionen. Dies reicht für die Bejahung der Gleichartigkeit aus.

13 3. In der Nichtberücksichtigung der Klägerin bei der Vermietung ohne Ausschreibung liegt eine objektive Behinderung i. S. des § 20 Abs. 1 GWB. Das beanstandete Verhalten der Beklagten wirkt sich objektiv nachteilig auf die Wettbewerbsmöglichkeiten der Klägerin aus, wenn sie keine Chance erhält, im Rahmen einer Ausschreibung als Mieterin der im Gebäude der Zulassungsstelle gelegenen Räumlichkeiten ausgewählt zu werden.

14 4. Ohne Erfolg wendet sich die Revision dagegen, dass das Berufungsgericht die Benachteiligung der Klägerin aufgrund der im Rahmen des § 20 Abs. 1 GWB vorzunehmenden umfassenden Interessenabwägung als unbillig angesehen hat.

15 a) Dabei steht nicht in Frage, dass die Beklagte bei der Vermietung der Räumlichkeiten auch Belange des Gemeinwohls berücksichtigen und Nachfrager bevorzugen darf, die in der zu betreibenden Schilderprägestelle in erster Linie schwer zu vermittelnde Personen beschäftigen. Es ist weder der öffentlichen Hand als Normadressatin des § 20 Abs. 1 GWB noch einem anderen marktbeherrschenden Unternehmen grundsätzlich verwehrt, sich bei der Auswahl mehrerer Bewerber auch von Gemeinwohlbelangen leiten zu lassen (vgl. zur Interessenabwägung bei § 20 Abs. 4 GWB BGHZ 151, 274, 280 f., 283 – Fernwärme für Börsen). So kann es auch einer Gemeinde nicht untersagt werden, bei der Vermietung von Gewerbeflächen für einen Schilderprägebetrieb durch Auswahl eines bestimmten Mieters einen Beitrag zur Eingliederung schwer zu vermittelnder Personen in den Arbeitsprozess zu leisten.

16 Diese Gemeinwohlbelange dürfen aber nicht mit einem Mittel verfolgt werden, das mit der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielrichtung des Gesetzes nicht vereinbar ist (vgl. BGH, Beschl. v. 18. 1. 2000 – KVR 23/98, WuW/E Verg 297 – Tariftreueerklärung II). Der Zielsetzung des Gesetzes widerspricht es, wenn die Berücksichtigung von Gemeinwohlbelangen dazu führen würde, dass der Wettbewerb um die zu vermietenden Gewerbeflächen vollständig und der Wettbewerb auf dem nachgelagerten Schilderprägermarkt weitgehend ausgeschlossen wäre. Die dem Gemeinwohl geschuldeten Voraussetzungen, die ein Mieter der fraglichen Gewerbeflächen erfüllen soll, müssen daher auch von anderen Interessenten erfüllt werden können und im Rahmen einer Ausschreibung offengelegt werden. Beispielsweise wäre nichts dagegen einzuwenden, wenn die Beklagte bereits in der Ausschreibung darauf hinweisen würde, dass sie Interessenten in einem im Einzelnen darzulegenden Umfang bevorzugt, die sich verpflichten, in dem Schilderprägebetrieb verstärkt behinderte Menschen zu beschäftigen.

17 b) Die Beklagte kann sich zur Rechtfertigung ihres Verhaltens auch nicht auf die gesetzliche Bestimmung des § 141 Satz 1 SGB IX berufen, nach der Aufträge der öffentlichen Hand, die von anerkannten Werkstätten für behinderte Menschen ausgeführt werden können, bevorzugt diesen Werkstätten angeboten werden. Dabei kann offenbleiben, ob die jetzige Mieterin als Werkstätte für behinderte Menschen anerkannt ist.

18 aa) Eine unmittelbare Anwendung des § 141 Satz 1 SGB IX kommt nicht in Betracht, weil es sich bei der Vermietung der Gewerbeflächen nicht um einen Auftrag handelt. Der jetzige Mieter erbringt der Beklagten keine Leistungen; ihm wird vielmehr durch die Vermietung die Möglichkeit eröffnet, seinerseits auf dem Markt der Schilderpräger Leistungen zu erbringen.

19 bb) Der Bestimmung des § 141 Satz 1 SGB IX kann aber auch keine allgemeine normative Wertentscheidung entnommen werden, deren Berücksichtigung es, wenn nicht als geboten, so doch als gerechtfertigt erscheinen ließe, Gewerbeflächen der hier in Rede stehenden Art ohne Prüfung der damit verbundenen Mindereinnahmen an anerkannte Werkstätten für behinderte Menschen zu vermieten.

20 (1) Die Anwendung des § 141 Satz 1 SGB IX führt nicht dazu, dass die bei der Vergabe öffentlicher Aufträge an sich zu berücksichtigenden Grundsätze der sparsamen und rationellen Verwendung öffentlicher Mittel vollständig in den Hintergrund treten (vgl. Pahlen in Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen, Sozialgesetzbuch IX, 11. Aufl., § 141 Rdn. 6). Die öffentliche Hand ist aufgrund der Bestimmung des § 141 Satz 1 SGB IX nicht genötigt, eine anerkannte Werkstatt auch dann zu bevorzugen, wenn sie einen deutlich höheren Preis verlangt als ein Unternehmen, das diese Anerkennung nicht besitzt. So sieht beispielsweise § 3 Nr. 4 der vom Bundesminister für Wirtschaft und Technologie erlassenen Richtlinien für die Berücksichtigung von Werkstätten für Behinderte und Blindenwerkstätten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 10. Mai 2001 (BAnz. 2001, 11773), die nach § 159 Abs. 4 SGB IX bis zum Erlass von allgemeinen Verwaltungsrichtlinien nach § 141 Satz 2 SGB IX weiter anzuwenden sind, vor, dass anerkannte Werkstätten für Behinderte und Blindenwerkstätten immer dann der Zuschlag zu erteilen ist, wenn ihr Angebotspreis den des wirtschaftlichen Bieters um nicht mehr als 15 vom Hundert übersteigt. Diese Grundsätze sind mit den in den Ländern erlassenen Richtlinien im Wesentlichen identisch (vgl. Kossens in Kossens/von der Heide/Maaß, SGB IX, 2. Aufl., § 141 Rdn. 7; vgl. im Einzelnen § 5 Nr. 4 lit. b und c der Bevorzugten-Richtlinien des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr, Technologie und Europaangelegenheiten, StAnz. Hessen Nr. 45/94, S. 3281, 3281 f.).

21 Die Anwendung des § 141 Satz 1 SGB IX macht daher eine Ausschreibung nicht überflüssig. Denn erst anhand des günstigsten Angebots lässt sich ermitteln, ob einer anerkannten Werkstätte für behinderte Menschen der Vorzug zu geben ist. Den Wettbewerbern verbleibt unter diesen Umständen die Möglichkeit, die Vergabeentscheidung durch günstige Angebote zu ihren Gunsten zu beeinflussen.

22 (2) Gegen eine generelle, über den Ausgleich struktureller Nachteile hinausgehende Bevorzugung anerkannter Werkstätten für Behinderte spricht darüber hinaus folgende Erwägung: § 141 Satz 1 SGB IX betrifft nur die Aufträge der öffentlichen Hand und reguliert damit nur einen kleinen Ausschnitt des jeweiligen Angebotsmarktes. Dagegen würde die Vermietung der in Zulassungsstellen gelegenen Gewerbeflächen ausschließlich an Schilderprägebetriebe, die als Werkstätten für behinderte Menschen anerkannt sind, andere Unternehmen, die diese Anerkennung nicht aufweisen können, erheblich beeinträchtigen. Sie könnten ihre Waren und Leistungen nur auf Gewerbeflächen anbieten, die in der Nachbarschaft der Zulassungsstellen liegen, und hätten damit gegenüber den anerkannten Werkstätten einen – je nach den örtlichen Verhältnissen – nur schwer oder gar nicht auszugleichenden Nachteil. Damit wäre der Wettbewerb auf dem Markt der Schilderpräger erheblich eingeschränkt.

23 5. Aufgrund des beanstandeten Verhaltens der beklagten Stadt besteht auch Wiederholungsgefahr (dazu Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., § 33 GWB Rdn. 86). Sie entfällt im Streitfall entgegen der Ansicht der Revision nicht deswegen, weil die maßgebliche Rechtsfrage erst nach der in

Rede stehenden Handlung höchststrichterlich geklärt worden wäre. Etwas anderes ist auch der von der Revision angeführten Entscheidung „Versicherungsvermittlung im öffentlichen Dienst“ des I. Zivilsenats (BGH, Urt. v. 10. 2. 1994 – I ZR 16/92, GRUR 1994, 443, 444 = WRP 1994, 504) nicht zu entnehmen. Der Umstand, dass die Rechtslage zum Zeitpunkt des beanstandeten Verhaltens noch nicht abschließend geklärt war, mag das Verschulden ausschließen, berührt dagegen nicht den verschuldensunabhängigen Unterlassungsanspruch und stellt im Übrigen keine Besonderheit gegenüber anderen vom Bundesgerichtshof zu entscheidenden Fällen dar (vgl. Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., Kap. 7 Rdn. 6; Bornkamm in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl., § 8 UWG Rdn. 1. 42).

24 III. Die Revision der Beklagten ist daher zurückzuweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 3, 7 UWG; §§ 253, 314 ZPO
Wettbewerb; Telefonwerbung für „Individualverträge“;
mutmaßliche Einwilligung des Unternehmens; unzumut-
bare Belästigung; Verbot-Klageantrag; Abmahnkosten

1. Ein Klageantrag, der auf das Verbot gerichtet ist, un-aufgefordert Telefonwerbung zu betreiben, ohne dass ein vorheriges Einverständnis des Adressaten besteht oder zumindest Umstände vorliegen, aufgrund deren das Einverständnis mit einer solchen Kontaktaufnahme vermutet werden kann, ist regelmäßig nicht hinreichend bestimmt.

2. a) Für die Beantwortung der Frage, ob bei einer Telefonwerbung gegenüber Marktteilnehmern, die nicht Verbraucher sind, von einer mutmaßlichen Einwilligung ausgegangen werden kann, ist auf die Umstände vor dem Anruf sowie auf die Art und den Inhalt der Werbung abzustellen.

b) Bei einem Bauhandwerksunternehmen kann nicht davon ausgegangen werden, dass es mutmaßlich an einer telefonischen Werbung für eine hinsichtlich ihres Inhalts und Umfangs nicht näher bestimmte Vermittlungsleistung interessiert ist, die durch eine nicht unbeträchtliche und zudem im Voraus zu erbringende Gegenleistung entgolten werden soll.

3. Bei Bejahung einer unzumutbaren Belästigung i. S. von § 7 UWG ist eine gesonderte Prüfung des Verhaltens auf seine Eignung zur nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung der Interessen der Betroffenen i. S. von § 3 UWG nicht mehr veranlasst.

(BGH, Urteil vom 16.11.2006 – I ZR 191/03)

1 Zum Sachverhalt: Der Kläger ist ein eingetragener Verein, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs zählt.

2 Gegenstand des Unternehmens der Beklagten sind die Vermittlung und Koordinierung von Bauvorhaben zwischen Bauherren und deren Planungsbüros einerseits und Bauunternehmen andererseits. Zu diesem Zweck umwirbt die Beklagte Handwerksunternehmen, mit denen sie von ihr formularmäßig vorbereitete sogenannte „Individualverträge“ schließt. In ihnen verpflichten sich die Handwerker zur Zahlung einer Provision für jeden vermittelten Bauauftrag und daneben zur Zahlung einer einmaligen Aufwandsabgeltung für „Bürokosten, Akquisition und die interne Bearbeitung der Leistungsverzeichnisse“ in Höhe von mehreren Tausend Mark. Die Beklagte bahnt die Geschäftskontakte zu ihren potentiellen Vertragspartnern grundsätzlich auf telefonischem Wege an.

3 Am 25. Juni 2001 nahm ihr Mitarbeiter C. telefonischen Kontakt mit dem Inhaber der Tischlerei N. in S. auf, wobei er sich nach deren Leistungsangebot und Arbeitsbelastung erkun-

digte und den Inhaber zu einem persönlichen Gespräch einlud. Dieses fand am 3. August 2001 bei der Beklagten statt, führte aber nicht zu einer Zusammenarbeit.

4 Der Kläger, der von diesem Vorgang Kenntnis erlangte, sieht in dem Verhalten der Beklagten eine unzulässige Telefonwerbung. Da die Beklagte die geforderte Unterlassungserklärung nicht abgab und auch die Abmahnkosten in Höhe von 175,07 € nicht bezahlte, hat der Kläger sie gerichtlich auf Unterlassung und auf Zahlung dieses Betrags in Anspruch genommen. Er hat beantragt,

die Beklagte unter Androhung näher bestimmter Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs unaufgefordert Telefonwerbung zu betreiben, ohne dass ein vorheriges Einverständnis des Adressaten besteht oder aber zumindest Umstände vorliegen, aufgrund deren das Einverständnis mit einer solchen Kontaktaufnahme vermutet werden kann.

5 Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat vorgetragen, die Kontaktaufnahme ihres Mitarbeiters C. mit dem Inhaber der Tischlerei N. am 25. Juni 2001 sei erfolgt, weil sie sich nicht sicher gewesen sei, ob verschiedene Bauprojekte wie u. a. die Herstellung von Innentüren für zwei Einfamilienhäuser in K. sowie Fenster- und Treppenarbeiten an einem Bauvorhaben in Ke. von ihren Partnerbetrieben in ausreichendem Maße bearbeitet werden könnten.

6 Das Berufungsgericht hat der vor dem Landgericht Frankfurt a. M. erfolglosen Klage in vollem Umfang stattgegeben (OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2003, 320 = WRP 2003, 1361).

7 Mit ihrer (vom Senat zugelassenen) Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

8 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht hat die Klage für zulässig und begründet erachtet. Hierzu hat es ausgeführt:

9 Der Klageantrag sei bestimmt genug. Der Begriff der Telefonwerbung sei ohne Weiteres so zu verstehen, dass er alle absatzfördernden Maßnahmen via Telefon erfasse. Dies solle der Beklagten nur dann untersagt werden, wenn ihre Werbung unaufgefordert erfolge und Umstände hinzuträten, die das Fehlen des Einverständnisses mit einer solchen Kontaktaufnahme vermuten ließen.

10 Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch sei gemäß § 1 UWG (a. F.) unter dem Gesichtspunkt der belästigenden Telefonwerbung begründet. Auch wenn die Beklagte sich vorbehalten sollte, mit dem angerufenen Unternehmen gegebenenfalls keinen „Individualvertrag“ abzuschließen, sei die von ihr betriebene Kontaktaufnahme mit dem potentiellen Vertragsunternehmen Telefonwerbung. Diese sei im geschäftlichen Bereich wettbewerbsgemäß, wenn aus der Ex-ante-Sicht des Werbenden ein aus dem Interessenbereich des Anzurufenden herleitender konkreter Grund eine solche Art der Werbung rechtfertige. Das dafür zumindest erforderliche mutmaßliche Einverständnis des Anzurufenden sei nicht schon allein deshalb als gegeben anzusehen, weil die Werbung den eigentlichen Geschäftsgegenstand des Anzurufenden betreffe. Das Vorliegen eines objektiv günstigen Angebots könne ein Indiz für ein vermutliches Einverständnis sein, ein objektiv ungünstiges Angebot ein Indiz gegen ein solches Einverständnis.

11 Die Beklagte habe keine Umstände vorgetragen, die die Annahme rechtfertigen könnten, die Anzurufenden hätten ein sachliches Interesse an ihrem Anruf. Die Eintragung der Tischlerei N. in den „Gelben Seiten“ sei unerheblich, da die Beklagte nicht als Nachfragerin einer von diesem Unternehmen erbrachten Leistung, sondern als Anbieterin einer eigenen Leistung aufgetreten sei. Die von der Beklagten intendierte Geschäftsbeziehung sei auf eine Dauerbeziehung angelegt gewesen, bei der die Beklagte für rechtlich nicht greifbare Vermittlungsbemühungen eine Zahlung von mehreren Tausend Mark erhalten sollte. Schon aus diesem Grund könne nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass die Anzurufenden an einer Te-

lefonwerbung interessiert seien, mit der in Erfahrung gebracht werden solle, ob der Angesprochene für die Beklagte als Vertragspartner in Betracht komme. Die von der Beklagten angebotenen Verträge seien auch nach deren eigenem Vortrag für die Handwerksbetriebe mehr als riskant.

12 Soweit die Beklagte die Notwendigkeit einer telefonischen Kontaktaufnahme zu potentiellen Neukunden mit dem zeitlichen Druck bei der Vermittlung von Handwerksbetrieben begründet habe, sei bereits zweifelhaft, ob der Zeitdruck eine schriftliche Kontaktaufnahme in jedem Fall unmöglich machte. Selbst wenn die Beklagte in aller Regel nicht über genügend Zeit verfügte, um nach Eingang eines Vermittlungsauftrags schriftlich nach neuen Vertragsunternehmen zu suchen, und sie auch nur schwer voraussehen könnte, welche neuen Vertragsunternehmen sie benötigen werde, spreche nichts gegen ein Rundschreiben bei Handwerksunternehmen, um deren grundsätzliche Bereitschaft zu einer Zusammenarbeit zu sondieren und auf diese Weise über einen Bestand an potentiell interessierten Unternehmen zu verfügen, auf den dann bei Bedarf auch telefonisch zurückgegriffen werden könne. Der Umstand, dass es der Beklagten aufgrund des ausgesprochenen Verbots künftig verwehrt sei, neue Kunden ohne Weiteres per Telefonanruf zu akquirieren, stelle eine Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit dar, die im Hinblick auf die überwiegenden Interessen der Anzurufenden gerechtfertigt sei.

13 Der Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten folge aus § 683 Satz 1, §§ 677, 670 BGB.

14 II. Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

15 1. Der Unterlassungsantrag des gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG, § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG a. F. klagebefugten Klägers und die entsprechende Urteilsformel der angefochtenen Entscheidung sind nicht hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2, § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO). Dieser Mangel ist auch im Revisionsverfahren von Amts wegen zu beachten (BGHZ 144, 255, 263 – Abgasemissionen; 156, 126, 131 – Farbmarkenverletzung I; BGH, Urt. v. 24. 2. 2005 – I ZR 128/02, GRUR 2005, 604, 605 = WRP 2005, 739 [= GuT 2005, 186 KL] – Fördermittelberatung).

16 a) Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Verbotsantrag nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen bliebe (st. Rspr.; vgl. BGHZ 156, 1, 8 f. – Paperboy; BGH GRUR 2005, 604, 605 – Fördermittelberatung, jeweils m.w.N.; zuletzt BGH, Urt. v. 4. 5. 2005 – I ZR 127/02, GRUR 2005, 692, 693 = WRP 2005, 1009 – „statt“-Preis). Aus diesem Grund sind insbesondere Unterlassungsanträge, die lediglich den Wortlaut eines Gesetzes wiederholen, grundsätzlich als zu unbestimmt und damit unzulässig anzusehen (vgl. BGH, Urt. v. 24. 11. 1999 – I ZR 189/97, GRUR 2000, 438, 440 = WRP 2000, 389 – Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; Urt. v. 12. 7. 2001 – I ZR 261/98, GRUR 2002, 77, 78 = WRP 2002, 85 – Rechenzentrum; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., Kap. 51 Rdn. 8a, jeweils m.w.N.). Abweichendes kann dann gelten, wenn entweder bereits der gesetzliche Verbotstatbestand selbst entsprechend eindeutig und konkret gefasst oder der Anwendungsbereich einer Rechtsnorm durch eine gefestigte Auslegung geklärt ist, sowie auch dann, wenn der Kläger hinreichend deutlich macht, dass er nicht ein Verbot im Umfang des Gesetzeswortlauts beansprucht, sondern sich mit seinem Unterlassungsbegehren an der konkreten Verletzungshandlung orientiert (vgl. BGH, Urt. v. 13. 3. 2003 – I ZR 143/00, GRUR 2003, 886, 887 = WRP 2003, 1103 – Erbenermittler, m.w.N.). Die Bejahung der Bestimmtheit setzt in solchen Fällen allerdings grundsätzlich voraus, dass zwischen den Parteien kein Streit besteht, dass das beanstan-

dete Verhalten das fragliche Tatbestandsmerkmal erfüllt. Eine auslegungsbedürftige Antragsformulierung kann jedoch dann hinzunehmen sein, wenn dies zur Gewährleistung des Rechtsschutzes im Hinblick auf eine bestimmte Werbemethode erforderlich erscheint (vgl. BGH, Urt. v. 4. 7. 2002 – I ZR 38/00, GRUR 2002, 1088, 1089 = WRP 2002, 1269 – Zugabenbündel; BGHZ 158, 174, 186 [= GuT 2004, 193 KL] – Direktansprache am Arbeitsplatz; BGH, Urt. v. 9. 9. 2004 – I ZR 93/02, GRUR 2005, 443, 445 = WRP 2005, 485 [= GuT 2005, 73 KL] – Ansprechen in der Öffentlichkeit II; BGH GRUR 2005, 604, 605 [= GuT 2005, 186 KL] – Fördermittelberatung; einschränkend Teplitzky a. a. O. Kap. 51 Rdn. 8 a.E.).

