

Gewerbemiete Und Teileigentum

7-9/10

10. Jahrgang

Heft 55

Juli/August/September 2010

S. 317-404

Erscheinungsort Bonn

Dem Heft liegt bei das
Inhaltsverzeichnis der
Jahrgänge 2008-2009

Beiträge

Chr. Wulff: Ansprache nach der Wahl zum Bundespräsidenten

**M. J. Schmid: Mietnebenkostenpauschalen bei
Gewerberaummiete**

J. Reismann:

Nebenkostenabrechnung in der Vermieterinsolvenz

Wirtschaft und Verbände

W. E. Joachim: Wichtiges, wahrnehmbares Werte-Management

R. Brüderle: Energiekonzept der Bundesregierung

Chr. Wulff: Katar und Deutschland in Partnerschaft

Gewerbemiete

Aufklärungspflicht über das Warensortiment (BGH)

Vertragsübertragungsklausel (BGH)

Gaststättenpacht; Fachhandwerkerklausel (BGH)

**Schutzbereich des Mietvertrags für Arbeitnehmer
des Mieters (BGH)**

Künstler-Atelier; Wasser- und Stromversorgung (KG)

Pacht von Räumen; Brandschutz (OLG Düsseldorf)

**Fristlose Mieterkündigung; Diffamierung des
Gewerbebetriebs (BGH)**

Betriebskosten; Terrorversicherung (BGH)

Teileigentum

Veräußerungsbeschränkung; Schenkung (KG)

**Umzugskostenpauschale; wechselnde Kurzzeit-Bewohner
(BGH)**

Wettbewerb

D. Dingeldey: Internet - Umschau September 2010

Besteuerung

K.-Chr. Callsen: Steuern - Umschau September 2010

Magazin

Inhalt

Beiträge

Chr. Wulff,
Ansprache in der Gemeinsamen Sitzung von Bundestag und Bundesrat zur Eidesleistung des Bundespräsidenten gemäß Artikel 56 Grundgesetz am 2. Juli 2010 im Reichstagsgebäude in Berlin 321

M. J. Schmid,
Mietnebenkostenpauschalen bei der Gewerberaummiete 324

J. Reismann,
Die Nebenkostenabrechnung in der Vermieterinsolvenz 326

Wirtschaft und Verbände

W. E. Joachim,
Wichtiges, wahrnehmbares Werte-Management 328

R. Brüderle,
Rede zum Energiekonzept der Bundesregierung vor dem Deutschen Bundestag am 1. Oktober 2010 in Berlin 333

R. Brüderle,
Rede zum Energiekonzept der Bundesregierung vor dem Deutschen Bundestag am 28. Oktober 2010 in Berlin 334

Chr. Wulff,
Katar und Deutschland verbindet eine vertrauensvolle Partnerschaft Tischrede beim Staatsbankett zu Ehren des Emirs des Staates Katar und Scheicha Mozah bint Nasser Al Missned am 29. September 2010 in Berlin 335

Gewerbemiete

Gewerbemiete; Ladenlokal; Anfechtung; Aufklärungspflicht des Mietinteressenten über öffentlichkeitswirksames Warensortiment; Szene-Textilien der Marke „Thor Steinar“; rechtsextreme Szene (BGH) 336

Gewerberaummiete; Ladenlokal; Anfechtung; Aufklärungspflicht des Mietinteressenten über öffentlichkeitswirksames Warensortiment; Szene-Textilien der Marke „Thor Steinar“; rechtsextreme Szene, Lage der Geschäftsräume; Charakter des Geschäftshauses; „Hundertwasser-Haus“ Magdeburg (BGH) 338

Gewerberaummiete; Vertragsübertragungsklausel; Übertragung der Vermieterstellung; Bestandsübernahme (BGH) 340

Gewerberaummiete; Nichtgewährung des Gebrauchs; abstrakte Schadensberechnung des entgangenen Gewinns (BGH) 343

Gaststättenpacht; Schönheitsreparaturen; Fachhandwerkerklausel; Beweislast bei Verschlechterungen der Mietsache; Erhaltung der Inventarstücke, Kostenteilung (BGH) 344

Geschäftsraummiete; anfänglicher Mangel; Schutzbereich des Mietvertrags für Arbeitnehmer des Mieters; Transparenzgebot zu Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsklausel; überraschende Klausel (BGH) 346

Gewerberaummiete; Künstler-Atelier; Mängel; Raumausstattung; Trinkwasserqualität; Stromversorgung; ArbeitsstättenVO; Beweiswürdigung; Sorgfaltspflichten des Mieters bei Einzuzugtermin-Planung (KG) 349

Pacht von Räumen; Betreutes Wohnen; Mangel; Brandschutz-Genehmigung des Bauordnungsamts; Heimaufsicht (OLG Düsseldorf) 353

Gaststättenpacht; Verletzung der Mängelanzeigepflicht; Pachtzinsminderung wegen Feuchtigkeitsschäden mit Schimmelpilz (OLG Düsseldorf) 355

Einbanddecke GuT-Jahrgänge 2008-2009

Preis: 15,00 EUR inkl. Versand zzgl. 7% MwSt

Sonderpreise für GuT-Einbanddecken und Bestelladresse in diesem Heft Seite 404

Lieferung solange vorrätig.

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 5/2009.

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

Internet: www.kluth-dtp.de, e-mail: kontakt@kluth-dtp.de

Druck: Koch Druckerei & Verlags GmbH, Kaarster Straße 153, 41462 Neuss, Telefon 0 21 31 / 1 24 74-0, Telefax 0 21 31 / 1 24 74-20

e-mail: koch-druckerei@t-online.de

Erscheinungsweise: monatlich, darin 2-Monats-Doppelhefte nach Bedarf. Preise (unverbindlich empfohlen): Einzelheft 16,00 €, Doppelheft 25,00 €, jew. inkl. 7% MwSt. zzgl. Porto. Jahresabonnement (Neuabonnements) ab 1.1.2008: 159,43 € einschl. 9,- € Versand und 10,43 € MwSt, zahlbar zu Beginn des Abonnementszeitraumes. Auslandsabonnement: 174,80 € (inkl. Versand und ggf. MwSt). Bei Neueinrichtung eines Abonnements wird eine anteilige Jahresrechnung erstellt. Abonnementskündigungen mit ordentlicher Frist: 10 Wochen zum Ende des Kalenderjahres.

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

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

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

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

Anschriftenänderungen und Umbestellungen können nur berücksichtigt werden, wenn sie dem Verlag unmittelbar mitgeteilt werden. Allein Adressumeldung 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.

Gewerberaumiete; fristlose Kündigung des Mieters; Zerstörung der Vertrauensgrundlage; Diffamierung des Gewerbebetriebs; Entbehrlichkeit der Abmahnung (BGH)

356

Gewerberaumiete; Betriebskosten; Terrorversicherung; Sachversicherung; Grundsatz der Wirtschaftlichkeit; Betriebsunterbrechungsversicherung (BGH)

358

Gewerberaumiete; Tod des vermietenden Nießbrauchers; Kündigung der Eigentümer; Miterben des Nießbrauchers; Stimmenmehrheit der Bruchteilseigentümer zur Mietvertrags-Kündigung (BGH)

360

Schwere Brandstiftung; Textilreinigung im Einkaufs- und Freizeitzentrum; EKZ; „Räumlichkeit“ im Gebäudekomplex; Versicherungsbetrug (BGH)

362

Rauchverbot; Gaststätte im Laufbereich eines Arcaden-Einkaufszentrums EKZ (OVG Münster)

363

Gewerbemiete; Mietzinsrückstand; Prozessführungsbefugnis des Zwangsverwalters nach Aufhebung der Zwangsverwaltung (BGH)

364

Prozesskostenhilfe PKH; juristische Person; allgemeine Interessen an der Rechtsverfolgung (BGH)

367

Zeugenbeweis; Mithören eines Telefonats ohne Einwilligung des Gesprächspartners; Autokauf; Sachmangel; Fahrzeugfarbe (BGH)

367

Gaststättenpacht; Räumung und Herausgabe; einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung; Antrag zum Revisionsgericht; Existenzverlust (BGH)

368

Gewerberaumiete; Gebührenstreitwert; Feststellungsklage zur Mietminderung (KG)

369

Kurzfassungen / Leitsätze Gewerbemiete etc.

370

Teileigentum

Wohnungseigentum; Veräußerungsbeschränkung; Erfordernis der Zustimmung der Miteigentümer; Schenkung (KG)

372

Wohnungseigentum; Ferienwohnung; Umzugskostenpauschale für die an wechselnde Kurzzeit-Bewohner vermietenden Wohnungseigentümer (BGH)

373

Teileigentum; Wohnungseigentum; „Untergemeinschaften“; Klage gegen Wohnungseigentümer-Untergemeinschaft (OLG Koblenz)

375

Parteiwechsel in Wohnungseigentums-Verfahren (BGH)

375

Wohnungseigentumsrechtliche Streitigkeit; Versäumung der Berufungsfrist wegen Unkenntnis des zuständigen Berufungsgerichts (BGH)

376

Berufung in einer Wohnungseigentumssache; Kennen des zuständigen Landgerichts; Versäumung der Berufungsfrist (BGH – nur Leitsatz)

378

Wettbewerb

D. Dingeldey, Internet – Umschau September 2010 378

Arbeitsvertrag; Interessenabwägung bei der fristlosen Kündigung; Leergutbon (BAG) 380

Steuerhinterziehung; Mittelverwendung zur Beeinflussung der Betriebsratswahl; Untreuevorwurf (BGH Leits. u.a.) 386

Kurzfassungen / Leitsätze Wettbewerb etc. 387

Besteuerung

K.-Chr. Callsen, Steuern – Umschau September 2010 389

Einkünfteerzielungsabsicht bei Vermietung von Gewerbeobjekten; Leerstand (BFH) 390

Kurzfassungen / Leitsätze Steuerrecht etc. 392

Magazin

Politik und Recht 394

*Dei manu
coram iudice et mari
in aeternum*

Karl-Christian Callsen

aus Erfstadt-Liblar
verstorben am 31. Oktober 2010
Richter am Finanzgericht i.R., Autor

Maria Anna Hermann
Ulrich von Schoenebeck
Prewest Verlag, Bonn

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

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

Einzelstücke der Beilage 50a, Umfang 96 Seiten, DIN A5, können zum Preis von 16,00 EUR inkl. 7% MwSt zzgl. Porto bei der Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Fax 0228/470954, info@prewest.de, bezogen werden. Preis bei Mehrbezug auf Anfrage.

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

**Mario H. Kraus,
Konfrontation, Kooperation, Kommunalmediation?
Stellenwert einvernehmlicher Streitbeilegung
in städtischen Siedlungsräumen**

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



Deutscher Mietgerichtstag 2011

Kongreßzentrum Westfalenhallen Goldsaal, Rheinlanddamm 200, Dortmund

Energetische Modernisierung des Wohnungsbestandes

Freitag, 8. April 2011

- 9.30 Begrüßung
- 9.45 **Klimaschutz und Energieversorgung**
Festvortrag: Jochen Flasbarth, Präsident des Umweltbundesamtes, Dessau
- 10.45 Kaffeepause
- 11.00 **Energetische Beschaffenheit als Kriterium der ortsüblichen Vergleichsmiete**
Referent: RiLG a.D. Hubert Blank, Mannheim
- 11.45 **Energieeinsparung als Modernisierungsmaßnahme insbesondere durch Einsatz erneuerbarer Energien**
Referent: VorsRiLG Dr. Werner Hinz, Itzehoe
Anschließend Diskussion
- 13.00 gemeinsames Mittagessen
- 14.30 **Arbeitskreise**
- 1. Zugang zur Revision**
Einführung von RABGH Prof. Dr. Volkert Vorwerk, Karlsruhe; Leitung: RiBGH Dr. Karin Milger, Karlsruhe
- 2. Fälligkeit der Miete und Zahlungsverkehr**
Einführung von PD Dr. Carsten Herresthal, Regensburg; Leitung: Prof. Dr. Markus Artz, Bielefeld
- 3. Rechtsfolgen bei Ausführung von Baumaßnahmen ohne Duldungspflicht des Mieters**
Einführung von RA Dr. Arnold Lehmann-Richter, Berlin; Leitung: RiAG Ulf Börstinghaus, Dortmund
- 4. Vereinbarung und Änderung von Umlagevereinbarungen im Betriebskostenrecht**
Einführung von RiAG Dr. Olaf Riecke, Hamburg; Leitung: VorsRiLG a.D. Dr. Hans Langenberg, Hamburg
- 16.00 Kaffeepause
- 16.30 **Arbeitskreise**
- 5. Mietermehrheiten**
Einführung von VorsRiLG Elmar Streyll, Krefeld; Leitung: RiBGH a.D. Hans-Jörg Kraemer, Bretten
- 6. Wertsicherungsklauseln in der Gewerberaummieta**
Einführung von RA Dr. Michael Schultz, Berlin; Leitung: RA Jürgen Fritz, Düsseldorf
- 7. Einfluss des Verbraucherinsolvenzverfahrens auf das Mietverhältnis**
Einführung von VizPräsAG Dr. Beate Flatow, Kiel; Leitung: Prof. Dr. Peter Derleder, Bremen
- 8. Gibt es sichere Quotenabgeltungsklauseln?**
Einführung von Prof. Dr. Hubert Schmidt, Trier; Leitung: RA Norbert Eisenschmid, Berlin
- 19.00 gemeinsames Abendessen

Samstag, 9. April 2011

- 9.00 **Die Kosten der Unterkunft nach SGB II und XII**
Referent: Dr. Franz-Georg Rips, Erfstadt
- 9.45 **Die Bedeutung technischer Normen, des Stands der Technik und des verkehrsüblichen Zustands bei der Vermietung von Wohn- und Geschäftsräumen**
Referentin: Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg
Diskussion
- 10.45 Kaffeepause
- 11.15 **Vermieter und Mieter als Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen**
Referent: Prof. Dr. Markus Stoffels, Osnabrück
- 12.00 **Stand der Mietrechtsnovellierung**

nichtöffentlicher Teil

ca. 13.30 Mitgliederversammlung des Deutschen Mietgerichtstages e.V.

Tagungsbeitrag: 170,- € für Mitglieder des Deutschen Mietgerichtstages e.V., sonst 250,- €;
inkl. Kaffeepausen sowie Mittag- und Abendessen am 8. 4. 2011.

Anmeldung: Online unter www.mietgerichtstag.de oder schriftlich an Deutscher Mietgerichtstag e.V.,
Postfach 02 10 41, 10121 Berlin; Fax 030/2232346. Anmeldung von Nichtmitgliedern
erst ab 1. 3. 2011 möglich.

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

Bundespräsident Christian Wulff, Berlin

Ansprache in der Gemeinsamen Sitzung von Bundestag und Bundesrat zur Eidesleistung des Bundespräsidenten gemäß Artikel 56 Grundgesetz am 2. Juli 2010 im Reichstagsgebäude in Berlin

Sehr geehrter Herr Bundestagspräsident!
Sehr geehrter Herr Bundesratspräsident!
Sehr geehrte Frau Bundeskanzlerin!
Sehr geehrter Herr Präsident des Bundesverfassungsgerichts!
Sehr geehrte Herren Bundespräsidenten Köhler und Herzog!
Sehr verehrte Frau Köhler!
Sehr geehrte Mitglieder des Deutschen Bundestages und des Bundesrates!

Es wird mir wahrscheinlich niemand verübeln, wenn ich sage: Das ist ein bedeutender und auch ein bewegender Moment. Er erfüllt mich mit Freude und Ernst, mit Zuversicht und Demut zugleich. Denn ich weiß um die große Verantwortung, die das Amt des Bundespräsidenten mit sich bringt. Ich bin dankbar dafür, nun in diesem Amt dienen zu dürfen: Deutschland und den Deutschen und allen Menschen, die hier bei uns leben.

Einmal mehr gab es für das Amt des Bundespräsidenten eine echte Wahl. Deshalb danke ich hier ausdrücklich Frau Jochimsen und Herrn Gauck für den fairen Wettstreit über die letzten 30 Tage. Denn jeder faire Wettstreit tut unserer Demokratie gut. Daran haben Sie ganz großen Anteil und haben damit auch unserem Land in entscheidendem Maße gedient. Dafür herzlichen Dank Ihnen beiden!

Lieber Herr Gauck, Ihre Stimme hat in den letzten Wochen viele Menschen mehr als schon zuvor erreicht. Wir alle dürfen Sie bitten, auch künftig über Ihre Erfahrungen mit der SED-Diktatur zu berichten. Bitte erzählen Sie auch weiterhin von Ihrer Liebe zur Freiheit. Denn das hilft, zu verstehen. Das tut besonders denen gut, die das SED-Unrecht erlitten und die Selbstbefreiung der Menschen in der DDR erstritten haben, und es ist unersetzlich für die Jüngeren, die Ihnen zuhören und dadurch besonders gut verstehen können.

Sehr geehrter Herr Bundespräsident, lieber Herr Köhler, auch ich danke Ihnen von Herzen für alles, was Sie in Ihrer Amtszeit für unser Land geleistet haben. Gerade der Kummer über Ihren Rücktritt hat besonders bewegend gezeigt, wie nah Sie unseren Mitbürgerinnen und Mitbürgern waren. Sie haben den Menschen zugehört. Sie haben ihre Sorgen und Nöte ernst genommen. Sie haben ermutigt und die vielen guten Ideen, die es in unserem Land gibt, häufig sichtbar gemacht und tatkräftig unterstützt. Wo Sie mit den Ergebnissen von politischen, gesetzgeberischen und auch medialen Prozessen nicht zufrieden waren, da haben Sie es ganz deutlich ausgesprochen.

Sie haben mit Ihrer Frau Deutschland in der Welt würdig und erfolgreich repräsentiert. Besonders Ihr Engagement für Afrika – es ist zu Recht darauf hingewiesen worden – hat viel bewirkt. Sie haben uns bewusst gemacht, wie sehr das Schicksal unseres Nachbarkontinents mit dem unseren verbunden ist. Ganz viele Menschen in unserem Land verstehen nun viel besser, wie wichtig es ist, auch an andere, ja an alle auf dieser Einen Welt zu denken, weil wir nur gemeinsam Zukunft haben werden. Wir beginnen zu verstehen, wie viel sich von der Würde und der Zuversicht lernen lässt, die sich die Menschen in Afrika unter ganz anderen Bedingungen, als wir sie hier haben, in bitterster Not, bewahrt haben. Ihr Engagement für Afrika bleibt allen unvergessen und verpflichtet uns zugleich.

Sehr verehrte Frau Köhler, auch Ihnen ist eben sehr herzlich für Ihr großes Engagement gedankt worden, weil Sie vielen Menschen, die Zuwendung und Hilfe brauchen, Gehör verschafft haben, frei nach Bertolt Brecht: Die einen stehen im Licht, und die im Schatten sieht man nicht. – Sie haben Zuwendung und Hilfe gegeben und vielen Menschen Gehör verschafft. Besonders als Schirmherrin von ACHSE, der Allianz Chronischer Seltener Erkrankungen, haben Sie wichtige und bleibende Akzente gesetzt. Das werden wir auch weiterhin nach unseren Möglichkeiten unterstützen.

Auch ich möchte erwähnen, dass Sie, liebe Frau Köhler, lieber Herr Köhler, Ihr inniges persönliches Miteinander in Ihrer ganzen Familie, mit Ihren Kindern und Ihren Familienmitgliedern, so gezeigt und gepflegt haben, dass es andere nicht nur tief beeindruckt hat, sondern auch ganz viele Familien mit ihren Kindern ermutigt hat, in schwierigen Situationen dauerhaft zusammenzustehen. Deshalb wünsche ich Ihnen und Ihrer ganzen Familie alles erdenklich Gute und Gottes reichen Segen. Auch meinerseits herzlichen Dank für den Dienst für unser Land von Ihnen beiden!

Heute vor 15 Jahren war das Reichstagsgebäude verhüllt von einem großen silbrigen Tuch. Hunderttausende kamen damals und staunten, wie fremd und zugleich wie schön dieser Schicksalsort deutscher Demokratie auf einmal wirkte, dank künstlerischer Kraft und auch dank technischem Können. Das Kunstwerk hat damals ein Gemeinschaftsgefühl geweckt zwischen Menschen aller Altersstufen, Nationalitäten, Herkünfte und Berufe. Es hat sein Teil beigetragen zu dem neuen, fröhlichen Gesicht unseres Landes in der Welt. Die Entscheidung zur Verhüllung des Reichstags wiederum hatte uns alle gelehrt, wie spannend politische Debatten sein können, wenn ernsthaft und

leidenschaftlich diskutiert wird. Das hat damals bereits gezeigt: Wir Deutsche leben in einer gefestigten, in einer selbstbewusst gelassenen Demokratie. Nebenbei zeigte das Projekt von Christo und Jeanne-Claude: Ein großer Erfolg braucht oft einen langen Atem. Die beiden blieben fast ein Vierteljahrhundert lang überzeugt und begeistert von ihrer Idee, und am Ende waren fast alle überzeugt. Aber es dauerte halt 25 Jahre.

Heute sind das Reichstagsgebäude und der Deutsche Bundestag die Mitte unserer parlamentarischen Demokratie und ein absolutes Muss für jeden Berlin-Besucher. Die Silhouette ist weltweit ein Symbol unserer gegliückten Einheit in Freiheit. In diesem Bau, in dem wir hier versammelt sind und am 30. Juni versammelt waren, herrscht der Geist parlamentarischer Demokratie, wie es die Mütter und die Väter des Grundgesetzes erhofft und vorgedacht haben – friedfertig und wehrhaft, viestimmig und solidarisch, auf Mehrheiten gebaut und die Minderheit achtend. Auch dieser Geist der Demokratie lebt von Gemeinschaftsgefühl und Begeisterung, von Beharrlichkeit und Durchsetzungsvermögen, von kühnen Ideen und gekonnter Verwirklichung.

Auch die Rede von Herrn Bundesratspräsident Böhrnsen* hat mich eben wieder ermutigt, welches Signal man geben kann, wenn man gepflegt miteinander umgeht. Ich bin Ihnen dankbar für die Freundschaft zwischen unseren Bundesländern, die wir pflegen durften.

Unser Land ist reich an alledem. Seine größte Stärke sind die Menschen, die hier leben. Ihre Vielfalt, ihre Talente machen Deutschland lebens- und liebenswert. Mir ist es dabei wichtig, Verbindungen zu schaffen: zwischen Jung und Alt, zwischen Menschen aus Ost und West, Einheimischen und Zugewanderten, Arbeitgebern, Arbeitnehmern und Arbeitslosen, Menschen mit und Menschen ohne Behinderung. Das ist naturgemäß nicht einfach. Es gibt unterschiedliche Interessen, es gibt Vorurteile gegeneinander, Bequemlichkeiten und Anspruchsdenken. Ich möchte helfen, über all das hinweg Brücken zu bauen, weil wir unvoreingenommen aufeinander zugehen müssen, einander aufmerksam zuhören sollten und miteinander sprechen müssen.

Es gibt so unendlich viele Erfolgsgeschichten in unserem Land. Sie werden mir nachsehen, dass ich mich in diesem Jahr, 2010, besonders an meine Begegnung mit dem Vater von Frau Özkan, der ersten Landesministerin muslimischen Glaubens in Deutschland, erinnere, einem Mann, der fast 50 Jahre hart gearbeitet hat – er arbeitet immer noch –, der auf die Bildung und den Fleiß seiner Kinder Wert gelegt hat und der nun erlebt hat, wie erfolgreich und geachtet seine Tochter in unserer Gesellschaft ist. Seine Augen strahlten vor Glück. Das gibt manchmal mehr an Empathie als vieles, was wir hier in Form von Gesetzesberatungen erlebt haben und weiter erleben werden.

Die Frage, ob man dazu verhilft, dass viel mehr Menschen in unserem Land, viel mehr Eltern in unserem Land dieses Glück empfinden können, hier auf- und angenommen zu sein und gleichberechtigt zu sein, das ist mir ein wichtiges Anliegen. Dabei weiß ich: Es gibt längst nicht genug solcher Erfolgsgeschichten. Wann wird es bei uns endlich selbstverständlich sein, dass unabhängig von Herkunft und Wohlstand alle gleich gute Bildungschancen bekommen? Wann wird es selbstverständlich sein, dass unabhängig von Herkunft und Wohlstand nicht nur gleiche Bildungschancen gewährt werden, sondern dass auch alle Kinder, die hier groß werden, die deutsche Sprache beherrschen, auch die deutsche Sprache neben ihrer Muttersprache gut beherrschen? Wann wird es selbstverständlich sein, dass jemand mit den gleichen Noten die gleichen Aussichten bei einer Bewerbung hat, egal ob er Yilmaz oder Krause oder anders heißt? Die Untersuchungen dazu lassen mich jedenfalls nicht ruhen, weil hier großer Handlungsbedarf besteht und weil, vielleicht auch aus Unwissenheit, manche Form fehlender Chancengerechtigkeit bisher hingenommen wird.

Meine Antwort auf solche Fragen lautet: Wenn wir weniger danach fragen, woher einer kommt, als danach, wohin er will, wenn wir nicht mehr danach fragen, was uns trennt, sondern

was uns verbindet – auch die monotheistischen Weltreligionen –, dann wird das Zusammenleben in unserem Land menschlicher und zugleich erfolgreicher sein. Wenn wir nicht mehr danach suchen, was wir einander voraushaben, sondern was wir voneinander lernen können, dann wird Neues, Gutes entstehen, zum Beispiel aus urdeutscher Disziplin und türkischem Dribbling, aus preußischem Pflichtgefühl und angelsächsischer Nonchalance, aus schwäbischer Gründlichkeit und italienischer Lebensart, demnächst vielleicht aus rheinländischer Lebenskunst und chinesischer Bildungsbegeisterung.

Deutschland wird auch dann gewinnen, wenn wir weniger danach fragen, wie alt jemand geworden ist, sondern erkennen, wie jung viele geblieben sind. Ich jedenfalls bin immer wieder beeindruckt von dem Elan, mit dem Seniorinnen und Senioren bei uns Verantwortung übernehmen und Gutes bewirken, zum Beispiel als Berater für Unternehmensgründer, als Vorlesepaten in Schulen und Kindergärten oder als verlässliche Mitglieder in Kirchengemeinden und ungezählten Vereinen und Verbänden in Deutschland. Diese Älteren wissen bereits, was die Jüngeren noch lernen werden: Es lohnt sich, aktiv zu sein; es macht reich, nicht an Finanzen, sondern an Freunden, nicht an Zahlungsmitteln, sondern an Zufriedenheit. Es gibt unserem Leben Sinn, und auf Sinn sind wir alle angelegt.

Darum ist es so wichtig, dass unser Land viele Gelegenheiten dafür bietet, Verantwortung zu übernehmen und für andere da zu sein. In Deutschland ist die Freiheit verbürgt, Vereine und Bürgerinitiativen zu gründen. Aber diese Freiheit ist nichts ohne das Bedürfnis so unendlich vieler Bürgerinnen und Bürger, sie tatsächlich zu nutzen und alltäglich zu leben.

Das gilt nach meiner festen Überzeugung auch für politische Parteien und ihre Jugendorganisationen. Sie sind allesamt – hier im Hause und draußen – viel besser als ihr Ruf. Sie bieten politisch Interessierten eine Heimat und ringen um die besten Lösungen für unser Land. Dennoch – das beschäftigt uns – greift das Gefühl um sich, die Parteien seien verschlossen und neigten dazu, die Herausforderungen nicht wirklich beim Namen zu nennen, die Dimensionen zu verschweigen und die politischen Angelegenheiten ziemlich unter sich auszumachen. Erinnern wir uns:

„Die politischen Parteien wirken an der politischen Willensbildung des Volkes mit.“

So will es unsere Verfassung. Wenn nun aber immer mehr politische Entscheidungen von immer weniger in den Parteien aktiven Menschen vorbereitet und getroffen werden, dann sollten wir weniger diese Aktiven kritisieren – sie sind eher noch mehr zu ermutigen und zu belobigen – als vielmehr die anderen wieder stärker für die Aufgabe der politischen Selbstbestimmung begeistern und sie daran beteiligen. Das kann auf vielen Wegen und auf allen Ebenen unseres Gemeinwesens geschehen: vom kommunalpolitischen Bürgerentscheid über das Bürgerforum im Internet bis hin zum stärkeren Einfluss der Wählerinnen und Wähler auf die Listen bei Wahlen.

Die politische Willensbildung unseres Volkes braucht möglichst viele unterschiedliche Bahnen, auf denen sich neue Ideen, Argumente und Mehrheiten von der Graswurzelebene bis in die Parlamente und Kabinettsäle verbreiten. Auch die Bürgerinnen und Bürger, die nicht in Parteien engagiert sind, müssen leicht die Erfahrung machen können, wie spannend die Mitarbeit an politischen Aufgaben sein kann, wie schwierig diese Aufgaben oft sind und wie befriedigend es gerade deshalb ist, im friedlichen Wettstreit gute und faire Lösungen zu erarbeiten.

Genau das geschieht tagein, tagaus. Nehmen wir nur das Sie so beschäftigende Thema der Finanz- und Wirtschaftskrise, die uns seit mehr als zwei Jahren in Atem hält. Seither lastet auf der vorhergehenden und auf der jetzigen Bundesregierung eine besonders hohe Verantwortung. Durch rasche und besonnene Entscheidungen ist es gelungen, die Folgen der Krise besser abzufedern als in nahezu jedem anderen Industrieland dieser Er-

*) GuT 2010, 172, Red.

de. Überall ist das Wirtschaftswachstum massiv eingebrochen, auch bei uns. Überall hat die Arbeitslosigkeit massiv zugenommen, aber nicht bei uns. Darauf kann auch die Politik – sie ist nicht allein verantwortlich, aber auch –, können die frühere und die jetzige Bundesregierung stolz sein.

Es haben viele dazu beigetragen: die Tarifparteien, vorausschauende Unternehmen und verantwortungsvolle Gewerkschaften. Ich habe kein Problem damit, zu sagen, dass ich bei Volkswagen und bei der IG Metall einiges Positive gelernt und manches auch überprüft habe; auch als Bundespräsident darf man noch manches weiterhin überprüfen. Ich bin dankbar für die engagierten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die extrem viel Verantwortungsbewusstsein, Verantwortungsgefühl und Mut gezeigt haben, diese Krise mit uns gemeinsam, im Miteinander statt im Gegen-einander, zu bewältigen; denn das ist Grundlage unserer sozialen Marktwirtschaft, auf die wir dann stolz sein können, wenn es nicht nur um Rendite geht, sondern wenn es auch um Verantwortung geht, um Ethik und Moral, Verantwortung für die eigenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, ihre Familien, die Produkte, die man herstellt, die Produktionsverfahren, mit denen man sie herstellt, und für die Stadt, in der man tätig ist, die Region, in der man produziert, und das Land, in dem man sein Unternehmen betreiben darf, nämlich hier bei uns. Diese umfassende Verantwortlichkeit ist das, was wir mit sozialer Marktwirtschaft verbinden. Das unterscheidet uns von der Ellenbogengesellschaft, vom Raubritterkapitalismus und anderen Formen, die wir alle nicht wollen.

Jetzt müssen wir dafür sorgen, dass sich Krisen dieser Art und dieses Ausmaßes nicht wiederholen. Darum ist es wichtig, die Verursacher der Bankenkrise in Haftung zu nehmen und den Finanzmärkten endlich gute Regeln zu geben. Das kann und das wird nur in europäischer und in internationaler Zusammenarbeit gelingen. Das macht die Aufgabe außerordentlich komplex. Deswegen bin ich geneigt, zu sagen: Darum ist niemand – auch Sie nicht – zu beneiden. Aber wer sollte es tun, wenn es nicht der Deutsche Bundestag mit der deutschen Bundesregierung und der Hilfe des Bundesrates tut?

Das vereinte Deutschland ist mit seinen Nachbarn in Europa und den anderen Erdteilen so eng vernetzt wie niemals zuvor in unserer Geschichte. Unsere Wirtschaft agiert global, unsere Bürger haben weltweite gesellschaftliche und kulturelle Kontakte, viele Menschen aus anderen Ländern kommen vorübergehend oder auf Dauer zu uns. Ich sage für mich ausdrücklich: Diese Globalisierung bietet für Deutschland großartige Chancen. 82 Millionen Menschen mitten in Europa und angesehen in der Welt – das ist eine gute Grundlage dafür, dass unsere Wirtschaft profitiert vom europäischen Binnenmarkt, vom Euro, von weltweiten Absatzmärkten und vom Handel. Unsere Bürger reisen in alle Welt, und wir haben gerne die Welt zu Gast.

Gleichzeitig stehen wir vor gigantischen globalen Problemen, die Deutschland nicht alleine lösen können, wie dem Klimawandel, der Wirtschafts- und Finanzkrise, der Migration, der Bedrohungen unserer Sicherheit durch Terrorismus und organisierte Kriminalität und andere Fragen, und wir müssen auf ständige Änderungen im internationalen Umfeld eingestellt sein.

Die Bevölkerungszahl steigt in weiten Teilen der Welt an, in Europa und gerade in Deutschland ist sie rückläufig. Es wäre auch darüber intensiver zu reden, was wir daran ändern können. Schwellenländer wie Brasilien, China und Indien wachsen

dynamisch. Viele Länder entwickeln ihr demokratisches System, ihren Rechtsstaat und heben den Lebensstandard ihrer Bevölkerungen, aber es gibt eben auch in weiten Teilen der Welt Armut, Unterentwicklung, fragile Staaten, Ressourcenknappheit, Naturkatastrophen und Krisen.

Für die Gestaltung des Globalisierungsprozesses brauchen wir einen festen Ankerpunkt, und das kann aus meiner Sicht nur die Europäische Union sein. Sie ist ein einzigartiges Friedens-, Werte- und Wohlstandsprojekt, mit dem die Völker unseres Kontinents eindrucksvoll die Konsequenzen aus Jahrhunderten von Kriegen und Zerstörung gezogen haben. Wir dürfen hier im Reichstag in unserer Hauptstadt niemals vergessen, welche Lehren Europa machen musste und welche Konsequenzen es aus diesen Lehren gezogen hat. Es ist ein großes Friedens-, Werte- und Wohlstandsprojekt. Dieses europäische Projekt sollte Deutschland weiterhin als fairen Partner und Unterstützer erleben.

Auch wenn in der augenblicklichen Finanz- und Schuldenkrise großer Anpassungsbedarf sichtbar wird, so steht außer Zweifel, dass wir mit dem Lissabon-Vertrag eine politische und wirtschaftliche Integration erreicht haben, die jedenfalls uns Europäern erlaubt, kraftvoll und gemeinsam zu handeln, um den Herausforderungen des 21. Jahrhunderts zu begegnen.

Wir Deutsche sind offen für die Kooperation mit allen anderen Teilen der Welt auf der Grundlage gegenseitigen Verständnisses und Vertrauens. Dazu müssen wir andere Kulturen besser kennen- und verstehen lernen. Wir müssen auch hier auf andere zugehen und den Austausch verstärken.

Wir müssen unser Land weiter internationalisieren. Das können wir schon hier bei uns einüben – in unserer Bundesrepublik, in unserer bunten Republik Deutschland. Unsere Vielfalt ist zwar manchmal auch anstrengend, aber sie ist letztlich Quelle der Kraft und der Ideen und eine Möglichkeit, die Welt mit anderen Augen zu sehen und aus unterschiedlichen Blickwinkeln kennenzulernen.

Wir sollten neugierig sein und ins Gespräch kommen. Besonders dazu will ich in den kommenden Jahren beitragen. Wenn viele sich dafür begeistern, dann werden wir unser Land und was in ihm steckt ganz neu entdecken. Ich bin überzeugt: Dann wird es uns auch in Zukunft gelingen, häufig zu erleben, so fröhlich und so staunend auf das zu blicken, was Ihnen, was uns gemeinsam gelungen ist – ganz wie damals vor dem hier vor 15 Jahren verhüllten Reichstag.



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

Mietnebenkostenpauschalen bei der Gewerberaummieta

I. Grundsätzliches

Bei der Pauschale handelt es sich um einen Festbetrag, durch den die von der Pauschale umfassten Kosten abgegolten werden sollen. Die Pauschale hat gegenüber einer Umlegung von Mietnebenkosten im Wege von Vorauszahlungen und Abrechnung den Vorteil, dass der Aufwand für eine Abrechnung¹ und der Streit um eine Abrechnung vermieden werden. Gegenüber einer Inklusivmieta hat die Pauschale den Vorteil, dass die Nebenkosten aus der Grundmieta ausgliedert sind, was sowohl bei vereinbarten Veränderungen der Grundmieta als auch einer vereinbarten Veränderung der Pauschale das Vorgehen wesentlich vereinfacht.

Mietnebenkostenpauschalen bilden deshalb eine durchaus erwägenswerte Alternative zur Kostenumlegung mit Abrechnung. Das vor allem auch deshalb, weil die Beschränkungen des Wohnraummietrechts für Mietverträge über Gewerberäume nicht gelten. Die §§ 556, 556a und 560 BGB finden entsprechend ihrer systematischen Stellung nur auf Wohnraummietverhältnisse Anwendung.² In der Verweisungsnorm des § 578 BGB sind diese Vorschriften nicht erwähnt. Pauschalvereinbarungen können deshalb weitgehend frei getroffen werden. Grenzen setzen lediglich die Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB und das Verbot unangemessener Benachteiligung nach §§ 307, 310 BGB. Andererseits erfordert das Fehlen gesetzlicher Regelungen aber auch eine Vorsorge bei der Vertragsgestaltung.

Eine Besonderheit besteht für die Heiz- und Warmwasserkosten. Da die HeizkostenV eine verbrauchsabhängige Kostenverteilung vorschreibt (§ 6 HeizkostenV) und zwingendes Rechts enthält (§ 2 HeizkostenV),³ können im Anwendungsbereich dieser Verordnung Heiz- und Warmwasserkostenpauschalen nicht vereinbart werden,⁴ sofern nicht Ausnahmetatbestände (§§ 2, 11 HeizkostenV) vorliegen.

II. Vereinbarung der Mietnebenkostenpauschale

1. Notwendigkeit einer Vereinbarung

Eine Pauschale wird nur geschuldet, wenn dies vertraglich vereinbart ist.⁵ Die Vereinbarung muss klar erkennen lassen, dass es sich um eine Pauschale handelt. Ist das nicht der Fall und ergibt die Auslegung auch nicht die Vereinbarung einer Nebenkostenumlegung mit Abrechnung, ist die Klausel in Formularmietverträgen wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2, § 310 Abs. 1 BGB unwirksam. Die Verwendung des Wortes »pauschal« und das Fehlen von Regelungen über die Abrechnung sprechen für die Vereinbarung einer Pauschale.⁶

Enthält die Nebenkostenvereinbarung Widersprüche, die sich auch im Wege der Auslegung nicht beheben lassen, ist die Vereinbarung unwirksam. Sind bei einem Formularmietvertrag mehrere Auslegungen möglich, ist die für den Mieter günstigere Auslegung maßgeblich, wenn der Vermieter Verwender des Formulars ist (§ 305c Abs. 2 BGB). Die für den Mieter günstigste Auslegung ist, dass die Nebenkosten möglichst weitgehend in der Grundmieta enthalten sind.⁷ Ist unklar, ob eine Pauschale oder eine Abrechnung mit Vorauszahlungen vereinbart ist, ist für den Mieter regelmäßig die Pauschale günstiger.⁸

Haben die Parteien beabsichtigt, eine Mietnebenkostenumlegung im Wege der Abrechnung zu vereinbaren, und ist diese Vereinbarung, insbesondere in einem Formularmietvertrag, nicht wirksam, so ist eine Umdeutung in die Vereinbarung einer Pauschale in aller Regel nicht möglich.⁹ Die Absicht einer Abrechnung steht der Annahme einer Pauschale entgegen. Dass der Vermieter in solchen Fällen bei einem Formularmietvertrag keinerlei Nebenkostenzahlung erhält, ist die Konsequenz aus § 306 BGB.¹⁰

2. Inhalt der Vereinbarung

a) Pauschal erfasste Kosten

Aus der Vereinbarung muss sich ergeben, welche Nebenkosten von der Pauschale umfasst sind. Eine Vereinbarung, die auch unter Heranziehung aller Auslegungskriterien nicht erkennen lässt, welche Mietnebenkosten umfasst sind, ist wegen Unbestimmtheit unwirksam.¹¹ Bei der Geschäftsraummieta bestehen keine speziellen gesetzlichen Beschränkungen. Insbesondere darf die Pauschale auch andere Kosten als Betriebskosten umfassen. Es können auch mehrere Pauschalen für verschiedene Mietnebenkosten vereinbart werden. So kann es z. B. im Einzelfall durchaus sachgerecht sein, die Verwaltungskostenpauschale von den übrigen Mietnebenkosten zu trennen. Möglich ist es auch, eine Pauschale für bestimmte Kostenarten und eine Abrechnung für andere Positionen vorzusehen.¹² Ist für einzelne Kostenarten ausdrücklich eine Abrechnung vereinbart, wird die Auslegung in aller Regel ergeben, dass diese Kosten nicht von der Pauschale umfasst sein sollen, auch wenn ansonsten für die Pauschale ohne nähere Differenzierung auf die BetrKV Bezug genommen wird.¹³ Treffen eine Pauschale und eine Nebenkostenabrechnung zusammen, ist darauf zu achten, dass keine Doppelbelastung des Mieters für nur einmal getätigte Ausgaben eintritt. Das gilt insbesondere für die Position Hauswart, wenn dieser in Bereichen tätig wird, die teils die Pauschale, teils die abzurechnenden Positionen betreffen.¹⁴

Wird eine Betriebskostenpauschale ohne weitere Bezeichnungen vereinbart, so bezieht sich die Vereinbarung auf alle Betriebskosten, die in § 2 BetrKV genannt sind. Das Wort Betriebskostenpauschale ist in § 560 Abs. 3 BGB zu finden. Es bedeutet inhaltlich nichts anderes als die Ausweisung der Betriebskosten als Pauschale in § 556 Abs. 2 Satz 1 BGB.¹⁵ Wird in einem Gewerberaummietvertrag der Begriff Betriebskosten verwendet, ist die Vereinbarung mangels anderweitiger Anhaltspunkte dahin auszulegen, dass nur solche Betriebskosten umfasst sind, die bei der Vermietung von Wohnraum umlegungsfähig sind.¹⁶ Wenn in einem Gewerberaummietvertrag

*) Der Autor ist Richter am Oberlandesgericht, Richter am Bayerischen Obersten Landesgericht a. D., Mitglied des für Immobilienmieta und Wohnungseigentum zuständigen 32. Zivilsenats des OLG München. Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Verfassers wieder.

- 1) Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., 2009, Rn. 518.
- 2) OLG Rostock GuT 2008, 200; Langenberg in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., 2007, § 560 Rn. 1; Weidenkaff in Palandt, BGB, 69. Aufl., 2010, § 560 Rn. 2; Schmid GE 2001, 1028.
- 3) BGH WuM 2006, 418; OLG Düsseldorf NZM 2008, 524, 526.
- 4) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 6081; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., 2009, Rn. 519.
- 5) Schmid in Harz/Käab/Riecke/Schmid, Handbuch des FA Miet- und Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., 2008, Kap. 6 Rn. 856.
- 6) OLG Düsseldorf IMR 2008, 239.
- 7) LG Berlin ZMR 2001, 188.
- 8) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 2070; Pfeilschifter WuM 2002, 74.
- 9) OLG Dresden NZM 2000, 827; Schmid NZM 2000, 1041; a.A. AG München NZM 1999, 415; Langenberg NZM 2000, 801.
- 10) Schmid in Harz/Käab/Riecke/Schmid, Handbuch des FA Miet- und Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., 2008, Kap. 6 Rn. 861.
- 11) Schmid in Harz/Käab/Riecke/Schmid, Handbuch des FA Miet- und Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., 2008, Kap. 6 Rn. 858; ähnlich Pfeilschifter WuM 2002, 77, der einen Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB annimmt.
- 12) Schmid WuM 2001, 425.
- 13) Schmid in Harz/Käab/Riecke/Schmid, Handbuch des FA Miet- und Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., 2008, Kap. 6 Rn. 860.
- 14) Vgl. Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 8010.
- 15) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 2059.
- 16) OLG Celle WuM 2000, 130 = ZMR 1999, 238.

einzelne Kostenpositionen nicht abweichend definiert sind, sind die Vertragsklauseln unter Heranziehung der entsprechenden Regelungen des § 2 BetrKV auszulegen.¹⁷ Nach der Rechtsprechung des BGH¹⁸ ist die Umlegung »sonstiger Betriebskosten« nach § 2 Nr. 17 BetrKV nur insoweit wirksam vereinbart, als die jeweiligen Kostenarten einzeln bezeichnet sind. Diese zu abzurechnenden Betriebskosten ergangene Entscheidung ist auf Pauschalen entsprechend anzuwenden.¹⁹ Das ist jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn eine Erhöhung der Pauschale vorgesehen ist,²⁰ weil dann auch die Erhöhung sonstiger Betriebskosten zur Begründung einer Erhöhung herangezogen werden kann.

Die Beschränkung auf die Betriebskosten wird jedoch in der Regel den Interessen der Mietvertragsparteien im gewerblichen Bereich nicht gerecht. Die Möglichkeit der Kostenumlegung ist bei Gewerberaummietverhältnissen nicht auf die Betriebskosten beschränkt.²¹ Es ist deshalb bereits im Mietvertrag klarzustellen, welche Kosten, auch über die Betriebskosten hinaus, von welcher Pauschale umfasst werden.

Wenn der Mieter nicht getäuscht wird, können Pauschalen auch unabhängig von den tatsächlichen Gegebenheiten vereinbart werden.²² Es handelt sich dann praktisch teilweise um Grundmiete.²³

b) Höhe der Pauschale

Bei Wohnraummietverhältnissen ist es umstritten, in welcher Höhe eine Betriebskostenpauschale vereinbart werden kann.²⁴ Für die Gewerberaummieta bestehen keine allgemeinen Beschränkungen.²⁵ Lediglich dann, wenn eine unangemessene Benachteiligung des Mieters vorliegt oder dieser über die wahre Höhe der Kosten getäuscht wird, kann die Anwendung allgemeiner Vorschriften (§§ 123, 138, 242, 307, 310 BGB) zur teilweisen oder gänzlichen Unwirksamkeit der Pauschalvereinbarung führen.²⁶ Arglistig handelt ein Vermieter, wenn er dem Mieter vortäuscht, die Pauschale würde in etwa die von ihr umfassten Kosten decken, während die tatsächlichen Kosten wesentlich niedriger sind.²⁷

Bei abzurechnenden Mietnebenkosten stellt sich das Problem, inwieweit der grundsätzlich den Vermieter treffende Aufwand, insbesondere für Instandsetzungsmaßnahmen auf den Mieter umgelegt werden kann.²⁸ Bei Pauschalen stellt sich dieses Problem nicht. Die erstmalige Pauschale kann ohnehin frei vereinbart werden.²⁹ Der Vermieter ist deshalb nicht gehindert, den von ihm zu erwartenden Aufwand nicht in die Grundmiete, sondern in die Pauschale einkalkulieren. Bei einer vereinbarten Erhöhung muss der Mieter nicht mit unkalkulierbaren Überraschungen rechnen, da jedenfalls in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine rückwirkende Erhöhung ausgeschlossen ist.³⁰ Als unangemessene Benachteiligung im Sinne von §§ 307, 310 Abs. 1 BGB wird es jedoch anzusehen sein, wenn sich der Vermieter das Recht vorbehält, bei bevorstehenden größeren Instandsetzungsmaßnahmen die Pauschale sofort auf den zu erwartenden Aufwand zu erhöhen und damit ähnlich einer Abrechnung die Kosten auf den Mieter umzulegen.

Die Pauschalen können – vorbehaltlich der Beachtung des Preisrechts – auch variabel ausgestaltet sein,³¹ z. B. in Abhängigkeit zur Grundmiete stehen.³²

III. Erhöhung und Senkung der Pauschale

1. Erhöhung der Pauschale

Die Vorschriften des § 560 BGB über die Erhöhung und Herabsetzung der Pauschale sind nicht analog anzuwenden.³³ Es besteht grundsätzlich Vertragsfreiheit.

Erhöhungsvereinbarungen sind zulässig und für eine Erhöhung auch notwendig. Ohne entsprechende Vereinbarung

kann der Vermieter eine einseitige Erhöhung nicht vornehmen.³⁴ Selbst bei erheblichen Kostensteigerungen ist nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut eine Erhöhung ohne vertragliche Grundlage nicht möglich. Da der Vermieter mit der Vereinbarung einer Pauschale ohne Erhöhungsmöglichkeit das Risiko der Kostensteigerung übernommen hat, helfen ihm auch die Grundsätze über die Veränderung der Geschäftsgrundlage nicht weiter (§ 313 Abs. 1 BGB).³⁵

Um sich den Vorteil der Einfachheit der Pauschale zu erhalten und zu erwartenden Kostensteigerung gleichwohl Rechnung zu tragen, ist es am einfachsten, für die Mietnebenkostenpauschale eine stufenweise Erhöhung, ähnlich einer Staffelmiete zu vereinbaren oder die Höhe der Pauschale an einen Index zu binden, ähnlich einer Indexmiete. Ist bereits die Grundmiete dynamisch ausgestaltet, kann die Pauschale mit einem Prozentsatz der Grundmiete festgelegt werden und nimmt dann an der Dynamisierung teil.

Zulässig ist es aber auch, die Erhöhung an ein tatsächliches Ansteigen der von der Pauschale umfassten Kosten zu knüpfen. Das in § 560 BGB vorgesehene Verfahren kann, aber muss nicht vereinbart werden. Ein dem § 560 BGB nachgebildetes Verfahren steht bei der Verwendung von Formularmietverträgen im Einklang mit § 307 BGB, da der Geschäftsraummieter nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht schutzwürdiger ist als der Wohnraummieter.³⁶ Jedenfalls müssen dem Mieter die bisherigen und die nunmehrigen Kosten mitgeteilt werden.³⁷ Bei mehreren Mietern in einer Anlage wird man auch verlangen müssen, dass der Vermieter offen legt, nach welchem Abrechnungsmaßstab er die Kosten verteilt hat. Damit nähert sich der Aufwand schon fast dem einer Abrechnung.

Der Mietvertrag kann auch vorsehen, dass der Vermieter die jeweilige Höhe der Pauschale nach billigem Ermessen festsetzt.³⁸ Dabei wird zu beachten sein, dass jedenfalls in Formularmietverträgen nur eine Änderung für die Zukunft vorgesehen werden kann, wenn sich die Nebenkosten nicht rückwirkend erhöht haben. Andernfalls könnte der Vermieter eine verdeckte Abrechnung einführen, was dem Wesen einer Pauschale widerspricht. Das verstieße als unangemessene Benachteiligung und Verstoß gegen das Transparenzgebot gegen § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.³⁹

17) OLG Düsseldorf DWW 2000, 196 ff.

18) WuM 2004, 290 = NZM 2004, 417 = DWW 2004, 188 = GE 2004, 613.

19) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 2061.

20) Vgl. unten III. 1.

21) Siehe zu einzelnen Nebenkosten bei Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 5500 ff. sowie die Aufstellungen bei Pfeifer DWW 2000, 13 ff., Gather DWW 2002, 56 und Schmidt NZM 2008, 563.

22) Schmid GE 2001, 1028.

23) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 2053.