17 b) Der im vorliegenden Verfahren gestellte Unterlassungsantrag genügt mit der Formulierung „zumindest Umstände vorliegen, aufgrund deren das Einverständnis mit einer solchen Kontaktaufnahme vermutet werden kann“ den vorstehend dargestellten Anforderungen an die Bestimmtheit von Klageanträgen nicht. Der mittlerweile in § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 UWG geregelte Beispielfall unlauteren Verhaltens im Wettbewerb, dem diese Formulierung entspricht, ist – anders als möglicherweise der Fall des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG (vgl. dazu OLG Hamm MD 2006, 1285, 1286; LG Stuttgart WRP 2005, 1041; Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl., § 12 UWG Rdn. 2. 40) – nicht selbst hinreichend eindeutig und konkret gefasst, um ohne weitere Konkretisierung in den Antrag übernommen zu werden. Ebenso wenig sind der Anwendungsbereich dieser Norm und insbesondere die Frage, unter welchen Voraussetzungen bei einer Werbung mit Telefonanrufen gegenüber sonstigen Marktteilnehmern von deren zumindest mutmaßlicher Einwilligung ausgegangen werden kann, durch eine gefestigte Auslegung geklärt. Nach den getroffenen Feststellungen hat der Kläger des Weiteren auch nicht deutlich gemacht, dass es ihm nicht auf ein Verbot im Umfang des Gesetzeswortlauts ankommt, sondern er sich mit seinem Unterlassungsbegehren an der konkreten Verletzungsform orientiert. Nicht ersichtlich ist schließlich auch, dass der Kläger im Blick auf die Besonderheiten des im Streitfall zur Anwendung kommenden materiellen Rechts gehindert sein könnte, einen Unterlassungsantrag zu formulieren, der sowohl seinem Anspruch auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes als auch den für den Regelfall bestehenden Erfordernissen des Bestimmtheitsgrundsatzes gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO gerecht wird. Denn auch wenn der zu stellende Antrag auf die konkrete Verletzungsform zu beschränken wäre, erfasste eine Verurteilung nach der sogenannten Kerntheorie immerhin alle Handlungsformen, in denen das Charakteristische der beanstandeten Werbung zum Ausdruck kommt (vgl. BGH, Urt. v. 4. 9. 2003 – I ZR 32/01, GRUR 2004, 72 – Coenzym Q 10; Teplitzky a. a. O. Kap. 57 Rdn. 12 m.w. N.).

18 2. Die Unbestimmtheit des der Verurteilung der Beklagten zur Unterlassung zugrunde liegenden Antrags hat zur Folge, dass das Berufungsurteil keinen Bestand haben kann und deshalb aufzuheben ist. Da sich das Klagebegehren allerdings – wie nachstehend unter III. dargestellt – als nicht unberechtigt darstellt, ist der Senat an einer eigenen Sachentscheidung gehindert und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 und 3 ZPO). Dem Kläger ist damit aus Gründen der prozessualen Fairness Gelegenheit gegeben, sich in der wiedereröffneten Berufungsinstanz durch eine sachdienliche Antragsfassung auf die vorstehend unter 1. dargestellte Rechtslage einzustellen (vgl. BGHZ 158, 174, 187 [= GuT 2004, 193 KL] – Direktansprache am Arbeitsplatz; BGH GRUR 2005, 443, 445 [= GuT 2005, 73 KL] – Ansprechen in der Öffentlichkeit II).

19 III. Für das weitere Verfahren wird auf Folgendes hingewiesen:

20 1. Das mit der Klage beanstandete Verhalten der Beklagten stellt eine gemäß §§ 3, 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 UWG unlautere und auch schon nach § 1 UWG a. F. als wettbewerbswidrig zu beurteilende Werbung dar. Die Beklagte hatte nach den getroffenen und von der Revision nicht angegriffenen Feststel-

lungen des Berufungsgerichts keinen berechtigten Grund anzunehmen, das von ihr telefonisch kontaktierte Handwerksunternehmen sei mutmaßlich damit einverstanden, dass sie ihm auf diesem Wege ein Angebot zum Abschluss eines „Individualvertrages“ machte oder zumindest die Möglichkeit eines solchen Vertragschlusses vorstellte. Namentlich rechtfertigte der Umstand, dass das angerufene Handwerksunternehmen die in der „Individualvereinbarung“ zu vermittelnden Handwerksleistungen seinerseits anbietet, eine solche Annahme nicht. Entscheidend ist, dass die Beklagte nicht lediglich Dienstleistungen des angerufenen Unternehmens nachgefragt hat. Nach den getroffenen Feststellungen ging es ihr bei dem fraglichen Anruf vielmehr um die Werbung für eine hinsichtlich ihres Inhalts und Umfangs nicht näher bestimmte Vermittlungsleistung, die durch eine nicht unbedeutende und zudem im Voraus zu erbringende Gegenleistung entgolten werden sollte. Der allgemeine Sachbezug mit den von dem angerufenen Unternehmen angebotenen Dienstleistungen reichte für die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung nicht aus. Anderenfalls wäre Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden mit seinen belästigenden und deshalb nicht generell hinnehmbaren Folgen nahezu unbeschränkt zulässig (vgl. BGH, Urt. v. 25. 1. 2001 – I ZR 53/99, GRUR 2001, 1181, 1182 = WRP 2001, 1068 – Telefonwerbung für Blindenwaren; Urt. v. 5. 2. 2004 – I ZR 87/02, GRUR 2004, 520, 521 = WRP 2004, 603 [= GuT 2004, 103 KL] – Telefonwerbung für Zusatzbeitrag; Köhler a. a. O. § 7 UWG Rdn. 62; Fezer/Ubber, UWG, § 7 Rdn. 142 und 145; Koch in Ullmann, jurisPK/UWG, § 7 Rdn. 239, 241 und 245; Münch-Komm.UWG/Leible, § 7 Rdn. 125).

21 Bei der Beurteilung der Frage, ob bei einer Telefonwerbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern die nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 UWG erforderliche mutmaßliche Einwilligung als gegeben anzusehen ist, ist auf die Umstände vor dem Anruf sowie auf die Art und den Inhalt der Werbung abzustellen (vgl. Köhler a. a. O. § 7 UWG Rdn. 60 und 62; Fezer/Ubber a. a. O. § 7 Rdn. 142; Münch-Komm.UWG/Leible a. a. O. § 7 Rdn. 124). Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist daher die Auffassung des Berufungsgerichts, ein objektiv ungünstiges Angebot könne ein Indiz für das Fehlen der mutmaßlichen Einwilligung sein. Ebenso bleibt, wenn die Voraussetzungen der belästigenden Werbung vorliegen, das Verhalten wettbewerbswidrig, auch wenn der Angerufene Interesse an dem Angebot zeigt und es in der Folge möglicherweise sogar zu einem Abschluss kommt. Noch weniger entfällt – entgegen der von der Revision in der mündlichen Verhandlung geäußerten Ansicht – die Unlauterkeit des Verhaltens dadurch, dass die Nachteile des gemachten Angebots für den Angerufenen nicht schon bei dem Telefonat, sondern erst später erkennbar werden.

22 Ein den vorstehend unter II. 1. dargestellten Erfordernissen der § 253 Abs. 2 Nr. 2, § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO entsprechender Unterlassungsausspruch beschränkt die Beklagte allein in der Wahl des Mediums bei der Werbung für ihre die längerfristige Zusammenarbeit mit Handwerksunternehmen regelnden „Individualverträge“. Eine Verletzung von Grundrechten wie insbesondere des Art. 12 GG liegt damit entgegen der Auffassung der Revision fern.

23 2. Bei Bejahung einer unzumutbaren Belästigung i. S. von § 7 UWG ist eine gesonderte Prüfung des Verhaltens auf seine Eignung zur nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung der Interessen der Betroffenen nicht mehr veranlasst (vgl. Köhler a. a. O. § 3 UWG Rdn. 83).

24 3. Der Umstand, dass der Kläger mit seiner Abmahnung einen nach den Ausführungen zu vorstehend II. 1. nicht hinreichend bestimmten Unterlassungsanspruch geltend gemacht hat, steht der Erstattungsfähigkeit der Abmahnkosten nicht entgegen. Der Gläubiger kann allerdings nur für eine berechtigte Abmahnung Aufwendungsersatz verlangen. Dies ist dann der Fall, wenn die Abmahnung dem Schuldner den Weg weist, wie er sich zu verhalten hat, damit ein Prozess vermieden wird. Dementsprechend muss die Abmahnung die Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung enthalten.

Dagegen ist es unschädlich, wenn der Gläubiger mit der von ihm vorgeschlagenen Unterwerfungserklärung mehr fordert, als ihm zusteht; denn es ist Sache des Schuldners, aufgrund der Abmahnung die zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr erforderliche Erklärung abzugeben (vgl. Bornkamm in Hefermehl/Köhler/ Bornkamm a. a. O. § 12 UWG Rdn. 1.17 m.w. N.).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Wettbewerb etc.

§§ 3 a. F., 9 UWG; § 540 ZPO – Wettbewerb; Abmahnaktion; Schadensersatzanspruch; Herausforderung durch rechtswidriges Verhalten; Protokollurteil

1. Ein von den Richtern unterzeichnetes so genanntes Protokollurteil i. S. von § 540 Abs. 1 Satz 2 ZPO braucht nur dann nicht mit dem Protokoll verbunden zu werden, wenn es nicht nur die Angaben gemäß § 313 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 ZPO, sondern auch die in das Protokoll aufgenommenen Feststellungen und Darlegungen nach § 540 Abs. 1 Satz 1 ZPO enthält (im Anschluss an BGHZ 158, 37 und BGH, Urt. v. 28. 9. 2004 – VI ZR 362/03, NJW 2005, 830).

2. a) Dem abmahnenden Wettbewerber steht gegen den schuldhaft handelnden Abgemahnten wegen der für die Abmahnung aufgewendeten Kosten ein Schadensersatzanspruch

jedenfalls dann zu, wenn es sich bei dem Wettbewerbsverstoß um eine Dauerhandlung handelt.

b) Auch im Wettbewerbsrecht gilt der Grundsatz, dass der Verletzte Ersatz auch des Schadens verlangen kann, der durch eine auf einer eigenen Willensentscheidung beruhenden Handlung des Verletzten entstanden ist, wenn diese Handlung durch ein rechtswidriges Verhalten des anderen herausgefordert worden ist und eine nicht ungewöhnliche Reaktion auf dieses Verhalten darstellt. Unter diesen Voraussetzungen ist auch derjenige zum Schadensersatz verpflichtet, der schuldhaft den unrichtigen Anschein eines von einem Dritten begangenen Wettbewerbsverstoßes erweckt.

(BGH, Urteil vom 23.11. 2006 – I ZR 276/03)

§ 8 UWG – Wettbewerb; Klagebefugnis eines Verbands; Sammelmitgliedschaft V

Für die Klagebefugnis eines Verbands kommt es grundsätzlich nicht darauf an, über welche mitgliedschaftlichen Rechte dessen – mittelbare oder unmittelbare – Mitglieder verfügen. Es genügt, dass ein Verband, der dem klagenden Verband Wettbewerber des Beklagten als (mittelbare) Mitglieder vermittelt, von diesen mit der Wahrnehmung ihrer gewerblichen Interessen – gegebenenfalls auch schlüssig – beauftragt worden ist und seinerseits den klagenden Verband durch seinen Beitritt mit der Wahrnehmung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder beauftragen durfte.

(BGH, Urteil vom 16.11. 2006 – I ZR 218/03)

<h1>Besteuerung</h1>

Umschau Mai 2007
<i>RiFG i. R. Karl-Christian Callsen, Erststadt-Liblar</i>

Verfassungswidrige sog. Pendlerpauschale?

Das Niedersächs. FG hält die Neuregelung zur Entfernungspauschale ab 2007 für verfassungswidrig und hat deshalb mit Beschluss vom 27. 2. 2007 das anhängige Verfahren ausgesetzt und das BVerfG angerufen.

Die OFD Münster hat mit Kurzinformation vom 15. 3. 2007 angeordnet, Einsprüche insoweit kraft Gesetzes gem. § 363 Abs. 2 Satz 2 AO ruhen zu lassen und keine Aussetzung der Vollziehung zu gewähren.

Man sollte eigentlich der Vorlage beim BVerfG nicht allzu viele Erfolgsaussichten einräumen.

Pauschal ist nicht normal

Mit dem Jahressteuergesetz 2007 ist die Vorschrift des § 37 b EStG neu geschaffen worden, wonach ein Arbeitgeber als Wohltäter bei Einladungen für seine Arbeitnehmer und Geschäftsfreunde die fällige Einkommensteuer auf Sachzusendungen im Einzelfall bis zu € 10 000,-, für Geschenke und gfls. Incentive-Reisen pauschal mit 30% übernehmen kann. Den insoweit für die Einladungen zu führenden Papierwust (Liste der Eingeladenen) kann er noch durch Befragungen nach der Konfession der Eingeladenen ergänzen, weil der Bremer Senator für Finanzen mit einem bahnbrechenden, mutigen Erlass erklärt hat, dieser Wohltäter könne auch noch die evtl. anfallende Kirchensteuer pauschal übernehmen, sofern er sich für § 37 b EStG entscheide. Reicht jedoch eine formlose Befragung als Strichliste oder muss es eine unterschrieben abgegebene Erklärung des jeweiligen Gastes sein? Wenn es unterschiedliche Sachzu-

wendungen gibt, muss hierbei auch noch eine Zuordnung zum jeweiligen Gast erfolgen?! Unser immer detaillierter werden des Erlasunwesens der Finanzverwaltung erzeugt wiederum unsinnige Gegenreaktionen der Steuerpflichtigen.

Dauerhafte, ernsthafte Vermietungs- und zugleich Verkaufsabsicht

Der klagende, geschlossene Immobilienfond wird froh gewesen sein, dass letztlich und nur der BFH noch nicht endgültig, aber doch vorläufig durch Zurückverweisung zu seinen Gunsten entschieden hat.

Die Klägerin (KI; ein geschlossener Immobilienfond in der Rechtsform einer KG) wurde Ende 1969 gegründet. Im Streitjahr 1994 bestand sie aus dem Komplementär X mit einem gezeichneten und eingezahlten Kapital von DM 5.000,- sowie aus einer Vielzahl von Kommanditisten mit einem gezeichneten und eingezahlten Kapital von rd. DM 41 Mio. Seit 1999 befindet sich die KG in Liquidation. Zweck der Gesellschaft war es, in D ein Erbbaurecht (ab Nov. 1995: ein bebautes Grundstück) mit aufstehenden Gebäuden zu vermieten und zu verwalten. Mit Vertrag vom 20. 4. 1994 erwarb sie das zu Vermietungszwecken genutzte Grundstück, an dem sie bis zum 30. 6. 1994 lediglich das im Jahre 2044 auslaufende Erbbaurecht besaß, zum Kaufpreis von DM 20,5 Mio. Die Finanzierung dieses Kaufpreises erfolgte durch ein Bankdarlehn von DM 21,5 Mio., dessen Gesamtlaufzeit bis ca. Mitte 2020 angegeben war mit einem Festzins bis 28. 2. 1998 von 6,7%. Bis dahin sollte es tilgungsfrei sein, ab 1. 3. 1998 war ein jährlicher Tilgungssatz von mind. 2% vereinbart. Bis 1. 3. 1998 betragen die vierteljährlichen Zinsraten DM 360 125,-, ab 1. 3. 1998 betragen die vierteljährlichen Zins- und Tilgungsraten DM 467 625,-. Im Jahr 2000 wurde das Grundstück auf Veranlassung der Bank an einen von ihr vermittelten Erwerber veräußert, nachdem der Kredit notleidend

und von ihr gekündigt worden war. Die von der Kl erklärten negativen Einkünfte aus V+V von ./ DM 2 185 712,- in der Feststellungserklärung 2000 erkannte das FA zunächst unter Nachprüfungsvorbehalt an, jedoch nicht mehr nach einer Außenprüfung. Es verneinte die Absicht der Kl, aus dem zu nahezu 100% vermieteten Objekt einen Einnahmeüberschuss zu erzielen, weil sie bereits bei Objekterwerb die Absicht gehabt habe, das Grundstück weiter zu verkaufen. Dies bestätigte so auch das FG Rheinland-Pfalz mit Urteil vom 27. 4. 2005 (EFG 2006,411), nicht jedoch der BFH mit Urteil vom 12. 7. 2006 (BFH/NV 2007,658).

Hat ein Stpfl. den Entschluss, dauerhaft zu vermieten, endgültig gefasst, ist für die Dauer seiner Vermietungstätigkeit von der Einkunftserzielungsabsicht auszugehen, selbst wenn er das Vermietungsobjekt nicht nur ernsthaft und nachhaltig nutzt, sondern daneben auch zum Erwerb anbietet und damit die Vermietungsabsicht nicht endgültig aufgegeben hat. Der fremdfinanzierte Erwerb des aufgrund eines Erbbaurechts zur Vermietung genutzten Grundstücks zu Eigentum des Stpfl. kann nicht allein als Indiz für eine endgültige Aufgabe der Vermietungsabsicht angesehen werden, wenn die Vermietung unverändert fortgesetzt wird und ein späterer Verkauf des Grundstücks auf Veranlassung der darlehensgewährenden Bank zur Abwendung der Insolvenz erfolgt. Es wurde jedoch zur Feststellung einer endgültigen Aufgabe der Einkunftserzielungsabsicht im Zusammenhang mit dem Erwerb des Grundstücks zurückverwiesen, um zu prüfen, ob der Erwerb deshalb betrieben wurde, um weit höhere Werbungskostenüberschüsse oder um Ausschüttungen zu erwirtschaften.

Es hat sich sicherlich für die Kl gelohnt, im Streitfall bis zum BFH zu gehen. Auch die Chancen, im zweiten Rechtsgang erfolgreich zu sein, sind recht gut einzuschätzen.

§ 675 BGB; § 16 EStG

Steuerberatung; verbindliche Auskunft des Finanzamts; Gebot des sichersten Wegs; Einkommensteuer; Verkauf der Anteile an einer Kommanditgesellschaft

1. Nach dem Gebot des sichersten Weges kann der Steuerberater gehalten sein, die Einholung einer Auskunft des Finanzamtes zu empfehlen, wenn die Rechtslage nach Ausschöpfung der eigenen Erkenntnismöglichkeiten ungeklärt ist und die Beratung eine einschneidende, dauerhafte, später praktisch nicht mehr korrigierbare rechtliche Gestaltung betrifft.

2. Zur einkommensteuerrechtlichen Beurteilung des Verkaufs sämtlicher Anteile an einer Kommanditgesellschaft nach einem „Tranchenmodell“.

(BGH, Urteil vom 8. 2. 2007 – IX ZR 188/05)

1 Zum Sachverhalt: Die Klägerinnen waren alleinige Gesellschafterinnen einer Kommanditgesellschaft. Anfang 1999 beabsichtigten sie, ihre Gesellschaftsanteile zu veräußern. Sie beauftragten die beklagte, auch aus Steuerberatern und Rechtsanwälten bestehende Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, sie sowohl steuerlich als auch rechtlich bei der Vertragsgestaltung zu beraten.

2 Dem zunächst mit dem späteren Erwerber ausgehandelten Vertragsentwurf vom 26. August 1999, den die Beklagte am 30. August 1999 erhalten hatte, lag das so genannte Tranchenmodell zugrunde. Die KG sollte in eine GmbH & Co. KG umgewandelt werden, der Käufer in einem ersten Schritt 50% der Gesellschaftsanteile (mit 51% der Stimmen) übernehmen, der Kaufpreis von 7 Mio. DM sollte in Teilbeträgen gezahlt werden, davon die erste Hälfte im zweiten Halbjahr 1999 bei gleichzeitigem Ausgleich des negativen Kapitalkontos, die zweite Hälfte in fünf Teilbeträgen jährlich jeweils gegen Übertragung von 10% der Kommanditanteile. Entsprechende Kauf- und Verkaufsverpflichtungen waren vorgesehen. Nachdem der Rechtsberater des Käufers auf die Möglichkeit hingewiesen hatte, dass die Klägerinnen bereits im Veranlagungszeitraum 1999 den ge-

samten Veräußerungsgewinn zu versteuern haben würden, brachte der vom Ehemann der Klägerin zu 1 ebenfalls eingeschaltete Steuerberater B. ein Optionsmodell ins Gespräch. Das wurde von der Beklagten in zwei Schreiben an den Käufer aufgegriffen. Unter Beifügung des ursprünglichen Vertragsentwurfs stellte Steuerberater B. am 21. September 1999 einen Antrag auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft an das Finanzamt. Am 27. September 1999 – dem ursprünglich ins Auge gefassten Termin – wurde zwischen den Klägerinnen und dem Erwerber ein Anteilskauf- und Optionsvertrag geschlossen. Am 13. Oktober 1999 bestätigte das Finanzamt die Steuerunschädlichkeit des ursprünglichen Vertragsentwurfs.

3 In der Folge lehnte es der Erwerber ab, die Kaufoption auszuüben; die Klägerinnen konnten die restlichen Kommanditanteile am 16. August 2000 nur noch zu einem Kaufpreis von 1 Mio. DM an den Erwerber veräußern. Am 1. Juni 2001 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH & Co. KG eröffnet.

4 Das Landgericht Freiburg hat der Klage auf Ersatz der Differenz zwischen dem tatsächlich erzielten und dem nach dem Tranchenmodell zu erlangenden Kaufpreis im Wesentlichen stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit ihrer beschränkt auf den Grund zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

5 Aus den Gründen: Die Revision ist unbegründet.

6 I. Das Berufungsgericht [OLG Karlsruhe] hat ausgeführt: Die Beklagte hafte auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Beratung. Sie habe die steuerlichen Risiken des Unternehmensverkaufs nicht rechtzeitig vor dem Abschluss des notariellen Vertrags einer Klärung zugeführt. Zwar habe die Beklagte von Anfang an den schließlich auch vom Finanzamt eingenommenen Standpunkt vertreten. Gleichwohl sei die Rechtslage zunächst nicht geklärt gewesen. Die Beklagte habe es pflichtwidrig unterlassen, die von ihr für richtig gehaltene Auffassung zu belegen und hierzu eine verbindliche Auskunft des Finanzamts rechtzeitig einzuholen. Ohne die Pflichtverletzung wäre es zu einem Abschluss des Vertrags nach dem Tranchenmodell gekommen, und dieses hätte auch die Billigung der Finanzbehörden gefunden.

7 II. Das angefochtene Urteil hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

8 1. Die Klägerinnen hatten der Beklagten das Mandat erteilt, sie umfassend sowohl in steuerrechtlicher als auch allgemein in rechtlicher Hinsicht bei dem von ihnen beabsichtigten Unternehmensverkauf zu beraten. Gegenstand der Beratungspflichten der Beklagten war ein steuer- und zivilrechtlich möglichst günstiger Verkauf. Dazu gehörte insbesondere die Aufgabe, eine Versteuerung des gesamten Veräußerungsgewinns im Jahr des Vertragsschlusses zu vermeiden, weil dies für die Klägerinnen finanziell nicht tragbar gewesen wäre. Dabei hatte die Beklagte kraft des erhaltenen Auftrags ihre Mandantinnen umfassend steuerlich zu beraten, ihnen insbesondere den relativ sichersten Weg aufzuzeigen und sie möglichst vor Schaden zu bewahren (vgl. BGH, Urt. v. 3. Juni 1993 – IX ZR 173/92, NJW 1993, 2799, 2800).

9 2. Zweck der Steuerberatung ist es, die dem Auftraggeber fehlende Sach- und Rechtskunde auf diesem Gebiet zu ersetzen. Die pflichtgemäße Steuerberatung verlangt daher sachgerechte Hinweise über die Art, die Größe und die mögliche Höhe eines Steuerrisikos, um den Auftraggeber in die Lage zu versetzen, eigenverantwortlich seine Rechte und Interessen zu wahren und eine Fehlentscheidung zu vermeiden (BGHZ 129, 386, 396; BGH, Urt. v. 4. Juni 1996 – IX ZR 246/95, WPM 1996, 1841, 1843; v. 20. Oktober 2005 – IX ZR 127/04, WPM 2005, 2345, 2346). Dies kann die Verpflichtung des Steuerberaters einschließen, den Mandanten auf die Möglichkeit einer verbindlichen Auskunft des Finanzamts hinzuweisen und diese gegebenenfalls auch zu beantragen (OLG Hamburg GI 1986, 41 <Ls>; OLG Düsseldorf GI 2005, 92, 97 f). Nach der ständigen

Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFHE 73, 813, 818 ff; 159, 114, 118 f; BFH/NV 2004, 758 f) waren die Finanzbehörden schon vor Einführung einer allgemeinen gesetzlichen Regelung in § 89 Abs. 2 AO, eingefügt durch Art. 18 Nr. 1 des Föderalismusreform-Begleitgesetzes vom 5. September 2006 (BGBl. I 2006 S. 2098, 2106), ermächtigt, auch außerhalb der §§ 204 ff AO verbindliche Zusagen zu erteilen. Dies stand zwar im Ermessen der Finanzbehörden. Wie sich jedoch aus den Schreiben des zuständigen Finanzamts vom 13. Oktober 1999 und vom 5. November 2002 ergibt, war dieses bereit, unverzüglich die erbetene Auskunft zu erteilen.

10 a) Allerdings bedarf die Pflicht, die Einholung einer verbindlichen Auskunft des Finanzamts zu empfehlen, der Eingrenzung. Hauptaufgabe der steuerberatenden Berufe ist die geschäftsmäßige Hilfeleistung in Steuersachen (§ 33 StBerG; vgl. Gehre/von Borstel, StBerG 5. Aufl. § 33 Rn. 5). Es ist daher Sache des Steuerberaters, selbst den ihm vorgetragenen Sachverhalt daraufhin zu prüfen, ob er geeignet ist, den vom Auftraggeber erstrebten Erfolg herbeizuführen (BGH, Urt. v. 13. März 1997 – IX ZR 81/96, WPM 1997, 1392, 1393). Rechtsprüfung und Rechtsberatung setzen zwingend die Kenntnis der einschlägigen Rechtsnormen voraus. Notfalls muss sich der steuerliche Berater die mandatsbezogenen Rechtskenntnisse, soweit sie nicht zu seinem präsenten Wissen gehören, ungesäumt verschaffen und sich auch in eine Spezialmaterie einarbeiten (BGH, Urt. v. 22. September 2005 – IX ZR 23/04, WPM 2005, 2197, 2198 [= GuT 2006, 39 KL]). Regelmäßig braucht der steuerliche Berater daher die Einholung einer Auskunft des Finanzamts auch dann nicht zu empfehlen, wenn er bei der rechtlichen Durchdringung des ihm unterbreiteten Sachverhalts auf eine Kontroverse in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung oder in der steuerrechtlichen Literatur trifft.

11 b) Nach dem Gebot des sichersten Weges (vgl. BGH, Urt. v. 21. September 2000 – IX ZR 127/99, WPM 2000, 2431, 2435) kann es sich jedoch anders verhalten, wenn die Rechtslage nach Ausschöpfung der eigenen Erkenntnismöglichkeiten ungeklärt und die Angelegenheit von schwer wiegender Bedeutung für die Entscheidung des Mandanten ist. Betrifft die Beratung in einem solchen Fall eine einschneidende, dauerhafte und später praktisch nicht mehr rückgängig zu machende rechtliche Gestaltung, hat der Steuerberater die Einholung einer Auskunft des Finanzamts zu empfehlen.

12 3. Die Beklagte trifft der Vorwurf einer schuldhaften Pflichtverletzung. Sie hätte den Klägerinnen nahe legen müssen, eine verbindliche Auskunft so rechtzeitig einzuholen, dass diese noch vor dem Notartermin erteilt werden konnte.

13 a) Nach § 16 EStG gehören zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb auch Gewinne, die erzielt werden bei der Veräußerung des ganzen Gewerbebetriebs oder des Anteils eines Gesellschafters, der als Unternehmer (Mitunternehmer) des Betriebs anzusehen ist. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zu dem insoweit gleich gelagerten § 17 Abs. 1 EStG wird der Tatbestand der Veräußerung in dem Zeitpunkt verwirklicht, zu dem die bürgerlich-rechtliche oder die wirtschaftliche Inhaberschaft auf den Erwerber übergeht (vgl. z. B. BFH, Urt. v. 28. Februar 1990 – I R 43/86, BStBl II 1990, 615, 616; siehe auch Schmidt/Wacker, EStG 25. Aufl. § 16 Rn. 121, 440 ff).

14 Eine höchstrichterliche Entscheidung zu der Frage, ob das zunächst ins Auge gefasste Tranchenmodell eine Versteuerung des gesamten Veräußerungsgewinns im Jahr des Zuflusses der ersten Kaufpreistratte zur Folge hat, lag im Jahre 1999 nicht vor; auf das von der Revisionserwiderung zitierte Urteil des Bundesfinanzhofs vom 11. Juli 2006 (VIII R 32/04) kann nicht abgestellt werden (vgl. BGHZ 145, 256, 261 ff). Die von der Revision angeführte Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 29. April 1993 (BStBl. II 1993, 666) verhält sich nicht zu der genannten Frage. Aufgrund verschiedener Äußerungen in Rechtsprechung und Literatur war aber davon auszugehen, dass diese Möglichkeit ernsthaft in Betracht kam. Es entsprach schon

damals der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, dass dem Käufer eines Anteils an Gesellschaften das wirtschaftliche Eigentum im Sinne des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO zuzurechnen ist, wenn er bereits eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb des Rechts gerichtete Position erworben hatte, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden konnte, und auch die mit den Anteilen verbundenen wesentlichen Rechte sowie das Risiko einer Wertminderung und die Chance einer Wertsteigerung auf ihn übergegangen waren (BFHE 141, 509, 513). Mit Urteil vom 10. März 1988 (BStBl. II 1988, 832, 834 f) hat der Bundesfinanzhof daher den sofortigen Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums mit Abschluss des notariellen Vertrags auch dann bejaht, wenn der Übergang der Anteile mit einer Befristung versehen war. In einem Aufsatz über die schrittweise Unternehmens- oder Anteilsveräußerung aus Anlass einer zum 1. Januar 1990 in Kraft getretenen Neufassung des § 34 EStG hat Blumers (DB 1988, 2317) darauf hingewiesen, dass ungeachtet des Teilverkaufs eines Unternehmens der volle Veräußerungsgewinn schon im Jahr des ersten Verkaufs anfallen kann. In dem aus demselben Anlass verfassten Aufsatz von Weber (DStZ 1989, 118, 119 f, 121) wird ebenfalls die Schwierigkeit der steuerrechtlichen Beurteilung aufgezeigt. Soweit Weber (a. a. O. S. 121) ein wirtschaftlich einheitliches Rechtsgeschäft auch dann verneinen will, wenn der Neugesellschafter sich verpflichtet, die noch nicht übertragenen Gesellschaftsanteile zu erwerben, betrifft dies den hier nicht gegebenen Fall, dass dem Altgesellschafter unter anderem das Stimmrecht entsprechend seiner Beteiligung weiterhin zusteht.

15 b) Die Entscheidung über die Gestaltung des Unternehmensverkaufs war von schwer wiegender Bedeutung für die Klägerinnen. Das zu veräußernde Unternehmen bildete bis dahin ihre Existenzgrundlage; der Erlös aus dem Verkauf sollte ihrer Alterssicherung dienen. Die Versteuerung des gesamten Veräußerungsgewinns im Veranlagungszeitraum 1999 oder 2000 war für sie finanziell nicht zu verkraften und musste daher „unbedingt“ vermieden werden. Die von der Beklagten geschuldete Beratung betraf daher eine einschneidende, dauerhafte und später praktisch nicht mehr rückgängig zu machende Vertragsgestaltung.

16 c) Die Heranziehung von Steuerberater B. durch den Ehemann der Klägerin zu 1 entband die Beklagte nicht von ihrer Pflicht, rechtzeitig die Einholung einer verbindlichen Auskunft zu empfehlen. Beauftragt ein Mandant nebeneinander zwei voneinander unabhängig tätige rechtliche Berater, so haben beide einen eigenständigen Pflichten- und Verantwortungsbereich. Keiner ist in seinem Pflichtenkreis als Erfüllungsgehilfe des anderen im Sinne des § 278 BGB tätig (vgl. BGH, Urt. v. 17. Dezember 1987 – IX ZR 41/86, NJW 1988, 1079, 1082; v. 24. März 1988 – IX ZR 114/87, NJW 1988, 3013, 3014). Selbst wenn die Berater voneinander wissen, darf keiner seine eigenen Pflichten im Vertrauen darauf vernachlässigen, der andere werde die seinen erfüllen (BGH, Urt. v. 8. Juli 1993 – IX ZR 242/92, NJW 1993, 2676, 2677). Die Ansicht der Revision, die Einholung der verbindlichen Auskunft sei allein Sache des Steuerberaters B. gewesen, kann sich nicht auf entsprechende Feststellungen stützen. Aus dem von ihr angeführten Schreiben dieses Steuerberaters vom 26. August 1999 ergibt sich das keineswegs. Die gegenteilige Wertung der Revision verstößt auch gegen die tatrichterlichen Feststellungen zum Umfang des Mandats der Beklagten. Im Übrigen würde sie die Annahme einer in erster Linie den Steuerberater B. treffenden Pflicht, die verbindliche Auskunft zu beantragen, nicht entlasten. Denn dann hätte das Ausbleiben einer rechtzeitigen Antragstellung sie veranlassen müssen, selbst einzugreifen (vgl. BGH, Urt. v. 19. Juli 2001 – IX ZR 246/00, NJW 2001, 3477, 3478).

17 d) Das von Steuerberater B. im Schreiben vom 30. August 1999 an die Beklagte erwähnte und von dieser mit Schreiben vom 15. und 21. September 1999 an die Käuferseite weitergetragene Optionsmodell mag zwar geeignet gewesen sein, das beschriebene steuerliche Risiko zu vermeiden. Es verschaffte dem Käufer jedoch eine ungleich stärkere zivilrechtli-

che Stellung, die schließlich dazu führte, dass die zunächst in der Hand der Klägerinnen verbliebenen Gesellschaftsanteile nur zu einem erheblich geringeren Kaufpreis veräußert werden konnten.

18 e) Ob und in welcher Weise sich die durch Art. 10 Nr. 9 des Jahressteuergesetzes 2007 vom 13. Dezember 2006 (BGBl. I 2006 S. 2878, 2902) eingeführte Gebührenlast (vgl. § 89 Abs. 3 bis 5 AO) auf die Pflicht des Steuerberaters auswirkt, gegebenenfalls die Einholung einer verbindlichen Auskunft des Finanzamts zu empfehlen, bedarf hier keiner Entscheidung.

19 f) Entgegen der Auffassung der Revision ist es nicht „rein spekulativ“, ob die Beklagte noch vor dem Notartermin am 27. September 1999 eine Auskunft des zuständigen Finanzamts hätte herbeiführen können. Das Berufungsgericht hat diese Möglichkeit in tatrichterlicher Würdigung bejaht; Rechtsfehler vermag die Revision nicht aufzuzeigen. Der Vertragsentwurf lag der Beklagten, die bereits mit den steuerrechtlichen Fragen des beabsichtigten Unternehmensverkaufs befasst war, seit Ende August 1999 vor; der Entwurf wies keine für die Beurteilung der steuerrechtlichen Fragen erheblichen Lücken auf. Spätestens von diesem Zeitpunkt an konnte die Beklagte auch die formellen Anforderungen, die nach dem Schreiben des Bundesministers der Finanzen vom 24. Juni 1987 (BStBl 1987 I, 474) an einen Antrag auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft zu stellen waren, erfüllen.

20 4. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Klägerinnen einer Empfehlung, eine verbindliche Auskunft des Finanzamts einzuholen, gefolgt wären und dass diese – inhaltsgleich mit der später erteilten Auskunft vom 13. Oktober 1999 – rechtzeitig vor Abschluss des notariellen Vertrages am 27. September 1999 eingegangen wäre (zur Maßgeblichkeit der mutmaßlichen Behördenentscheidung insoweit vgl. BGH, Urt. v. 3. Juni 1993 – IX ZR 173/92, NJW 1993, 2799, 2801 f.; v. 28. September 1995 – IX ZR 158/94, NJW 1995, 3248, 3249).

21 Die Vorinstanz hat sich ferner die Gewissheit verschafft, dass auch die Käuferseite nach einer rechtzeitigen positiven Auskunft des Finanzamts an dem zunächst ausgehandelten Tranchenmodell festgehalten hätte. Soweit die Revision dies in Zweifel zieht, versucht sie lediglich, ihre Würdigung an die Stelle derjenigen des Tatrichters zu setzen; damit kann sie im Revisionsverfahren keinen Erfolg haben.

22 Die Feststellungen des Berufungsgerichts sind auch nicht verfahrensfehlerhaft zustande gekommen. Der in der Berufungsbegründung unter Beweis gestellte Behauptung der Beklagten, der Käufer sei nicht mehr bereit gewesen, von der Optionslösung abzuweichen, brauchte das Berufungsgericht nicht nachzugehen. Es hat mit Recht darauf abgestellt, dass die Beklagte verpflichtet war, rechtzeitig die steuerliche Seite des geplanten Unternehmensverkaufs zu klären und das weitere Vorgehen – auch gegenüber der Käuferseite – danach auszurichten. Die durch die verspätete Einholung der verbindlichen Auskunft des Finanzamts nicht rechtzeitig beseitigte Unsicherheit in der steuerrechtlichen Beurteilung führte dazu, dass die Vertragsparteien das Optionsmodell vereinbarten. Wenn dieses dem Käufer wirtschaftlich so attraktiv erschien, dass er nicht mehr bereit war, davon abzugehen, ist dies der Beklagten zuzurechnen, weil diese dem Käufer kurz vor dem Notartermin das Optionsmodell schriftlich angetragen hatte. Damit hat sie die vom Berufungsgericht festgestellte Fehlberatung fortgesetzt.

23 5. Der entstandene Schaden ist der Beklagten zuzurechnen. Dem steht nicht entgegen, dass der den Klägerinnen entgangene Gewinn Folge der zivilrechtlichen Gestaltung des Anteilskauf- und Optionsvertrags vom 27. September 1999 war. Die Beklagte war nach den Feststellungen der Vorinstanzen verpflichtet, die Klägerinnen auch in (zivil-)rechtlicher Hinsicht zu beraten. Selbst wenn sich aber das Mandat auf die steuerrechtliche Seite des Unternehmensverkaufs beschränkt hätte, stünde die Zurechnung des Schadens nicht infrage. Denn die richtige Beratung über die steuerlichen Fragen war Voraussetzung für den angestrebten möglichst günstigen Unternehmensver-

kauf. Der durch dessen zivilrechtliche Gestaltung entstandene Schaden wird daher vom Schutzzweck der verletzten Beratungspflicht umfasst (vgl. BGH, Urt. v. 18. Januar 2007 – IX ZR 122/04, z.V. b. [= GuT 2007, 176 L]).

24 Zwar steht es im Ermessen des Finanzamts, eine verbindliche Auskunft zu erteilen. Nach der Rechtsprechung des Senats ist bei Verwaltungsentscheidungen danach zu unterscheiden, ob der Behörde ein Ermessen eingeräumt war. Ist dies zu bejahen, hat der Regressrichter festzustellen, welche Entscheidung die Behörde tatsächlich getroffen hätte (BGH, Urt. v. 23. November 1995 – IX ZR 225/94, NJW 1996, 842, 843). Hier haben die Vorinstanzen festgestellt, dass das Finanzamt die erbetene Auskunft, so wie später geschehen, fristgerecht erteilt hätte. Entschloss sich das zuständige Finanzamt jedoch, die begehrte Auskunft zu erteilen, war es inhaltlich an Gesetz und Recht gebunden. Daher ist insoweit grundsätzlich darauf abzustellen, wie die Behörde richtigerweise hätte entscheiden müssen (BGHZ 145, 256, 260; Fischer in Zuehör/ Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltschaft 2. Aufl. Rn. 1067). Ob hier im Blick auf den Schutzzweck der verletzten Vertragspflicht eine Ausnahme von den Regeln des normativen Schadensbegriffs zu machen ist, bedarf keiner Entscheidung. Denn die später erteilte Auskunft war richtig. Auch nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs ist für die Frage des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums im Rahmen einer Gesamtbildbetrachtung darauf abzustellen, ob der Käufer bereits eine rechtlich geschützte Erwerbsposition, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann, erlangt hat, und ob die mit dem Anteil verbundenen wesentlichen Rechte sowie das Risiko einer Wertminderung und die Chance einer Wertsteigerung auf ihn übergegangen sind (BFH DB 2006, 2665).