24) Vgl. Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 2046; a.A. Horst MDR 2001, 724; Lützenkirchen OLG Beilage zu 13/2001 S. 8, der einen Sicherheitszuschlag für eventuelle Erhöhungen zulässt; Langenberg WuM 2001, 530, der § 5 WiStG anwenden will.

25) Schmid WuM 2001, 424.

26) Schmid in Harz/Käab/Riecke/Schmid, Handbuch des FA Miet- und Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., 2008, Kap. 6 Rn. 855.

27) Schmid WuM 2001, 424, 425.

28) Vgl. BGH GuT 2005, 213 = NZM 2005, 863.

29) Oben Fn. 25.

30) Siehe unten III. 1.

31) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 2053.

32) Vgl. z. B. OLG Köln GuT 2008, 31 = IMR 2008, 157.

33) Siehe oben I.

34) Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., 2009, Rn. 518.

35) Schmid in Harz/Käab/Riecke/Schmid, Handbuch des FA Miet- und Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., 2008, Kap. 6 Rn. 876.

36) Schmid WuM 2001, 424, 426.

37) Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., 2009, Rn. 518.

38) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 2126.

39) Schmid in Harz/Käab/Riecke/Schmid, Handbuch des FA Miet- und Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., 2008, Kap. 6 Rn. 905.

2. Herabsetzung der Pauschale

Die Veränderung von Betriebskosten ist in § 560 BGB geregelt. Diese Vorschrift gilt jedoch nur für Wohnraum.⁴⁰ Mietvertraglich kann der Vermieter verpflichtet werden, die Pauschale herabzusetzen, wenn die Kosten gesunken sind.⁴¹

Bei Geschäftsraummietverhältnissen trägt der Mieter das Risiko eines fehlenden Ausgleiches für das Sinken der Nebenkosten.⁴² Da der Mieter dieses Risiko übernommen hat, kann er sich bei fehlenden vertraglichen Regelungen nicht darauf berufen, dass die Pauschale in Relation zu den Ausgaben des Vermieters unangemessen hoch geworden ist (vgl. § 313 Abs. 1 BGB). Angesichts der ständig steigenden Kosten ist dieses Problem jedoch eher theoretischer Natur.

3. Einvernehmliche Regelung

Stets unbenommen bleibt es den Parteien, die Pauschale im Einzelfall zu erhöhen oder ermäßigen.⁴³ Bei langfristigen Verträgen ist dabei auf die Einhaltung der Schriftform nach § 550 BGB zu achten.⁴⁴

IV. Sonstiges

1. Übermäßige Kostenverursachung

Deckt eine Pauschale verbrauchsabhängige Kosten ab, ist der Mieter nach § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet, einen übermäßigen, über das gewöhnliche und der Pauschale zu Grunde liegende Maß hinausgehenden Verbrauch zu vermeiden. Ansonsten ist er dem Vermieter zum Schadensersatz nach § 280 BGB verpflichtet.⁴⁵ Diese Ersatzpflicht geht auf Erstattung der tatsächlichen Kosten abzüglich der Pauschalzahlungen. Die Annahme einer Pflichtverletzung ist jedoch auf extreme Fälle zu beschränken, da der Vermieter das Risiko mangelnder Kostendeckung trägt.⁴⁶

2. Änderung der Mietstruktur

§ 556a Abs. 2 BGB ermöglicht bei Mietverhältnissen über Wohnraum unter den dort genannten Voraussetzungen einen einseitigen Eingriff des Vermieters in die Mietstruktur. Diese Vorschrift gilt für Gewerberaummietverhältnisse nicht.⁴⁷

Dem Vermieter kann jedoch vertraglich die Möglichkeit eingeräumt werden, von der Pauschale zu einer Umlegung mit Ab-

rechnung überzugehen.⁴⁸ Bei der Verwendung von Formularmietverträgen oder sonstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist § 308 Nr. 4 BGB zu beachten, dessen Grundsätze über §§ 307, 310 BGB auch bei der Geschäftsraummieta angewendet werden.⁴⁹ Dabei stellt die Rechtsprechung sehr strenge Anforderungen an die Wirksamkeit der Änderungsklausel. Sie ist grundsätzlich nur wirksam, wenn sie schwerwiegende Änderungsgründe nennt und in ihren Voraussetzungen und Folgen erkennbar die Interessen des Vertragspartners angemessen berücksichtigt.⁵⁰ Zu einer angemessenen Berücksichtigung der Interessen des Mieters gehört es insbesondere, dass die Pauschale herabgesetzt wird oder ganz entfällt, da ansonsten eine zusätzliche finanzielle Belastung des Mieters einträte.⁵¹

Die Parteien können die Mietstruktur auch jederzeit einvernehmlich ändern, wobei auch hier gegebenenfalls die Schriftform zu beachten ist.⁵²

V. Fazit

Bei vorausschauender Vertragsgestaltung können durch die Vereinbarung von Mietnebenkostenpauschalen im Bereich der Gewerberaummieta mühsame und streitträchtige Abrechnungen vermieden werden. Ob und inwieweit Pauschalen gerechtfertigt sind, hängt vom jeweiligen Mietobjekt und der Vertragsgestaltung im Übrigen ab.

40) OLG Rostock GuT 2008, 200.

41) Schmid in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 5. Aufl., 2010, § 560 Rn. 14.

42) Schmid WuM 2001, 424, 427.

43) Schmid WuM 2001, 424, 425.

44) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 2123; vgl. auch KG bei Bieber GE 2004, 404; a.A. OLG Koblenz NZM 2002, 293.

45) LG Oldenburg ZMR 2002, 200.

46) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 2043a.

47) Oben I.

48) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 2036.

49) Vgl. OLG Celle ZMR 1996, 209.

50) BGHZ 124, 351, 362.

51) Vgl. Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 2038.
52) S. o. III. 3.

Assessorin Dr. Jutta Reismann, Berlin

Die Nebenkostenabrechnung in der Vermieterinsolvenz

I. Einführung

Für die auf das Mietrecht spezialisierten Juristen gehören die Probleme im Zusammenhang mit Vermieterinsolvenzen zum Berufsalltag. Sehr praxisrelevant sind dabei solche rund um die Nebenkostenabrechnung, und zwar insbesondere bzgl. der Aufrechnung. Im Folgenden sollen alle wichtigen Konstellationen aufgezeigt werden.

1. Die Aufrechnung in der Insolvenz (§§ 95 ff. InsO)

Aufrechnungsfragen bei Insolvenzfällen regeln die §§ 94–96 InsO.

§ 94 InsO bestimmt die Erhaltung der Aufrechnungslage. Soweit der Mieter im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegenüber einer Forderung (z. B. mit einer Schadensersatzforderung) aufrechnungsbefugt war, behält er diese Möglichkeit auch in der Insolvenz. Voraussetzung ist, dass sich die Forderungen schon vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens

aufrechenbar gegenüber gestanden haben bzw. die Aufrechnungslage nach § 387 BGB zum Eröffnungszeitpunkt bereits bestanden hat.

§ 95 InsO erweitert die Aufrechnungsmöglichkeiten für bestimmte Fälle, in denen die Aufrechnungslage erst während des Insolvenzverfahrens eintritt. Dies sind die Fälle, in denen die Forderung im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung schon begründet, aber noch bedingt, nicht fällig oder nicht gleichartig gewesen ist. Die Aufrechnung ist ausgeschlossen, wenn nach Verfahrenseröffnung zunächst die Hauptforderung fällig wird und dann erst die Gegenforderung des Insolvenzgläubigers. Der Gläubiger muss in diesem Fall seine Verbindlichkeit gegenüber dem Insolvenzverwalter erfüllen und kann dann seine Gegenforderung als Insolvenzforderung anmelden.

§ 96 InsO regelt die Unzulässigkeit der Aufrechnung für 4 Fallgruppen.

Nr. 1. Es fehlt an der Gegenseitigkeit. Die Gegenseitigkeit der Forderung muss bereits zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegeben sein. Eine Ausnahme bildet § 110 Nr. 3 InsO im Hinblick auf die Aufrechnung mit Miet- und Pachtzinsforderungen (siehe unten).

Nr. 2. Der Erwerb der Gegenforderung von einem Dritten erfolgt nach Verfahrenseröffnung. Tritt die Rechtsnachfolge nach der Verfahrenseröffnung ein, so ist die Aufrechnung ausgeschlossen (z. B.: hat der Erblasser eine Forderung gegen den Insolvenzverwalter und tritt der Erbfall nach der Verfahrenseröffnung ein, so ist der Erbe nicht aufrechnungsbefugt).

Nr. 3. Die Aufrechnungslage wird durch einen anfechtbaren Rechtserwerb hergestellt. Darunter sind die Fälle zu verstehen, in denen der Insolvenzverwalter gegenüber dem Insolvenzgläubiger die Herstellung der Aufrechnungslage anfechten könnte. (Das wäre z. B. der Fall, wenn der Schuldner des Insolvenzschuldners eine Gegenforderung gegen diesen billig ankauft, um damit gegen die gegen ihn gerichtete Hauptforderung aufzurechnen; die Hauptforderung würde so erlöschen, ohne dass tatsächlich der gesamte Betrag aufzuwenden wäre).

Nr. 4 bestimmt, dass ein Gläubiger, dessen Forderung aus dem beschlagfreien Vermögen des Schuldners zu erfüllen ist und der etwas zur Insolvenzmasse schuldet, nicht mit der Forderung zugunsten der Masse aufrechnen darf.

2. Der Schuldner als Vermieter (§ 110 InsO)

§ 110 InsO regelt die Fälle vorinsolvenzrechtlicher Mieterforderungen gegen Neumietzinsansprüche. Hier würde eigentlich § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO Anwendung finden, der besagt, dass nicht mit einer aus der Zeit vor der Insolvenz herrührenden Forderung aufgerechnet werden kann, wenn der Berechtigte erst während des Insolvenzverfahrens Masseschuldner geworden ist. Dies würde für erst nach Verfahrenseröffnung entstandene Mietzinsforderungen zutreffen. Hier enthält aber § 110 Abs. 3 S. 1 InsO eine Sonderregelung. Nach dieser ist die Aufrechnung hinsichtlich solcher Mietzinsen zulässig, die der Mieter erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens schuldig geworden ist. Die Befugnis beschränkt sich allerdings auf die Mietzinsforderung des laufenden Kalendermonats, wenn die Verfahrenseröffnung bis zum 15. d. Monats erfolgte, oder auch noch für den folgenden Kalendermonat, wenn das Insolvenzverfahren nach dem 15. d. Monats eröffnet worden ist. Voraussetzung ist jedoch, dass nach § 96 Nr. 2, 4 InsO, wie schon angemerkt, die Forderung bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestanden hat.

3. BGH v. 21.12.2006 – IX ZR 7/06 – GuT 2007, 135

Für die Aufrechnungsbefugnis des Mieters von großer Bedeutung ist die Entscheidung BGH, Urteil v. 21.12.2006 – IX ZR 7/06 – GuT 2007, 135 = MM 2007, 73. Der Bundesgerichtshof kommt in dieser zu dem Ergebnis, dass die Aufrechnungsmöglichkeiten nach § 95 Abs. 1 InsO nicht durch § 110 Abs. 3 InsO beschränkt werden. Dies bedeutet, dass der Mieter letztendlich jederzeit eigene Forderungen mit den laufenden Masseverbindlichkeiten aufrechnen kann. In diesem Zusammenhang ist auch auf BGH, IX ZR 15/04, Urteil vom 13. 6. 2006, NJW 2006, 3068, hinzuweisen. Der Mieter, der irrtümlich seine Forderungen zur Insolvenztabelle angemeldet hat, verzichtet dadurch nicht darauf, die Forderung als Masseschuld geltend zu machen. Auch er kann also noch aufrechnen (vgl. Gottwald, Insolvenzhandbuch, zu § 45 RdNr. 34).

4. Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter

Der Fall der Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter ist gesetzlich nicht geregelt. Bei Abwägung der beteiligten Interessen dürfte davon auszugehen sein, dass der Insolvenzverwalter mit einer fälligen Masseforderung nur dann mit einer Insolvenzforderung des Mieters aufrechnen kann, wenn der Mieter seinerseits wirksam aufrechnen konnte. Hatte der Mieter diese Möglichkeit nicht, dann ist der Insolvenzverwalter zwar mit der Aufrechnung der Insolvenzforderung in der Höhe des Nennbetrages ausgeschlossen, nicht aber in Höhe der Auszahlung der

Insolvenzquote (Pape, Uhlenbruck, Insolvenzhandbuch, 2002, Rd-Nr. 639; Gottwald, Insolvenzhandbuch, zu § 45 Rd-Nr. 104).

II. Verrechnung von Guthaben

Die nachfolgenden Ausführungen gelten nur für bestehende Mietverhältnisse. Ist das Mietverhältnis beendet, dann hat der Mieter nur noch die Möglichkeit, seine Forderungen zur Insolvenztabelle anzumelden. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass ein Mieter, der irrtümlich trotz seiner Aufrechnungsmöglichkeit zahlt, nicht nachträglich aufrechnen oder das Geleistete nach § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO als ungerechtfertigte Bereicherung der Masse zurückfordern kann. Die Aufrechnungsbefugnis ist nämlich ein Gestaltungsrecht und keine Einrede i. S. d. § 813 BGB (Gottwald, Insolvenzhandbuch, zu § 45 RdNr. 36).

1. Vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Ist dem Mieter die Nebenkostenabrechnung bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zugegangen, so ist eine Verrechnung nicht möglich. Der Insolvenzverwalter muss keine Guthaben auszahlen, die sich für einen Abrechnungszeitraum ergeben, der bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens geendet hat. Hier handelt es sich um eine einfache Insolvenzforderung gemäß § 108 Abs. 2 InsO, die der Mieter zur Insolvenztabelle anmelden muss (Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl. Rn. 3373; AG Berlin-Tempelhof-Kreuzberg, 11 C 149/07 v. 23. 7. 2007, MM 2008, 111 LS).

2. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

a. Abrechnungsperiode endet vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Der Insolvenzverwalter muss keine Guthaben auszahlen, die sich für einen Abrechnungszeitraum ergeben, der bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens geendet hat. Das gilt auch dann, wenn die Nebenkostenabrechnung dem Mieter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zugegangen ist. Hier gilt das unter II 1 Gesagte, da der Rückzahlungsanspruch bereits vor der Verfahrenseröffnung entstanden ist. Mit der Erstellung der Abrechnung tritt nur deren Fälligkeit ein (Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl. Rn. 3374; Reismann, Die Mietwohnung in der Zwangsverwaltung, WuM 1998, 390; AG Berlin-Mitte 16 C 401/03 v. 18. 3. 2004, MM 2005, 39; a.A. Derleder, Die Betriebskostenabrechnung bei Eigentümer- und Verwalterwechsel, Zwangs- und Insolvenzverwaltung – Eine praxisorientierte Darstellung anhand von Beispielfällen, in: NZM 2009, 8, (14, 15)).

b. Abrechnungsperiode endet nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Der Mieter kann aufrechnen, da der Rückzahlungsanspruch eine Masseverbindlichkeit darstellt (Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl. Rn. 3375). Der Anspruch entsteht erst mit dem Ende der Abrechnungsperiode.

c. Abrechnungsperiode fällt in die Zeit der Insolvenzverwaltung

Hier kann der Mieter ohne Weiteres aufrechnen (Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl. Rn. 3376).

III. Nachzahlung

1. Vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Der Mieter ist zur Nachzahlung an den Insolvenzverwalter verpflichtet (Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl. Rn. 3370; Reismann, Die Insolvenz des Vermieters, WuM 2001, 269).

2. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist der Mieter zur Nachzahlung an den Insolvenzverwalter verpflichtet, und zwar unabhängig davon, ob die Abrechnungsperiode vor oder nach

der Eröffnung des Insolvenzverfahrens endet bzw. in die Zeit Insolvenzverwaltung fällt (Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl. Rn. 3370; Reismann WuM 2001, 269).

IV. Wenn die Abrechnung ausbleibt

1. Vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Der Insolvenzverwalter ist verpflichtet, Abrechnungen für Abrechnungszeiträume zu erstellen, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens enden. Dies folgt aus § 80 InsO (Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl. Rn. 3370).

2. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

a. Abrechnungsperiode endet vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Ebenfalls aus § 80 InsO folgt die Verpflichtung des Insolvenzverwalters, Abrechnungen für Abrechnungszeiträume zu erstellen, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens enden (Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl. Rn. 3370).

b. Abrechnungsperiode endet nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Der Insolvenzverwalter ist verpflichtet, Abrechnungen für Abrechnungszeiträume zu erstellen, die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens enden. Dies folgt aus § 80 InsO (Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl. Rn. 3370). Dabei muss er zwei Abrechnungen erstellen, und zwar zum einen für den Zeitraum, in dem das Insolvenzverfahren noch nicht eröffnet war und zum anderen für den Zeitraum danach (Gemeinhardt, Der Vermieter in der Insolvenz, GE 2007, 408, 410; Derleder, Die Betriebskostenabrechnung bei Eigentümer- und Verwalterwechsel, Zwangs- und Insolvenzverwaltung – Eine pra-

xisorientierte Darstellung anhand von Beispielfällen, NZM 2009, 8, (14, 15)). Die Trennung ist erforderlich, weil es sich bei einem vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ergebenden Guthaben nämlich nur um eine einfache Insolvenzforderung handelt. Das sich nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ergebene Guthaben stellt hingegen eine Masseforderung dar.

c. Abrechnungsperiode fällt in die Zeit der Insolvenzverwaltung

Der Insolvenzverwalter ist verpflichtet, Abrechnungen für Abrechnungszeiträume zu erstellen, die in die Zeit des Insolvenzverfahrens fallen. Dies folgt aus § 80 InsO (Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl. Rn. 3370).

d. Abrechnungsperiode fällt in die Zeit der Insolvenzverwaltung, aber die Insolvenzverwaltung wurde zwischenzeitlich aufgehoben

Mit der Aufhebung der Insolvenzverwaltung entfällt die Passivlegitimation des Insolvenzverwalters (§ 240 ZPO; Braun, Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2007 zu § 207, RdNr. 32, vor §§ 85–87, RdNr. 4, 5). Der Mieter hat sich ab dann wieder an den zum Zeitpunkt der Abrechnung im Grundbuch eingetragenen Eigentümer zu wenden.

V. Fazit

Der Mieter kann immer aufrechnen, es sei denn, die Abrechnungsperiode endet vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder das Insolvenzverfahren ist bereits aufgehoben. Der Insolvenzverwalter ist immer verpflichtet abzurechnen, solange das Insolvenzverfahren besteht.

Wirtschaft und Verbände

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

Wichtiges, wahrnehmbares Werte-Management

- I. Einleitung
- II. Ethik und Moral im modernen Management – Wertemanagement im Personalwesen
 1. Grundbegriffe
 - a) Moral
 - b) Ethik
 - c) Werte
 - d) Tugenden – personifizierte Werte
 2. Kardinaltugenden
 - a) Tapferkeit
 - b) Klugheit
 - c) Gerechtigkeit
 - d) Mäßigung, Bescheidenheit
 3. Religiöse Tugenden
 4. Sekundärtugenden
 5. Wider die „Todsünden“:
 - a) Trägheit / Nachlässigkeit / innere Abkehr / Kündigung
 - b) Völlerei / Zuviel / Maßlosigkeit
 - c) (Woll-)Lust / „Lust + Laune“
 - d) Hab-Gier
 - e) Zorn, Wut (Choleriker), Wut- bzw. „Vulkan-Ausbruch“
 - f) Hoch-, Übermut, Arroganz, Eitelkeit
 - g) Neid / Missgunst / Hass
 - h) Feigheit / In-Toleranz / „Wegschauen bzw. Kneifen“
 6. „Werthaltiger“ AG und MA-Interpendenzen!
 7. Motto: Werte im Unternehmen schaffen Werte! Menschen und Mischung machen es!
 8. „Ehrbarer bzw. ordentlicher Kaufmann“ nach § 347 Abs. 1 HGB
- III. Schluss/Ausblick – Mut- und Muntermacher: Wenn die Werte stimmen – Stimmt die Stimmung. Daraus wachsen: (vorhandene) MA-Gesinnung und die MA-Gewinnung!
 1. „Tugend-Thesaurus bzw. Schatz“ – Führungskraft als Vorbild
 2. „Lean Leader“ – seien Sie Vorbild!
 3. MA-Verantwortung steigern von Response zu Responsibility
 4. Werteorientierte Personalarbeit – über Wertschätzung der MA die Wertschöpfung im Unternehmen steigern!

I. Einleitung

Aus der Krise lernen! Dem Schwinden der Grundwerte in unserer Gesellschaft entschlossen entgegen wirken! Maßstäbe der Ethik und Moral heranziehen. Wichtige Werte formulieren, welche eine neue (!) Berufsehre – auch – für Investmentbanker begründen könnten.

So lauten warnende und berechtigte Forderungen von Alexander Dibelius, Leiter von Goldman Sachs Deutschland, Österreich, Zentral- und Osteuropa sowie Russland aktuell im Handelsblatt¹. Wir müssen uns auf personifizierte Werte berufen und diese – auch und gerade – im Management von unseren (Wirtschafts)Führern und Vorbildern praktizieren lassen und einfordern. Zu Recht weisen Wirtschaftsvertreter hin auf althergebrachte (vor allem: preußische) Sekundär-Tugenden wie Verantwortungsbewusstsein, Verlässlichkeit und Anstand. Diese – und weitere – Werte müssen in das Zentrum unseres Denkens und Handelns treten. Die Wirtschafts- und Führungskrise liefert dazu den „brennenden Boden“. Das Handeln wird eingefordert in allen zentralen Bereichen, dh. in Wirtschaft, Gesellschaft und Politik. Als besonders aktuelles und brennendes Beispiel sei die Bildung hervorgehoben – unsere einzige, wahre Ressource, welche zugleich knapp und umstritten ist. Die Krise dient der Bewusstmachung, Zuspitzung und – hoffentlich – Wende zum Besseren.

Andreas Buhr, Alexander Dibelius, Friedrich von Metzler äußern sich – ähnlich eindringlich und mahnend zugleich – zur Finanzkrise; sie machen übereinstimmend die grundlegende Gleichung auf: Finanzkrise gleich Vertrauenskrise gleich Wertekrise.² Dezidiert propagiert er eine klare Wertestruktur, skizziert den „Lean Leader“ als Vorbild und weist zu Recht darauf hin, dass sich Menschen – gerade in der Wirtschaft – am beweisenden, handelnden Vorbild ausrichten, statt nur dem nachzuhängen, was stets nur mit Worten gefordert wird.³ Also denken wir auch an dieser Stelle (kurz und intensiv) nach, was – auch für ein Vorbild – wirklich wichtig ist.⁴ Das eindringliche und zugleich einprägsame Spannungsverhältnis zwischen Kardinal- und Sekundär-Tugenden auf der einen Seite und den vermeintlichen Tod-Sünden auf der anderen Seite veranschaulicht durch die Gegensätzlichkeit die menschliche Komplexität und (Un)Vollkommenheit. Wir müssen diese Forderungen und Gegenforderungen als ständige Herausforderung begreifen!

Hinter neuzeitlichem Wertemanagement in der Wirtschaft stehen moderne betriebswirtschaftliche Ansätze im Blickfeld, etwa „Employer Branding“, dh. der Arbeitgeber und sein Unternehmen als markante Marke⁵ sowie „Total Loyalty Marketing“ – Die Loyalitätstreppe zum Kunden und zum Mitarbeiter.⁶

II. Ethik und Moral im modernen Management – Wertemanagement im Personalwesen!

Was haben die Philosophie, Ethik und Moral der Wirtschaft zu bieten? Sind sie modisches Marketinginstrument? Oder (falsches) Feigenblatt? Oder gelebte Unternehmenskultur? Wenn die Philosophen Sokrates, Platon und Aristoteles uns heute besuchen würden, konfrontierten sie die Führungskräfte in Wirtschaft und Politik mit kritischen Fragen nach guter Führung, nach den richtigen Strategien, den Gründen für Entscheidungen und der Verantwortung für ihr Handeln. Philosophie ist mehr als nur der moralische Zeigefinger, der in Zeiten von Krisen und offensichtlichem Fehlverhalten gegenüber einer (Manager)Elite drohend erhoben wird. Die Forderung nach mehr Ethik und Moral im Wirtschaftsleben ist zunächst nur ein Reflex der Hilflosigkeit angesichts der globalen Verunsicherung, führt sodann zum Kern philosophischen Denkens und der Frage, was Philosophie der Wirtschaft zu bieten hat: Philosophie fragt nach den Gründen und will sich Rechenschaft über das eigene Denken und Handeln geben. In diesem Sinne bietet Philosophie vor allen Dingen Irritation und stellt sich dem Gewohnten und Selbstverständlichen in den Weg. Ethik und Moral bedingen und fordern Wertmaßstäbe und gelebte Geistes- bzw. Grundhaltungen. Sie wollen und sollen wachrütteln.

1. Grundbegriffe

Die nachfolgenden Grundbegriffe orientieren sich an tradierten Erkenntnissen der Ethik, Philosophie und Rechtsphilosophie.⁷

a) Moral

Moral (lateinisch *moralis* = sittlich geboten) ist der Oberbegriff, sie bezeichnet die Gesamtheit der Regeln, die in einer Gesellschaft akzeptiert sind und festlegen, was richtig und geboten, was falsch und verboten, was gut und böse ist.