25 Der dem Tranchenmodell folgende Entwurf eines Anteilskauf- und Übertragungsvertrags sah in § 17 einen variablen Kaufpreisteil vor. Danach sollte sich der Preis im Falle einer Steigerung der Umsatzerlöse, des Rohertrags und des Betriebsergebnisses um jeweils festgesetzte Prozentsätze erhöhen. Folglich sollte die Chance einer Wertsteigerung noch in wesentlichem Umfang bei den Klägerinnen als Verkäuferinnen verbleiben. Des Weiteren war in dem Entwurf eines Gesellschaftsvertrags vorgesehen, dass in erheblichem Umfang die Gesellschafterversammlung mit einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen entscheidet. Das sollte etwa für die Erhöhung des Kommanditkapitals (§ 3 Abs. 4), die weitere Änderung des Gesellschaftsvertrags, die Änderung der Konten, den Jahresabschluss und die Ergebnisverwendung (§ 8) gelten. Schließlich verblieb nach § 12 das Gewinnbezugsrecht im Umfang der zunächst zurückbehaltenen Gesellschaftsanteile bei den Klägerinnen. Insgesamt kann nach dem Gesamtbild nicht von einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an den zunächst bei den Klägerinnen verbliebenen Anteilen gesprochen werden.

26 6. Die Frage, ob die nur zum Grunde zugelassene Revision der Beklagten sich darauf berufen kann, den Klägerinnen sei kein Schaden entstanden, bedarf keiner Klärung (vgl. dazu Musielak, ZPO 5. Aufl. § 304 Rn. 16 ff). Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der umgewandelten Gesellschaft führt nicht zu einem Wegfall des Kaufpreisanspruchs der Klägerinnen. Zwar folgt hieraus ein nachträgliches Leistungshindernis, wenn im Insolvenzzeitpunkt nach dem Tranchenmodell noch nicht alle Kommanditanteile an den Erwerber übertragen worden waren (vgl. RGZ 143, 20, 21 ff; BGHZ 24, 279, 297). Das Berufungsgericht hat aber in tatrichterlicher Auslegung der hier gegebenen Vertragsgestaltung angenommen, dass dieses Risiko vom Käufer der Gesellschaftsanteile übernommen worden war. Nach § 324 Abs. 1, § 440 Abs. 1 BGB a. F. behält der Verkäufer den Anspruch auf den Kaufpreis, wenn der Käufer das Risiko eines Leistungshindernisses übernommen hat. Ob dies der Fall ist, ist mangels einer ausdrücklichen vertraglichen Risikoübernahme im Wege der Auslegung des Vertrages zu erforschen (vgl. BGHZ 74, 370, 377 f; BGH, Urt. v. 16. Februar 1956 – II ZR 141/54, LM § 324 BGB Nr. 1; v. 7.

Februar 1969 – V ZR 112/65, NJW 1969, 837, 838; v. 25. März 1998 – VIII ZR 244/97, NJW 1998, 2284, 2286). Die hierfür erforderlichen Anhaltspunkte (MünchKomm-BGB/Emmerich, 4. Aufl. § 324 Rn. 14, 15, 18; RGRK/Ballhaus, BGB 12. Aufl. § 324 Rn. 9; Palandt/Heinrichs, BGB 61. Aufl. § 324 Rn. 6) hat das Berufungsgericht in § 17 des dem Tranchenmodell folgenden Vertragsentwurfs vom 26. August 1999 gefunden. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der beiderseits interessengerechten Vertragsauslegung liegt hierin nicht.

27 7. Da sich die allein zum Grund zugelassene Revision als unbegründet erweist, sind die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Schadenshöhe einer revisionsrechtlichen Überprüfung entzogen (vgl. Zöller/Gummer, ZPO 26. Aufl. § 543 Rn. 23). Die gegen die Nichtzulassung der Revision zur Höhe des zuerkannten Anspruchs gerichtete Beschwerde der Beklagten hat der Senat mit Beschluss vom 6. Juli 2006 zurückgewiesen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 675, 249 BGB

Steuerberater; Beratungsleistung; Wertpapiergeschäfte; Spekulationsgewinn; Verrechnung mit Verlusten; Haftung für Kursverluste; Schutzzweck der Beratungspflicht

Macht der Mandant die Entscheidung über einen Wertpapierverkauf erkennbar davon abhängig, dass entstandene Kursverluste mit Gewinnen verrechnet werden können und erteilt der Steuerberater daraufhin eine rechtlich fehlerhafte Auskunft, die den Mandanten veranlasst, von der Veräußerung abzusehen, so haftet der Berater dem Mandanten grundsätzlich für weitere Kursverluste.

(BGH, Urteil vom 18.1.2007 – IX ZR 122/04)

§ 675 BGB; § 68 StBerG

Steuerberater; Beratungsleistung; Unterrichtung über Rechtsänderungen aus Presseerzeugnissen; privates Spekulationsgeschäft; Beginn der Verjährungsfrist

Ein Steuerberater ist nicht verpflichtet, regelmäßig die Zeitschrift „Capital“ zu lesen.

Zum Beginn der Verjährungsfrist eines Schadensersatzanspruchs wegen Beratungsfehlers gegen den Steuerberater.

(nichtamtliche Leitsätze)

(BGH, Beschluss vom 29.3.2007 – IX ZR 102/06)

1 **Aus den Gründen:** Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung, und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO).

2 Ein Steuerberater ist nicht verpflichtet, regelmäßig die Zeitschrift „Capital“ zu lesen. Der Bundesgerichtshof hat eine Verpflichtung des Steuerberaters erwogen, Entwicklungen des Steuerrechts auch in der Tagespresse zu verfolgen, wenn Fachzeitschriften nicht die notwendige Aktualität verbürgen (Urt. v. 15. Juli 2004 – IX ZR 472/00, NJW 2004, 3487 [= GuT 2004, 245]). Ein nur alle zwei Wochen erscheinendes Anlegermagazin ist keine wesentliche Informationsquelle in diesem Sinne.

3 Etwaige Ansprüche der Klägerin sind außerdem verjährt (§ 68 StBerG). Die Steuerbelastung, derentwegen die Klägerin Schadensersatz verlangt, ist mit der Bestandskraft des Steuerbescheides endgültig geworden. Dass der Schaden erst mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9. März 2004 als solcher erkennbar wurde, ändert daran nichts; denn die Verjährungsfrist des § 68 StBerG begann in dem Zeitpunkt, in dem der Anspruch entstanden war. Die Voraussetzungen eines Sekundäranspruchs sind in den Tatsacheninstanzen nicht dargelegt worden.

4 Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO abgesehen.

[Wert des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde: 143 327,10 EUR]

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: BVerfG, Urteil vom 9.3.2004 – 2 BvL 17/02: Besteuerung von privaten Spekulationsgeschäften bei Wertpapieren in den Veranlagungszeiträumen 1997 und 1998 verfassungswidrig.

§ 68 StBerG; § 203 BGB

Steuerberatung; Anspruchsverjährung nach der Schuldrechtsreform; Hemmung des Laufs der Verjährungsfrist; Sekundärhaftung

Der Lauf der Verjährungsfrist nach § 68 StBerG wird seit 1. Januar 2002 durch Verhandlungen zwischen Schuldner und Gläubiger über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände gehemmt.

(BGH, Urteil vom 1.2.2007 – IX ZR 180/04)

10 **Aus den Gründen:** II. 1. [...] Der Anspruch des Auftraggebers gegen den Steuerberater auf Schadensersatz verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist. Dies ist im Allgemeinen anzunehmen, sobald sich die Vermögenslage des Betroffenen durch die Pflichtverletzung des Beraters objektiv verschlechtert hat. Dafür genügt, dass ein Teilschaden entstanden ist, unabhängig davon, ob dieser Schaden bestehen bleibt (BGHZ 114, 150, 152; 119, 69, 72; BGH, Urt. v. 18. Dezember 1997 – IX ZR 180/96, WPM 1998, 779, 780; v. 12. Februar 2004 – IX ZR 246/02, NJW-RR 2004, 1358, 1360 [= GuT 2004, 110 KL]; Zuehör in Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung 2. Aufl. Rn. 1343).

11 Die Verjährungsfrist des Primäranspruchs endete demgemäß am 5. März 2000.

12 2. Die Fragen, ob sich unter dem Gesichtspunkt der Sekundärhaftung eine weitere dreijährige Frist angeschlossen hat, und ob die Parteien in der Zeit vom 11. August 2002 bis 5. März 2003 Verhandlungen im Sinne des § 203 BGB über den Schadensersatzanspruch des Erblassers führten, durfte das Berufungsgericht nicht dahingestellt sein lassen. Beide Fragen sind entscheidungserheblich. Sind sie zu bejahen, ist Verjährung auch dann nicht eingetreten, wenn § 68 StBerG anwendbar ist.

13 a) Eine Verletzung der sekundären Hinweispflicht liegt vor, wenn ein Steuerberater trotz begründeten Anlasses die Prüfung unterlässt, ob er den Mandanten durch einen Fehler geschädigt hat, oder trotz einer solchen Prüfung den Auftraggeber nicht oder zu spät auf einen möglichen Regressanspruch gegen ihn und dessen Verjährung hinweist (BGHZ 83, 17, 22 f; 94, 380, 385; BGH, Urt. v. 16. November 1995 – IX ZR 148/94, WPM 1996, 540, 541 f, v. 9. Dezember 1999 – IX ZR 129/99, WPM 2000, 959, 960; v. 14. Dezember 2000 – IX ZR 332/99, NJW 2001, 826, 828; v. 23. September 2004 – IX ZR 137/03, NJW-RR 2005, 494, 497; Palandt/Heinrichs, a. a. O. Rn. 21 Überblick vor § 194; Zuehör, a. a. O. Rn. 1396 ff; Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 3. Aufl. Rn. 910 ff).

14 Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hat das Berufungsgericht bisher offen gelassen. Darlegungs- und beweispflichtig hierfür ist der Kläger (vgl. Zuehör, WPM 2000 Sonderbeilage Nr. 4 S. 31). Er hat insoweit vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass er ca. fünf Monate nach Darlehensgewährung, am 20. August 1997, Konkursantrag gestellt und zuvor den Beklagten hierzu befragt habe, der auch keine Alternative hierzu gesehen habe. Außerdem sei der Beklagte mit der Verteidigung des Erblassers im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren und mit dem Zivilprozess des Konkursverwalters gegen den Erblasser befasst worden. Ein entsprechendes Schreiben des Beklagten stamme vom 23. Oktober 1998. Diese Umstände kön-

nen begründeten Anlass für den Beklagten gegeben haben zu prüfen, ob er den Kläger durch einen Fehler geschädigt hat. Insofern fehlen die erforderlichen Feststellungen.

15 Soweit die Revisionserwiderung in diesem Zusammenhang einwendet, mit der Eröffnung des Konkursverfahrens sei das Mandat gemäß § 23 KO beendet worden, ist dies zutreffend (BGH, Beschl. v. 11. Oktober 1988 – X ZB 16/88, ZIP 1988, 1584, 1585; Kuhn/Uhlenbruck, KO 11. Aufl. § 23 Rn. 2). Ein möglicher Anlass zur Überprüfung bestand aber nach den Behauptungen der Kläger bereits vor Stellung des Antrags auf Eröffnung des Konkursverfahrens.

16 Eine Hinweispflicht kann grundsätzlich nur bis zur Beendigung des Mandats bestehen (BGHZ 94, 380, 386; BGH, Urt. v. 9. Dezember 1999 – IX ZR 129/99, a. a. O.; v. 12. Dezember 2002 – IX ZR 99/02, WPM 2003, 928, 929; Zugehör, a. a. O. Rn. 1381; Gräfe/Lenzen/Schmeer, a. a. O. Rn. 917). Sie kann sich aber auch aus einem neuen Auftrag über denselben Gegenstand ergeben (vgl. BGH, Urt. v. 21. Januar 1988 – IX ZR 65/87, WPM 1988, 629, 631; v. 24. Juni 1993 – IX ZR 216/92, WPM 1993, 1889, 1895; v. 16. November 1995 a. a. O. S. 542; Zugehör, a. a. O. Rn. 1383; Gräfe/Lenzen/Schmeer, a. a. O. Rn. 917). Ist dem Beklagten vom Erblasser vor Eintritt der Primärverjährung ein neuer Auftrag erteilt worden, sei es nunmehr auch im eigenen Namen und nicht – wie zuvor – im Namen der Schuldnerin, wird das Berufungsgericht auch zu prüfen haben, ob es Pflicht des Beklagten gewesen ist, seinen jetzigen Auftraggeber auf einen Regressanspruch aus dem früheren Mandat und die drohende Verjährung hinzuweisen, wenn dieser einen Schadensersatzanspruch aus dem Vertrag der Schuldnerin mit dem Beklagten wegen eines zu seinen Gunsten wirkenden Schutzzwecks dieses Vertrages erlangt hatte.

17 Die Verjährungsfrist eines möglichen Sekundäranspruchs hätte mit Eintritt der Primärverjährung am 5. März 2000 zu laufen begonnen, da an diesem Tag der Schaden eingetreten ist, der durch den unterlassenen Hinweis des Beklagten auf seine Schadensersatzpflicht entstanden ist (vgl. Zugehör, a. a. O. Rn. 1404).

18 b) Schloss sich an den Ablauf der Primärverjährung eine weitere Verjährungsfrist von drei Jahren an, lief diese bis 5. März 2003. Wurde der Lauf dieser Frist gemäß § 203 BGB durch Verhandlungen in der Zeit vom 11. August 2002 bis 5. März 2003 gehemmt, wird diese Zeit in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet, § 209 BGB. Die Verjährung konnte sodann frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung eintreten, § 203 Satz 2 BGB. Die Verjährungsfrist eines Sekundäranspruchs kann deshalb bei Einreichung der Klage dann nicht abgelaufen gewesen sein, wenn die Frist wegen Verhandlung der Parteien gemäß § 203 BGB ausreichend lange gehemmt war.

19 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war § 203 BGB mit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 1. Januar 2002 auf § 68 StBerG anwendbar.

20 aa) § 68 StBerG ist mit Wirkung vom 15. Dezember 2004 durch das Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 9. Dezember 2004 aufgehoben worden (BGBl. I S. 2314). Gemäß Art. 229 § 12 Abs. 1 Nr. 13 EGBGB i. V. m. Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB gelten ab 15. Dezember 2004 für die an diesem Tag bestehenden und noch nicht verjährten Ansprüche die Vorschriften des BGB. Da die Klage am 4. Juli 2003 eingereicht worden war, finden die Vorschriften des BGB nach näherer Maßgabe des Art. 229 §§ 6, 12 EGBGB Anwendung, wenn die Forderung am 15. Dezember 2004 noch nicht verjährt war. Dann ist der Anspruch auch jetzt nicht verjährt, § 204 Abs. 1 Nr. 1, § 209 BGB, Art. 229 § 12 Abs. 1, § 6 Abs. 1, 2 EGBGB.

21 bb) Bis 14. Dezember 2004 war § 68 StBerG in Kraft. Daneben fanden ab 1. Januar 2002 die durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts eingeführten neuen Regelungen des BGB zur Verjährung für die Ansprüche Anwendung, die an diesem Tag noch nicht verjährt waren (vgl. Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB).

22 (1) § 203 BGB galt ab 1. Januar 2002 für alle Ansprüche, deren Verjährung sich nach dem BGB richtet. Anwendbar war die Vorschrift – wie alle anderen neuen Vorschriften des BGB zur Verjährung – aber auch auf Ansprüche aus Sondergesetzen, soweit eine dortige Verjährungsregelung nicht abschließend war, sondern ausdrücklich oder stillschweigend ergänzend auf das Verjährungsrecht des BGB Bezug nahm (Palandt/Heinrichs, BGB 66. Aufl. § 203 Rn. 1).

23 (2) Eine Sondervorschrift enthielt § 68 StBerG nur zu Beginn und Dauer der Verjährungsfrist. Im Übrigen waren die allgemeinen Regeln des BGB zur Verjährung anwendbar, etwa zur Unterbrechung oder Hemmung (BGH, Urt. v. 15. Dezember 1988 – IX ZR 33/88, NJW 1990, 326, 327 zu § 209 Abs. 2 Nr. 4 BGB a. F.; Zugehör, WPM 2000, Sonderbeilage Nr. 4 S. 29; Vollkommer/Heinemann, Anwaltshaftung 2. Aufl. Rn. 647). Der Bundesgerichtshof hat es lediglich abgelehnt, Sondervorschriften zur Hemmung der Verjährung auf § 68 StBerG oder § 51 BRAO (ab 9. September 1994: § 51b BRAO) anzuwenden, etwa § 852 Abs. 2 BGB a. F. (BGH, Urt. v. 15. Dezember 1988, a. a. O.; v. 29. Februar 1996 – IX ZR 180/95, WPM 1996, 1106, 1107) oder § 639 Abs. 2 BGB a. F. (BGH, Urt. v. 25. September 1990 – XI ZR 126/89, WPM 1990, 1915, 1916; v. 29. Februar 1996 a. a. O. S. 1107).

24 Nach Änderung der Verjährungsvorschriften des BGB waren daher ab 1. Januar 2002 nunmehr die neuen Verjährungsvorschriften ergänzend heranzuziehen, soweit § 68 StBerG, § 51b BRAO keine Sonderregelung enthielten. Demgemäß hat der Senat bereits ausgesprochen, dass § 202 Abs. 2, § 204 Abs. 1 Nr. 1, § 209 BGB in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB auf am 1. Januar 2002 bestehende Ansprüche im Sinne des § 68 StBerG anzuwenden sind (BGHZ 161, 138, 140).

25 Für § 203 BGB n. F. gilt nichts anderes. Die Argumente, die gegen eine Anwendung von § 852 Abs. 2, § 639 Abs. 2 BGB a. F. sprechen, sind auf § 203 BGB n. F. nicht anwendbar, nachdem durch diese Vorschrift ein allgemeiner Hemmungstatbestand geschaffen wurde (OLG Düsseldorf, OLG-Report 2006, 518; OLG Hamm, Urt. v. 14. Oktober 2003 – 28 U 82/03, Umdruck S. 24, nicht veröffentlicht; Vollkommer/Heinemann, a. a. O. Rn. 647).

26 (3) Das Berufungsgericht meint, dass die Vorschriften außerhalb des BGB, die – wie § 68 StBerG – Sonderregelungen für die Dauer oder den Beginn der Verjährung enthielten, nicht in die Neuregelung der Verjährungsvorschriften im Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts einbezogen worden seien, sondern nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers erst in einem zweiten Reformschritt überprüft und gegebenenfalls geändert werden sollten. Dies trifft zu (vgl. BT-Drucks. 14/6857 S. 42 Anlage 3 zu Nr. 1 der Stellungnahme des Bundesrates). Die vorbehaltene Reform betraf aber nur den Inhalt der bestehenden gebliebenen Sonderregelungen, hier also die Dauer und den Beginn der Verjährungsfrist. Diese Sonderbestimmungen sind für sich allein nicht ausreichend. Erforderlich ist die ergänzende Anwendung der sonstigen Bestimmungen des Verjährungsrechts, wie der Unterbrechung oder der Hemmung der Verjährung. Es ist auszuschließen, dass der Gesetzgeber für die weiter bestehenden Sonderregelungen, etwa in § 68 StBerG, § 51b BRAO, eine ergänzende Anwendung des vor dem 1. Januar 2002 geltenden Verjährungsrechts des BGB gewollt hat. Eine derartige statische Verweisung hätte angesichts der zahlreichen systematischen Umstellungen, etwa von der Unterbrechung auf die Hemmung des Ablaufs der Verjährungsfrist, zu unerträglichen Systembrüchen im allgemeinen Verjährungsrecht geführt. Dass dieses nicht gewollt war, zeigt Art. 229 § 6 Abs. 1 EGBGB, aber auch Abs. 2 dieser Bestimmung, der eine vollständige Umstellung von der Unterbrechung auf die Hemmung vorsieht, sofern ein Sachverhalt nach altem und neuem Recht insoweit unterschiedlich behandelt wurde.

27 3. Das Berufungsgericht hat § 68 StBerG angewandt, ohne die Voraussetzungen dieser Vorschrift festzustellen.

28 § 68 StBerG ist nicht anwendbar, wenn die Pflichtverletzung, die dem Beklagten vorzuwerfen ist, keine solche aus einem Steuerberatungsverhältnis ist (vgl. §§ 1, 33 StBerG). Die Kläger werfen dem Beklagten vor, er habe die Außenstände der Schuldnerin falsch bewertet und deshalb deren Konkursreife verkannt. Eine Bewertung von Forderungen für sich alleine genommen ist keine typische Aufgabe, die einem Steuerberater obliegt. Ob § 68 StBerG anwendbar ist, hängt davon ab, ob die Tätigkeit im Rahmen eines Steuerberatungsmandats erfolgt oder einen ausreichenden Zusammenhang mit einer steuerberatenden Tätigkeit aufweist (vgl. BGHZ 115, 213, 226; BGH, Urt. v. 23. September 2004 – III ZR 256/03, zitiert nach juris; Gräfe/Lenzen/Schmeer, a. a. O. Rn. 858 ff). Dies behaupten die Kläger. Der Beklagte dagegen trägt vor, ein über die Erstellung der Jahresabschlüsse und Steuererklärungen hinausgehender Auftrag sei ihm nicht erteilt worden. Aus der Teilnahme an den Besprechungen habe sich keine rechtliche Verpflichtung für ihn ergeben, die wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft zu untersuchen und Prognosen über ihre Existenzfähigkeit zu erarbeiten.

29 Ist ein ausreichender Zusammenhang mit einer steuerberatenden Tätigkeit nicht gegeben, wäre die kurze berufsrechtliche Verjährungsfrist des § 68 StBerG nicht anwendbar gewesen, sondern die Regelverjährung von 30 Jahren nach § 195 BGB a. F., sofern die Kläger die Erteilung eines entsprechenden Auftrags beweisen. Ab Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1. Januar 2002 hätten die ab 1. Januar 2002 geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung gefunden, wenn der Anspruch zu diesem Zeitpunkt noch nicht verjährt war (Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB). Da die Verjährungsfrist gemäß § 198 BGB a. F. mit Entstehung des Anspruchs, also am 5. März 1997 zu laufen begonnen hatte, war sie am 1. Januar 2002 noch nicht abgelaufen. Ab 1. Januar 2002 galt sodann zwar die kürzere Verjährungsfrist des § 195 BGB n. F. Diese konnte jedoch frühestens am 1. Januar 2002 begonnen (Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB, § 199 Abs. 1 BGB) und nicht vor der zuvor angelaufenen 30jährigen Frist geendet haben, so dass es bei der 3jährigen Frist blieb, Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 2 EGBGB, § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB. Diese war bei Einreichung der Klage am 4. Juli 2003 jedenfalls noch nicht abgelaufen.

30 III. Das angefochtene Urteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

31 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

32 1. Liegen die Voraussetzungen eines Sekundäranspruchs vor, ist maßgebend, ob die Verjährungsfrist durch Verhandlungen des Erblasser mit dem Beklagten oder dessen Haftpflichtversicherung ausreichend lange gehemmt war. Für ein Verhandeln genügt, wie bei § 852 Abs. 2 BGB a. F., jeder Meinungsaustausch über den Schadensfall zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten, sofern nicht sofort und eindeutig jeder Ersatz abgelehnt wird. Verhandlungen schweben schon dann, wenn der in Anspruch Genommene Erklärungen abgibt, die dem Geschädigten die Annahme gestatten, der Verpflichtete lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung von Schadenersatzansprüchen ein (BGH, Urt. v. 8. Mai 2001 – VI ZR 208/00, NJW-RR 2001, 1168, 1169; v. 26. Oktober 2006 – VII ZR 194/05, EWIR 2007, 5 [= GuT 2006, 369]). Dafür kann zunächst genügen, dass der Anspruchsgegner mitteilt, er habe die Angelegenheit seiner Haftpflichtversicherung zur Prüfung übersandt (vgl. BGH, Urt. v. 7. Oktober 1982 – VII ZR 334/80, NJW 1983, 162, 163).

33 Dass zwischen den Parteien in der Zeit zwischen 11. August 2002 und 5. März 2003 Verhandlungen stattfanden, war in erster Instanz unstreitig. Auch das Landgericht ist in seinem Urteil hiervon ausgegangen, hat dies aber für unbeachtlich gehalten. Einzelheiten hierzu hat der Kläger freilich erst in der Be-

rufung vorgetragen. Soweit es hierauf ankommt, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob dieser neue Sachvortrag gemäß § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen ist.

34 2. Sofern Verjährung nicht eingetreten ist, wird das Bestehen des Anspruchs, insbesondere eine Pflichtverletzung und das Verschulden des Beklagten zu prüfen sein. Der Senat weist insoweit lediglich darauf hin, dass das Berufungsurteil insoweit widersprüchlich ist, als es einerseits den Beklagten als früheren Steuerberater des Erblassers ansieht, andererseits aber auf die Feststellungen des Landgerichts verweist, wonach der Beklagte Steuerberater der Schuldnerin war. In letzterem Fall müsste zunächst geprüft werden, ob ein Vertrag mit Schutzwirkung für den Erblasser vorlag (vgl. Zugehör, a. a. O. Rn. 1644 ff; Gräfe/Lenzen/Schmeer, a. a. O. Rn. 434 ff).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 266a StGB; §§ 174, 184, 302 InsO; § 823 BGB
Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt
bei Zahlungsunfähigkeit; Sozialversicherung;
Insolvenz des Bauunternehmens**

a) Legt der Schuldner Widerspruch gegen die Anmeldung einer Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung ein, kann der Insolvenzgläubiger Klage auf Feststellung dieses Rechtsgrundes erheben. (nur Leitsatz)

b) Kann der Arbeitgeber seine Verbindlichkeit gegenüber dem Träger der Sozialversicherung wegen Zahlungsunfähigkeit nicht erfüllen, liegt der Tatbestand des § 266a StGB grundsätzlich nicht vor.

(BGH, Urteil vom 18.1.2007 – IX ZR 176/05)

1 **Zum Sachverhalt:** Aufgrund eines mit einem Antrag auf Restschuldbefreiung verbundenen Eigenantrags des Beklagten, der ein Bauunternehmen betrieb, wurde am 9. April 2003 das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Klägerin meldete rückständige Sozialversicherungsbeiträge zur Tabelle an. Sie machte geltend, ein Teilbetrag von 2405,18 € entfalle auf eine Forderung aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung, nämlich auf vorenthaltene Arbeitnehmeranteile für die Monate Januar bis Juni 1998. Der Beklagte widersprach der Einordnung der genannten Teilforderung als einer solchen aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung.

2 Die Klägerin hat daraufhin Klage auf Feststellung erhoben, dass die Teilforderung aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung herrühre. Amtsgericht Neubrandenburg und Landgericht Neubrandenburg haben der Klage stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision begehrt der Beklagte weiterhin die Klageabweisung.

3 **Aus den Gründen:** Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung.

4 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Feststellungsklage sei in entsprechender Anwendung von § 184 InsO zulässig. Der Kläger habe ein berechtigtes Feststellungsinteresse. Auch wenn der Schuldner nur bestreite, dass die von dem Gläubiger angemeldete Forderung aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung stamme, berühre sein Widerspruch die Interessenlage des Gläubigers. Werde der Widerspruch nicht beseitigt, habe er zur Folge, dass die fragliche Forderung unter die später gewährte Restschuldbefreiung falle. Zwar stehe zunächst noch nicht fest, ob es zu der Restschuldbefreiung komme. Wenn der Gläubiger bis zu deren Bewilligung abwarten müsse, ehe er den Widerspruch beseitigen dürfe, könne er jedoch in Beweisnot geraten. Die frühzeitige Klärung der rechtlichen Qualität der Gläubigerforderung liege auch im Interesse des Schuldners.

5 Das Begehren der Klägerin sei auch begründet. Der Beklagte sei als Arbeitgeber für die ordnungsgemäße Abführung

der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung verantwortlich gewesen. Dabei habe es sich um für ihn fremdes Geld gehandelt. Deshalb sei die finanzielle Leistungsfähigkeit des Beklagten unerheblich. Mit dem Unterlassen der Abführung habe er den objektiven Tatbestand des § 266a StGB verwirklicht. Der Vortrag, er sei seinerzeit mit anderen Unternehmern in einer Arbeitsgemeinschaft verbunden gewesen und habe sich darauf verlassen, dass deren Mitarbeiter die Löhne ordnungsgemäß berechnen und die Sozialversicherungsbeiträge abführen würden, vermöge den Beklagten nicht vom Vorwurf des Vorsatzes zu entlasten.

6 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand.

7 1. Gegen die Zulässigkeit der Feststellungsklage bestehen keine Bedenken. [...]

12 2. Demgegenüber hält die Annahme des Berufungsgerichts, die Feststellungsklage sei auch sachlich gerechtfertigt, nach derzeitigem Sach- und Streitstand der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

13 a) Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist die Prüfung der Begründetheit dem Senat nicht verwehrt. [...]

14 b) Falls der Beklagte den objektiven Tatbestand des § 266a StGB erfüllt, nämlich als Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge von Arbeitnehmern zur Sozialversicherung vorenthalten hat, ist allerdings – entgegen dem Angriff der Revision – an dem bedingten Vorsatz des Beklagten nicht zu zweifeln. Der Tatrichter hat festgestellt, dass der Beklagte – und nicht etwa die Arbeitsgemeinschaft – Arbeitgeber war. Anfangs habe zwar die Buchhaltung der Arbeitsgemeinschaft, welcher der Beklagte als selbstständiger Unternehmer angehört habe, die Sozialversicherungsbeiträge berechnet und abgeführt. Jedoch sei es ab Anfang 1998 zu Streitigkeiten innerhalb der Arbeitsgemeinschaft gekommen, und „zur Zeit der hier maßgeblichen Ereignisse“ sei der Beklagte bereits aus der Arbeitsgemeinschaft ausgeschlossen gewesen. Gleichwohl habe er keinerlei Informationen über die Lohn- und Gehaltsberechnungen seiner Mitarbeiter eingeholt. Dies rechtfertigt den vom Berufungsgericht gezogenen Schluss, er habe sich um seine Arbeitgeberpflichten überhaupt nicht gekümmert und damit mögliche Verstöße bewusst in Kauf genommen.

[...]

16 c) Indes kann derzeit nicht davon ausgegangen werden, dass der Beklagte den objektiven Tatbestand des § 266a StGB erfüllt hat.

17 In den Tatsacheninstanzen hat der Beklagte geltend gemacht, er sei in dem fraglichen Zeitraum zahlungsunfähig gewesen. Das Berufungsgericht hat dazu keine Feststellungen getroffen. Es hat die Leistungsfähigkeit des Beklagten für unerheblich gehalten, weil er fremdes Geld zu verwalten gehabt habe. Dies ist rechtsfehlerhaft. Alleiniger Schuldner des Arbeitnehmeranteils zur Sozialversicherung ist gemäß § 28 Abs. 1 SGB IV der Arbeitgeber. Damit fehlt es an einem Treuhandverhältnis des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern (BGHZ 149, 100, 105 f.; BGH, Urt. v. 10. Juli 2003 – IX ZR 89/02, ZIP 2003, 1666, 1668; v. 8. Dezember 2005 – IX ZR 182/01, ZIP 2006, 290, 291 [= GuT 2006, 96 KL]; BGHSt 47, 318, 319). Kann der Arbeitgeber seine Verbindlichkeit gegenüber dem Träger der Sozialversicherung wegen Zahlungsunfähigkeit nicht erfüllen, liegt der Tatbestand des § 266a StGB grundsätzlich nicht vor (BGHZ 134, 304, 307; BGH, Urt. v. 25. September 2006 – II ZR 108/05, ZIP 2006, 2127 [= GuT 2007, 56 f KL]; BGHSt 47, 318, 320).

18 Allerdings kann dieser Tatbestand auch dann verwirklicht werden, wenn der Handlungspflichtige zwar zum Fälligkeitstag zahlungsunfähig, sein pflichtwidriges Verhalten jedoch praktisch vorverlagert ist; dies kann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber erkennt, dass sich in seinem Unternehmen Liquiditätsprobleme abzeichnen, und er es gleichwohl unterlässt, durch besondere Maßnahmen (etwa die Aufstellung eines Liquiditätsplans und die Bildung von Rücklagen oder durch Absehen von der Auszahlung des vollen Nettolohns an die Arbeitnehmer)

die Zahlung zum Fälligkeitstag sicherzustellen (BGHZ 134, 304, 308; BGH, Urt. v. 25. September 2006 a. a. O.; BGHSt 47, 318, 320 ff). Das Berufungsgericht hat jedoch die Voraussetzungen eines derartigen Ausnahmefalls nicht festgestellt.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Kurzfassungen/Leitsätze (KL)

Steuerrecht etc.

§ 675 BGB – Steuerberatung; Aufklärung über eine Gestaltungsmöglichkeit; zukünftige Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung

1 Die statthafte und auch sonst zulässige Beschwerde ist unbegründet. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO).

2 Die angestrebte Revision kann keinen Beitrag zur Klärung der Frage leisten, ob ein steuerlicher Berater seinen Mandanten auch dann über eine Gestaltungsmöglichkeit aufklären muss, wenn ihre Anerkennung durch die Finanzverwaltung und die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht sicher ist (vgl. dazu bereits BGHZ 129, 386, 396; BGH, Urt. v. 20. Oktober 2005 – IX ZR 127/04, WPM 2005, 2345, 2346 unter II. 2. a). Die Beratung zur steuergünstigen Aufnahme eines Soziums in die Zahnarztpraxis des Klägers brauchte sich in den Jahren 1990/91 noch nicht darauf zu erstrecken, dass die Tarifbegünstigung des § 34 Abs. 1 EStG für die Zahlungen des eintretenden Gesellschafters nach § 18 Abs. 3, § 34 Abs. 2 Nr. 1 EStG im Rahmen eines Zweistufenmodells in Frage kam.

3 Für diese Grenze der Beratungspflicht kam es allerdings nicht entscheidend auf die vom Berufungsgericht angeführten Zweifel unter dem Gesichtspunkt des Gestaltungsmissbrauchs an (vgl. dazu später BFHE 189, 465, 478; BFH BStBl. II 2004, 1068, 1069 f). Ausschlaggebend ist, dass der Beklagte zur Zeit seiner Beratung nach damaligem Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung und Verwaltungspraxis, den er pflichtgemäß zugrunde legen musste (BGHZ 145, 256, 259, 263; BGH, Urt. v. 20. Oktober 2005 a. a. O., S. 2345), nicht damit zu rechnen brauchte, dass für den Kläger eine Tarifbegünstigung nach § 18 Abs. 3, § 34 Abs. 2 Nr. 1 EStG erreichbar sein könnte.

4 Nach ständiger Rechtsprechung des IV. Senats des Bundesfinanzhofs setzte die Veräußerung oder Aufgabe einer Praxis, Teilpraxis oder eines Praxisanteils nach § 18 Abs. 3 EStG voraus, dass die freiberufliche Tätigkeit des Praxisinhabers im bisherigen örtlichen Wirkungskreis wenigstens für eine gewisse Zeit eingestellt wurde (vgl. BFH BStBl. II 1986, 335, 336 = BFHE 145, 522; als ständige Rechtsprechung noch bezeichnet im Urteil des BFH v. 7. November 1991 BStBl. II 1992, 457 = BFHE 166, 527). Diese Rechtsprechung hatte das Bundesfinanzministerium in die Einkommensteuerrichtlinien 1990, Abschnitt 147 Satz 6 (BStBl. I Sondernummer 4/1990) übernommen.

5 Eine Änderung dieser Rechtsprechung zeichnete sich vor den Entscheidungen des Bundesfinanzhofs vom 14. September 1994 (BFH BStBl. II 1995, 407, 408; BFH/NV 1995, 766) nicht ab, mit denen der I. Senat ausdrücklich und mit dessen Zustimmung von der ständigen Rechtsprechung des IV. Senats abwich. Mit dieser Entwicklung brauchte ein Berater im Voraus nicht zu rechnen, zumal noch die Einfügung von § 24 Abs. 3 Satz 3 UmwStG durch Art. 11 Nr. 2 des Gesetzes vom 21. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2310) eine gegenläufige Tendenz erkennen ließ.

6 Da der Kläger seine Berufstätigkeit an gleicher Stelle mit einem Sozium fortsetzen wollte, war für ihn eine Tarifbegünstigung der Ausgleichszahlung auf dem Wege der Betriebsveräußerung gemäß § 18 Abs. 3, § 34 Abs. 2 Nr. 1 EStG selbst mit einem zweistufigen Vorgehen aus der Sicht der Jahre 1990/91

praktisch unerreichbar. Zu einer Aufklärung über Gestaltungsmöglichkeiten, die nach derzeitigem und voraussehbarem Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der einschlägigen Steuerrichtlinien oder Verwaltungserlasse nicht nur unsicher, sondern praktisch aussichtslos und damit bei vernünftiger Abwägung untauglich sind, ist der steuerliche Berater nicht ver-

pflichtet. In diesem Sinne ist die ergangene obergerichtliche Rechtsprechung einheitlich (vgl. auch OLG Karlsruhe, OLG-Report 2003, 523, 525 zu einem im wesentlichen gleichen Beratungsgegenstand im Jahre 1993).

(BGH, Beschluss vom 7.12.2006 – IX ZR 71/03)

Magazin

Politik und Recht

VG Würzburg-Presseerklärung vom 7.12.2006

Jagdrecht und Jagdpflicht

Die 5. Kammer des Verwaltungsgerichts Würzburg hat heute zwei Klagen abgewiesen, mit denen die behördliche Zustimmung zum Ruhen der Jagd in den Eigenjagdrevieren „Gut Greußenheim“ und „Triefenstein-Wald“ hatte erreicht werden sollen (W 5 K 06. 351 und W 5 K 06. 353, Urteile vom 7.12.2006). Kläger waren sowohl juristische (GmbH & Co KGs) als auch natürliche Personen.

Die Kammer sah die natürlichen Personen als nicht klagebefugt an, weil die Zustimmung zum Ruhen der Jagd nur vom Eigentümer und vom Nutznießer beantragt werden könne, diesen Klägern eine solche Rechtsstellung aber nicht zukomme. Die Klage wurde insoweit als unzulässig angesehen.

Beide Klagen hielt die Kammer im Übrigen für unbegründet. Die Voraussetzungen für ein Ruhen der Jagd lägen nicht vor. Die Jagdbehörden hätten zu Recht eine Gefährdung der betroffenen jagdrechtlichen Zielsetzungen bejaht. Mit dem eigentumsgebundenen Jagdrecht korrespondiere nach der gesetzgeberischen Grundentscheidung zur Notwendigkeit der Regulierung von Wildbeständen durch Abschuss die Jagdpflicht. Eine Ausnahme komme nur unter ganz besonderen Umständen in Betracht, die in den betroffenen Jagdrevieren nicht vorlägen. Der von den Klägern propagierten Selbstregulierung der Wildpopulation erteilte die Kammer unter Hinweis auf höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ebenso eine Absage wie der Populationsregulierung durch sog. Immunkontrazeption. Der Gesetzgeber habe im Übrigen die Intention verfolgt, jede Zersplitterung der Jagdrechte zu verhindern.

Auch die Berufung der Kläger auf das Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit habe zu keinem anderen Ergebnis führen können. Zum einen seien die klagenden juristischen Personen insoweit keine geeigneten Grundrechtsträger, zum anderen habe das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, dass im Jagdrecht kein Raum für die Berücksichtigung individueller Glaubens- und Gewissensüberzeugungen bestehe. Auch Inhaber von Eigenjagdrevieren könnten ihr Land nicht nach freiem Belieben entsprechend ihrer Gewissensüberzeugung in jagdlicher Hinsicht nutzen. Auch sie seien zur Jagd in Form der „Hege mit der Büchse“ verpflichtet. Dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung schloss sich die 5. Kammer an. Auch Inhaber eines Eigenjagdreviers haben danach grundsätzlich nicht die Möglichkeit, die Jagd auf Tiere in ihrem Jagdbezirk zu verhindern.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 39/2007 vom 3.4.2007 Kein Betriebsbesichtigungsrecht der Handwerkskammern bei Gewerbetreibenden, die die Eintragungsvoraussetzungen in die Handwerksrolle nicht erfüllen

Der Beschwerdeführer ist gelernter Maler- und Lackierergeselle. Die Voraussetzungen für eine Eintragung in die Handwerksrolle erfüllt er nicht. Ihm war eine Reisegewerbekarte für „Reparaturen und kleinere Handreichungen an Ort und Stelle“ erteilt worden, wobei „Neuerstellungen (bei Maler- und Verputzerarbeiten)“ ausdrücklich ausgenommen waren. Im Oktober 2003 versuchte ein Beauftragter der Handwerkskammer auf der Grundlage von § 17 Abs. 2 Handwerksordnung, bei dem Beschwerdeführer einen „Betriebsbesuch“ vorzunehmen. Es bestehe der Verdacht, dass der Beschwerdeführer unerlaubt dem Maler- und Lackierhandwerk nachgehe, weil er nicht in der Handwerksrolle eingetragen sei. Der Beschwerdeführer erteilte der Handwerkskammer Hausverbot und beantragte vor dem Verwaltungsgericht die Feststellung, dass die Handwerkskammer nicht berechtigt sei, bei ihm eine Haus- oder Betriebsbesichtigung vorzunehmen. Die Klage wurde abgewiesen. Sein Rechtsmittel vor dem Verwaltungsgerichtshof war erfolglos.

Die Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg. Die 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hob die gerichtlichen Entscheidungen auf. Die Annahme der Fachgerichte, dass die Handwerkskammer berechtigt sei, bei dem Beschwerdeführer eine Betriebsbesichtigung durchzuführen, sei mit dem Grundrecht des Beschwerdeführers aus Art. 13 Abs. 1 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung) nicht zu vereinbaren (Beschluss vom 15. 3. 2007 – 1 BvR 2138/05).