Anders als Etikette (Tischsitten, Anredeform, usw.) und Maximen, deren habituelle Befolgung Anstand genannt wird, wollen Moral – und auch Sitte – als grundsätzliche Elemente des menschlichen Zusammenlebens nicht nur durch still-schweigende Übereinkunft (Konvention) gelten, sondern vorrangig richtig und gültig sein.⁸

b) Ethik

Ethik (griechisch *ethos*: Sitte, Brauch) will die moralischen Regeln und Normen begründen, erklären, zumeist aus der Philosophie oder Religion. Unter Ethik versteht man eine Lehre von Moral und Sitte. Sie fragt nach den Maßstäben richtigen Lebens und Handelns. Ihr Gegenstand ist das gute und gerechte Leben. Bekanntlich besteht in Deutschland die hochkarätige „Ethikkommission“, die moralische Gebote und Verbote angesichts der technischen Entwicklungen diskutiert.

c) Werte

Werte sind Vorstellungen, die in einer Gesellschaft allgemein oder mehrheitlich als wünschens- und befolgenswert angesehen sind. Werte sollen und wollen Orientierung geben, Richtschnur, Kompass bzw. Navigationsgerät sein.

d) Tugenden – personifizierte Werte

Tugend (griechisch: *areté*, lateinisch: *virtus*) ist die Fähigkeit, sich gemäß den einzelnen Werten zu verhalten. Ursprünglich bedeutet sie ein Erziehungsideal in den Schulen von Platon und Aristoteles nachhaltig gelehrt. Tugend bedeutet die Gesinnung, die auf die Verwirklichung moralischer Werte ausgerichtet ist.

2. Kardinaltugenden

Diese Tugenden sind im Wesentlichen gebildet und geprägt worden in der Antike von Aristoteles in seinem Kernwerk der

* 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.

- Alexander Dibelius, Zurück aus der Parallelwelt, in: Handelsblatt (HB) vom 29./30.10.2010, S. 72.
- Andreas Buhr, Finanzkrise gleich Vertrauenskrise gleich Wertekrise, in: D-Journal 3/2009, S. 38, 39; A. Dibelius, aaO.; Friedrich von Metzler, Integrität, HB vom 22./23.10.2010, S. 69.
- Andreas Buhr, aaO., S. 39.
- Näher dazu Joachim, Wichtige Werte im Wertewandel, in: ISM-Discussion Paper, Dortmund 2007, S. 1-43; ders., Aufrüttelnder Aufruf, in: Gewerbetriebe und Teileigentum (GuT) 2008, S. 427-432; ders., Modernes Manager(wohl)verhalten, in: ISM-Jahrbuch, Accounting, Taxation and Law (ATL), 2009, S. 261-272.
- Stotz/Wedel, Employer Branding, Mit Strategie zum bevorzugten Arbeitgeber, München 2009, S. 29.
- A. Schüller/G. Fuchs, Total Loyalty Marketing, 5. Aufl., Wiesbaden 2009, S. 14.; ähnlich: A. Kuhn, Renaissance der Werte, in: HB vom 22./23.10.2010, S. 68 und B. Schwenker, Werte brauchen Beharrlichkeit, in: HB vom 22./23.10.2010, S. 70; Werte der Zukunft, Serie: Teil 3, Wissen schafft Freiheit, in: Die Welt, Sonderausgabe Oktober 2010, S. 2.
- Grundlegend, eingehend und aktuell O. Höffe, Lexikon der Ethik, 7. Aufl., München 2008, Stichworte Ethik, Moral, Tugend, S. 71 ff., 317 ff.; Kardinal Lehmann, Festvortrag Recht und Ethik – Ihr Verhältnis im Berufsbild des Anwalts, in: BRAK-Mitt. 5/2009, S. 194; A. Ignor, Gedanken zur Berufsethik des Rechtsanwalts, BRAK-Mitt. 5/2009, S. 202; N. Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 4. Aufl. Karlsruhe 2007, Rn. 6 ff.
- Kardinal Lehmann, aaO, S. 198.

Nikomachischen Ethik; im Mittelalter vornehmlich in der Soziallehre und -ethik durch Thomas von Aquin in seinem „Opus Magnum“ der Summa Theologica.

Personifizierte Werte wiegen mehr denn je. In Zeiten der Weltwirtschafts- und Finanzkrise, Attentate, Anschläge und sonstigen Katastrophen geraten Vorbilder ins Wanken. Die Kardinal-Tugenden können persönliche Richtschnur und Handlungsanleitung abgeben. Treffend ist auch von Grundhaltungen die Rede. Sie bedeuten die Fähigkeit, sich gemäß den einzelnen Werten zu verhalten. Tugend ist die Gesinnung, die auf die Verwirklichung moralischer Werte ausgerichtet ist. Vor allem an die junge Bevölkerung gerichtet, lautet das Programm: Tugend für die Jugend! Die Jugend wird als „Bildungs-Bürger“ vornehmlich angesprochen. Tugendethik gewinnt zentrale Bedeutung. Es zeigt sich, dass das Gehirn durch Tätigkeit, Nachahmung und (lebenslanges) Lernen programmiert wird. Tugenden kann man letztlich nicht nur theoretisch erlernen. In der Tugend erlangt man Tüchtigkeit durch das Tun. Will er ein aufmerksamer Mensch sein, muss er sich in Aufmerksamkeit betätigen. Folgende Tugenden sind zu nennen:⁹

a) Tapferkeit

Tapferkeit beinhaltet Mut, zugespitzt sie umfasst auch die Bereitschaft in Leid, Verfolgung, (schwerer) Krankheit zum Leben und dessen Würde zu stehen. Also geht es vorrangig um: Einstehen und Einsetzen für jemanden, für eine Sache, „seinen Mann/Frau stehen“. Die Stärke ist die Grundlage aller Tugend (Jean-Jacques Rousseau, 1712–1778).

b) Klugheit

Klugheit umfasst verschiedene Elemente, u. a. Weisheit; Einsicht; Erkenntnis von (Wissens)Zusammenhängen, Verknüpfungen; lebenslanges Lernen; gescheit zu sein und bleiben: Gescheiter ist besser als gescheitert! Sie umfasst die Fähigkeit und Bereitschaft, die richtigen Mittel und Wege zu erkennen sowie anzuwenden. In Anspielung auf die abgedroschene „Sparsamkeitsfloskel“ sollte die „Weisheitsformel“ ausgegeben werden, statt: „Geiz ist geil“ besser „Geist ist geil!“

c) Gerechtigkeit

Vor allem ist Gerechtigkeit die Haltung der Achtung vor der Menschenwürde, seiner selbst und der Mitmenschen; sie wendet sich gegen Unrecht und Unrechtleiden. In ihren wesentlichen Erscheinungsformen beinhaltet sie die austeilende und ausgleichende Gerechtigkeit. Klassisch ist die Ausprägung „sum cuique tribuere“, d.h. „jedem das Seine zuteilen.“ Bezeichnenderweise lautet so der Wahlspruch des schwarzen Adlerordens, den der Kurfürst Friedrich III. bei seiner Krönung als Friedrich I., König in Preußen, 1701 für seine verdienten Getreuen stiftete.¹⁰ Heutzutage offenbaren sich moderne Formen der sozialen Gerechtigkeit, etwa in Anlehnung an das berühmte Werk von John Rawls „A Theory of Justice“.

Gerechtigkeit ist gerichtet auf Beziehungen, z. B. zwischen den Menschen, etwa aus Ungerechtigkeiten durch Ausgleich Gerechtigkeit herzustellen. Man spricht auch von Tauschgerechtigkeit; Gleichwertigkeit wird erzielt durch Verteilungsgerechtigkeit. Recht ist grundsätzlich auf alle Betroffenen gleich anzuwenden. Nicht Gleichmacherei, sondern Chancengleichheit bildet die Grundlage. Gleiches gleich, Ungleiches ungleich behandeln – so heißt die Maxime. Die Schlagworte lauten: kategorischer Imperativ, Waagschale, Ausgleich schaffen, bei bleibenden Wertungskriterien. Leistungsverhalten ist erfasst. Die wertausfüllenden Kriterien wechseln, wie Bedürftigkeit, Leistung, Verdienst, Würdigkeit, Herkunft.¹¹

d) Mäßigkeit, Bescheidenheit

Sie ist die ausgleichende, vermittelnde Grundhaltung. Die Besonnenheit bedeutet:

Ausgeglichenheit; (Lebens)Balance, Waagschalen.

Auch Leid ertragen und aushalten.

Durch Leid zur (Er)kenntnis, zum Leben finden.

Das rechte Maß beinhaltet zudem, nicht stets eine Last zu sein, sondern vermehrt als Mensch Lasten für andere (mit) zu tragen. Toleranz, Solidarität, Wohlwollen sind eng verbundene Begriffe.

Man ist ständig auf der Suche nach der „rechten Mitte“, nach der Balance, nach dem rechten Maß, dem gerechten Ausgleich, z. B. zwischen den grundsätzlichen Gegensätzen von

- Gerechtigkeit und Güte,
- Disziplin und Liebe,
- Konsequenz und Fürsorge,
- Kontrolle und Vertrauen.

Für den tugendhaften Menschen gilt: Nimm Dich (etwas) zurück, nicht (ganz) so wichtig. Übe und praktiziere Gelassenheit! Diese „gelassene Grundhaltung“ ermöglicht das Streben nach und gelegentliches Erreichen von (Zufriedenheits-) bzw. (Balancen-)Glück!

3. Religiöse Tugenden

Seit der Bibel kennt man folgende religiöse Tugenden:

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

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

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

Zu 2.) Die Liebe ist ein hoch komplexer Begriff, ein komplizierter Prozess, welcher nur annähernd mit biologischen, psychologischen, soziologischen und philosophischen Erkenntnissen zu beschreiben, vielleicht zu erklären, kaum jedoch gänzlich zu verstehen ist.¹²

Zu 3.) Die Hoffnung – etwa auf ein besseres, erfülltes Leben, treibt den Menschen an und bewegt ihn voran. Er strebt nach seinem „Stück vom Glück“; er verfolgt den „pursuit of happiness.“¹³ Man strebt ständig nach einem guten, sinnvollen, gelingenden Leben.¹⁴

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

Gib mir die Gelassenheit, die Dinge zu ertragen, die ich nicht ändern kann.

Gib mir den Mut, die Dinge zu ändern, die ich ändern kann.

Gib mir die Weisheit, beides voneinander zu unterscheiden.

Die Vernunft und Einsichtsfähigkeit bilden die Basis dieses auch in der aktuellen u.s. amerikanischen „Value-“, bzw. Werte-Diskussion¹⁵ herangezogenen „popular prayers“:

9) N. Horn, Rn. 301 ff.

10) C. Clark, Preußen, München 2007, S. 118.

11) Überblickartig zur Gerechtigkeit näher Rüthers, Rechtstheorie, München 1997, S. 90, 91 ff.; N. Horn, Rn. 299-303.

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

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

14) Philosophisch dazu näher O. Höffe, Glück, S. 114-117; alltagstauglich: Joachim, aaO., S. 415-418.

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

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

4. Sekundärtugenden

Die sogenannten Sekundärtugenden sind personifizierte, überaus wichtige Werte. Sozial geforderte und allgemein oder mehrheitlich anerkannte Verhaltensweisen kommen hinzu. Zu ihnen zählen beispielsweise

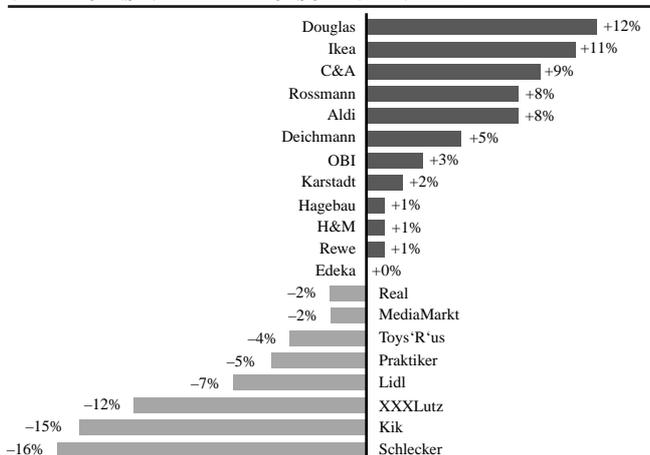
- Anstand,
- Authentizität (u. a. Selbst-Erkenntnis und mutiges, konsequentes Handeln),
- Respekt, Rücksichtnahme,
- Fairness (u. a. „Sportsgeist“, „Ritterlichkeit“),
- Vertrauen,
- Vertraulichkeit,
- Verlässlichkeit,
- Ehrlichkeit,
- Verantwortung,
- Freundlichkeit,
- Hilfsbereitschaft, Einsatzbereitschaft,
- Lebenslanges Lernen, Neugier, offen für Neues,
- Wert-Schätzung,
- Einfühlungsvermögen (= Empathie),
- Engagement, Eigen-Initiative,
- Offenheit, Transparenz,
- Integrität,
- Professionalität.

Bisweilen überschneiden sich die verschiedenen Handlungsanforderungen bzw. -maximen. Manchmal mögen sie nicht bzw. nicht alle vollständig erfüllbar sein. Gleichwohl gilt: Diese Werte und Handlungsweisen kennzeichnen sowohl den Chef als Vorbild als auch den begehrten zukünftigen Fach- bzw. Führungsmitarbeiter.

Eine Werthaltung sei besonders herausgegriffen, und zwar Vertrauen. Wir brauchen eine Basis, auf der wir aufbauen und auf die wir uns verlassen können, ohne verlassen zu sein. Führungskraft und Mitarbeiter können dauerhaft nicht ohne gelebtes Vertrauen erfolgreich zusammen arbeiten. Daran knüpft die These: Vertrauenskulturen in Wirtschaft, Unternehmen und Gesellschaft fördern (und fordern!) (Eigen)Verantwortung und (Eigen)Initiative. Zutrauen, Freiraum und Eigenverantwortung erhalten die (Führungs-/Fach-)Kräfte, welche ihre Aufgaben und dazu notwendige Verhaltens- und Arbeitsweisen beherrschen und umsetzen.

Überdies gilt: Vor allem zur nachhaltigen Überwindung der (Wirtschafts-/Finanz-) Krise ist Vertrauen notwendig, um die Wirtschaft wieder auf Wachstumskurs zu bringen.¹⁶ Weiterführend wird auf den Vertrauensindex der deutschen Händler hingewiesen.¹⁷

VERTRAUENSINDEX DER DEUTSCHEN HÄNDLER



Quelle: Gruppe Nymphenburg Consult

Die Grafik zeigt die prozentuale Abweichung vom Durchschnitt des Vertrauens über alle 20 beteiligten Unternehmen

5. Wider die „Todsünden“:

Die Kardinaltugenden lassen sich für die Mitarbeiter (MA)-Findung und Bindung am besten und augenfälligsten in der Auseinandersetzung mit den „Todsünden“ der Kirchenlehre veranschaulichen, d.h. Klarstellung durch Abgrenzung und Gegenüberstellung. Nachfolgend werden die – mindestens – 7 (eher 8) Todsünden, welche seit Jahrhunderten in der Christenwelt übertragen worden sind, aufgelistet und mit modernen Zusätzen versehen. Dadurch wird u. a. deutlich, wie schnell ein tugendhafter Mensch und MA in die Nähe von Todsünden geraten kann. Hier offenbart sich ein ständiges, komplexes, auf- und herausforderndes Spannungsverhältnis. Stets und ständig sollten sich Führungskräfte und auch potentielle MA anhand der nachfolgenden Sünden überprüfen und in Frage stellen. Man kann – vermeintlich: ganz leicht – zuspitzen: Wider die Todsünden handeln heißt: Anstand beachten. Oder: Sich anständig verhalten. Wie oft sagen Eltern, Lehrer, Vorgesetzte, Arbeitgeber (AG) „Das tut man nicht!“.

Das Unternehmen sollte den ständigen Kampf gegen die Todsünden führen, um ein gutes Betriebsklima zu schaffen, vorhandene MA zufrieden zu stellen und potentielle Bewerber anzulocken.

a) Trägheit / Nachlässigkeit / innere Abkehr / Kündigung

Die Trägheit erscheint – auch in den Erscheinungsformen von Nachlässigkeit, innerer Abwendung, bis hin zur internen MA-„Kündigung“.

b) Völlerei / Zuviel / Maßlosigkeit

Anknüpfend an die bebilderte Allegorie aus dem Schlaraffenland (vgl. das berühmte Bild von Hieronymus Bosch) erscheint die Völlerei das „Viel-Fressen“. Breiter angelegt tauchen das (Viel)Zuviel auf, die oft gelebte Maßlosigkeit.

c) (Woll-)Lust / „Lust + Laune“

Die „Spaß-Gesellschaft“ gibt es seit jeher. Nicht nur sexuelle Zügellosigkeit sind zu geißeln.

d) Hab-Gier

Einige nimmersatte (Bank-)Manager stehen für das gierige Verhalten. Hab-Gier ist die negative (An)Triebfeder.

e) (Jäh-)Zorn, Wut (Choleriker), Wut- bzw. „Vulkan-Ausbruch“

Zorn und Zürnen verursachen unkontrollierbare Stürme. Wut tut selten gut.

f) Hoch-, Übermut, Arroganz, Eitelkeit

Hoch- und Übermut kommt – oft – vor dem Fall. Arroganz und Eitelkeit von MA und Führungskräften können negative Auswirkungen zeitigen, z. B. neue MA abschrecken.

g) Neid / Missgunst / Hass

Missgunst vertreibt den besten Dunst. Hass kommt oft krass. Auch so werden MA frustriert und abgeschreckt.

h) Feigheit / In-Toleranz / „Wegschauen bzw. Kneifen“

Zu wenig Mut gipfelt oft in „Aus dem Weg gehen“. MA verabscheuen die „Kultur der Feigheit“ – sich seiner Verantwortung zu entziehen. Statt Mut zu zeigen, zieht man es vor zu fliehen.

Zusammengefasst richtet sich die allgemeine Handlungsanweisung und -aufforderung nach der „goldenen Regel“, welche abstrakter formuliert im Kantschen kategorischen Imperativ zeitlosen Ausdruck findet: „Was Du nicht willst, das man Dir tu“ – das füg’ auch keinem andren zu!“

16) So eindringlich O. Goldbeck, IHK-OWL-Präsident, in: Ostwestfälische Wirtschaft (Owi) 11/2009, S. 1; neuerdings A. Dibelius, Zurück aus der Parallelwelt, in: HB vom 29./30.10.2010, S. 72; Götz Werner, Vertrauen, in: HB vom 22./23.10.2010, S. 69.

17) Absatzwirtschaft Sonderheft 2009, Vertrauen verkauft, S. 66, 67.

Es mag (zu) verallgemeinernd und zu vereinfachend klingen, aber Anstand, Rechts- und Gerechtigkeitsgefühl können ein guter Kompass sein, auch im Berufsleben und bei der Führungskräftefindung sowie -bindung.

6. „Werthaltiger“ AG und MA-Werte-Interdependenzen!

Werteorientierte Personalarbeit trägt bei zur Steigerung der Wert(e)schätzung und mithin der Wertschöpfung. Potentielle Mitarbeiter achten immer mehr auf den besten Arbeitgeber im Sinne eines Diversity-Managements, bei dem es um die Anerkennung der Vielfalt geht und in dem die Andersartigkeit von MA wertgeschätzt wird. Die führt zu mannigfaltigen MA-Abhängigkeiten bzw. -Interdependenzen. Neuen Untersuchungen zufolge führt mangelnde bzw. mangelhafte Wertschätzung nicht nur zu Motivationseinbußen, sondern macht krank. Bedenkt man, dass sich nur 36% der Beschäftigten anerkannt fühlen, lässt sich im Umkehrschluss sagen, dass 64% der MA ihre Potentiale wegen persönlicher Frustration nicht ausschöpfen.

7. Motto: Werte im Unternehmen schaffen Werte! Menschen und Mischung machen es!

Zu achten ist auf eine Wert(e)schätzende Unternehmenskultur. Gegebenenfalls ist sie aufzubauen. Wert zu legen ist dabei vor allem auf

- Menschlichkeit und
- Fairness.

Dieser Ansatz wird seit Generationen bei erfolgreichen Familienunternehmen „gelebt“. So gilt etwa: Friede ernährt, Unfriede verzehrt!¹⁸ Ein anderes traditionelles Familienunternehmen ist in fünfter Generation als führender Fachverlag für Bildung und Beruf in Deutschland tätig. Sein Unternehmensführer W. Arndt Bertelsmann gilt als „der Unpräntiöse“¹⁹; er findet und bindet über die leisen, nachdenklichen und druckreifen Töne seine Führungs- und Fachkräfte. Ähnliches Vorbild durch Arbeit und Disziplin, Ausdauer, Sportsgeist und Willensstärke ist der Alleingesellschafter der Aachener Süßwaren- und Schokoladenfabrik Lambertz, H. Bühlbecker.²⁰

Der MA ist als Person zu schätzen und nicht nur als monetärer Wert, bzw. Kostenfaktor. Negativ zugespitzt: Ethik darf nicht als Monet(h)ik begriffen werden. Die fair miteinander umgehenden Menschen und deren Werte schaffende Mischung machen den Unterschied aus.

8. „Ehrbarer bzw. ordentlicher Kaufmann“ nach § 347 Abs. 1 HGB

Zur Diskussion sei ein konkreter Vorschlag aus dem Handelsrecht unterbreitet: Der althergebrachte Begriff des ehrbaren bzw. ordentlichen Kaufmanns, vgl. § 347 Abs. 1 HGB, sollte wieder bzw. verstärkt herangezogen werden. Nach diesem unbestimmten Rechtsbegriff bemisst sich etwa die Sorgfaltspflicht bei Handelsgeschäften. Die Rechtsprechung und Rechtslehre haben diesen „schillernden Terminus“ über Jahrzehnte näher bestimmt und anhand von Fallgruppenbildung „justiziabel“, d.h. handhabbar gemacht. Als Vorbild lebt er nachvollziehbar vor, was geht, welches Risiko er einzugehen bereit ist. Vornehmlich mittelständische Unternehmer können „vor Ort“ im Unternehmen als „ehrbare Kaufleute“ handeln und wahrgenommen werden.

III. Schluss/Ausblick – Mut- und Muntermacher: Wenn die Werte stimmen – Stimmt die Stimmung. Daraus wachsen: (vorhandene) MA-Gesinnung und die MA-Gewinnung!

1. „Tugend-Thesaurus bzw. Schatz“ – Führungskraft als Vorbild

Ein „Tugend-Thesaurus“, eine fundierte Fundquelle weiterer Eigenschaften ist zu erschließen. Welche „Energie geladenen Eigenschaften“ sollte der „ethische Experte“, die Vorbilds- und Führungskraft von heute und wohl auch morgen aufweisen? Zumindest die vorerwähnten Primär- und Sekundärtugenden; da-

neben seien – ausgewählt und nicht abschließend – folgende Eigenschaften erwähnt: personifizierte Werte bzw. Werterhaltungen, in Anlehnung an „preußische Persönlichkeiten“²¹

- 1.) Seriosität,
- 2.) Stabilität,
- 3.) Stehvermögen,
- 4.) (Selbst)Bewusstsein,
- 5.) Verantwortung(sbewusstsein),
- 6.) Vertrauen,²²
- 7.) Verlässlichkeit,
- 8.) Berechenbarkeit,
- 9.) Ausdauer, Nachhaltigkeit, „Dran’ bleiben“,
- 10.) (Führungs)Stärke,
- 11.) Problembewusstsein und -bewältigung, mithin Lösungs- und Durchsetzungsstärke,
- 12.) Sicherheit,
- 13.) Zuversicht,
- 14.) Lebensfreude,
- 15.) Kontaktfreude,
- 16.) Genussfähigkeit,
- 17.) Glücksstreben,
- 18.) Kreativität,
- 19.) kaufmännisches Verständnis,
- 20.) ehrbarer/ordentlicher Kaufmann,
- 21.) (selbst)sicheres Auftreten,
- 22.) überzeugendes Handeln,
- 23.) Risikobewusstsein,
- 24.) Einfühlungsvermögen, Empathie und
- 25.) Wert-Schätzung.

Überspitzt und zugleich aufmunternd formuliert erscheint der historisch geformte, zugleich aktuell charakterisierte „Tugend-Träger“ als ein „personifizierter Werte-Vermittler“. Er ist nicht nur: Bedenken-, Bürden- und Würden-Träger, sondern zugleich Hoffnungs- und Verantwortungs-Träger.

2. „Lean Leader“²³ – seien Sie Vorbild!

Echte Leader schaffen die Rahmendaten für Leistung und Erfolg. Als Leader bzw. Führer leben sie ihre Werte:

- Leitstern Vision,
- Mit Zielen führen,
- Offene Informationskanäle,
- Harmoniestreben und Konfliktbereitschaft in Balance,
- Offen für neue Ideen,
- Teaminteresse.

Jeder ist im Grundprinzip eine Führungskraft. Denn es gilt:

Nur wer sich selbst führen kann und Verantwortung für sich und seine Taten übernimmt, kann auch andere verantwortungsbewusst führen.

3. MA-Verantwortung steigern von Response zu Responsibility

Ganz einfach ausgedrückt: Der MA soll – zunächst – Antworten geben auf ihm gestellte Fach-Probleme und -Fragen. Allmählich wächst er hinein und übernimmt Verantwortung. Er gibt Antworten auf derartige (Fach)Fragen und steht für deren Folgen ein. Im Kern geht es dabei um (Rück)Gewinnung von Vertrauen sowie um (Rück)Erlangung von Integrität.²⁴ Um sie zu erreichen, sind nachhaltiges Handeln, Vertrauen und Integrität gegenüber Kunden und Mitarbeitern die wesentliche Voraussetzung.

18) Familienunternehmen des Jahres: Miele, in: Financial Times Deutschland (FTD) vom 18. 11. 2009, S. 5.

19) Der Unpräntiöse, in: OWi 11/2009, S. 72.

20) FTD vom 2. 10. 2009, S. 7.

21) Clark Preußen, S. 211 ff., 284 ff. und öfters.

22) Aktuell und eindringlich O. Goldbeck, OWi 11/2009, S. 1; Götz Werner, Vertrauen, HB vom 22./23. 10. 2010; A. Dibelius, HB vom 29./30. 2010, S. 72.

23) A. Buhr, Finanzkrise gleich Vertrauenskrise gleich Wertekrise, D-Journal Herbstausgabe 2009, S. 38 f.