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

Das Betreten der Räume diene nicht einem erlaubten Zweck. Zweck des in § 17 Abs. 2 HandwO geregelten Betretungsrechts ist die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen in die Handwerksrolle. Um die Handwerksrolle korrekt führen zu können, müssen die Handwerkskammern über Informationen verfügen, die sie zur Prüfung befähigen, ob ein Betrieb einzutragen oder zu löschen ist. Bei dem Beschwerdeführer liegen die persönlichen Voraussetzungen für eine Eintragung in die Handwerksrolle erkennbar nicht vor. In dieser Konstellation kann der Zweck der Ausübung des Betretungs- und Besichtigungsrechts nicht in der Eintragung des Beschwerdeführers in die Handwerksrolle bestehen. Es steht bereits hinreichend sicher fest, dass es für die korrekte Führung der Handwerksrolle keiner weiteren Informationen mehr bedarf, die durch eine Betriebsbesichtigung zu erlangen wären.

Zweck des Betretungsrechts ist es dagegen nicht, dass sich die Handwerkskammern auf diesem Weg Informationen über rechtswidrig tätige Gewerbetreibende verschaffen können, um bei der zuständigen Verwaltungsbehörde ein Ordnungswidrigkeitenverfahren herbeizuführen. Aufgabe der Handwerkskammern ist es, als Organisation der Selbstverwaltung die Interes-

sen ihrer Mitglieder wahrzunehmen und nicht als staatliche Aufsichts- oder Verfolgungsbehörden tätig zu sein. Dies wird durch den seit 2004 neu gefassten § 17 Abs. 1 Satz 2 HandwO bestätigt; denn den Handwerkskammern wird nunmehr ausdrücklich untersagt, die nach dieser Vorschrift gewonnenen Erkenntnisse, die für die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen nicht erforderlich sind, für andere Zwecke, namentlich für die Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten zu verwerten. Die Beschränkung des Betretungsrechts der Handwerkskammern auf den Zweck der korrekten Führung der Handwerksrolle ist umso mehr angezeigt, als anderenfalls der Zutritt der Handwerkskammern in die Nähe einer – gemäß Art. 13 Abs. 2 GG dem Richtervorbehalt unterliegenden – Durchsuchung geriete.

Hingegen ist die gesetzliche Regelung in § 17 Abs. 2 HandwO selbst nicht verfassungswidrig; denn sie ist einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich. Dem Wortlaut entsprechend darf die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen bei einzutragenden Gewerbetreibenden nur unter der Fragestellung erfolgen, ob ein Gewerbetreibender durch die Handwerkskammer tatsächlich in die Handwerksrolle einzutragen ist. Steht von vornherein unzweifelhaft fest, dass dies nicht der Fall ist, besteht kein Betretungsrecht.

BGH-Pressmitteilung Nr. 42/2007 vom 13. 4. 2007

Widerrufsbelehrungen müssen auch über Rechte des Verbrauchers informieren

Bei so genannten Haustürgeschäften steht dem Verbraucher das Recht zu, seine auf Abschluss des Vertrages gerichtete Erklärung zu widerrufen, § 312 BGB. Die Frist zum Widerruf beträgt zwei Wochen. Sie beginnt mit dem Zeitpunkt, zu dem dem Verbraucher eine Belehrung über das Widerrufsrecht mitgeteilt worden ist, § 355 Abs. 2 BGB. Die Widerrufsbelehrung muss, wenn sie nicht genau einem gesetzlichen Muster entspricht (Anlage 2 zu § 14 Abs. 1 BGB-InfoV), den Anforderungen genügen, die das Gesetz an verschiedenen Stellen formuliert. Allgemein erfordert der Schutz des Verbrauchers eine möglichst umfassende, unmissverständliche und aus dem Verständnis des Verbrauchers eindeutige Belehrung.

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass eine Widerrufsbelehrung, die den Verbraucher lediglich über dessen Pflichten im Falle des Widerrufs, nicht jedoch über dessen wesentliche Rechte informiert, nicht den Anforderungen des Gesetzes genügt. Ohne ausreichende Widerrufsbelehrung beginnt der Lauf der zweiwöchigen Widerrufsfrist nicht (Urteil vom 12. 4. 2007 – VII ZR 122/06).

In dem zugrunde liegenden Fall hatte der Handelsvertreter eines Unternehmers eine Privatperson in deren Wohnung aufgesucht und ihr Fassaden- und Fassadenputzarbeiten zu einem Festpreis angeboten. Der Kunde unterschrieb ein Angebot, das später vom Unternehmer angenommen wurde. Das Angebotsformular enthielt folgenden Text:

„Widerrufsbelehrung: Sie können Ihre Bestellung innerhalb von zwei Wochen ab Aushändigung dieser Belehrung ohne Begründung in Textform (z. B. Brief, Fax, E-Mail) oder durch Rücksendung der bestellten Gegenstände gegenüber der Fa. D. - es folgt die Adresse - widerrufen. Zur Wahrung der Frist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs.“

Im Falle des Widerrufs müssen Sie die erhaltene Sache zurück- und gezogene Nutzungen herausgeben. Ferner haben Sie Wertersatz zu leisten, soweit die Rückgewähr oder die Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist, Sie den empfangenen Gegenstand verbraucht, veräußert, belastet, verarbeitet oder umgestaltet haben oder die erhaltene Sache sich verschlechtert hat oder untergegangen ist. Die durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung bleibt außer Betracht.“

Der Kunde widerrief sein Angebot mehr als zwei Wochen nach seiner Abgabe. Er war nicht mehr bereit, die Arbeiten vornehmen zu lassen. Der Unternehmer verlangte eine pauschale Entschädigung. Damit hatte er keinen Erfolg.

Der Bundesgerichtshof hat es dahin stehen lassen, ob die Frist von zwei Wochen schon dann beginnt, wenn das bindende Angebot abgegeben worden ist, oder erst dann, wenn der Vertrag durch Annahme des Angebots seitens des Unternehmers geschlossen worden ist. Darauf kam es nicht an, weil eine Frist überhaupt nicht beginnen konnte. Denn die Widerrufsbelehrung entsprach nicht den Anforderungen des Gesetzes. Sie informierte nicht über die wesentlichen Rechte des Verbrauchers, die sich daraus ergeben, dass nach dem Widerruf das gesetzliche Rücktrittsrecht anwendbar ist. Dazu gehört das Recht des Verbrauchers, vom Unternehmer geleistete Zahlungen und auch Zinsen zu verlangen.

BGH-Pressmitteilung Nr. 48/2007 vom 24. 4. 2007

Anrechnung von Steuervorteilen bei Rückabwicklung eines Fondsfinanzierungsdarlehens nach § 3 HWiG

Der für das Bank- und Börsenrecht zuständige XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte über die Rechtsfrage der Anrechnung von Steuervorteilen bei der Rückabwicklung eines finanzierten Fondserwerbs zu entscheiden (Urteil vom 24. 4. 2007 – XI ZR 17/06).

Die Klägerin und ihr Ehemann waren im Jahr 1994 von einem Vermittler in ihrer Wohnung überredet worden, Anteile an einem geschlossenen Immobilienfonds zu erwerben und diesen Erwerb durch ein Darlehen des beklagten Kreditinstituts zu finanzieren. Eine Belehrung über ihr Recht zum Widerruf nach dem Haustürwiderrufsgesetz (HWiG) wurde ihnen vor Abschluss des Darlehensvertrages nicht erteilt. Im Jahr 2000 widerriefen sie den Darlehensvertrag nach § 1 HWiG und nahmen das beklagte Kreditinstitut auf Rückzahlung der auf das Darlehen geleisteten Zahlungen sowie auf Feststellung, dass ihm keine Ansprüche aus dem Darlehensvertrag zustehen, Zug um Zug gegen Abtretung der finanzierten Fondsanteile in Anspruch. Das Oberlandesgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben, aber die erzielten Steuervorteile von 6913,64 € anspruchsmindernd berücksichtigt und insoweit die Klage abgewiesen. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin, mit der sie sich gegen die anspruchsmindernde Berücksichtigung der Steuervorteile gewandt hat, hatte keinen Erfolg.

Unter Änderung der Rechtsprechung (BGH, Urteile vom 14. Juni 2004 - II ZR 385/02, WPM 2004, 1527, 1529, vom 18. Oktober 2004 - II ZR 352/02, WPM 2004, 2491, 2494 und vom 31. Januar 2005 - II ZR 200/03, WPM 2005, 547, 546) hat der XI. Zivilsenat entschieden, dass es bei der umfassenden Rückabwicklung eines nach § 1 HWiG widerrufenen Darlehensvertrages, der mit einem finanzierten Fondsanteilserwerb ein verbundenes Geschäft im Sinne von § 9 VerbrKrG bildet (vgl. dazu Senatsurteil BGHZ 167, 252, 256 Tz. 12), mit dem Sinn und Zweck des § 3 HWiG nicht zu vereinbaren ist, wenn der Anleger nach Rückabwicklung der kreditfinanzierten Fondsbeteiligung besser stünde als er ohne diese Beteiligung gestanden hätte. Es entspricht daher der Billigkeit, dass unverfallbare und nicht anderweitig erzielbare Steuervorteile den Rückforderungsanspruch des Darlehensnehmers gegen die finanzierende Bank in entsprechender Anwendung des schadensersatzrechtlichen Rechtsgedankens der Vorteilsausgleichung mindern.

SPD-Bundestagsfraktion Pressmitteilung vom 26. 4. 2007

SPD will stärker gegen unerwünschte Werbeanrufe vorgehen

Anlaesslich der fraktionsinternen Anhoerung zu unerwünschten Webeanrufen erklaeern der zustaendige Berichterstatter der Arbeitsgruppe Ernaehrung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der SPD-Bundestagsfraktion, Manfred Zoellmer, und der Berichterstatter fuer Telekommunikation der SPD-Bundestagsfraktion, Martin Doermann:

Zunehmend mehr Unternehmen haben das Werben am Telefon als vergleichsweise preiswerte Werbemaassnahme fuer sich entdeckt.

In letzter Zeit haben die unerwünschten Werbeanrufe um mindestens ein Drittel zugenommen, wie eine jüngste Erfassung der Gesellschaft fuer Konsumforschung ergab. Auch die Verbraucherzentralen vermelden einen erheblichen Anstieg von Beschwerden von Verbraucherinnen und Verbrauchern, die sich durch derartige Werbeanrufe belästigt fühlen.

Folge des – manchmal auch aggressiven – Telefonmarketings sind in vielen Fällen Vertragsabschlüsse oder Vertragsänderungen, die von den Verbraucherinnen und Verbraucher oftmals aber nicht gewollt sind.

Die SPD-Bundestagsfraktion hat das Direktmarketing per Telefon in einer Anhörung zum Thema gemacht, um gemeinsam mit Experten und Verbänden nach Lösungen zu suchen. Hierbei stand die rechtliche Situation und mögliche Gesetzesänderungen im Hinblick auf eine Sanktionierung unerwünschter Anrufe und die Gültigkeit der auf diesem Wege abgeschlossenen Verträge im Vordergrund.

Die Anhörung hat ergeben, dass die bisherigen Sanktionen nicht ausreichen. Unlauteres Geschäftsgebahren darf sich nicht lohnen. Ein Verstoß gegen das Verbot unerwünschter Werbeanrufe sollte mit einem spürbaren Bußgeld belegt werden. Unrechtmässige Gewinne müssen abgeschöpft werden. Wir wollen die Rechtsposition der Verbraucherinnen und Verbraucher fuer die Fälle stärken, in denen es als Folge ungebeter Anrufe zu ungewollten Verträgen oder Vertragsänderungen kommt. Wir werden prüfen, wie die Anforderungen an einen rechtsgültigen Vertrag erhöht werden können. Unsere Leitlinie bleibt, Verbraucherinnen und Verbraucher dürfen durch Werbung nicht belästigt oder geschädigt werden.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 17. 4. 2007

REIT-Börsensegment bestätigt Erfolgsaussichten des neuen Finanzproduktes Der Markt hat lange genug auf eine verlässliche Gesetzgebung in Deutschland warten müssen

Anlässlich des heute bekannt gegebenen Entschlusses der Deutsche Börse AG, im Sommer ein eigenes Börsensegment für REITs zu starten, erklären der Obmann der CDU/CSU-Bundestagsfraktion im Finanzausschuss, Leo Dautzenberg MdB sowie der haushalts- und finanzpolitische Sprecher der CSU-Landesgruppe im Deutschen Bundestag, Georg Fahrenschon MdB:

Mit der heutigen Ankündigung der Deutsche Börse AG, ein eigenes Börsensegment für Real Estate Investment Trusts (REITs) einzuführen wird einmal mehr untermauert, dass die Finanzmarktgesetzgebung der Koalition ein Motor für Wachstum und Beschäftigung in Deutschland ist.

Unabhängig davon, ob man ein eigenständiges Börsensegment für REITs für sachlich geboten hält, zeigt die schnelle Entscheidung der Deutsche Börse AG, dass sie eine erfolgreiche Markttablierung von REITs in Deutschland erwartet.

Der Markt hat lange genug auf eine verlässliche Gesetzgebung in Deutschland warten müssen. Jetzt können endlich zahlreiche Unternehmen mit einem REIT an die Börse gehen. Nach allgemeiner Einschätzung ist mit einem Marktvolumen von bis zu 60 Mrd. Euro bis zum Jahr 2010 zu rechnen.

Die wieder aufkeimende Kritik an der Ausklammerung der Wohnimmobilien aus den REITs nehmen wir sehr wohl zur Kenntnis. Wiederholt hat die Union auch selbst Kritik an der Nichteinbeziehung geäußert. Um den generellen Einstieg in den wachstumsfördernden REIT-Markt aber nicht zu gefährden, haben wir der Ausklammerung zugestimmt, da unser Koalitionspartner in diesem Punkt zu keinen Kompromissen bereit war.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 27. 4. 2007

CeWeColor – Heuschrecken abgewehrt

Zum Sieg der standortbewussten Aktionäre über die amerikanischen Heuschrecken bei CeWeColor erklärt der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion, Ludwig Stiegler:

Der Sieg der verantwortungsbewussten Aktionäre über die ausnehmenden Heuschrecken bei CeWeColor ist ein wichtiger Tag fuer den Standort Deutschland. Arbeitnehmer und Standorte sind nicht wehrlos gegenüber Heuschrecken, die mit minimalem Einsatz ein Maximum an Beute machen wollen. Dazu kann man den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, dem Standort und einem selbstbewussten Management nur gratulieren. Die Zukunft der Standorte hat Vorrang vor der Geldgier von Finanzinvestoren. Das Beispiel sollte alle ermutigen, die ähnlichen Ausbeutungsversuchen ausgesetzt sind. Es darf diesen so genannten Investoren nicht gelingen, mit einem Minimum an Einsatz die Unternehmen auszunehmen wie die Gänse an Weihnachten.

Rat der Immobilienweisen legt das Frühjahrs- gutachten 2007 vor

2007 wird weiteres Rekordjahr für Großtransaktionen

Auch 2007 wird ein gutes Jahr für die deutschen Gewerbeimmobilienmärkte sein – davon jedenfalls sind die Autoren des Frühjahrsgutachtens 2007 des von der Immobilien Zeitung ins Leben gerufenen Rats der Immobilienweisen überzeugt. Die Büromärkte können mit konstanten oder sogar leicht steigenden Spitzenmieten und sinkenden Leerständen rechnen. Für den Handelsimmobilienmarkt ist weiterer Optimismus angesagt. Die Mehrwertsteuererhöhung bringt nur einen geringen und kurzfristigen Rückgang der Einzelhandelsumsätze, danach setzt sich die positive Entwicklung des Jahres 2006 fort. Nur der Wohnungsmarkt wird erst mittelfristig nachziehen, vorausgesetzt, die konjunkturelle Lage bleibt stabil. Dann wird auch die „gefühlte Arbeitsplatzsicherheit“ und damit die Investitionsbereitschaft in die Zukunft bei den Verbrauchern zunehmen. Allem voran aber sorgen die Investmentmärkte für gute Stimmung.

Investmentmärkte – Portfoliotransaktionen

In drei Sonderkapiteln setzen sich die Gutachter mit den Investmentmärkten, insbesondere mit Portfolioverkäufen und anderen Großtransaktionen auseinander. Dort sind auch die Paket- und sonstigen Großdeals des vergangenen Jahres mit den Angaben zu Käufer und Verkäufer und dem Verkaufspreis aufgelistet.

2006 hat das Geschehen auf den deutschen Investmentmärkte alle Rekorde gebrochen. Obwohl die Ausgangssituation sich für Anleger aufgrund gestiegener Preise und Zinsen inzwischen deutlich weniger günstig darstellt als noch vor einem Jahr, ist auch für das laufende Jahr mit einem ähnlich großen Investitionsvolumen wie 2006 zu rechnen; „danach dürfte es aber wieder deutlich abflachen“, ergänzen die Gutachter. Bei Bulwien-Gesa erwartet man, dass die Nachfrage weiterhin in erster Linie von ausländischen Private-Equity- und Opportunity-Fonds, aber auch wieder vermehrt von deutschen Kapitalanlagegesellschaften getragen werden wird.

Mehr noch als die Büroimmobilien sind 2006 Handelsimmobilien in den Fokus der Anleger gerückt sind. Erstmals dürfte 2006 mit ca. 20 Mrd. Euro mehr Geld in deutsche Einzelhandels- als in deutsche Büroimmobilien investiert worden sein. Die Nachfrage wird auch 2007 unverändert groß bleiben und sich zunehmend auch auf Objekte außerhalb der Hochburgen richten. Die Preise für lohnende Objekte steigen, für Einzelhandelsimmobilienpakete werden zudem grundsätzlich Paketaufschläge bezahlt.

„Wir können keine Paketaufschläge entdecken“, schreibt dagegen Harald Simons, der im Rat der Immobilienweisen die Analyse der Wohnportfoliotransaktionen verantwortet. Und an-

ders als bei den Gewerbeimmobilien sind bei den Erstverkäufen von Wohnungspaketen keine steigenden Preise festzustellen. Was die bewegten Volumina angeht, wurde der Höhepunkt bei den Wohnungspaketverkäufen bereits 2004 und 2005 erreicht, damit ist der Zenit in diesem Bereich des deutschen Investmentmarktes inzwischen überschritten.

Büromarkt

Der deutsche Büromarkt befindet sich laut Hartmut Bulwien, der im Rat der Immobilienweisen über die Büromärkte berichtet, inzwischen eindeutig auf Erholungskurs. Die wieder anziehende Konjunktur in Deutschland habe 2006 erneut für einen wenn auch moderaten Zuwachs der Bürobeschäftigtenzahlen gesorgt. Die hohen Büroflächenumsätze sind nicht mehr nur durch Flächentausch zustande gekommen, die verhaltene Bautätigkeit der vergangenen Jahre stützt die Preise zumindest von guten Objekten in guten Lagen, so dass zumindest punktuell – etwa in München, Frankfurt und Hamburg – wieder steigende Spitzenmieten erzielt wurden. Der Leerstand geht insgesamt leicht zurück, allerdings nur bei guten Objekten in guten Lagen, während Objekte in schlechterer Lage und/oder mit schlechterem Ausstattungsstandard es immer schwieriger haben, Mieter zu finden. Im laufenden Jahr 2007 werden sich diese Trends fortsetzen.

Einzelhandelsimmobilienmarkt

Nachdem die „Sonderkonjunktoren“ des vergangenen Jahres – die Fußball-Weltmeisterschaft und die Vorzieheffekte aufgrund der Erhöhung der Mehrwertsteuer zu Jahresbeginn – weniger stark ausgefallen sind als erwartet, rechnet Olaf Petersen von GfK GeoMarketing mit einem nur kurzfristigen Rückgang der Einzelhandelsumsätze im ersten Quartal 2007. Danach aber und auch über das Jahr 2007 hinaus sieht er gute Aussichten für ein reales Umsatzwachstum von 0,5% bis 1,5%, von dem der Einzelhandel – wenn auch je nach Sortiment, Betriebsform und Standort sehr unterschiedlich – profitieren kann.

Wohnimmobilienmarkt

Im Vergleich zum Jahr 2005, das von Vorzieheffekten aufgrund der Abschaffung der Eigenheimzulage geprägt war, ist für das Jahr 2006 von einer geringeren Wohnungsbautätigkeit auszugehen. Vor allem zeigten sich Investoren angesichts des prognostizierten Bevölkerungsrückgangs weiterhin verhalten, obwohl der Wohnungsmarkt noch über Jahre hinweg wachsende Haushaltszahlen zu bedienen hat. Mittelfristig wird sich aber eine positive Konjunktorentwicklung auch auf den Wohnungsbau positiv auswirken.

Das Frühjahrsgutachten 2007 des „Rates der Immobilienweisen“ (am 7. Februar 2007 auf dem Immobilienkongress Quo Vadis in Berlin präsentiert) enthält eingebettet in eine volkswirtschaftliche Gesamtbetrachtung eine aktuelle Bestandsaufnahme sowie Prognosen über die künftige Entwicklung auf den Wohn-, Büro- und Handelsimmobilienmärkten Deutschlands (Mieten, Preise, Leerstand, Fertigstellungen etc.) sowie eine Analyse des aktuellen Investment-Booms ausländischer Investoren in Deutschland. Vertiefende Einzelbetrachtungen widmen sich den Standorten Berlin, Düsseldorf, Frankfurt am Main, Hamburg, Köln, München und Stuttgart. Zusätzlich zu den Marktberichten beschäftigen sich die Gutachter mit dem Sonderthema „Portfolioverkäufe und andere Großtransaktionen“ – gesondert dargestellt für die Märkte für Büro-, Handels- und Wohnimmobilien. Das Gutachten kann bestellt werden bei: Immobilien Zeitung, Postfach 3420, 65024 Wiesbaden, Fax 0611-97326-31, www.immobilienz-zeitung.de (149 Seiten, Preis: 99,- EUR inkl. MwSt.).

Quelle: Presseinformation der Immobilien Zeitung vom 6.2.2007.

DeTeImmobilien – Pressemitteilung vom 9. 3. 2007

Unternehmen entdecken das Umland

Frankfurt. Angesichts der hohen Mietkosten in Citylagen kann sich der Teil-Umzug von Verwaltung oder Back-Office

„auf die grüne Wiese“ durchaus lohnen. Eine aktuelle Trendstudie des PSEPHOS-Instituts zeigt: Fast jeder zweite Unternehmer sieht das auch so.

Rund die Hälfte der befragten Unternehmer (48 Prozent) sieht in der Verlagerung von Back-Office-Funktionen in die Randbereiche des Ballungsraums eine Maßnahme zur Kostensenkung. Das ergab jetzt eine aktuelle Trendbefragung des PSEPHOS-Instituts für Markt-, Politik- und Sozialforschung. Befragt wurden 75 Firmen mit mehr als 500 Beschäftigten im Rhein-Main-Gebiet und in Hamburg.

Die Studie im Auftrag von DeTeImmobilien zeigt auch, dass 29 Prozent der Firmenchefs bei entsprechend kostengünstigen Angeboten Teile ihres Unternehmens in Randlagen verlagern würden. Kein Wunder - Büroflächen in der Peripherie waren schon lange nicht mehr so günstig.

High-Tech-Kommunikation reduziert die Flächenkosten

Dank moderner Kommunikationsmittel wie DSL und verschlüsselter Firmennetze per Internet (VPN) ist es problemlos möglich, Unternehmensbereiche ohne Publikumsverkehr auszulagern.

Vor allem expansionsfreudigen Unternehmen bietet sich die Chance, die bei wachsendem Flächenbedarf entstehenden Mehrkosten durch Auslagerung und (Teil-)Umzug aufzufangen. Der Erfolg der Corporate Collaboration: deutlich geringere Mietkosten bei flexiblen Konditionen und kurzen Laufzeiten. Außerdem bleibt den Mitarbeitern häufig der Berufsverkehr in die City erspart. Denn die Objekte liegen oft sehr verkehrsgünstig in unmittelbarer Nähe der Autobahn.

Städte- und Gemeindebund NRW Pressemitteilung 11/2007 vom 19. 3. 2007

Zentren stärken – Nahversorgung sichern Städte- und Gemeindebund NRW formuliert Anforderungen an eine kommunale Einzelhandelspolitik

Städte und Gemeinden in Nordrhein-Westfalen wollen die Entwicklung des Einzelhandels künftig besser steuern. Ziel ist die Stärkung der Innenstädte und die Sicherung der Nahversorgung der Bevölkerung mit Produkten des täglichen Bedarfs. „Die historisch gewachsene Stadt mit ihrer wirtschaftlichen und kulturellen Vielfalt ist immer schon vom Einzelhandel geprägt worden“, sagte der Präsident des Städte- und Gemeindebundes NRW, Bürgermeister Heinz Paus (Paderborn), anlässlich der Hauptausschusssitzung des Verbandes in Paderborn. „Wenn wir die Innenstädte und Ortszentren lebendig und attraktiv halten wollen, müssen wir auch das Einzelhandelsangebot in den Zentren und Ortsmitten konzentrieren“, machte Paus deutlich.

Der Kommunalpolitik stehe ein ausreichendes rechtliches Instrumentarium zur Verfügung, um die Einzelhandelsentwicklung zu steuern. Erforderlich sei aber eine konzeptionelle Herangehensweise und ein breites Bündnis aller Betroffenen in der Stadt. Sorge bereite den Städten jedoch nicht nur die Entwicklung in den Innenstädten, sondern auch die zunehmend schwierigere Nahversorgung der Bevölkerung. „Das Nahversorgungsnetz wird immer grobmaschiger, weil größere Discountmärkte und SB-Warenhäuser die Wettbewerbssituation zuungunsten kleinerer Läden und Supermärkte verändern“, beschrieb Paus die Situation im Lebensmitteleinzelhandel. Hier müssten die Städte über neue Konzepte nachdenken. Andererseits sei auch der Handel gefordert, neue Betriebsformen zu entwickeln und somit fußläufig erreichbare Angebote bereitzustellen.

Nicht zuletzt seien die Kommunen auf die Mithilfe des Landes angewiesen. „Die Landesplanung muss die Entwicklung des großflächigen Einzelhandels im Sinne eines fairen Wettbewerbs steuern“, forderte Paus. Gleichzeitig warnte er vor überzogenen Regelungsansprüchen: „Die kommunale Selbstverwaltung muss auch bei planerischen Eingriffen respektiert werden“. Das Diskussionspapier, welches das Präsidium des Verbandes heute verabschiedet habe, biete eine gute Grundlage für die künftige kommunale Politik in Bezug auf den Einzelhandel.

Hinw. d. Red.: Das Diskussionspapier „Stadtentwicklung und Einzelhandel: Anforderungen an eine aktive Stadtentwicklungspolitik zur Stärkung der Zentren und der Sicherung der Nahversorgung“ ist in GuT 2007, 120 veröffentlicht (in diesem Heft).

KfW-Newsletter vom 4. 5. 2007

Große Energieeinsparpotenziale in Büros und Lagerhallen Mehr Wettbewerbsfähigkeit durch niedrige Energiekosten KfW Förderbank lobt Energieeffizienzpreis 2007 aus

Die KfW Förderbank schreibt zum vierten Mal den KfW- Energieeffizienzpreis aus, der dieses Jahr unter dem Motto „Energetische Modernisierung von gewerblich genutzten Gebäuden“ steht. Insgesamt 15 000 EUR Preisgeld erwarten Unternehmen mit zukunftsweisenden Lösungen für die Umsetzung von energetischen Modernisierungsmaßnahmen an ihren Gebäuden. Die betrieblichen Maßnahmen sollen den Ausstoß des klimaschädlichen Treibhausgases Kohlendioxid wesentlich mindern und zugleich erhebliche Kosteneinsparungen bringen.

„Durch die Prämierung erfolgreicher Praxisbeispiele sollen Unternehmen angeregt werden, betriebliche Energieeinsparpotenziale zu identifizieren und zu realisieren. Letztendlich kommt der rationelle Einsatz von Energie nicht nur dem Klimaschutz zugute, sondern unterstützt die Unternehmen auch dabei, ihre Energiekosten zu senken und damit ihre Wettbewerbsfähigkeit zu stärken“, betonte Detlef Leinberger, Mitglied des Vorstands der KfW Bankengruppe.

Der Idee und Zielsetzung des Wettbewerbs liegt die Tatsache zugrunde, dass besonders der Sektor Gewerbe, Handel und Dienstleistungen mit über 60% einen erheblichen Anteil des Endenergieverbrauchs für Gebäude verwendet. „Der effiziente Einsatz von Energie birgt dort noch erhebliche Kosteneinsparpotenziale“, sagte Leinberger. Insgesamt wird die Anzahl der „Nichtwohngebäude“ in Deutschland auf ca. 1,5 Mio. geschätzt.

Am Wettbewerb teilnehmen können gewerbliche Unternehmen, die in den letzten drei Jahren erfolgreich energetische Sanierungsmaßnahmen an betriebseigenen Gebäuden (z. B. Büro- oder Produktionsgebäude, Lagerhallen etc.) durchgeführt haben und dadurch ihren Energieverbrauch wesentlich mindern und zugleich erhebliche Kosteneinsparungen realisieren konnten. Berücksichtigt werden alle gebäuderelevanten Energieeinsparmaßnahmen, wie z. B. im Bereich der Wärmedämmung, Heizung, Warmwasserbereitung, Klimatisierung, Lüftung oder Beleuchtung. Die Bewerbungen können auch gemeinsam mit einem Kooperationspartner (z. B. Ingenieurbüro, Architekten und Contractor) eingereicht werden. Einsendeschluss ist der 27. Juli 2007.

Der Wettbewerb wird unterstützt vom Medienpartner VDI nachrichten. Detaillierte Informationen zum Wettbewerb und Auswahlverfahren finden Sie in den Ausschreibungsunterlagen zum KfW-Energieeffizienzpreis 2007 unter www.kfw-foerderbank.de.

Zur Finanzierung von betrieblichen Energieeinsparmaßnahmen stellt die KfW langfristige, zinsverbilligte Darlehen aus dem ERP-Umwelt- und Energiesparprogramm sowie als Ergänzungsförderung aus dem KfW-Umweltprogramm zur Verfügung. Ausführliche Informationen zu diesen beiden Förderprogrammen finden Sie ebenfalls unter www.kfw-foerderbank.de. in der Rubrik „Umweltschutz.“

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 25. 4. 2007

Union stärkt deutsches Güterkraftverkehrsgewerbe im europäischen Wettbewerb Die Kfz-Steuer für schwere Nutzfahrzeuge wird auf das europarechtlich zulässige Mindestniveau abgesenkt

Anlässlich der heutigen Befassung des Gesetzes zur Änderung kraftfahrzeugsteuerlicher und autobahnmautrechtlicher Vorschriften im Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwick-

lung erklären der verkehrspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dirk Fischer MdB, und der zuständige Berichterstatter, Wilhelm-Josef Sebastian MdB:

Wir begrüßen, dass der Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung heute wichtige Entscheidungen für das deutsche Güterkraftverkehrsgewerbe getroffen hat, um das im Zuge der Erfüllung der streckenbezogenen, nutzungsabhängigen Lkw-Bemautung zugesagte Harmonisierungsvolumen für das deutsche Gewerbe – das durch die Wettbewerbsverzerrungen im EU-Binnenmarkt unverändert benachteiligt ist – zumindest teilweise zu erfüllen:

1. Die Kfz-Steuer für schwere Nutzfahrzeuge wird auf das europarechtlich zulässige Mindestniveau abgesenkt. Das bringt dem Gewerbe ein Harmonisierungsvolumen von 150 Millionen Euro gegenüber ausländischen Wettbewerbern.

2. Es wird ein Innovationsprogramm von 100 Millionen Euro, befristet bis zum 30.09. 2008, aufgelegt, um die Anschaffung besonders emissionsarmer Lkw der Euro-V-Klasse zu beschleunigen.

Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion hatte im Vermittlungsverfahren des Autobahnmautgesetzes im Jahre 2003 ein Harmonisierungsvolumen in Höhe von 600 Millionen Euro durchgesetzt. Als „Faustpfand“ wurde vereinbart, dass der durchschnittliche Mautsatz von 15 Cent auf 12,4 Cent pro Kilometer abgesenkt wird, der nur mit Durchsetzung einzelner Harmonisierungsschritte für das Gewerbe dann jeweils sukzessive erhöht werden kann.

Das heute beschlossene Harmonisierungsvolumen in Höhe von 250 Millionen Euro ist ein wichtiger Schritt zur Beseitigung von diskriminierenden Wettbewerbsverzerrungen. Zur Gegenfinanzierung werden die Mautsätze um 1,1 Cent erhöht. Da das Innovationsprogramm zum 30.09. 2008 ausläuft, wird geregelt, dass die Mautsätze zum 01.10. 2008 wieder anteilig um 0,44 Cent abgesenkt werden.

Die Union drängt darauf, dass weitere Harmonisierungsschritte bis zum Gesamtvolumen von 600 Millionen Euro erfolgen. Der Bund bleibt verpflichtet, hierbei alle Möglichkeiten zu prüfen. Dazu gehören auch die vom Gewerbe vorgeschlagenen steuerlichen Erleichterungen.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 9. 5. 2007

Wiederbelebung des zentraleuropäischen Wirtschafts- und Verkehrskorridors ist nationale Herausforderung Im neuen Europa erhalten die Verkehrsströme eine völlig neue Dimension

Anlässlich der Veranstaltung des Wirtschaftsrates der CDU Mecklenburg-Vorpommern e. V. in Rostock zum „Zentraleuropäischen Wirtschafts- und Verkehrskorridor“ erklären der Stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Hans-Peter Friedrich MdB, und der Berichterstatter für maritime Wirtschaft der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Eckhardt Rehberg MdB:

Die Wiederbelebung des zentraleuropäischen Wirtschafts- und Verkehrskorridors als Drehscheibe zwischen den Wirtschaftsräumen Zentraleuropa und dem Ostseeraum ist eine nationale Herausforderung. Im neuen Europa erhalten die Verkehrsströme eine völlig neue Dimension. Wir stehen vor der Herausforderung, die Verkehrsachsen wie die Transeuropäischen Netze neu zu ordnen. Prognosen der Europäischen Union belegen ein Ansteigen der Transportnachfrage im Güterverkehr bis 2010 um ca. 45 Prozent und des Wirtschaftswachstum im Ostseeraum bis 2015 um 250 Prozent. Die mitteleuropäische Nord-Südachse ist dabei die kürzeste Verbindung von Skandinavien zur Adria. Das stetige Wachstum des Aufkommens im Güter- und Personenverkehr auf dieser Achse erfordert eine leistungsfähige Verkehrsinfrastruktur. Erforderlich ist so eine entsprechende Weiterführung der Eisenbahnachse Palermo/Berlin über Nürnberg, Projekt Nr. 1 im Transeuropäischen Netz, bis nach Rostock im Rahmen der europäischen Verkehrsplanung.

Mit seinem Ausbau wird eine wichtige strategische Weiche in einem zusammenwachsenden Europa und ein wesentlicher Beitrag für die Wirtschaftsentwicklung der östlichen Bundesländer gestellt, damit nicht künftig die Verkehre nach Skandinavien, Russland und ins Baltikum an der Mitte und dem Osten Deutschlands vorbeilaufen. Unser Ziel muss sein, regionale Struktureffekte und wirtschaftliche Wertschöpfungsstrategien zu entwickeln und bereits bestehende regionale und sektorale Wirtschaftscluster miteinander zu verknüpfen, zu kooperieren und den Wirtschaftsraum entlang der Nord-Südachse zu entwickeln.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 10. 5. 2007

Erster Schritt für „Nord-Süd-Korridor“ ist getan Beschluss der Verkehrsministerkonferenz ist ein wichtiger strategischer Meilenstein

Anlässlich der heutigen Sitzung der Verkehrsminister der neuen Bundesländer erklären der in der CDU/CSU-Bundestagsfraktion für den Aufbau Ost zuständige Stellvertretende Fraktionsvorsitzende und Sprecher der ostdeutschen Abgeordneten der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Arnold Vaatz MdB und der Berichterstatter für die maritime Wirtschaft der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Eckhardt Rehberg MdB:

Der Beschluss der Verkehrsministerkonferenz Ost unter Vorsitz des Ministers für Landesentwicklung und Verkehr des Landes Sachsen-Anhalt, Dr. Karl-Heinz Daehre, einen zentraleuropäischen Nord-Süd-Entwicklungskorridor von Skandinavien bis zum Mittelmeerraum/Adria zu schaffen, ist bahnbrechend.

Mit diesem Beschluss wird angestrebt, den zentraleuropäischen Nord-Süd-Entwicklungskorridor von Skandinavien bis zum Mittelmeerraum wirtschaftlich und sozial zu stärken und ein Raumentwicklungs- und Wachstumsbündnis zu bilden.

Besonders wichtig sind das Angebot und die Bitte an die europäischen Nachbarn und die Partner in den Ländern, sich an der Initiative und an den konkreten Projekten zu beteiligen. Nur so kann ein integrierter Wirtschaftsraum im europäischen Kontext geschaffen werden.

Ein erster Schritt dazu, ist die Verabredung zu einer Konferenz bereits im Herbst 2007. In diese sollen der Bund und die Wirtschaft einbezogen werden.

Der Beschluss der Verkehrsministerkonferenz ist ein wichtiger strategischer Meilenstein. Er gibt den ostdeutschen Bundesländern die Chance, sich auch künftig an den Verkehrsströmen nach Skandinavien, Russland und ins Baltikum zu beteiligen.

Damit ist eine wichtige Grundlage geschaffen, regionale Struktureffekte und wirtschaftliche Wertschöpfungsstrategien zu entwickeln und bereits bestehende regionale und sektorale Wirtschaftscluster miteinander entlang der Nord-Süd-Achse zu verknüpfen.

Wir rufen alle potentiellen Partner und insbesondere unsere europäischen Nachbarn auf, diese Initiative zu unterstützen und fordern den zuständigen Bundesminister Tiefensee auf, sich auch daran zu beteiligen.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 26. 4. 2007

Kulturwirtschaft fördert Kreativität und schafft Beschäftigung Kunst und Kultur sind die Währungen der Zukunft

Anlässlich der ersten Lesung des Antrags der Koalitionsfraktionen „Kulturwirtschaft als Motor für Wachstum und Beschäftigung stärken“ im Plenum des Deutschen Bundestages erklären der kultur- und medienpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Wolfgang Börnsen (Bönstrup) MdB und die zuständige Berichterstatterin, Rita Pawelski MdB:

Kultur ist nicht nur von großer gesellschaftlicher Bedeutung, sie ist in den letzten Jahren auch immer mehr zu einem Motor

für Wachstum und Beschäftigung in Deutschland geworden. Ihr Umsatz liegt bei über 80 Milliarden Euro, mit einer Bruttowertschöpfung von 36 Milliarden Euro trägt sie 1,6 Prozent zum Bruttoinlandsprodukt (BIP) bei und mit rund 815 000 hat sie mehr Beschäftigte als das Kreditgewerbe (786 000) und fast ebenso viele wie der Fahrzeugbau (939 000). Kulturwirtschaft ist eine Boombranche, die sich in den letzten 20 Jahren so dynamisch wie kaum eine andere entwickelt hat.

Ihre Potentiale sind aber bei weitem noch nicht ausgeschöpft. Daher will die CDU/CSU-Bundestagsfraktion die Kulturwirtschaft weiter stärken, um ihre großen Chancen noch besser zu nutzen. In Zeiten eines harten Wettbewerbs werden nur die Länder bestehen, die die kreativsten Köpfe haben. Die Förderung von Kreativität ist daher auch eine Stärkung des Standorts Deutschland. Und hier ist der Bund in der Verantwortung, auch wenn Kulturpolitik und die Förderung der Kulturwirtschaft in erster Linie Handlungsfelder der Länder und Kommunen sind.

Daher fordern wir die Bundesregierung auf, die Kulturwirtschaft als einen eigenständigen Wirtschafts-, Standort- und Tourismusfaktor weiter zu stärken und einen Bericht dazu in Deutschland vorzulegen. Erstmals soll auf Bundesebene eine mit den Ländern abgestimmte bundeseinheitliche Bestandsaufnahme erarbeitet werden, in der die kulturwirtschaftlichen Initiativen auf Bundes- und Landesebene und die wirtschaftlichen Ergebnisse und Potentiale der Kulturwirtschaft in Ländern, Städten und Regionen benannt werden.

Zur Stärkung der Kulturschaffenden selbst sollen die bestehenden Förderinstrumente und Beratungsangebote für Existenzgründer und Selbständige stärker auf kulturwirtschaftliche Anforderungen ausgerichtet und Finanzierungsmöglichkeiten gesichert werden. Die Schaffung kulturwirtschaftlicher Kompetenzagenturen wäre darüber hinaus ein richtiger Weg, kleine kulturwirtschaftliche Unternehmen zu unterstützen und zu beraten.

In der Bundesregierung gibt es beim Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien im Bundeskanzleramt wie im Bundeswirtschaftsministerium die Zielsetzung, der Kulturwirtschaft mehr Eigenständigkeit zu geben und auf die Kooperation beider Häuser zu setzen.