24) F. von Metzler, Integrität, HB vom 22./23. 10. 2010, S. 69; A. Dibelius, HB vom 29./30. 10. 2010, S. 72.

4. Werteorientierte Personalarbeit – über Wertschätzung der MA die Wertschöpfung im Unternehmen steigern!

Werteorientierte Personalarbeit ist en vogue. Sie orientiert sich an den „modernen Moralmachern“. Die „Kapital“-Kapitäne von gestern zelebrierten ihr Ego, die Größe der Rendite und die Einzigartigkeit des Unternehmenserfolges. Demgegenüber lobt eine neue Managerelite den nachhaltigen Erfolg des Teams, fordert soziales Gewissen, verkündet wichtige Werte – und verdient trotzdem gutes Geld.²⁵ Über die Wertschätzung der MA wird im Ergebnis – auf lange Sicht – die Wertschöpfung im Unternehmen gesteigert.

Der Geschäftsführer, Vorstand und Führungsmitarbeiter muss sich seiner tatsächlichen Macht und seiner verschiedenen Möglichkeiten stets bewusst sein. Im Rahmen aller Vorgaben, u. a. Jahresbudgets, 3- bzw. 5-Jahresvorausschau und seines ständigen Berichtswesens (Monats-, Quartals-, Jahres-, Abschlussberichte) bleibt die berechenbare und brauchbare Basis, die gefundene und gelebte Basis

- Bescheidenheit,
- Höflichkeit,
- Freundlichkeit,
- Respekt,
- verbunden mit Zielstrebigkeit.
- Man soll seriöse, signifikante Signale setzen und sehen (Interaktion bzw. Empfängerhorizont). Gut tun würde uns allen mehr
- Demut bzw. De-Mut, d.h. „Deutschland mit Mut“,
- Wert-Schätzung – Werte wichten und schätzen; wertvolle Leistungen und Beiträge lobend hervorheben.

– Intensive Integrität fordert und fördert zugleich nachhaltige Professionalität.

Jeder sollte bei sich selbst anfangen! Verhalte Dich anständig, arbeite mit Anstand und verdiene anständig, d.h. ordentlich, auskömmlich, bei Zielerreichung mit (Sonder)Lob und Erfolgsprämie.

Es mag konservativ klingen, hat sich – bisher – stets bewährt und sollte zukünftig verstärkt, gezielt und mit Bedacht berücksichtigt und angewandt werden.

Auch und gerade Führungskräfte, Leit- und Vorbilder sollten an sich arbeiten. Der Vorbildcharakter muss mehr betont werden. Dabei sollten Sie sich – auch – von dem Motto leiten lassen: „Wer aufhört, besser zu werden, hört auf, gut zu sein!“ (so Alfred Herrhausen – ermordeter Vorstandsvorsitzender der Deutschen Bank AG).

So eröffnen sich nicht nur – neue – Räume für Träume, sondern zahlreiche, realisierbare Ansätze zur intensiven Bewusstseinsmachung und behutsamen Überwindung des Fach- und Führungskräftemangels in Deutschland.

Denn, gesamt betrachtend gilt:

Werte wirken dann besonders auf andere, wenn sie glaubhaft vorgelebt werden – von glaubwürdigen *Personen*, die als vertrauenserweckendes Vorbild *lohn*en!

²⁵) FOCUS Nr 46, 9. 11. 2009, S. 80 ff.

Rainer Brüderle, Bundesminister für Wirtschaft und Technologie, Berlin

Rede zum Energiekonzept der Bundesregierung vor dem Deutschen Bundestag am 1. Oktober 2010 in Berlin

Herr Präsident!

Meine Damen und Herren!

Diese Koalition ist keine Regierung des Ausstiegs. Diese Koalition ist eine Regierung des Einstiegs, des Einstiegs in mehr Wachstum, des Einstiegs in mehr Beschäftigung, des Einstiegs in gesunde Staatsfinanzen und eben auch des Einstiegs in das Zeitalter der erneuerbaren Energien. Erstmals nach vielen Jahren haben wir jetzt in Deutschland ein langfristig angelegtes Energiekonzept vorgelegt. Die rot-grüne Ausstiegsregierung hat es jedenfalls nicht geschafft, ein solches Konzept zu erarbeiten. Wir setzen um, was wir im Koalitionsvertrag angekündigt haben. Wir zeigen unsere Entschlossenheit, wir zeigen unseren Gestaltungswillen, wir richten die Energiepolitik langfristig aus.

Nach intensiven Beratungen haben wir am Dienstag dieser Woche unser Energiekonzept im Kabinett beschlossen. Es ist ein wirklich umfassendes Energiekonzept für Strom, für Wärme und für Verkehr. Im Koalitionsvertrag haben wir uns ambitionierte Klimaschutzziele gesetzt. Das Energiekonzept zeigt Wege auf, wie wir diese Ziele erreichen können. Es beschränkt sich also nicht auf wohlfeile Zielbeschreibungen und schöne Worte.

Die Opposition will so schnell wie möglich aus der Kernkraft aussteigen. Gleichzeitig wollen weite Teile der Opposition aus der Kohleverstromung aussteigen, die derzeit noch für rund 40 Prozent unserer Stromversorgung sorgt. Außerdem wollen Sie vor Ort den Bau neuer Netze verhindern. Wenn das Realität würde, gingen in Deutschland die Lichter aus. Man hat fast den Eindruck, Sie wollen eine Art energiepolitischen Morgenthau-Plan.

Wer das ernsthaft will, steigt aus der internationalen Wettbewerbsfähigkeit aus und verspielt leichtfertig zentrale Grundlagen für Wohlstand und Arbeitsplätze in unserem Land. Die Rechnung würden die Menschen zahlen. Das ist keine seriöse Energiepolitik. Das machen wir nicht.

Mit diesem Energiekonzept beenden wir die energiepolitische Flickschusterei. Wir wollen, dass Energie in unserem Land sauber, sicher und bezahlbar ist. Diesem Zweck dient auch die Laufzeitverlängerung – nicht mehr, aber auch nicht weniger. Wir setzen uns Ziele. Wir benennen die konkreten Maßnahmen, um die Ziele zu erreichen, und wir legen ein solides Finanzierungskonzept vor. Wir schöpfen die Gewinne der Kernkraftwerkbetreiber in Milliardenhöhe ab, zu rund 50 Prozent. Zum Vergleich: Im grün regierten Freiburg werden gerade einmal zehn Prozent der städtischen Konzessionsgewinne für Klimaschutzprojekte verwendet.

In unserem Konzept werden Wind- und Solarstrom mit zweistelligen Milliardenbeträgen gefördert. Noch mehr Mittel kommen hinzu. Hinzu kommen die Einnahmen aus der Versteigerung von Emissionszertifikaten für die Kohle- und Gaskraftwerke ab 2013. Sie werden fast ausschließlich in erneuerbare Energie, Energieeffizienz und in die Forschung gesteckt. Das heißt konkret: Die konventionelle Energieerzeugung aus Kernenergie, Kohle und Gas bezahlt letztendlich den Umbau ins Zeitalter der erneuerbaren Energien.

Wir wollen faire Wettbewerbsbedingungen zwischen großen und kleinen Unternehmen, zwischen konventionellen und neuen Energieformen. Wir flankieren das mit dem Wettbewerbsrecht: mit der neuen Markttransparenzstelle beim Bundeskar-

tellamt, mit der neuen Gasnetzzugangsverordnung und mit der Umsetzung des Dritten Binnenmarktpaketes. Mit diesen Maßnahmen verfolgen wir ein Ziel: bezahlbare Energiepreise für Bürger und Unternehmen in Deutschland. Die Opposition scheint eher auf hohe Energiepreise zu setzen. Anders lassen sich manche Zahlen, mit denen Sie derzeit hausieren gehen, überhaupt nicht erklären.

Wenn der Wind über die Nordsee weht und die Sonne in der Wüste scheint, dann können erneuerbare Energien erzeugt werden. Wir müssen den Strom aber auch zu den Verbrauchern bringen: nach Berlin, Hamburg, München, Stuttgart oder ins Ruhrgebiet. Deswegen ist für mich das Thema Energienetze ein wirklich entscheidender Punkt in unserem Konzept. Deshalb ist dieses Thema auch einer der ersten Punkte in unserem Sofortprogramm. Wir müssen die Windparks vor der Küste möglichst schnell und effizient an das Festlandnetz anbinden. Wir wollen, dass in die Netze der Zukunft investiert wird. Wir wollen, dass

im Bereich Speichertechnologien geforscht und entwickelt wird. Das haben Sie in der Vergangenheit nicht betrieben.

Ich muss ganz klar sagen: Wer für eine dezentrale, regenerative Energieerzeugung ist, aber nicht Ja sagt zu einem umfassenden Netzausbau, der will in Wahrheit keine dezentrale, regenerative Energieerzeugung. Anders geht es nämlich gar nicht. Es ist scheinheilig, einerseits für die dezentrale Energieversorgung zu sein und andererseits als Erste vor Ort gegen den Bau von Leitungen zu sein. Damit verhindern Sie das Umsteuern in der Energiepolitik. Das ist unaufrichtig.

Wir wollen, dass Strom jederzeit und ohne Unterbrechung zur Verfügung steht. Wir wollen zu jeder Zeit unser Handy aufladen, Kaffee kochen oder das Licht anschalten. Dieses Energiekonzept steht für Verlässlichkeit, für Klimaschutz und für bezahlbare Energiepreise. Wir steigen ein. Wir packen es an. Wir machen es.

Rainer Brüderle, Bundesminister für Wirtschaft und Technologie, Berlin

Rede zum Energiekonzept der Bundesregierung vor dem Deutschen Bundestag am 28. Oktober 2010 in Berlin

Herr Präsident!
Meine Damen und Herren!

Die Opposition macht zwar viel Wind; aber davon dreht sich in Deutschland noch kein einziges Windrad.

Mit unserem Energiekonzept ist das anders. Es bietet erstmals seit langem einen belastbaren Fahrplan für die Energieversorgung von morgen. Das haben Rot-Grün und all unsere Vorgängerregierungen nicht geschafft. Wir haben das geschafft. Ich möchte mich beim Kollegen Röttgen für die gute, sorgfältige Zusammenarbeit, die zu diesem Energiekonzept geführt hat, ausdrücklich bedanken.

Es geht dabei um den Weg ins Zeitalter der erneuerbaren Energien, es geht um aktiven Klimaschutz, es geht um Versorgungssicherheit, und es geht um bezahlbare Energiepreise. Ein wesentlicher Aspekt ist der Ausbau der Netze. Ohne Netzausbau gibt es kein Zeitalter der erneuerbaren Energien.

Das wissen auch die Damen und Herren von der Opposition. Hier im Bundestag bekennen Sie sich dazu schön brav. Aber vor Ort haben das viele von Ihnen und Ihren politischen Freunden sehr schnell vergessen. Wenn es zum Beispiel um den Bau notwendiger Hochspannungsleitungen und Speicher geht, sind viele von Ihnen an vorderster Front bei den Blockierern dabei. Das ist unredlich, das ist unverantwortlich.

Wir werden in Deutschland circa 3.500 Kilometer neue Leitungen brauchen; das ist dreieinhalbmal die Strecke von Füssen nach Flensburg. Das betrifft den Bund, die Länder und die Kommunen. In Stuttgart und beim Berliner Flughafen sehen wir gerade, dass große Infrastrukturprojekte mit den Bürgern gemeinsam geplant und durchgeführt werden müssen. Ich rege daher einen nationalen Pakt für neue Netze an. Vorbild könnte der Ausbildungspakt sein. Ziel des Paktes soll es sein, die Bürger beim Netzausbau für das regenerative Zeitalter adäquat einzubeziehen. Die beim Bundeswirtschaftsministerium bereits bestehende Netzplattform könnte die Basis für einen Dialog der unterschiedlichen Beteiligten und für einen sinnvollen gemeinsamen Weg sein.

Für das im Kern marktwirtschaftliche Energiekonzept brauchen wir die Unternehmen. Wir brauchen Unternehmen, die mo-

derne Kraftwerke bauen, die die Vernetzung der Windräder im Norden mit den Stromabnehmern im Süden zuverlässig umsetzen können und die die notwendigen Energie- und Kohlendioxidspeicher bauen. Auf die private Initiative dieser Unternehmen setzen wir. Das ist die richtige Balance zwischen Markt und Staat. Das ist soziale Marktwirtschaft. Auf die Stärken der sozialen Marktwirtschaft können wir vertrauen. Das zeigt auch das derzeitige Wachstumswunder in Deutschland.

Der Netzausbau ist aber nur ein Teil des Gesamtpaketes. Zu dem Gesamtpaket gehört auch eine neue Energieaußenpolitik; denn nicht nur in Deutschland verändert sich die Energiepolitik. Von Afrika bis Asien wollen Staaten die erneuerbaren Energien ausbauen. Viele Staaten, zum Beispiel Russland, wollen ihre Energieeffizienz erhöhen. Mit der Russisch-Deutschen Energie-Agentur, rüdea, kommen wir gut voran. Wir wollen neue Exportchancen frühzeitig nutzen. Wir werden das mit der Exportinitiative Erneuerbare Energien, mit der Exportinitiative Energieeffizienz und mit den allgemeinen Instrumentarien der Außenwirtschaftspolitik, zum Beispiel den Hermesbürgschaften, aktiv flankieren.

Klar ist, dass der Klimawandel mit nationalen Alleingängen nicht aufzuhalten ist. Alle müssen ihren Beitrag leisten. Aber nicht nur beim Klimaschutz brauchen wir starke Partner in der Welt. Bis auf Weiteres bleiben wir auf den Import fossiler Energieträger wie Öl und Gas angewiesen. Deshalb arbeiten wir eng mit einigen Partnerländern zusammen. Es gibt nicht nur die Modernisierungspartnerschaft mit Russland, sondern wir haben auch Energiepartnerschaften mit Katar, Nigeria und der Türkei auf den Weg gebracht. Das schafft eine verlässliche Grundlage für die deutsche Industrie, für die deutsche gewerbliche Wirtschaft. Es hilft auch den Partnerländern bei ihrer Entwicklung und trägt dazu bei, die Lieferrisiken zu streuen.

Mit dem Energiekonzept ebnen wir den Weg in das Zeitalter der regenerativen Energien. Als Leitkonzept kann es Nachahmer in Europa und weltweit finden. Wir sollten uns jetzt auf die Umsetzung konzentrieren und nicht erneut die Debatten von gestern und vorgestern führen.

Herr Kollege Kelber, selbst Sie haben in der grün-roten Zeit gesehen, wie wichtig bezahlbare Energiepreise sind. Sonst hätten Sie bei der Ökosteuer nicht die Ausgleichsmaßnahmen für energieintensive Unternehmen eingeführt, deren Umfang wir jetzt gegen Ihre Proteste vor Ort teilweise reduzieren. Wichtig für die Erhaltung der Arbeitsplätze in Deutschland ist also, dass wir eine sichere und bezahlbare Energieversorgung haben.

Richtig ist auch, dass wir die Netze brauchen, damit der Ausbau der regenerativen Energien sinnvollerweise erfolgen kann. Wir befinden uns in einer Situation negativer Strompreise. Strom ist nicht nur nicht kostenlos, sondern aufgrund des Einspeisungsvorrangs und der Festpreisgarantie erleben wir sogar noch Zahlungen von Anbietern, damit andere nicht marktregulierte und marktorientierte Produktionsmengen aus den Netzen abnehmen.

Es macht Sinn, dies in einem ganzheitlichen Ansatz anzugehen. Es ist unredlich, vor Ort zu sagen: Ja, wir machen das am liebsten offshore und nicht in der Nähe. – Es ist ein neuer Trend, draußen auf dem Meer tätig zu werden, wo man weit weg ist. Sie müssen das aber ganzheitlich sehen. Die Gleichen, die die Umsteuerung wollen – ich gehöre dazu –, müssen dann auch stehen, wenn es darum geht, die Netze auszubauen. Es sind doch Ihre Freunde, die nicht stehen, sondern das Gegenteil von Umsteuerung in Deutschland tun. Davon können Sie nicht ablenken. Sie sollten draußen dazu stehen und nicht auf Nebensache ausweichen. Dann würden wir gemeinsam etwas erreichen.

Die Gutachten wurden seriös aufgelegt und im Ausschuss mehrfach diskutiert. Sie versuchen immer wieder, eine Schiefelage zu konstruieren, weil Sie vor dem Kern und dem Stehen vor Ort zurückweichen.

Bundespräsident Christian Wulff, Berlin

Katar und Deutschland verbindet eine vertrauensvolle Partnerschaft

Tischrede beim Staatsbankett zu Ehren Ihrer Hoheiten des Emirs des Staates Katar und Scheicha Mozah bint Nasser Al Missned am 29. September 2010 in Berlin

Meine Frau und ich heißen Sie herzlich willkommen in Schloss Bellevue. Es ist mir eine Freude und besondere Ehre, Sie, Hoheiten, und Ihre Delegation zum Staatsbesuch in Deutschland begrüßen zu dürfen. Sie sind, Hoheiten, hier besonders gern gesehene Gäste. Das unterstreichen Sie, Frau Bundeskanzlerin, und alle hochrangigen Gäste mit ihrer Anwesenheit.

Hoheit, ich schätze Sie und die Entwicklung Ihres Landes. Zu Anfang dieses Jahres habe ich zweimal Doha und Katar genießen dürfen. Bei diesen Reisen an den Golf habe ich die arabische Redensart kennengelernt: „In der Wüste findet nur der Kluge den Weg.“ In Doha fand ich dies auf das Vortrefflichste bestätigt. Ich habe Sie und Ihre Verhandlungsdelegation als zuverlässig, als kompetent und als beständig schätzen gelernt.

Ich bin beeindruckt, mit wie viel Engagement und Augenmaß und sichtlichem Erfolg Sie, Hoheit, den politischen und wirtschaftlichen Reformkurs Ihres Landes gestalten. Mit der Einführung einer neuen, modernen Verfassung haben Sie einen wichtigen Prozess begonnen. Dafür haben Sie meinen Respekt und ich kann Sie nur ermutigen, diesen Weg der Reformen weiter zu gehen. Sie können sich dabei auf Deutschland als Ihren Partner verlassen.

Sie verfolgen eine kluge und weitsichtige Politik bei der ganz langfristigen Sicherung des Wohlstandes Ihres Landes. Mit Investitionen in Infrastruktur, Forschung und Bildung legen Sie ein solides Fundament für eine gute Zukunft Ihres Landes. Der Blick vom Museum für Islamische Kunst auf die Skyline von Doha ist atemberaubend und geradezu unfassbar, wenn man weiß, wie es vor 20 Jahren aussah.

Weltweit liegt Katar mit seinen Investitionen für Forschung und Bildung in der Spitzengruppe. Ihr Einsatz, Hoheiten, für die Bildung Ihres Volkes ist vorbildlich. Dabei zeigen Sie mit der verstärkten Förderung von Frauen in Bildung und Beruf große Weitsicht. Ihr Forschungszentrum findet überall Beachtung.

Jetzt wollen wir daran arbeiten, der Außenminister, die Bundeskanzlerin, die Bundesregierung, dass die Deutsche Schule

in Doha zu einer Begegnungsschule ausgebaut wird, an der deutsche und katarische Kinder gemeinsam werden lernen können. Und es macht uns stolz, es ehrt uns, dass zwei weitere junge Mitglieder Ihrer königlichen Familie im Kindergarten der Deutschen Schule soeben aufgenommen worden sind.

Außenpolitisch leistet Katar einen wichtigen Beitrag zu Stabilität und Sicherheit. Durch Ihre aktive Vermittlungstätigkeit und Hilfe im Libanon, in Darfur und zuletzt erneut im Jemen haben Sie sich weltweit Anerkennung erworben.

Ein wichtiger Schlüssel zum Frieden in der Region ist die dauerhafte Lösung des Nahostkonfliktes. Ich möchte Sie in Ihren Bemühungen bestärken, den gegenwärtigen Verhandlungsprozess zu unterstützen. Unser Ziel muss es sein, das Existenzrecht Israels in gesicherten Grenzen zu garantieren und die Gründung eines lebensfähigen Palästinenserstaates zu gewährleisten. Die Perspektive, die die Arabische Friedensinitiative aufzeigt, kann ein wichtiges Element eines erfolgreichen Verhandlungsprozesses sein. Sie verdient unsere Unterstützung.

Auch bei der regionalen Zusammenarbeit im Golfkooperationsrat ist Katar einer der Motoren der Integration. Mit Interesse und Sympathie verfolgen wir die Entwicklung eines gemeinsamen Marktes, währungspolitischer Zusammenarbeit und eines grenzüberschreitenden Schienennetzes am Golf.

Hoheiten, Katar und Deutschland verbindet eine enge und vertrauensvolle Partnerschaft in Politik, Wirtschaft und Kultur – eine gleichberechtigte Partnerschaft, auf der Grundlage gemeinsamer Interessen und gegenseitiger Wertschätzung.

Uns eint das gemeinsame Anliegen, uns für Frieden und Sicherheit in der Welt einzusetzen. Wir sind bereit, hier Verantwortung zu übernehmen. Das haben Sie, Frau Bundeskanzlerin, bei ihrem Besuch in Doha im Mai unterstrichen.

Auch unsere Wirtschaftsbeziehungen sind von Gegenseitigkeit geprägt. Mit seinen langfristigen Investitionen in deutsche Schlüsselindustrien hat Katar ein deutliches Zeichen des Vertrauens in die deutsche Wirtschaft gesetzt. Der gegenwärtige Aufschwung, mit dem sich Deutschland in Europa an die Spitze gesetzt hat, zeigt die fundamentale Stärke der deutschen Wirt-

schaft und ihr großes Potenzial. Wir würden uns freuen, wenn sich Katar noch stärker einbringen würde. Ich bin sicher, dass in Deutschland auch die mittelständischen, weltweit führenden Unternehmen attraktive Chancen für eine langfristige und strategische Zusammenarbeit bieten. Das gilt gerade für den Bereich der Hochtechnologie.

Viele der hochrangigen Gäste hier im Saal aus bedeutenden Unternehmen, den größten Unternehmen Deutschlands, sind in Katar bereits präsent. Sie kennen und schätzen die vielfältigen Investitions- und Geschäftsmöglichkeiten in Katar und sind bereit, sie noch stärker als bisher zu nutzen. Unser Interesse gilt dem Zugang zu den katarischen Gasvorkommen, aber auch den erneuerbaren Energien.

Unsere Unternehmen bieten ihre Mitwirkung auch an der weiteren Modernisierung Ihres Landes an: vom Auf- und Ausbau von Flug- und Seehäfen, Brücken, Straßen- und Schienenwegen bis hin zu Forschung und Bildung. Ich bin überzeugt,

dass deutsche Unternehmer und Forscher dazu viel beitragen können. Unsere beiden Länder sind unterwegs auf dem Weg zur Wissensgesellschaft. Lassen Sie uns im doppelten Sinne Brücken zwischen Katar und Deutschland bauen!

Hoheiten, unsere Nationen, aber auch unsere Regionen, die europäische und arabische, sind schon seit langem in vielfältiger Weise verbunden. Dies hat schon vor fast 200 Jahren trefend der große deutsche Dichter Goethe in seinem „West-östlichen Divan“ zum Ausdruck gebracht:

„Wer sich selbst und andere kennt,
Wird auch hier erkennen:
Orient und Okzident
Sind nicht mehr zu trennen.“

Lassen Sie mich in diesem Sinne mein Glas erheben und uns gemeinsam auf das Wohl Ihrer Hoheiten und des Staates Katar und auf die freundschaftlichen Beziehungen zwischen unseren beiden Ländern anstoßen.

Gewerbemiete

§ 123 BGB

**Gewerbemiete; Ladenlokal; Anfechtung;
Aufklärungspflicht des Mietinteressenten über
öffentlichkeitswirksames Warensortiment;
Szene-Textilien der Marke „Thor Steinar“;
rechtsextreme Szene**

Der Mieter ist verpflichtet, den Vermieter vor Abschluss eines Gewerberaummietvertrages über außergewöhnliche Umstände aufzuklären, mit denen der Vermieter nicht rechnen kann und die offensichtlich für diesen von erheblicher Bedeutung sind.

(BGH, Urteil vom 11. 8. 2010 – XII ZR 123/09)

– Berufungsgericht KG in GuT 2009, 176 –

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt von der Beklagten Räumung und Herausgabe von Gewerbemieträumen sowie Zahlung vorgerichtlicher Anwaltskosten.

2 Mit Vertrag vom 9. Januar 2008 vermietete die Klägerin an die Beklagte ein Ladengeschäft zum Betrieb eines Einzelhandels mit Textilien, Schuhen und Accessoires. Die Beklagte verkauft dort seit dem 1. Februar 2008 nahezu ausschließlich Waren der Marke „Thor Steinar“, die von der M. GmbH, deren damaliger Geschäftsführer auch Geschäftsführer der Beklagten ist, hergestellt werden. Diese Marke wird in den öffentlichen Medien und in einer Internetveröffentlichung des Brandenburger Verfassungsschutzes mit einer rechtsextremistischen Gesinnung in Verbindung gebracht. Im Deutschen Bundestag und einigen Fußballstadien ist das Tragen von Kleidung dieser Marke verboten. Die M. GmbH betreibt eine Internetseite, auf der sie sich mit der öffentlich geführten Auseinandersetzung über die Marke „Thor Steinar“ beschäftigt.

3 Seit der Eröffnung am 1. Februar 2008 kam es wiederholt zu Demonstrationen und Farbbeutelanschlägen auf das Ladengeschäft.

4 Mit Anwaltschriftsatz vom 27. Februar 2008 erklärte die Klägerin die Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung und vorsorglich die fristlose Kündigung des Mietvertrages. Diese Erklärungen wiederholte sie mit Anwaltsschreiben vom 12. März 2008 und in der Klageschrift.