Kunst und Kultur sind die Währungen der Zukunft. Deshalb ist es wichtig, die Kräfte zu bündeln und eine kreative Brücke zwischen Kultur und Wirtschaft zu schlagen – im Sinne der kreativen Menschen, aber auch im Sinne von Wachstum und Beschäftigung.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 16. 5. 2007

Union erreicht Verbesserungen für die land- und forstwirtschaftlichen Unternehmen Änderungen am Gesetzentwurf zur Unternehmenssteuerreform

Zur Einigung der Finanzpolitiker der Koalitionsfraktionen über Änderungen am Gesetzentwurf zur Unternehmenssteuerreform erklärt der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Peter Bleser MdB:

Mit der Einigung auf Änderungen am bisherigen Gesetzentwurf sind Kernforderungen des Berufsstandes umgesetzt worden. So war bisher zu befürchten, dass aufgrund der Festsetzung der Betriebsgrenze und der Berechnung des Einheitswertes der landwirtschaftliche Sektor die neugeschaffene Investitionsabschreibung kaum nutzen könnte. Durch die Herausnahme des Wohnungswertes aus der Berechnung der Betriebsgröße wird es wesentlich mehr landwirtschaftlichen Betrieben möglich sein, den Investitionsabzugsbetrag in Anspruch zu nehmen.

Zusätzlich wird die Handhabung des Investitionsabzugsbetrages durch mehr Flexibilität bei der erforderlichen Bezeichnung des Investitionsgutes und durch eine Verlängerung des Ansparzeitraums von zwei auf drei Jahre noch weiter vereinfacht. Damit wird die Planung von Investitionen deutlich erleichtert.

Des Weiteren hat man sich darauf verständigt, dass die bisher in der Agrarwirtschaft angewandte Abschreibungsmöglichkeit bei landwirtschaftlichen Nutztieren beibehalten wird. Die angedachte Schaffung eines jährlichen Sammelpostens mit einer Abschreibedauer von fünf Jahren hätte zu einer deutlichen Mehrbelastung der Betriebe geführt.

Auch wenn an der rückwirkenden Auflösung des Investitionsabzugsbetrages im Falle einer nicht umgesetzten Investitionsplanung aus steuersystematischen Gründen festgehalten wird, kann der Kompromiss zwischen den Koalitionsfraktionen aus Sicht des landwirtschaftlichen Berufsstandes als Erfolg bezeichnet werden. Die zu befürchtende Mittelstandslücke wurde weitgehend beseitigt und die Anwendung der Investitionsabschreibung wird durch flexiblere Vorschriften deutlich erleichtert.

Die Union zeigt damit ein weiteres Mal, dass die Sorgen und Einwände der land- und forstwirtschaftlichen Unternehmer ernst genommen werden.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 4. 5. 2007

Mehr Rechtssicherheit bei der Bekämpfung von Umsatzsteuerbetrug

Zur Verabschiedung des Gesetzentwurfs zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung durch das Bundeskabinett am vergangenen Mittwoch erklären der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion, Joachim Poss, und der stellvertretende finanzpolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion, Hans-Ulrich Krueger:

Durch bandenmassigen, meist auch grenzüberschreitend betriebenen Umsatzsteuerbetrug gehen dem Deutschen Fiskus Jahr fuer Jahr Steuereinnahmen in zweistelliger Milliardenhöhe verloren. Eine wirksame Bekämpfung dieser Delikte ist daher von allergrösstem oeffentlichen Interesse.

Bei der Bekämpfung solcher systematischen Steuerverkuerzungen war zuletzt durch ein Urteil des Bundesgerichtshofs Rechtsunsicherheit eingetreten, da der zu diesem Zweck von der rot-gruenen Bundesregierung in die Abgabenordnung (AO) aufgenommene § 370a aus formalen Gruenden beanstandet worden war.

Mit der jetzt erfolgten Verabschiedung des Gesetzentwurfs zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung hat das Bundeskabinett den Weg frei gemacht fuer die Beseitigung dieser Rechtsunsicherheit. In einer Neuformulierung der Abgabenordnung wird die Einstufung bandenmaessig betriebener, fortgesetzter Umsatz- und Verbrauchsteuerhinterziehung ebenso

wie die des entsprechend betriebenen Schmuggels als besonders schweres Vergehen auf eine neue, sichere rechtliche Grundlage gestellt.

Aus dieser Einstufung ergeben sich zwei ganz wichtige Rechtsfolgen: Zum einen koennen so qualifizierte Vergehen mit einem erhoehten Strafmass von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsentzug geahndet werden. Daneben haben die Strafverfolgungsbehoerden die Moeglichkeit, eine Telekommunikationsüberwachung von Verdächtigen zu erwirken.

Fuer Ermittlungserfolge auf dem Gebiet der Bekämpfung des Umsatzsteuerbetrugs ist dieses Instrument von besonderer Bedeutung, da ein Aufspuren der ausschliesslich zu Betrugszwecken in rascher Folge gegruendeten und wieder aufgegebenen Scheinfirmer nur bei einem sehr schnellen Zugriff der Strafverfolger moeglich ist.

Fuer uns Sozialdemokraten ist eine wirksame Bekämpfung der systematischen Umsatzsteuerhinterziehung nicht nur eine Frage des Rechtsstaates, sondern ebenso eine Frage der Steuergerechtigkeit. Schliesslich muss die Gesamtheit der Steuerzahler fuer die mit hoher krimineller Energie herbeigefuehrten Einnahmeverluste des Staates gerade stehen. Deshalb haben wir uns innerhalb der Koalition vehement fuer die jetzt auf den Weg gebrachten Neuregelungen stark gemacht. Nicht zuletzt das Ausmass dieser Steuerausfalle zeigt, dass es sich hier wahrlich nicht um ein Kavaliersdelikt handelt.

Parallel zu dieser Sicherstellung einer moeglichst effektiven strafrechtlichen Bekämpfung des Umsatzsteuerbetruges unterstützen wir nachdruecklich die Bemuehungen des Bundesfinanzministers auf der europaeischen Ebene zu Veraenderungen des eben sehr betrugsanfaelligen Mehrwertsteuerverfahrens mit Vorsteuererstattung zu kommen.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 5. 4. 2007

Fuer Verteilungsgerechtigkeit: Grosse Erbschaften hoeher besteuern, Vermoegensteuer wieder einfuehren

Zu den Forderungen der Gewerkschaft Ver.di zur Erbschaftssteuer fuer grosse Erbschaften sowie Vermoegensteuer erklart die stellvertretende Sprecherin der Arbeitsgruppe Verteilungsgerechtigkeit und soziale Integration der SPD-Bundestagsfraktion, Hilde Mattheis:

Diese Forderungen begreusse ich. Auch die Auswertung und Folgerungen zur Konferenz der SPD-Bundestagsfraktion zum „Reichtum in Deutschland“ (23. Oktober 2006) legen die Dringlichkeit der Umsetzung dieser steuerpolitischen Ziele nahe.

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 30 13 45, 53193 Bonn. Telefon 02 28 / 47 63 78, Telefax 02 28 / 47 09 54. Internet: <http://www.prewest.de> e-mail: info@prewest.de

Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreisliste 3/2007.

Satz: Herbert Kluth Digitale Druckvorlagenherstellung, Neusser Straße 6, 41542 Dormagen. Telefon 0 21 33 / 7 02 08, Mobil 01 73 / 5 21 90 54, Telefax 021 33 / 22 04 29, ISDN 021 33 / 22 04 32, e-mail: kontakt@kluth-dtp.de, Internet: www.kluth-dtp.de

Druck: Koch Druckerei & Verlags GmbH, Kaarster Straße 153, 41462 Neuss, Telefon 021 31 / 1 24 74-0, Telefax 021 31 / 1 24 74-20, e-mail: koch-druckerei@t-online.de

Erscheinungsweise: monatlich, darin 2-Monats-Doppelhefte nach Bedarf. Preise (unverbindlich empfohlen): Einzelheft 8,50 €, Doppelheft 15,00 €, jew. zzgl. MwSt. und 1,50 € Versandpauschale. Abonnementpreis: 95,23 € (einschl. 9,- € Versand und 6,23 € MwSt), zahlbar zu Beginn des Abonnementzeitraumes. Bei Neueinrichtung eines Abonnements wird eine anteilige Jahresrechnung erstellt. Abonnementkündigungen mit ordentlicher Frist: 10 Wochen zum Ende des Kalenderjahres.

Bankverbindung: Sparkasse KölnBonn (BLZ 370 501 98), Konto 36 207 645.

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.

Seit den fruehen 90er Jahren sind die Einkommenszuwaechse der Reichen und Superreichen in Deutschland zum Teil um ueber 50 Prozent und mehr gestiegen, waehrend das Durchschnittseinkommen konstant blieb beziehungsweise zurueckging.

So war – trotz des kraeftigen Wirtschaftswachstums im Jahr 2006 – der durchschnittliche monatliche Nettoverdienst je Arbeitnehmer sogar um 0,3 Prozent geringer als im Vorjahr.

Diese rasant zunehmende Schieflage der Einkommens- und Vermoegensverteilung ist nicht laenger hinzunehmen. Erben und Besitzer grosser Vermoegen muessen sich staerker an der Finanzierung des Gemeinwohls beteiligen.

Das Vermoegen der reichsten 300 Deutschen betraegt etwa 400 Milliarden Euro. Der Verzicht auf eine Vermoegenssteuer von nur ein Prozent bedeutet im Ergebnis staatliche Minder-einnahmen von vier Milliarden Euro und damit zum Beispiel der Verzicht auf den Betrag, der fuer die geforderten Krippenplaetze aufzubringen ist.

Wir koennen uns den Luxus nicht mehr leisten, die Vermoegensbesitzer um das Drei- und Vierfache geringer zu belasten als in England, Frankreich, USA oder Japan, und gleichzeitig weiterhin bei den fuer die Zukunft unseres Landes notwendigen Ausgaben fuer eine bessere Bildung und Erziehung ueber die Massen zu sparen.

Die Dokumentation „Reichtum in Deutschland“ steht unter folgender Internetadresse:

http://www.spdfraktion.de/cnt/rs/rs_dok/0,,39466,00.html

SPD-Bundestagsfraktion

Pressemitteilung vom 8. 5. 2007

Gerecht ausgestaltete Erbschaftsteuer zur Finanzierung von Zukunftsaufgaben nutzen

Zu Presseberichten ueber die gestrige Rede des Praesidenten des Bundesverfassungsgerichts auf dem Deutschen Steuerberaterkongress erklart der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion, Joachim Poss:

In einer Rede anlaesslich des zurzeit tagenden Deutschen Steuerberaterkongresses hat sich der Praesident des Bundesverfassungsgerichts, Professor Papier, unter anderem auch zur jungsten Entscheidung des Gerichts zur Erbschaftsteuer geaussert.

Einige Presseberichte zu dieser Rede erwecken nun den Eindruck, dass er keinen Spielraum des Gesetzgebers saehe, im Rahmen der geplanten Neuregelung der Erbschaftsteuer im Ergebnis auch zu einer Hoerbelastung von Erbschaften zu kommen. Diese Darstellungen finden jedoch im veroeffentlichten Wortlaut der Rede keinerlei Rueckhalt. Ganz im Gegenteil kommt Professor Papier woertlich zu dem Schluss: „Er (der Gesetzgeber) hat zu entscheiden, wie „teuer“ die Uebertragung von Vermoegenswerten kuenftig fuer den Einzelnen wird.“

Daneben beschreibt Professor Papier noch einmal das vom Gericht vorgegebene Stufenverfahren zur Neuregelung der Erbschaftsteuer, nach dem zunaechst eine am Verkehrswert der Vermoegensgegenstaende anknuepfende Bewertung zu erfolgen hat. Erst darauf aufbauend sind in einem zweiten Schritt auch Verschonungsregeln und Steuersatzdifferenzierungen zulaessig – wenn sie denn im Interesse des Gemeinwohls zu begruenden sowie zielgenau und gleichmaessig gestaltet sind.

Diese Ausfuehrungen stehen also in keinerlei Gegensatz zu unserer Absicht, die Neuregelung der Erbschaftsteuer so auszugestalten, dass

- kleine Erbschaften, also „Omas kleines Haeuschen“, auch kuenftig von der Erbschaftsteuer verschont bleibt,
- Betriebsuebergaenge im Erbwege steuerlich so gestaltet werden koennen, dass dadurch keine Gefahr fuer die Arbeitsplaetze entsteht,
- hohe Erbschaften kuenftig staerker zur Finanzierung wichtiger gesellschaftlicher Zukunftsaufgaben wie zum Beispiel der Bildung oder der Kinderbetreuung herangezogen werden.

Die Laender haben gerade im Bildungsbereich im Zusammenhang mit der Foederalismusreform zusaetzliche Kompetenzen fuer sich reklamiert. Eine nach den genannten Prinzipien neu gestaltete Erbschaftsteuer wuerde den Laendern ein gerechtes Finanzierungsinstrument fuer diese wichtigen Aufgaben in die Hand geben.

SPD-Bundestagsfraktion

Pressemitteilung vom 25. 4. 2007

Deutschland Konjunkturlokomotive Europas

Zum aktuellen IfO-Konjunkturindex erklart der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion, Ludwig Stiegler:

Das Geschaeftsklima ist und bleibt gut. Deutschland wird zur Konjunkturlokomotive Europas. Die Eurozone schafft wieder Arbeitsplaetze, auch ohne Verschlechterung der Arbeitsbedingungen. Im Gegenteil: Jetzt ist es die Aufgabe der Tarifpartner, nach dem Geschaeftsklima ueber faire Abschluesse und gerechte Verteilung der Erfolge der Unternehmen auch das Konsumklima dauerhaft zu verbessern. Dann wird von den makrooekonomischen Daten her ein lang anhaltender Aufschwung von der Binnennachfrage getragen werden. Das ist auch notwendig, um in der Weltwirtschaft die Eintrubungen, die aus den USA kommen, zu kompensieren.

Der wirtschaftliche Erfolg ist nicht nur ein Erfolg der Unternehmen. Es ist auch ein Erfolg der Wirtschaftspolitik der SPD, die bei den Koalitionsverhandlungen die Union vom Bierdeckel auf die Plattform der SPD geholt hat: Steuerfoerderung fuer das Handwerk, Investitionsfoerderung und vor allem die energetische Gebauedesanierung, die allein 2006 mehr als einen Prozentpunkt zum Wachstum beigetragen hat.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/DIR GRÜNEN

Pressemitteilung vom 2. 5. 2007

Franz im Glück – Koalition in der Sackgasse

Zu den heute veröffentlichten Arbeitsmarktzahlen für den Monat April erklärt Brigitte Pothmer, arbeitsmarktpolitische Sprecherin:

Franz im Glück: Die Konjunktur, die Effekte der Hartz-Gesetze und die deutlich verstärkte Förderung durch die Bundesagentur und die Argen drücken die Arbeitslosenquote unter 4 Millionen. Doch die guten Zahlen können nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Koalition arbeitsmarktpolitisch in der Sackgasse steckt. Auch am 1. Mai gab es von Union und SPD zum Thema Mindestlohn nur gegensätzliche Parolen zu hören.

Dabei entwickelt sich das Problem immer dramatischer. Allein im April ist die Zahl der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten, die ergänzend Arbeitslosengeld II beziehen, um weitere 30 000 gestiegen. Insgesamt brauchen nun mehr als 600 000 regulär beschäftigte Menschen diese Unterstützung. Die große Koalition sieht tatenlos zu, wie sich das ALG II zum steuerfinanzierten Massen-Kombilohn entwickelt anstatt die Ursachen zu bekämpfen. Dabei liegt die Lösung auf der Hand: Wir haben einen Fahrplan für Mindestlöhne vorgelegt, mit dem Lohndumping und Armutslöhne bald nur noch ein Schauermärchen wären und nicht mehr bittere Realität.

SPD-Bundestagsfraktion

Pressemitteilung vom 15. 5. 2007

NRW-Tarifabschluss fuer Gaststaetten und Hotels erfreulich – Bundesweite Mindeststandarts notwendig

Anlaesslich der Allgemeinverbindlichkeitserklaerung der Loehne und Gehaelter im Hotel- und Gaststaettenbereich in Nordrhein-Westfalen erklart die tourismuspolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion, Annette Fasse:

Die Arbeitsgruppe Tourismus der SPD-Bundestagsfraktion begruesset, dass das Bundesland Nordrhein-Westfalen (NRW) in diesem Monat einen Vorstoss in Richtung Mindestloehne gemacht hat. Die Gewerkschaft Nahrung, Genuss, Gaststaetten (NGG) und die Arbeitgeber der Branche haben die Allgemein-

GuT

G 58438

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

verbindlichkeit der Löhne und Gehälter im Hotel- und Gaststättenbereich für die drei unteren Lohngruppen sowie für die Auszubildenden durchgesetzt.

Mit dieser tariflichen Lösung für NRW wird endlich anerkannt, dass Dumpinglöhne im Hotel- und Gaststättenbereich nicht zu verantworten sind. Arbeitnehmer, die den ganzen Tag arbeiten, müssen von ihrem Einkommen schließlich leben können.

Dies ist zwar eine tarifliche Lösung für ein einzelnes Bundesland, aber der Einstieg in die Möglichkeit, Dumpinglöhne in diesem Dienstleistungsbereich auch flächendeckend zu verhindern und Mindestlöhne einzuführen. Mittelfristig benötigen wir eine bundesweite Regelung, die garantiert, dass durch die Aufnahme in das Entsendegesetz auch ausländische Arbeitgeber verpflichtet werden Mindestarbeitsbedingungen einzuhalten. Besonders in dem dienstleistungsstarken Hotel- und Gaststättengewerbe der neuen Bundesländer der Bundesrepublik bestehen leider keine Tarifverträge mehr. Somit ist eine Übertragung der tariflichen Lösung am Beispiel NRW dort nicht möglich, aber umso mehr als Vorbild geeignet.

Das Mindesteinkommen in der untersten Lohngruppe (Tätigkeiten ohne jegliche Qualifikationsvoraussetzung) beträgt jetzt 900 Euro in Gaststätten und Hotels. Das entspricht einem Stundenlohn von 5,34 Euro brutto. 1220 Euro monatlich erhalten nach diesem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag vollzeitbeschäftigte angelernte Hilfskräfte. Arbeitnehmer, die volltags arbeiten und geringe fachliche Kenntnisse haben, erhalten 1284 Euro im Monat.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN
Pressemitteilung vom 22. 5. 2007

Grüne begrüßen Mindestlohn für Gebäudereiniger im Deutschen Bundestag

Volker Beck, Erster Parlamentarischer Geschäftsführer erklärt:

Wir begrüßen, dass die Gebäudereiniger im Deutschen Bundestag rückwirkend zum 1. Mai den Mindestlohn in Höhe von 7,87 Euro erhalten. Das Einlenken der betreffenden Firma war überfällig.

Wir haben Bundestagspräsident Lammert in einem Schreiben gebeten, dafür Sorge zu tragen, dass der Bundestag künftig nur noch an solche Firmen Aufträge vergibt, bei denen mindestens die tarifliche Lohnzahlung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gewährleistet ist.

Jetzt muss geprüft werden, ob auch neben den Gebäudereinigern andere Dienstleister im Deutschen Bundestag Lohn Dumping betreiben.

Wenn schon die große Koalition auf der Dauerbaustelle Mindestlohn nicht vorankommt, muss der Deutsche Bundestag hier mit gutem Beispiel vorangehen.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 5. 4. 2007

Soziale Marktwirtschaft kommt ohne Mindestlöhne aus
Freie Entscheidungen der Nachfrage und des Angebots

Zu aktuellen Forderungen nach Mindestlöhnen erklärt der stellvertretende Fraktionsvorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Michael Meister MdB:

Die erfreuliche Entwicklung am Arbeitsmarkt kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Arbeitslosigkeit in Deutschland weiterhin viel zu hoch ist. Die Hauptursache liegt darin, dass unser Arbeitsmarkt mit umfangreichen Vorschriften überzogen ist. Die gegenwärtige, hektische Suche nach neuen Regulierungen, noch dazu im hochsensiblen Bereich der Lohnfindung, setzt genau das falsche Signal.

Richtig wäre es jetzt, den Aufschwung durch Vereinfachungen beispielsweise beim Kündigungsschutz zu nutzen und damit Neueinstellungen zu beschleunigen. Dagegen helfen neuerliche staatliche Arbeitsmarktbedingungen wie Mindestlöhne nicht den vier Millionen Arbeitslosen und werden allenfalls zur Umgehung durch Schwarzarbeit einladen.

Die soziale Marktwirtschaft entfaltet ihre Kraft durch freie Entscheidungen der Nachfrage und des Angebots. Für den Arbeitsmarkt bedeutet das: Nur wenn der Marktlohn nicht dem örtlichen Existenzminimum entspricht, ist der Sozialstaat gefragt. Dann muss der Lohn zu einem individuell angemessenen Mindesteinkommen aufgestockt werden, ohne dass es zu Mitnahmeeffekten zu Lasten der Gemeinschaft kommt.

*Dokumentation,
Analyse, Entwicklung*

GuT

Gewerbemietende und Teileigentum



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