5 Das Landgericht Berlin hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der vom Be-

rufungsgericht [KG] zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

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

7 I. Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in NZM 2009, 784 [= GuT 2009, 176] veröffentlicht ist, hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

8 Die Marke „Thor Steinar“ werde in der Bevölkerung mit rechtsradikalen Gesinnungen in Verbindung gebracht. Dies ergebe sich aus den vorgelegten Urteilen des Oberlandesgerichts Naumburg und der Landgerichte Magdeburg und Leipzig sowie aus den vorgelegten Zeitungsartikeln und dem eingereichten Artikel über die Marke in „Wikipedia“. Dass es sich insoweit nicht lediglich um eine Medienkampagne gegen die Marke handele, zeigten die ebenfalls eingereichte Stellungnahme des Brandenburger Verfassungsschutzes und das Verbot, die Marke im Bundestag und in mehreren Fußballstadien zu tragen.

9 Das Landgericht sei auch zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte die Klägerin vor Vertragsschluss nicht darüber aufgeklärt habe, nahezu ausschließlich das vollständige Warensortiment der Marke „Thor Steinar“ anbieten zu wollen. Dazu sei die Beklagte jedoch verpflichtet gewesen.

10 Zwar stelle das Verschweigen von Tatsachen nur dann eine Täuschung dar, wenn hinsichtlich der verschwiegenen Tatsachen nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte eine Aufklärungspflicht bestehe. Es sei auch grundsätzlich Sache jeder Partei, ihre Interessen wahrzunehmen, insbesondere müsse die andere Seite nicht ungefragt über alle ungünstigen Eigenschaften einer Sache oder Person aufklären. Jedoch müsse über solche Umstände aufgeklärt werden, die für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung seien. Jedenfalls im Gewerbemietrecht sei es - anders als bei Kaufverträgen - nicht erforderlich, dass der Vertragszweck ohne die Aufklärung gefährdet werde. Denn die Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen der anderen Vertragspartei habe bei einem Dauerschuldverhältnis wie dem Mietvertrag eine größere Bedeutung als bei Kaufverträgen, bei denen die vertraglichen Hauptpflichten im Vordergrund stünden. Im Hinblick darauf, dass der Verkauf der Marke „Thor Steinar“ ein hohes Konfliktpotential mit sich bringe und darüber hinaus die Klägerin in den Verdacht der Nähe zu rechtsradikalen Gesinnungen rücke, was sich geschäftsschädigend auswirken könne, handele es sich bei der Be-

absichtigten Eröffnung eines Ladens, in dem im wesentlichen Produkte der Marke „Thor Steinar“ verkauft werden sollten, um einen Umstand, der für die Willensbildung des Vermieters offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sei. Hinzu komme, dass zwischen den Parteien ein Informationsgefälle bestanden habe, weil die Beklagte im Gegensatz zur Klägerin gewusst habe, was sie verkaufen wolle. Die Beklagte habe die Klägerin deshalb darüber informieren müssen.

11 Die Täuschung sei für den Vertragsschluss auch ursächlich gewesen. Nach der Lebenserfahrung spiele es für den Abschluss von Dauerschuldverhältnissen eine Rolle, wenn eine Vertragspartei Gefahr laufe, dadurch ihrem öffentlichen Ruf und damit auch ihren wirtschaftlichen Interessen zu schaden.

12 Gegen diese Annahme spreche auch nicht die erstmals in der Berufungsbegründung erhobene Behauptung, die Klägerin bzw. Vertreter der Klägerin hätten am 1. Februar 2008, dem Tag der Eröffnung des Ladens, gegenüber Dritten geäußert, die Klägerin werde den Mietvertrag mit der Beklagten nicht beenden, solange diese ihre Miete zahle. Der Vortrag der Beklagten sei un schlüssig, weil sich hieraus schon nicht ergebe, dass eine zur Vertretung der Klägerin berechnete bestimmte Person sich in dieser Hinsicht geäußert habe. Zudem sei nicht ersichtlich, dass die Klägerin zu diesem Zeitpunkt bereits vollständig informiert gewesen sei. Im Übrigen müsse man der Klägerin jedenfalls eine gewisse Überlegungsfrist einräumen und spontanen Äußerungen gegenüber unbekanntem Dritten (Politikern und Journalisten) bei der Bewertung der Kausalität kein wesentliches Gewicht zukommen lassen.

13 Die Beklagte habe auch arglistig gehandelt. Aus den von der Klägerin vorgetragene Umständen könne der Schluss auf den Täuschungsvorsatz gezogen werden. Ihr Geschäftsführer, der auch Geschäftsführer der Herstellerin der Waren der Marke „Thor Steinar“ gewesen sei, habe die damals schon existierende Berichterstattung über die Marke gekannt und wegen des bei Vertragsschluss schon laufenden Räumungsrechtsstreits vor dem Landgericht Magdeburg, an dem er selbst als Beklagter beteiligt gewesen sei, gewusst, dass der Verkauf von „Thor Steinar“-Produkten für Vermieter von Gewerberäumen eine ganz erhebliche Bedeutung haben könne. Ein weiteres gewichtiges Indiz für den Vorsatz der Beklagten stelle deren E-Mail an die Klägerin vom 28. November 2007 dar, in der sie durch die unwahre Angabe, selbst hergestellte Bekleidung zu verkaufen, verschleierte, dass das Sortiment tatsächlich im Wesentlichen aus „Thor Steinar“-Produkten der M. GmbH bestehen solle.

14 Die geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten seien, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt habe, als Schadensersatz wegen schuldhafter Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht von der Beklagten zu erstatten.

15 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung stand.

16 Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Räumung und Herausgabe der streitgegenständlichen Ladenfläche und einen Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlich im Zusammenhang mit der Anfechtung des Mietvertrages entstandenen Anwaltskosten.

17 Die Beklagte kann ein Recht zum Besitz nicht aus dem Mietvertrag vom 9. Januar 2008 herleiten. Denn die Klägerin hat den Vertrag wirksam gemäß §§ 123 Abs. 1, 124 BGB wegen arglistiger Täuschung angefochten. Der Mietvertrag ist deshalb als von Anfang an nichtig anzusehen (§ 142 Abs. 1 BGB).

18 1. Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Beklagte die Klägerin dadurch arglistig täuscht hat, dass sie diese vor Vertragsschluss nicht über ihre Absicht, in den Mieträumen nahezu ausschließliche Waren der Marke „Thor Steinar“ zu verkaufen, aufgeklärt hat.

19 a) Zwar besteht bei Vertragsverhandlungen keine allgemeine Rechtspflicht, den anderen Teil über alle Einzelheiten und Umstände aufzuklären, die dessen Willensentscheidung

beeinflussen könnten (Staudinger/Singer/v. Finckenstein BGB Bearb. 2004 § 123 Rn. 10; MünchKommBGB/Kramer 5. Aufl. § 123 Rn. 16 bis 18; vgl. zum Kaufvertrag: BGH Urteile vom 13. Juli 1983 - VIII ZR 142/82 - NJW 1983, 2493, 2494 und vom 12. Juli 2001 - IX ZR 360/00 - NJW 2001, 3331, 3332). Vielmehr ist grundsätzlich jeder Verhandlungspartner für sein rechtsgeschäftliches Handeln selbst verantwortlich und muss sich deshalb die für die eigene Willensentscheidung notwendigen Informationen auf eigene Kosten und eigenes Risiko selbst beschaffen (BGH Urteil vom 13. Juli 1988 - VIII ZR 224/87 - NJW 1989, 763, 764 m.w.N.).

20 Allerdings besteht nach der Rechtsprechung eine Rechtspflicht zur Aufklärung bei Vertragsverhandlungen auch ohne Nachfrage dann, wenn der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise die Mitteilung von Tatsachen erwarten durfte, die für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind (RGZ 111, 233, 234; vgl. zur Aufklärungspflicht des Vermieters: Senatsurteile vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714, 1718 [= WuM 2000, 593]; vom 28. April 2004 - XII ZR 21/02 - NJW 2004, 2674 [= GuT 2004, 160]; vom 28. Juni 2006 - XII ZR 50/04 - NJW 2006, 2618, 2619 [= GuT 2006, 220] und vom 15. November 2006 - XII ZR 63/04 - NZM 2007, 144 [= GuT 2007, 12]; zur Aufklärungspflicht des Verkäufers: BGH Urteile vom 12. Juli 2001 - IX ZR 360/00 - NJW 2001, 3331 und vom 25. Oktober 2007 - VII ZR 205/06 - NJW-RR 2008, 258 Rn. 20; Staudinger/Singer/v. Finckenstein BGB Bearb. 2004 § 123 Rn. 11; MünchKommBGB/Kramer 5. Aufl. § 123 Rn. 16 bis 18). Davon wird insbesondere bei solchen Tatsachen ausgegangen, die den Vertragszweck vereiteln oder erheblich gefährden können (BGH Urteile vom 13. Dezember 1990 - III ZR 333/89 - NJW-RR 1991, 439 und vom 8. Dezember 1989 - V ZR 246/87 - NJW 1990, 975, zu Kaufverträgen). Eine Tatsache von ausschlaggebender Bedeutung kann auch dann vorliegen, wenn sie geeignet ist, dem Vertragspartner erheblichen wirtschaftlichen Schaden zuzufügen.

21 Die Aufklärung über eine solche Tatsache kann der Vertragspartner redlicherweise aber nur verlangen, wenn er im Rahmen seiner Eigenverantwortung nicht gehalten ist, sich selbst über diese Tatsache zu informieren (vgl. Staudinger/Singer/v. Finckenstein BGB Bearb. 2004 § 123 Rn. 17 m.w.N.).

22 In der Gewerberaummieta obliegt es grundsätzlich dem Vermieter, sich selbst über die Gefahren und Risiken zu informieren, die allgemein für ihn mit dem Abschluss eines Mietvertrages verbunden sind. Er muss allerdings nicht nach Umständen forschen, für die er keinen Anhaltspunkt hat und die so außergewöhnlich sind, dass er mit ihnen nicht rechnen kann. Er ist deshalb auch nicht gehalten, Internetrecherchen zum Auffinden solcher etwaiger außergewöhnlicher Umstände durchzuführen.

23 Für die Frage, ob und in welchem Umfang eine Aufklärungspflicht besteht, kommt es danach wesentlich auf die Umstände des Einzelfalles an.

24 b) Das Berufungsgericht hat ausgehend von diesen Grundsätzen rechtsfehlerfrei eine Aufklärungspflicht der Beklagten wegen der besonderen Umstände des Falles bejaht.

25 Der Verkauf von Waren einer Marke, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in der öffentlichen Meinung mit rechtsradikalen Gesinnungen in Verbindung gebracht wird und die im Bundestag und mehreren Fußballstadien wegen dieser Einschätzung nicht getragen werden darf, führt, wie das Berufungsgericht weiter festgestellt hat, dazu, dass die Klägerin als Vermieterin von Gewerberäumen, die den Verkauf dieser Waren ermöglicht, in den Ruf gerät, rechtsradikales Gedankengut zu vertreten und darüber hinaus damit rechnen muss, dass es zu Protesten mit Beschädigung ihres Eigentums und auch zu Problemen mit anderen Mietern kommt. Diese Umstände sind nach

den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts geeignet, der Klägerin erheblichen wirtschaftlichen Schaden zuzufügen.

26 Im Hinblick auf diese möglichen gravierenden Auswirkungen war der beabsichtigte Verkauf von Waren dieser Marke für die Klägerin von erheblicher Bedeutung.

27 Sie durfte darüber auch redlicherweise Aufklärung erwarten. Denn sie konnte ohne einen Hinweis auf die Marke nicht erkennen, dass die Beklagte in den Mieträumen Waren verkaufen wollte, die nahezu ausschließlich rechtsradikalen Kreisen zugeordnet werden. Sie hatte auch keine Veranlassung, dies anzunehmen. Denn der Verkauf solcher Waren stellt einen außergewöhnlichen Umstand dar, mit dem sie nicht rechnen musste. Darüber hinaus bestand für sie aufgrund der verharmlosenden Angaben der Beklagten zum Sortiment in ihrer bei den Vertragsverhandlungen an die Klägerin gerichteten E-Mail vom 28. November 2007 kein Anlass zu einer Nachfrage.

28 Im Hinblick auf diese der Beklagten bekannten Umstände musste es sich ihr aufdrängen, dass sich die Klägerin insoweit über die Waren, die zum Verkauf angeboten werden sollten, im Irrtum befand und dass der beabsichtigte Verkauf von Waren der Marke „Thor Steinar“ für deren Entscheidung, den Mietvertrag abzuschließen, von erheblicher Bedeutung war.

29 Die Beklagte war deshalb nach Treu und Glauben und den Grundsätzen eines redlichen Geschäftsverhaltens verpflichtet, die Klägerin über den beabsichtigten Verkauf von Waren der Marke „Thor Steinar“ zu informieren.

30 c) Zu Recht hat das Berufungsgericht die subjektiven Voraussetzungen für eine arglistige Täuschung durch unterlassene Aufklärung bejaht. Die Beklagte wusste, dass die Marke „Thor Steinar“ in der öffentlichen Meinung rechtsradikalen Kreisen zugeordnet wird und im Bundestag und in verschiedenen Fußballstadien ein Verbot für Kleidung der Marke „Thor Steinar“ bestand. Ihr war deshalb bewusst, dass der Verkauf von Waren dieser Marke geeignet war, erhebliche wirtschaftliche Nachteile für die Klägerin zu verursachen. Daraus ergibt sich, dass sie zumindest billigend in Kauf genommen hat, dass die Klägerin den Mietvertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn sie vor Vertragsschluss Kenntnis von dem beabsichtigten Verkauf von Waren der Marke „Thor Steinar“ gehabt hätte.

31 d) Das Berufungsgericht hat weiter rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Verletzung der Aufklärungspflicht für den Entschluss der Klägerin, den Mietvertrag abzuschließen, ursächlich war. Wie oben ausgeführt, handelte es sich bei dem beabsichtigten Verkauf von Waren der Marke „Thor Steinar“ um einen Umstand, der angesichts der wirtschaftlichen Auswirkungen für die Klägerin von erheblicher Bedeutung war.

32 Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die erstmals in der Berufungsbegründung aufgestellte Behauptung der Beklagten übergangen, die Klägerin habe am Tag der Eröffnung des Ladens, dem 1. Februar 2008, gegenüber Dritten geäußert, sie werde den Mietvertrag mit der Beklagten nicht beenden, greift schon deshalb nicht, weil dieser Vortrag nicht entscheidungserheblich ist. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, ist bereits nicht ersichtlich, dass sich die Klägerin zu diesem Zeitpunkt vollständig über die Bedeutung der Marke informiert hatte. Deshalb kann aus solchen etwaigen Äußerungen - entgegen der Ansicht der Revision - nicht darauf geschlossen werden, dass die Klägerin den Mietvertrag auch abgeschlossen hätte, wenn sie Kenntnis von dem beabsichtigten Verkauf von Waren der Marke „Thor Steinar“ gehabt hätte.

33 2. Die Anfechtung ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Mietvertrag zum Zeitpunkt der Anfechtung bereits in Vollzug gesetzt war. Eine auf Abschluss eines Mietvertrages gerichtete Willenserklärung kann auch nach Überlassung der Mietsache wegen arglistiger Täuschung angefochten werden (Senatsurteil vom 6. August 2008 - XII ZR 67/06 - BGHZ 178, 16 [= GuT 2008, 330] Rn. 34 f.).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 123 BGB

Gewerberaumiete; Ladenlokal; Anfechtung; Aufklärungspflicht des Mietinteressenten über öffentlichkeitswirksames Warensortiment; Szene-Textilien der Marke „Thor Steinar“; rechtsextreme Szene; Lage der Geschäftsräume; Charakter des Geschäftshauses; „Hundertwasser-Haus“ Magdeburg

Der Mieter ist verpflichtet, den Vermieter vor Abschluss eines Gewerberaummietvertrages über außergewöhnliche Umstände aufzuklären, mit denen der Vermieter nicht rechnen kann und die offensichtlich für diesen von erheblicher Bedeutung sind.

(BGH, Urteil vom 11. 8. 2010 – XII ZR 192/08)

– Berufungsgericht OLG Naumburg in GuT 2009, 17 –

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt von dem Beklagten aus abgetretenem Recht Räumung und Herausgabe eines Ladengeschäfts.

2 Mit Vertrag vom 1. Juni 2007 vermietete die C. Immobilien GmbH und Co. KG (i. F.: Vermieterin), vertreten durch die Klägerin, an den Beklagten in dem von Friedensreich Hundertwasser entworfenen Geschäftshaus in M. ein Ladengeschäft zum Verkauf von Textilien und Sortimenten im Outdoorbereich. Bestandteil des Vertrages war eine als Anlage 5 beigefügte Sortimentsliste vom 23. Mai 2007, die allgemeine Angaben zu dem beabsichtigten Bekleidungsangebot enthält, ohne eine Marke zu nennen. Der Beklagte beabsichtigte, in den Mieträumen nahezu ausschließlich Waren der Marke „Thor Steinar“ zu verkaufen, die von der M. GmbH, deren Geschäftsführer der Beklagte war, vertrieben wird. Diese Marke wird in der Öffentlichkeit in einen ausschließlichen Bezug zur rechtsradikalen Szene gesetzt.

3 Nachdem die Klägerin von dem beabsichtigten Angebot der Marke „Thor Steinar“ erfahren hatte, versuchte sie, den Beklagten zu einem Verzicht auf die Eröffnung des Ladens oder auf den Vertrieb des Warensortiments der Marke „Thor Steinar“ zu bewegen.

4 Am 27. Juli 2007, dem Tag der Eröffnung des Ladens, unterzeichnete der Beklagte auf Wunsch der Klägerin eine Erklärung zum Mietvertrag, in der er versicherte, dass von seinem Gewerbe keine verfassungsrechtlich relevanten Aktivitäten ausgingen und er auch keine rechts- oder linksextremistischen Parteien oder Gruppierungen finanziell unterstütze und unterstützen werde. Diese Erklärung wurde auch von dem Vertreter der Klägerin unterzeichnet.

5 Mit Schreiben vom 27. Juli 2007 kündigte die Vermieterin den Mietvertrag aus wichtigem Grund. Sie wiederholte die Kündigung mit Schreiben vom 2. August 2007 und erklärte darüber hinaus die Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung.

6 Die Vermieterin hat ihre Ansprüche auf Räumung und Herausgabe des Mietobjekts an die Klägerin abgetreten.

7 Das Landgericht Magdeburg hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht [OLG Naumburg] zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

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

9 I. Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in NZM 2009, 128 [= GuT 2009, 17] veröffentlicht ist, hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Der Beklagte sei zur Räumung und Herausgabe verpflichtet. Er habe kein Recht zum Besitz, weil die Klägerin den Mietvertrag vom 1. Juni 2007 im Namen der Vermieterin mit Schreiben vom 2. August 2007 wirksam wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 Abs. 1 BGB angefochten habe.

10 Der Beklagte sei unter Zugrundelegung seines eigenen Sachvortrags verpflichtet gewesen, der Klägerin im Zuge der Vertragsverhandlungen auch ohne ausdrückliche Nachfrage mitzuteilen, dass er weit überwiegend Ware der Marke „Thor Steinar“ verkaufen wolle. Der Beklagte habe nach seinem eigenen Vortrag gewusst, dass es Presseberichterstattung gebe, die dem von ihm angebotenen Warensortiment eine hohe Affinität zur rechten Szene zuweise. In dieser Berichterstattung werde die Meinung vertreten, die Marke „Thor Steinar“ werde bevorzugt von Anhängern und Mitgliedern der rechtsradikalen Szene gekauft und getragen und als Erkennungssymbol für die Zugehörigkeit zur „rechten Szene“ genutzt. Ausweislich des von dem Beklagten vorgelegten Artikels aus der TAZ vom 2. Mai 2008 sei es in mehreren Fußballstadien der neuen Bundesländer, im Bundestag und im Landtag von Mecklenburg-Vorpommern verboten, Kleidung des Labels „Thor Steinar“ zu tragen. Es lasse sich zwar nach Aktenlage nicht feststellen, dass diese Verbote bereits vor dem Abschluss des Mietvertrages vom 1. Juni 2007 ausgesprochen worden seien. Es spreche aber nichts für das Gegenteil. Zumindest die W. GmbH und Co. KG a.A. habe spätestens am 27. April 2007 für Zuschauer, die Kleidung der Marke „Thor Steinar“ tragen, ein Stadionverbot verhängt.

11 Aus öffentlich zugänglichen Quellen wie dem Artikel „Thor Steinar“ in der Internet-Enzyklopädie Wikipedia sei ersichtlich, dass bereits vor dem 1. Juni 2007 Presseberichterstattung existiert habe, die die Marke „Thor Steinar“ mit Rechts extremismus in Verbindung gebracht habe. Bereits aufgrund dieses negativen Bildes der Marke in der Öffentlichkeit sei der Beklagte, unabhängig davon, ob dieses Bild zu Recht bestehe, verpflichtet gewesen, die Vermieterin über den beabsichtigten überwiegenden Verkauf von Waren der Marke „Thor Steinar“ aufzuklären.

12 Da das Hundertwasserhaus eine Touristenattraktion darstelle, sei für den Beklagten offensichtlich gewesen, dass es für die Vermieterin bei der Entscheidung über den Abschluss des Mietvertrages von ausschlaggebender Bedeutung gewesen sei, ob eine Presseberichterstattung zu erwarten sei, die den Käuferkreis einer vom Mieter verkauften Marke in Zusammenhang mit der rechtsextremen Szene bringe.

13 Die Verletzung der Aufklärungspflicht sei auch für den Abschluss des Mietvertrages ursächlich gewesen. Aus der umfangreichen Presseberichterstattung und den Reaktionen von Parlamenten und Fußballvereinen auf die Marke „Thor Steinar“ könne geschlossen werden, dass die Kenntnis der Vermieterin von dem beabsichtigten Verkauf dieser Marke Einfluss auf ihre Entschließung gehabt hätte. Dass dies der Fall gewesen sei, zeige das anschließende Bemühen der Vermieterin um eine Beendigung des Vertragsverhältnisses.

14 Den dadurch begründeten Anschein der Ursächlichkeit der Täuschung für den Vertragsschluss habe der Beklagte nicht entkräftet. Denn es stehe aufgrund der Beweisaufnahme fest, dass die Vermieterin, wie der Zeuge D. glaubhaft bekundet habe, bei Nennung der Marke während der Vertragsverhandlungen recherchiert, deren Brisanz bemerkt und deshalb den Vertrag nicht abgeschlossen hätte.

15 Der Beklagte habe die Vermieterin auch arglistig getäuscht. Er habe von der bereits vor Abschluss des Mietvertrages vorhandenen kritischen Presseberichterstattung gewusst und es deshalb mindestens ernsthaft für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen, dass der Mietvertrag bei Kenntnis der Vermieterin von dem beabsichtigten Verkauf der Marke „Thor Steinar“ nicht zustande gekommen wäre.

16 Die Anfechtung sei auch nicht durch eine Bestätigung des Mietvertrages gemäß § 144 BGB ausgeschlossen. Eine solche Bestätigung sei, wie eine Würdigung der Zeugenaussagen ergebe, weder durch die schriftliche „Erklärung zum Mietvertrag“ vom 27. Juli 2007 noch mündlich erfolgt.

17 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung stand.

18 Die Klägerin hat gegen den Beklagten aus abgetretenem Recht einen Anspruch auf Räumung und Herausgabe.

19 Der Beklagte kann ein Recht zum Besitz nicht aus dem Mietvertrag vom 1. Juni 2007 herleiten. Denn die Vermieterin hat den Vertrag wirksam gemäß §§ 123 Abs. 1, 124 BGB wegen arglistiger Täuschung angefochten. Der Mietvertrag ist deshalb als von Anfang an nichtig anzusehen (§ 142 Abs. 1 BGB).

20 1. Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Beklagte die Vermieterin dadurch arglistig getäuscht hat, dass er sie vor Vertragsschluss nicht über seine Absicht, in den Mieträumen nahezu ausschließlich Waren der Marke „Thor Steinar“ zu verkaufen, aufgeklärt hat.

21 a) Zwar besteht bei Vertragsverhandlungen keine allgemeine Rechtspflicht, den anderen Teil über alle Einzelheiten und Umstände aufzuklären, die dessen Willensentschließung beeinflussen könnten (Staudinger/Singer/v. Finckenstein BGB Bearb. 2004 § 123 Rn. 10; MünchKommBGB/Kramer 5. Aufl. § 123 Rn. 16 bis 18; vgl. zum Kaufvertrag: BGH Urteile vom 13. Juli 1983 - VIII ZR 142/82 - NJW 1983, 2493, 2494 und vom 12. Juli 2001 - IX ZR 360/00 - NJW 2001, 3331, 3332). Vielmehr ist grundsätzlich jeder Verhandlungspartner für sein rechtsgeschäftliches Handeln selbst verantwortlich und muss sich deshalb die für die eigene Willensentscheidung notwendigen Informationen auf eigene Kosten und eigenes Risiko selbst beschaffen (BGH Urteil vom 13. Juli 1988 - VIII ZR 224/87 - NJW 1989, 763, 764 m.w.N.).

22 Allerdings besteht nach der Rechtsprechung eine Rechtspflicht zur Aufklärung bei Vertragsverhandlungen auch ohne Nachfrage dann, wenn der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise die Mitteilung von Tatsachen erwarten durfte, die für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind (RGZ 111, 233, 234; vgl. zur Aufklärungspflicht des Vermieters: Senatsurteile vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714, 1718 [= WuM 2000, 593]; vom 28. April 2004 - XII ZR 21/02 - NJW 2004, 2674 [= GuT 2004, 160]; vom 28. Juni 2006 - XII ZR 50/04 - NJW 2006, 2618, 2619 [= GuT 2006, 220] und vom 15. November 2006 - XII ZR 63/04 - NZM 2007, 144 [= GuT 2007, 12]; zur Aufklärungspflicht des Verkäufers: BGH Urteile vom 12. Juli 2001 - IX ZR 360/00 - NJW 2001, 3331 und vom 25. Oktober 2007 - VII ZR 205/06 - NJW-RR 2008, 258 Rn. 20; Staudinger/Singer/v. Finckenstein BGB Bearb. 2004 § 123 Rn. 11; MünchKommBGB/Kramer 5. Aufl. § 123 Rn. 16 bis 18). Davon wird insbesondere bei solchen Tatsachen ausgegangen, die den Vertragszweck vereiteln oder erheblich gefährden können (BGH Urteile vom 13. Dezember 1990 - III ZR 333/89 - NJW-RR 1991, 439 und vom 8. Dezember 1989 - V ZR 246/87 - NJW 1990, 975, zu Kaufverträgen). Eine Tatsache von ausschlaggebender Bedeutung kann auch dann vorliegen, wenn sie geeignet ist, dem Vertragspartner erheblichen wirtschaftlichen Schaden zuzufügen.

23 Die Aufklärung über eine solche Tatsache kann der Vertragspartner redlicherweise aber nur verlangen, wenn er im Rahmen seiner Eigenverantwortung nicht gehalten ist, sich selbst über diese Tatsache zu informieren (vgl. Staudinger/Singer/v. Finckenstein BGB Bearb. 2004 § 123 Rn. 17 m.w.N.).

24 In der Gewerberaumiete obliegt es grundsätzlich dem Vermieter, sich selbst über die Gefahren und Risiken zu informieren, die allgemein für ihn mit dem Abschluss eines Mietvertrages verbunden sind. Er muss allerdings nicht nach Umständen forschen, für die er keinen Anhaltspunkt hat und die so außergewöhnlich sind, dass er mit ihnen nicht rechnen kann. Er ist deshalb auch nicht gehalten, Internetrecherchen zum Auffinden solcher etwaiger außergewöhnlicher Umstände durchzuführen.

25 Für die Frage, ob und in welchem Umfang eine Aufklärungspflicht besteht, kommt es danach wesentlich auf die Umstände des Einzelfalles an.

26 b) Das Berufungsgericht hat ausgehend von diesen Grundsätzen rechtsfehlerfrei eine Aufklärungspflicht des Beklagten wegen der besonderen Umstände des Falles bejaht.

27 Das Mietobjekt lag in dem von dem Künstler Friedensreich Hundertwasser entworfenen, im Zentrum von M. gelegenen so genannten „Hundertwasserhaus“, das mit einer Gesamtmietfläche von 7000 qm von der Vermieterin als Geschäftshaus konzipiert war und aufgrund seiner besonderen Gestaltung eine Attraktion für Touristen und Kunden sein sollte.

28 Nach den revisionsrechtlich nicht angreifbaren Feststellungen des Berufungsgerichts wurde dieses Ziel durch den von dem Beklagten geplanten Verkauf von Waren der Marke „Thor Steinar“, die unstrittig in der öffentlichen Meinung ausschließlich der rechtsradikalen Szene zugeordnet werden, gefährdet. Denn der Verkauf solcher Waren kann zur Folge haben, dass das Hundertwasserhaus in den Ruf gerät, Anziehungsort für rechtsradikale Käuferkreise zu sein und damit ein Ort, an dem - auch aufgrund von Demonstrationen - gewaltsame Auseinandersetzungen zu erwarten sind. Diese, das gesamte Anwesen treffende mögliche rufschädigende Wirkung ist geeignet, Kunden und Touristen fernzuhalten und damit andere Mieter im Anwesen zu einer Minderung oder Beendigung des Mietvertrages zu veranlassen und potentielle Mieter von dem Abschluss eines Mietvertrages abzuhalten. Der Verkauf von Waren der Marke „Thor Steinar“ kann deshalb der Vermieterin erheblichen wirtschaftlichen Schaden zufügen.

29 Darüber hinaus ist die Vermietung von Räumen zum Verkauf von Waren, die in der öffentlichen Meinung ausschließlich der rechtsradikalen Szene zugeordnet werden, geeignet, den Vermieter in der öffentlichen Meinung in die Nähe zu rechtsradikalem Gedankengut zu stellen und sich auch deshalb geschäftsschädigend für ihn auszuwirken.

30 Im Hinblick auf diese möglichen gravierenden Auswirkungen war der beabsichtigte Verkauf von Waren dieser Marke für die Vermieterin von erheblicher Bedeutung.

31 Sie durfte darüber auch redlicherweise eine Aufklärung erwarten. Denn sie konnte ohne einen Hinweis auf die Marke nicht erkennen, dass der Beklagte in den Mieträumen Waren verkaufen wollte, die nahezu ausschließlich rechtsradikalen Kreisen zugeordnet werden. Sie hatte auch keine Veranlassung, dies anzunehmen. Denn bei dem Verkauf solcher Waren handelt es sich um einen außergewöhnlichen Umstand, mit dem sie nicht rechnen musste. Darüber hinaus bestand für sie aufgrund der verharmlosenden Angaben des Beklagten zum Sortiment kein Anlass zu einer Nachfrage.

32 Im Hinblick auf diese dem Beklagten bekannten Umstände musste es sich ihm aufdrängen, dass sich die Vermieterin insoweit über die Waren, die er zum Verkauf anbieten wollte, im Irrtum befand und dass der beabsichtigte Verkauf von Waren der Marke „Thor Steinar“ für deren Entscheidung, den Mietvertrag abzuschließen, von erheblicher Bedeutung war.

33 Der Beklagte war deshalb nach Treu und Glauben und den Grundsätzen eines redlichen Geschäftsverhaltens verpflichtet, die Vermieterin über den beabsichtigten Verkauf von nahezu ausschließlich Waren der Marke „Thor Steinar“ zu informieren.

34 c) Zu Recht hat das Berufungsgericht auch die subjektiven Voraussetzungen für eine arglistige Täuschung durch unterlassene Aufklärung bejaht. Nach seinen Feststellungen wusste der Beklagte, dass die Marke „Thor Steinar“ in der öffentlichen Meinung rechtsradikalen Kreisen zugeordnet wird und dass zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages zumindest in Fußballstadien von W. ein Verbot für das Tragen von „Thor Steinar“ bestand. Ihm war deshalb bewusst, dass der Verkauf von Waren dieser Marke in dem von Friedensreich Hundertwasser gestalteten großen Geschäftshaus geeignet war, erhebliche wirtschaftliche Nachteile für die Vermieterin zu verursachen. Daraus ergibt sich, dass er zumindest billigend in Kauf genommen hat, dass die Vermieterin den Mietvertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn sie vor Vertragsschluss Kenntnis von dem beabsichtigten Verkauf der Marke „Thor Steinar“ gehabt hätte.

35 d) Das Berufungsgericht hat weiter rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Verletzung der Aufklärungspflicht für den

Entschluss der Vermieterin, den Mietvertrag abzuschließen, ursächlich war. Wie oben ausgeführt, handelte es sich bei dem beabsichtigten Verkauf von Waren der Marke „Thor Steinar“ um einen Umstand, der angesichts der drohenden wirtschaftlichen Auswirkungen für die Vermieterin von erheblicher Bedeutung war. Diese Annahme wird zusätzlich gestützt durch das Verhalten der Vermieterin nach Kenntniserlangung von diesem Umstand. Sie hat nämlich noch am Tag der Eröffnung des Ladens durch den Beklagten am 27. Juli 2007 versucht, sich von dem Mietvertrag zu lösen.

36 2. Entgegen der Ansicht der Revision ist die Anfechtung des Mietvertrages auch nicht gemäß § 144 BGB durch eine Vertragsbestätigung der Vermieterin ausgeschlossen.

37 Rechtsfehlerfrei geht das Berufungsgericht davon aus, dass eine hier allein in Betracht kommende konkludente Bestätigung des anfechtbaren Vertrages nur vorliegt, wenn das Verhalten des Anfechtungsberechtigten eindeutig Ausdruck eines Bestätigungswillens ist und jede andere, den Umständen nach einigermaßen verständliche Deutung ausscheidet (Senatsurteil vom 1. April 1992 - XII ZR 20/91 - NJW-RR 1992, 779, 780; BGH Urteil vom 2. Februar 1990 - V ZR 266/88 - BGHZ 110, 220, 222). Das Berufungsgericht hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise ebenso wie das Landgericht die Zeugenaussagen dahin gewürdigt, dass weder aus der schriftlichen Erklärung des Beklagten vom 27. Juli 2007, noch aus den mündlichen Besprechungen an diesem Tag, noch aus der Überreichung eines Hundertwasserbildes anlässlich der Geschäftseröffnung auf eine Bestätigung des Mietvertrages durch die Vermieterin geschlossen werden kann. Die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts ist umfassend und in sich widerspruchsfrei. Sie verstößt auch nicht gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze.

38 3. Die Anfechtung ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Mietvertrag zum Zeitpunkt der Anfechtung bereits in Vollzug gesetzt war. Eine auf Abschluss eines Mietvertrages gerichtete Willenserklärung kann auch nach Überlassung der Mietsache wegen arglistiger Täuschung angefochten werden (Senatsurteil vom 6. August 2008 - XII ZR 67/06 - BGHZ 178, 16 [=GuT 2008, 330] Rn. 34 f.).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 415, 307 BGB

Gewerberaumiete; Vertragsübertragungsklausel; Übertragung der Vermieterstellung; Bestandsübernahme

Formulärmäßige Klauseln, die dem Verwender das Recht einräumen, seine vertragliche Stellung als Vermieter von Gewerberäumen jederzeit auf eine andere Person zu übertragen, stellen nicht generell eine unangemessene Benachteiligung dar. Vielmehr ist, wenn der Mieter Unternehmer ist, eine am Maßstab des § 307 BGB ausgerichtete Prüfung der Umstände des Einzelfalls vonnöten.

Dabei ist auf der Vermieterseite ein grundsätzliches Interesse eines gewerblichen, als Gesellschaft organisierten Vermieters anzuerkennen, einen wirtschaftlich für sinnvoll erachteten künftigen Wandel der Rechtsform oder Rechtsinhaberschaft durch die Möglichkeit einer Bestandsübernahme zu erleichtern. Dem wird ein Interesse des Mieters entgegenzuhalten sein, sich über Zuverlässigkeit und Solvenz des Vermieters zu vergewissern. Dieses Mieterinteresse wird um so eher Beachtung verdienen, je stärker das Vertragsverhältnis von einem besonderen Interesse des Mieters an der Person eines bestimmten Vermieters (mit-) geprägt wird. (Fortführung der Urteile vom 29. Februar 1984 - VIII ZR 350/82 - ZIP 1984, 841, vom 11. Juli 1984 - VIII ZR 35/83 - ZIP 1984, 1093 und vom 21. März 1990 - VIII ZR 196/89 - NJW-RR 1990, 1076).

(BGH, Urteil vom 9. 6. 2010 - XII ZR 171/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten um die Aktivlegitimation der Klägerin, die gegen den Beklagten - im Übrigen unstreitig - Forderungen aus einem Mietvertrag über Gewerberräume geltend macht.

2 Ursprünglich hatte die S. AG (im Folgenden: AG) die Räume an die A. vermietet. Dabei hatten sie in „§ 16 Untervermietung“ des Formularmietvertrags vom Juli 2002 - im Anschluss an Bestimmungen über die Genehmigungsbedürftigkeit einer Untervermietung - folgende Regelung getroffen:

„6. Der Vermieter hat das Recht, diesen Vertrag jederzeit auf eine andere Gesellschaft zu übertragen.“

3 Mit dreiseitigem Vertrag vom April 2004 trat der Beklagte, damals Hauptvertreter der A., an deren Stelle als Mieter in den Mietvertrag ein. Im März 2005 teilte die AG dem Beklagten mit, dass sie das Mietverhältnis auf die S. GbR (im Folgenden: GbR) - die Eigentümerin der vermieteten Räume - übertragen habe und künftige Zahlungen an die GbR zu leisten seien. Der Beklagte widersprach der Übertragung des Mietvertrags, leistete aber weitere Zahlungen an die GbR. Mit Vertrag vom Juni 2006 wurde die GbR in die Klägerin umgewandelt: Die C. Verwaltungsgesellschaft mbH, deren alleinige Anteilseignerin die GbR war, trat in die Gesellschaft als Komplementärin ein; die GbR-Gesellschafter wurden Kommanditisten.

4 Die Klägerin wurde im August 2006 im Handelsregister eingetragen. Die Klägerin kündigte den Mietvertrag zum 13. Dezember 2006 wegen Zahlungsverzugs fristlos; der Beklagte räumte das Mietobjekt am selben Tag. Die Klägerin verlangt vom Beklagten rückständigen Mietzins für die Zeit von Februar bis Dezember 2006, Ersatz von Renovierungskosten sowie - zum Teil aus an die GbR abgetretenem Recht der AG - Nachzahlung von Nebenkosten für die Jahre 2004 und 2005. Das Landgericht Lübeck hat der Klage entsprochen; das Oberlandesgericht Schleswig hat die Berufung des Beklagten im Wesentlichen - unter Abweisung der Klage wegen Ersatzes für vorprozessuale Anwaltskosten - zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der zugelassenen Revision, mit der er sein Abweisungsbegehren weiterverfolgt.

5 **Aus den Gründen:** Die Revision ist unzulässig, soweit sie sich gegen die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung eines Betrages von 278,11 € wendet. Bei diesem Betrag handelt es sich um eine Forderung der AG - als der damaligen Vermieterin - gegen den Beklagten auf Nachzahlung von Nebenkosten. Die AG hat diese Forderung an die GbR abgetreten, die den Nachzahlungsbetrag von ursprünglich 387,15 € mit einer Zuviel-Zahlung des Beklagten von 109,04 € verrechnet hat. In Höhe der Differenz hat das Landgericht den Beklagten zur Zahlung verurteilt und das Oberlandesgericht die auch hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Die Revisionsbegründung erinnert hiergegen nichts (§ 531 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 lit. a ZPO).

6 Im Übrigen ist die Revision zulässig, aber nicht begründet.

7 I. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts ist die Klägerin auch für die von ihr aus eigenem Recht geltend gemachten Forderungen aktivlegitimiert.

8 Zwar könnten Vertragsverhältnisse nicht ohne Mitwirkung aller Vertragspartner auf einen Dritten übertragen werden. Der Beklagte habe einer Vertragsübernahme durch die GbR ausdrücklich widersprochen; schon deshalb liege in seinen späteren Mietzinszahlungen, die er - wie zudem von der AG ausdrücklich gefordert - an die GbR geleistet hatte, keine konkludente Zustimmung. Der Beklagte habe seine Zustimmung jedoch bereits zuvor - mit seinem Eintritt in den ursprünglich zwischen der AG und der A. geschlossenen Mietvertrag - erteilt. Auch zwischen der AG und dem Beklagten habe deshalb § 16 Nr. 6 des Mietvertrags gegolten, der dem Vermieter (der AG) das Recht einräume, den Vertrag jederzeit auf eine andere Gesellschaft (hier: die GbR) zu übertragen. Diese Regelung sei -

als eine von der AG gestellte Geschäftsbedingung - auch unter Berücksichtigung des § 305 c Abs. 1 BGB Vertragsbestandteil geworden und nicht nach § 307 BGB unwirksam.

9 Die Regelung sei nach den Umständen nicht so ungewöhnlich, dass der Vertragspartner mit ihr nicht habe zu rechnen brauchen (§ 305 c BGB). Zwar sei die Übertragbarkeit eines Vertrages durch einen Vertragspartner auf andere Personen dem Bürgerlichen Recht grundsätzlich fremd. Deshalb habe der Gesetzgeber in § 309 Nr. 10 BGB den Eintritt eines Dritten in einen Kauf-, Dienst- oder Werkvertrag aufgrund von AGB nur unter besonderen Voraussetzungen als zulässig angesehen. Bei Mietverträgen zeige sich das BGB indes, wie die §§ 565, 566, 578 BGB belegten, gegenüber einem Vermieterwechsel aufgeschlossener. Zudem könne bei Geschäftsraummietverträgen zwischen Unternehmern schon im Hinblick auf deren Geschäftsgewandtheit davon ausgegangen werden, dass langfristige bindende Vertragsentwürfe mit ihrem Klauselwerk auch ohne besondere Hervorhebung einzelner Klauseln sorgfältig gelesen und in ihrer Reichweite verstanden würden. Da es sich sowohl bei der A. als auch bei dem Beklagten um Unternehmer handle, könne offenbleiben, ob für die Anwendung des § 305 c BGB (wie auch des § 307 BGB, dazu sogleich) auf den Vertragsschluss 2002 oder auf den Vertragseintritt durch den Beklagten 2004 abzustellen sei.

10 Die Regelung stelle auch keine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners dar (§ 307 BGB). Zwar weiche die freie Übertragbarkeit des Mietverhältnisses durch den Vermieter vom Leitbild des Mietvertrages ab, da das Gesetz einen Vermieterwechsel nur in den Fällen der §§ 565, 566 und 578 BGB vorsehe. Angesichts dieser gesetzlichen Ausnahmen erscheine die Abweichung jedoch nicht als so erheblich, dass eine unangemessene Benachteiligung zu vermuten sei. Zwar habe der Bundesgerichtshof Vertragsübertragungsklauseln in Automaten-Aufstellverträgen als (nach § 9 AGB a. F.) unwirksam angesehen, weil nach der Art des Vertrages dem Gastwirt die Person des Aufstellers typischerweise nicht gleichgültig sein könne, er vielmehr ein besonderes Interesse daran habe, dass der Aufsteller den Publikumsgeschmack zu treffen wisse, den Reparaturdienst gewährleisten könne und bei der Abrechnung zuverlässig sei (BGH Urteile vom 29. Februar 1984 - VIII ZR 350/82 - ZIP 1984, 841; vom 11. Juli 1984 - VIII ZR 35/83 - ZIP 1984, 1093 und vom 21. März 1990 - VIII ZR 196/89 - NJW-RR 1990, 1076). Ein vergleichbares Interesse des Mieters an der Person des Vermieters bestehe bei der Vermietung von Geschäftsräumen indes nicht. Zwar sei der Mieter gehalten, bereits fällige Forderungen sowie den Anspruch auf Rückzahlung der Kautions, falls sie nicht dem neuen Vermieter übergeben worden sei, gegenüber dem weichenden Vermieter geltend zu machen. Abgesehen von diesen Sonderfällen, welche die vereinbarte Übertragbarkeit des Mietverhältnisses durch die Vermieterin nicht als unangemessen erscheinen ließen, sei es für den Mieter von Geschäftsräumen unerheblich, welche Gesellschaft Vermieter sei. Dies gelte umso mehr, als die Zahlungspflicht des Mieters bei Mängeln der Mietsache kraft Gesetzes gemindert sei und er bei Insolvenz des Vermieters durch § 108 InsO geschützt werde.

11 Somit sei das Mietverhältnis von der AG auf die GbR übergegangen. Aus der GbR sei jedoch mit dem Umwandlungsvertrag und der Eintragung im Handelsregister die Klägerin geworden. Eine GbR könne unter Wahrung ihrer Identität durch Rechtsformwechsel zu einer Personenhandelsgesellschaft werden, sobald die zusätzlichen gesetzlichen Voraussetzungen dieser Gesellschaftsform erfüllt seien, wozu bei einer vermögensverwaltenden Gesellschaft - wie hier der GbR - die Eintragung in das Handelsregister gehöre. Diese Voraussetzungen seien hier mit dem Umwandlungsvertrag und der Eintragung erfüllt.

12 II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

13 Die Klägerin ist kraft wirksamer Übertragung des Mietvertrags von der AG auf die GbR Vermieterin der dem Beklagten vermieteten Räume geworden. Sie ist deshalb zur Geltendmachung der Ansprüche aus dem Mietvertrag mit dem Beklagten aktivlegitimiert.

14 1. Aufgrund der Umwandlung der GbR ist die Klägerin unter Identitätswahrung an deren Stelle getreten; auf die - zutreffenden und von der Revision nicht angegriffenen - Ausführungen des Oberlandesgerichts wird verwiesen.

15 2. Die GbR ist aufgrund der von ihr mit der AG vereinbarten Übertragung des Mietvertrages als Vermieterin in den Mietvertrag mit dem Beklagten eingetreten. Die notwendige Zustimmung des Mieters zur Vertragsübertragung ist bereits in § 16 Nr. 6 des ursprünglichen Mietvertrags zwischen der AG und der A. erteilt. Danach hat der Vermieter „das Recht, diesen Vertrag jederzeit auf eine andere Gesellschaft zu übertragen“. An diese Zustimmung ist der Beklagte aufgrund seines Eintritts in den Mietvertrag gebunden.

16 a) § 305 c Abs. 1 BGB hindert nicht, dass die der AG in § 16 Nr. 6 des Mietvertrags eingeräumte Befugnis zur Übertragung des Mietvertrags Vertragsinhalt geworden ist. Zwar ist diese Übertragungsbefugnis weder im Vertragstext besonders hervorgehoben noch fügt sie sich ohne weiteres in die mit „Untervermietung“ überschriebenen Regelungen des § 16 des Mietvertrags ein. Dennoch ist, wie das Oberlandesgericht zu Recht annimmt, eine solche vorformulierte Vertragsübertragungsklausel jedenfalls bei einem - wie hier - zwischen geschäftserfahrenen Unternehmern geschlossenen Mietvertrag über Gewerberäume „nach den Umständen nicht so ungewöhnlich“, dass der Vertragspartner auf sie durch eine besondere Textgestaltung oder andere Hinweise aufmerksam gemacht werden müsste. Auch die Revision erinnert hiergegen nichts.

17 b) Die Klausel hält auch einer Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 307, 309 BGB stand.

18 Das Klauselverbot des § 309 Nr. 10 BGB ist unanwendbar. Danach sind Bestimmungen in Kauf-, Dienst- oder Werkverträgen grundsätzlich unwirksam, wenn ein Dritter anstelle des Verwenders in den Vertrag eintritt oder eintreten kann. Der Mietvertrag zählt indes nicht zu den dort genannten Vertragstypen; auch gilt § 309 BGB nicht gegenüber Vertragspartnern, die Unternehmer sind (§ 310 Abs. 1 Satz 1, § 14 BGB); das ist hier bei der ursprünglichen Mieterin ebenso wie auch bei dem in den Mietvertrag eingetretenen Beklagten der Fall.

19 Auch § 307 BGB führt nicht zur Unwirksamkeit der Klausel:

20 aa) Die Frage, inwieweit Vertragsübertragungsklauseln - über den unmittelbaren Anwendungsbereich des § 309 Nr. 10 BGB hinaus - nach Maßgabe des § 307 Abs. 1, 2 BGB unwirksam sind, wird unterschiedlich beantwortet.

21 Unter der Geltung des AGBG (§ 11 Nr. 13) wurde teilweise die Auffassung vertreten, Vertragsübertragungsklauseln seien auch im kaufmännischen Verkehr stets unwirksam (vgl. etwa Koch/Stübing Allgemeine Geschäftsbedingungen § 11 Nr. 13 Rdn. 14; Coester/Waltjen in Schlosser/Coester-Waltjen/Graba AGBG § 11 Nr. 13 Rdn. 12). Nach heute wohl h. M. ist die Frage aufgrund einer Prüfung der jeweiligen typischen Umstände des Einzelfalls zu entscheiden (vgl. etwa MünchKomm/Kieninger BGB 5. Aufl. § 309 Nr. 10 Rdn. 9; Palandt/Grüneberg BGB § 309 Rdn. 93; Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht § 309 Nr. 10 BGB Rdn. 11). Dabei wird als Indiz für die Unwirksamkeit der Klausel ihre Einseitigkeit gewertet, wenn der Verwender für sich selbst eine wesentlich vorteilhaftere Nachfolgeregelung vorgesehen hat; auch wird die Langfristigkeit des Vertrags als Unwirksamkeitsindiz angesehen (MünchKomm/Kieninger aaO; Ulmer/Brandner/Hensen aaO).

22 Der Bundesgerichtshof hat, worauf das Oberlandesgericht mit Recht hinweist, entschieden, dass Vertragsübertragungsklauseln, die formularmäßig das Genehmigungserfordernis des § 415 Abs. 1 BGB ersetzen sollen, jedenfalls dann zu beanstan-

den sind, wenn dem Kunden des Klauselverwenders nach der Art des geschlossenen Vertrags die Person seines Vertragspartners typischerweise nicht gleichgültig sein kann, er vielmehr daran interessiert sein muss, sich über Zuverlässigkeit und Solvenz des Dritten, auf den der Vertrag übertragen werden soll, Gewissheit zu verschaffen. Diese Voraussetzung hat der Bundesgerichtshof bei einem auf mehrere Jahre abgeschlossenen Automaten-Aufstellvertrag, der neben mietvertraglichen Elementen auch personenbezogene Merkmale aufweist, bejaht (BGH Urteile vom 29. Februar 1984 - VIII ZR 350/82 - ZIP 1984, 841; vom 11. Juli 1984 - VIII ZR 35/83 - ZIP 1984, 1093 und vom 21. März 1990 - VIII ZR 196/89 - NJW-RR 1990, 1076; vgl. näher oben sub I. 1. letzter Absatz).

23 bb) Nach Auffassung des Senats stellen formularmäßige Vertragsübertragungsklauseln jedenfalls dann, wenn sie - wie hier - gegenüber einem Unternehmer verwandt werden, nicht generell eine unangemessene Benachteiligung dar. Das ergibt sich bereits aus einem Umkehrschluss aus § 309 Nr. 10 BGB, der solche Klauseln gerade nicht allgemein, sondern nur dann missbilligt, wenn sie Kauf-, Dienst- oder Werkverträge betreffen und gegenüber Vertragspartnern verwandt werden, die keine Unternehmer sind. Handelt es sich, wie hier, um die Ermächtigung des Verwenders zur Übertragung eines Mietvertrags und ist der Geschäftspartner Unternehmer, ist eine am Maßstab des § 307 BGB ausgerichtete Prüfung der Umstände des Einzelfalls vonnöten, die sich vorrangig an den vom Bundesgerichtshof bereits aufgezeigten Kriterien orientieren kann.

24 (1) Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Richtig ist zwar, dass die freie, weil an keine Zustimmung des einen Vertragspartners gebundene Übertragung der Rechte und Pflichten aus einem Vertrag durch den anderen Vertragspartner auf einen Dritten dem geltenden Recht fremd ist (vgl. § 415 BGB). Dem trägt, wie gezeigt, das Klauselverbot des § 309 Nr. 10 BGB Rechnung. Indes erweist sich, wie das Oberlandesgericht zutreffend argumentiert, gerade das Mietrecht gegenüber der Möglichkeit eines vom Willen des Mieters unabhängigen Wechsels in der Person des Vermieters tendenziell aufgeschlossener. Das Oberlandesgericht verweist hierzu mit Recht auf die in § 565 BGB (Eintritt des Vermieters bei gewerblicher Zwischenvermietung in den vom Zwischenvermieter geschlossenen Mietvertrag) und §§ 566, 578 BGB (Eintritt des Erwerbers in den vom Veräußerer geschlossenen Mietvertrag über Grundstücke oder Räume) geregelten Fälle eines gesetzlichen Übergangs der Vermieterstellung bei bestehendem Mietvertrag.

25 Von daher erscheint es sachgerecht, die Frage nach der Unangemessenheit einer dem Vermieter formularmäßig zuerkannten Vertragsübertragung auf Dritte an eine Abwägung der beteiligten Interessen zu knüpfen. Dabei wird, wie auch der vorliegende Fall zeigt, auf der Vermieterseite ein grundsätzliches Interesse eines gewerblichen, als Gesellschaft organisierten Vermieters anzuerkennen sein, einen wirtschaftlich für sinnvoll erachteten künftigen Wandel der Rechtsform oder Rechtsinhaberschaft durch die Möglichkeit einer Bestandsübernahme (hier: der Übernahme von Mietverträgen der AG durch eine mit dem Vorstand dieser AG zumindest teilweise personenidentische GbR, die zugleich Eigentümerin der bislang von der AG vermieteten Räume ist, zu erleichtern.

26 Dem wird ein Interesse des Mieters entgegenzuhalten sein, sich über Zuverlässigkeit und Solvenz des Vermieters zu vergewissern. Dieses Interesse des Mieters wird um so eher Beachtung fordern, je stärker das Vertragsverhältnis von einem besonderen Interesse des Mieters an der Person eines bestimmten Vermieters (mit-) geprägt wird. Ein solches Interesse des Mieters kann sich insbesondere aus der Rechtspersönlichkeit des bisherigen Vermieters (etwa bei natürlichen Personen oder Personengesellschaften mit persönlich kontaktierbaren Gesell-

schaffern als Ansprechpartnern) ergeben; es kann sich aber auch aus Besonderheiten der Vertragsgestaltung (etwa bei der Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens) herleiten.

27 Ein solch personaler Einschlag des Mietverhältnisses ist hier nicht dargetan. Die bisherige Vermieterin war eine AG. Gegenstand des Vertrages ist die entgeltliche Überlassung eines Ladengeschäfts in einem von der AG betriebenen Einkaufspark. Auch andere personenbezogene Merkmale, auf die etwa der Bundesgerichtshof für die Unangemessenheit von formularmäßig vereinbarten Vertragsübernahme Klauseln bei Automatenaufstellverträgen abgehoben hat (Fachkunde des Aufstellers bei Auswahl der Automaten und Einschätzung des Publikums geschmacks; verlässlicher Reparatur- und Störungsdienst; zuverlässige Abrechnung) sind nicht erkennbar.

28 Gegen das Vermieterinteresse abzuwägen bleibt damit nur das allgemeine Interesse des Mieters an einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung, die freilich nicht bloß die einmalige Einräumung des Mietgebrauchs, sondern auch die Verpflichtung umfasst, die vermieteten Gewerberäume in einem zur Wahrnehmung der Gebrauchsrechte tauglichen Zustand zu erhalten. Die erfolgreiche Durchsetzung dieses Interesses wird - von besonders gelagerten Ausnahmefällen abgesehen - aus der Sicht des Mieters aber regelmäßig nicht an eine bestimmte Person als Vermieter geknüpft sein. Dies gilt umso mehr, als seine Zahlungsverpflichtung bei Mietmängeln bereits kraft Gesetzes gemindert ist und § 108 InsO den Mieter gegen das Risiko einer Insolvenz des Vermieters sichert. Auch der Aspekt einer langfristigen Bindung des Mieters vermag eine Unangemessenheit der Vertragsübertragungsklausel angesichts einer nur fünfjährigen Laufzeit des Mietvertrags nicht zu begründen; die dem Mieter eingeräumte Option einer zweimaligen Verlängerung dient seinem eigenen Schutz und kann schon deshalb nicht gegen die Wirksamkeit der Klausel streiten. Schließlich führt auch der Gesichtspunkt einer groben Einseitigkeit, welche die Unwirksamkeit einer solchen Klausel indizieren kann, hier zu keinem anderen Ergebnis: In § 16 Nr. 1 des Mietvertrags wird dem Mieter ausdrücklich die Übertragung des Mietverhältnisses auf eine andere, mit ihm verbundene Gesellschaft gestattet. Diese Klausel bleibt zwar hinter dem dem Vermieter in § 16 Nr. 6 des Mietvertrags eingeräumten Vertragsübertragungsrecht insoweit zurück, als die Übertragung der Mieterstellung nur auf eine mit dem bisherigen Mieter „verbundene“ Gesellschaft - nicht, wie die Übertragung der Vermieterstellung, auf (jede) „andere Gesellschaft“ - gestattet wird. Indes erscheint dieser Unterschied nicht so gravierend, dass er die Unangemessenheit der Vertragsübertragungsklausel begründen könnte.

29 (2) Auch aus § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB lässt sich eine Unwirksamkeit dieser Klausel nicht herleiten. So kann schon zweifelhaft sein, ob mit der dem Vermieter eingeräumten Befugnis zur Übertragung des Mietvertrags wesentliche Rechte, die sich aus der Natur gerade eines Mietvertrages ergeben, eingeschränkt werden. Die Notwendigkeit der Zustimmung des Vertragspartners zu einer Übertragung des Vertragsverhältnisses ist kein spezifisch mietrechtliches Problem; es stellt sich im Grundsatz für alle synallagmatischen Verträge gleichermaßen. Die Frage kann indes hier dahinstehen. Jedenfalls wird, wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, die vertragliche Stellung des Mieters durch diese Klausel nicht so eingeschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks durch sie gefährdet wäre.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

§§ 252, 535 BGB; Art. 103 GG

Gewerberaummiete; Nichtgewährung des Gebrauchs; abstrakte Schadensberechnung des entgangenen Gewinns

Bei Nichterfüllung des Gewerberaummietvertrags durch Nichtgewährung des zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustands der Mieträume genügt der Mieter zur Geltendmachung entgangenen Gewinns des Nachweises einer gewissen Wahrscheinlichkeit, dass der Gewinn bei gewöhnlichem Lauf der Dinge gezogen worden wäre.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 27. 10. 2010 – XII ZR 128/09)

2 **Aus den Gründen:** 1. Das Berufungsgericht [OLG Oldenburg] hat den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt, weil es überspannte Anforderungen an den Vortrag der Beklagten zu dem Gewinn gestellt hat, der ihr dadurch entgangen ist, dass die Klägerin ihr die Mieträume ab 6. Januar 2007 nicht in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand überlassen hat. Dadurch hat das Berufungsgericht den Parteivortrag der Beklagten nicht in der nach Art. 103 Abs. 1 GG gebotenen Weise zur Kenntnis genommen und sich mit ihm auseinandergesetzt (vgl. Senatsbeschluss vom 31. August 2005 - XII ZR 63/03 - NJW-RR 2005, 1603 [= GuT 2005, 258]; BGH Beschluss vom 22. Juni 2009 - II ZR 143/08 - NJW 2009, 2598 Rn. 2 mwN).

3 a) Gemäß § 252 Satz 2 BGB gilt u. a. der Gewinn als entgangen, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann. Danach ist die volle Gewissheit, dass der Gewinn gezogen worden wäre, nicht erforderlich; es genügt vielmehr der Nachweis einer gewissen Wahrscheinlichkeit. Ist ersichtlich, dass der Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, wird vermutet, dass er erzielt worden wäre. Dem Ersatzpflichtigen obliegt dann der Beweis, dass er nach dem späteren Verlauf oder aus anderen Gründen dennoch nicht erzielt worden wäre. Dabei dürfen keine zu strengen Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Geschädigten gestellt werden (BGH Urteile vom 30. Mai 2001 - VIII ZR 70/00 - NJW-RR 2001, 1542; vom 19. Oktober 2005 - VIII ZR 392/03 - NJW-RR 2006, 243, 244). § 252 Satz 2 BGB bietet dem Geschädigten zwei Möglichkeiten der Schadensberechnung, nämlich die abstrakte Methode, die von dem regelmäßigen Verlauf im Handelsverkehr ausgeht, dass der Kaufmann gewisse Geschäfte im Rahmen seines Gewerbes tätigt und daraus Gewinn erzielt und die konkrete Methode, bei der der Geschädigte nachweist, dass er an der Durchführung bestimmter Geschäfte gehindert worden ist und dass ihm wegen Nichtdurchführbarkeit dieser Geschäfte Gewinn entgangen ist.

4 Ist der Erwerbsschaden eines Selbständigen festzustellen, so ist es im Rahmen der §§ 252 BGB, 287 ZPO in der Regel erforderlich und angebracht, an die Geschäftsentwicklung und die Geschäftsergebnisse in den letzten Jahren anzuknüpfen (BGH Urteil vom 6. Februar 2001 - VI ZR 339/99 - NJW 2001, 1640, 1641). Zur Darlegung des entgangenen Gewinns im Rahmen der abstrakten Schadensberechnung nach § 252 Satz 2 BGB genügt es, diese Tatsachen vorzutragen.

5 b) Hier hat die Beklagte den ihr durch die Nichtgewährung des Gebrauchs der Mietsache entgangenen Gewinn abstrakt berechnet. Sie hat die von ihr in den vergangenen Jahren erzielten Gewinne dargelegt und unter Zeugen- und Sachverständigenbeweis gestellt. Damit hat sie gemäß § 252 Satz 2 BGB hinreichend dargelegt und unter Beweis gestellt, welchen Gewinn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwarten konnte.

6 Die Annahme des Berufungsgerichts, es fehle an den Eckdaten der Berechnung der Beklagten, ist somit rechtsfehlerhaft. Selbst im Hinblick auf die gesunkenen Einnahmen im Jahr 2006 kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass in

den Folgejahren der Gewinn Null betragen hätte. Vielmehr ist diese Entwicklung bei der Ermittlung des entgangenen Gewinns zu berücksichtigen.

7 2. Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben, soweit die Widerklage in Höhe von 44.338,58 € (entgangener Gewinn) und die Feststellungswiderklage abgewiesen worden sind. In soweit ist der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zur Erhebung der angebotenen Beweise zurückzuverweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 535, 307, 538, 582 BGB
Gaststättenpacht; Schönheitsreparaturen;
Fachhandwerkerklausel;
Beweislast bei Verschlechterungen der Mietsache;
Erhaltung der Inventarstücke, Kostenteilung

1. Die formularmäßige Klausel in einem Gaststättenpachtvertrag „Der Mieter ist verpflichtet, Schönheitsreparaturen laufend auf eigene Kosten fachgerecht durchführen zu lassen, sobald der Grad der Abnutzung dies nach der Art des Gewerbebetriebes bzw. der vertraglichen Nutzung erfordert“, ist wegen Verstoßes gegen § 307 BGB unwirksam (Fortführung von BGH, Urt. v. 9.6.2010, VIII ZR 294/09 [= WuM 2010, 476]).

2. Der Vermieter muss den ordnungsgemäßen Zustand der Mietsache bei Übergabe beweisen, weil der Mieter nur für solche Verschlechterungen einzustehen hat, die während der Mietzeit entstanden und nicht Folge des vertragsgemäßen Gebrauchs sind.

3. § 582 Abs.1 BGB ist dispositiv.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 9.12.2010 – I-10 U 66/10)

Aus den Gründen: Die zulässige Berufung hat in der Sache in Höhe von 2457,65 € Erfolg. Der Klägerin steht gegen den Beklagten weder ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB wegen nicht ausgeführter Schönheitsreparaturen in zuerkannter Höhe von 1857,20 € noch ein Anspruch auf Erstattung der Kosten der Instandsetzung der Thekenentwässerung in Höhe von 600,45 € zu. Lediglich in Höhe zuerkannter 225,00 € beruht das angefochtene Urteil im Ergebnis weder auf einer Rechtsverletzung (§§ 513 Abs. 1, 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2, 546 ZPO) noch rechtfertigen die im Berufungsverfahren zu Grunde zu legenden Tatsachen (§§ 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3, 529 Abs. 1 ZPO) eine abweichende Entscheidung. Das beruht im Einzelnen auf folgenden Erwägungen:

1. Schönheitsreparaturen 1857,20 €

Es mag dahin stehen, ob - wozu der Senat neigt - ein Schadensersatzanspruch der Klägerin nicht bereits aufgrund des zwischen den Parteien im Verfahren 15 C 121/08 AG Mönchengladbach-Rheydt am 15.10.2008 abgeschlossenen Räumungsvergleichs ausgeschlossen ist. Jedenfalls scheidet der Schadensersatzanspruch bereits daran, dass der Beklagte entgegen der Auffassung des Landgerichts [Mönchengladbach] nicht zur Ausführung von Schönheitsreparaturen verpflichtet war. Die formularmäßige Schönheitsreparaturen Klausel in § 12 Nr. 3 des Miet-/Pachtvertrages, „Der Mieter ist verpflichtet, Schönheitsreparaturen laufend auf eigene Kosten fachgerecht durchführen zu lassen, sobald der Grad der Abnutzung dies nach der Art des Gewerbebetriebes bzw. der vertraglichen Nutzung erfordert“, ist unwirksam, weil in ihr eine Selbstvornahme der Schönheitsreparaturen durch den Mieter ausgeschlossen ist und der Mieter hierdurch unangemessen benachteiligt wird (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Nach der gesetzlichen Regelung hat nicht der Mieter, sondern der Vermieter die Schönheitsreparaturen durchzuführen. Das ergibt sich aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach der Vermieter das Mietobjekt während der gesamten Vertragszeit in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten hat. Allerdings weicht die mietvertragliche Praxis, insbesondere in Formular-

verträgen regelmäßig von diesem gesetzlichen Leitbild ab. Wegen dieser langjährigen Übung, die nach Auffassung des BGH bereits allgemeine Verkehrssitte geworden ist, hat dieser es gebilligt, dass in Formularverträgen Schönheitsreparaturen regelmäßig auf den Mieter verlagert werden, obwohl nach § 307 BGB Bestimmungen, die vom wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweichen, in der Regel als unangemessen und damit unwirksam anzusehen sind (BGH RE v. 30.10.1984, WuM 1985, 46 - VIII ARZ 1/84; Urt. v. 6.4.2005, NJW 2005, 2006 - XII ZR 308/02 [= GuT 2005, 160]). Denn das Gesetz hat die Pflicht zur Durchführung der Schönheitsreparaturen grundsätzlich disponibel ausgestaltet, weswegen die dafür notwendigen Kosten - wie hier ausdrücklich in § 12 Nr. 3 MV/PV niedergelegt - nicht zwingend in die Miete einkalkuliert sein müssen. Der Gesetzgeber hat die überwiegende mietrechtliche Praxis einer Übertragung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter bei entsprechend geringerer Miete also auch mit der Neuregelung des Mietrechts durch das Mietrechtsreformgesetz vom 19. Juni 2001 (BGBl. I S. 1149) als im Einklang mit dem gesetzlichen Leitbild des Mietvertrages stehend akzeptiert.

Ob eine Allgemeine Geschäftsbedingung auch im Einzelfall zulässig ist, hängt von ihrem Inhalt ab, der durch Auslegung zu ermitteln ist. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind gemäß ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind. Nach dem Wortlaut der Klausel hat der Mieter die Schönheitsreparaturen „fachgerecht durchführen zu lassen“. Dies kann aus der Sicht eines verständigen Mieters - jedenfalls bei kundenfeindlichster Auslegung - nur die Bedeutung haben, dass ihm die Vornahme der Schönheitsreparaturen in Eigenleistung nicht gestattet ist, sondern dass er sich hierzu einer Fachfirma bedienen muss.

Für dieses schon nach dem Wortlaut der Klausel nahe liegende Auslegungsergebnis sprechen auch die im Vertragstext vorgehenden Absätze der in § 12 MV/PV getroffenen Regelungen. So sieht die zur Höhe nicht ausgefüllte Regelung des § 12 Ziffer 2 Abs. 3 vor, dass der Mieter verpflichtet ist, Elektro- und Gasgeräte jährlich auf eigene Kosten und durch eine Fachkraft bzw. eine Fachfirma warten zu lassen. § 12 Ziffer 2 Abs. 4 regelt, dass der Mieter außerdem die Kosten kleinerer Instandsetzungsarbeiten an denjenigen Gegenständen, die seinem direkten und häufigen Zugriff unterliegen, zu tragen hat. Beiden Klausel ist gemein, dass sie eine Eigenleistung des Mieters ausschließen. Auch dies strahlt auf das Verständnis der zuvor in § 12 Ziffer 3 Abs. 1 geregelten Schönheitsreparaturpflicht aus und spricht bei kundenfeindlichster Auslegung dagegen, dass es sich bei der Wendung „fachgerecht ausführen zu lassen“ nur um eine zufällige sprachliche Unachtsamkeit ohne inhaltliche Bedeutung handelt.

Die grundsätzlich zulässige Abänderung dispositiver gesetzlicher Regelungen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen findet ihre Grenze in den §§ 305 ff. BGB. Zwar sind die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB nach § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht anwendbar, wenn sie im Rahmen eines gewerblichen Mietvertrages gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Auch in solchen Fällen kann die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB allerdings zur Unwirksamkeit einer Allgemeinen Geschäftsbedingung führen, insbesondere wenn sich die Regelung noch weiter als im Rahmen der mietrechtlichen Praxis erforderlich vom gesetzlichen Leitbild entfernt und zu einer unangemessenen Verschärfung der vertraglichen Verpflichtungen zu Lasten des Mieters führt.

Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen

Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Das ist hier der Fall. Unter Bezug auf diese gesetzliche Regelung hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 9. 6. 2010, GE 2010, 1045 - VIII ZR 294/09 [= WuM 2010, 476]) nach Verkündung des angefochtenen Urteils entschieden, dass eine Allgemeine Geschäftsbedingung in einem Wohnraummietvertrag, wonach es dem Mieter obliegt, die Schönheitsreparaturen „ausführen zu lassen“, den Mieter unangemessen benachteiligt und deshalb unwirksam ist, wenn sie bei kundenfeindlichster Auslegung dem Mieter dadurch die Möglichkeit der kostensparenden Eigenleistung nimmt, dass sie als Fachhandwerkerklausel verstanden werden kann. Der VIII. Zivilsenat begründet dies u. a. damit, die zur Verkehrssitte gewordene Praxis einer Überwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter sei auch dadurch geprägt, dass der Mieter die ihm übertragenen Schönheitsreparaturen in Eigenleistung ausführen könne. Dieser Gesichtspunkt sei für die Beurteilung der Angemessenheit nicht zuletzt deshalb bedeutsam, weil auf diese Weise die übernommenen Pflichten für den Mieter überschaubar und in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen vorauskalkulierbar werden und er durch Ansparen Vorsorge treffen sowie sich durch Eigenleistungen Kosten ersparen kann. Werde deshalb dem Mieter - bei Zugrundelegung der kundenfeindlichsten Auslegung der Vornahmeklausel - die Möglichkeit einer Vornahme der Schönheitsreparaturen in Eigenleistung genommen, verliere die Überwälzung dieser Arbeiten am Maßstab des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ihre innere Rechtfertigung. Das gelte umso mehr, als Schönheitsreparaturen ihrer Natur nach nicht zwingend die Ausführung durch eine Fachfirma bedingen und deshalb auch ein Vermieter nicht verpflichtet wäre, im Rahmen seiner Instandhaltungspflichten die Schönheitsreparaturen durch Vergabe an Dritte ausführen zu lassen, sondern nur ein bestimmtes Arbeitsergebnis, nämlich eine fachgerechte Ausführung in mittlerer Art und Güte (§ 243 Abs. 1 BGB), schulde.

Diese Rechtsprechung gilt auch für den streitgegenständlichen Gaststättenmiet-/pachtvertrag. Der Senat hat bereits die Auffassung des VIII. Zivilsenats zur Unwirksamkeit starrer Fristenregelungen auf gewerbliche Mietverträge angewendet (Urt. v. 4. 5. 2006, NJW 2006, 2047 - I-10 U 174/05 [= GuT 2006, 127]) und dies u. a. damit begründet, dass der gewerbliche Mieter bei vergleichbarer Vertragsgestaltung nicht weniger schutzbedürftig sei als ein Wohnraummietvermieter. Der für das gewerbliche Mietrecht zuständige XII. Zivilsenat des BGH hat diese Auffassung auf die zugelassene Revision des Vermieters bestätigt (Urt. v. 8. 10. 2008, NJW 2008, 3772 - XII ZR 84/06 [= GuT 2008, 436]) und die Unwirksamkeit einer starren Fristenregelung für die Übernahme der Schönheitsreparaturen zusammenfassend daraus abgeleitet, dass dies aus der gesetzlichen Wertung, die insoweit nicht zwischen Wohnungsmiete und gewerblicher Miete unterscheidet, und aus den Grenzen folge, die die §§ 305 ff. BGB vertraglichen Vereinbarungen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen setzen. Auch der Schutzzweck sei in Bezug auf starre Fristenregelungen für Schönheitsreparaturen bei gewerblichen Mietverhältnissen nicht grundsätzlich anders zu bewerten als im Falle einer Wohnungsmiete.

Hieran gemessen sieht der Senat auch unter Berücksichtigung einer allgemein geringeren Schutzbedürftigkeit eines Geschäftsraummieters keinen überzeugenden Grund, für den Bereich der Geschäftsraummieter der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenates nicht zu folgen. Die vereinbarte „Ausführungsklausel“ ist bei der Prüfung ihrer Angemessenheit nach einem generalisierenden objektiven Maßstab auch im Bereich der gewerblichen Miete mit der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar, weil sie den Mieter mit Renovierungsverpflichtungen belastet, die über den tatsächlichen Renovierungsbedarf hinausgehen, und die auch von dem Vermieter, wäre er selbst zur Vornahme der Schönheitsreparaturen verpflichtet, nicht verlangt werden könnte. Auch der gewerbliche Mieter schuldet grundsätzlich nur eine fachgerechte Ausführung in mittlerer Art und Güte (§ 243 Abs. 1 BGB), die er ohne weiteres auch ohne Be-

auftragung eines Fachbetriebes in Eigenleistung erbringen kann. Außerdem kann der Vermieter nur ein Interesse an einer fachgerechten Ausführung haben; diesem Interesse wird aber auch im gewerblichen Mietrecht durch die Ausführung der Arbeiten in Wege der Eigenleistung genügt, wenn sie fachgerecht sind. Hierzu sind aber viele Mieter selbst oder mit Hilfe ihrer Mitarbeiter in der Lage. Gegenteiliges lässt sich der eine abweichende Individualvereinbarung betreffende Entscheidung BGHZ 85, 267 nicht entnehmen. Soweit im Schrifttum angenommen wird, dass Fachhandwerkerklauseln im gewerblichen Mietrecht einer AGB-Kontrolle standhalten (vgl. Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieter, 2. Aufl., Kap. 13, Rn. 204; Langenberg, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung, Rückbau, 3. Aufl., I 35; Heinrichs, NZM 2005, 201, 210), liegen diese Ausführungen zeitlich vor der Entscheidung des XII. Zivilsenates und dem darin grundsätzlich vorgenommenen Paradigmenwechsel in Bezug auf die Schutzbedürftigkeit auch des gewerblichen Mieters. Soweit Wolf/Eckert/Ball (Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rn. 420) aus der Entscheidung des BGH (RE v. 6. 7. 1988, BGHZ 105, 71 - VIII ZR 1/88 [= WuM 1988, 294]) ableiten, dass Klauseln, die eine „fachgerechte“ oder „fachmännische“ Ausführung verlangen, nur etwas zur Qualitätserwartung des Vermieters besagen, ohne die fachmännische Eigenleistung auszuschließen, ist diese Auffassung jedenfalls bei einer Klausel mit dem Zusatz „ausführen zu lassen“ durch die Entscheidung des VIII. Zivilsenats vom 9. 6. 2010 (a. a. O.) überholt.

Ob die streitgegenständliche Klausel unabhängig von vorstehenden Ausführungen auch gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verstößt, mag dahin stehen. Offen bleiben kann schließlich auch, ob diese Formularbestimmung bei der auch im Individualprozess maßgeblichen „kundenfeindlichsten“ Auslegung von Formularbestimmungen dahin auszu-legen ist, dass der Mieter die Räumlichkeiten bereits bei leichten bis mittelgradigen Abnutzungsspuren renovieren muss, so dass die Klausel im ungünstigsten Fall zu einer Verpflichtung zur nahezu ständigen Beseitigung („laufend“) von Abnutzungsspuren führt. Auch hierin läge ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 BGB.

Ist dem Beklagten danach die Ausführung der Schönheitsreparaturen nicht wirksam auferlegt, läuft die weitere Klausel in § 19 Nr. 2 MV/PV, wonach der Mieter bei Beendigung des Mietverhältnisses die gemäß § 12 Ziffer 3 fälligen Schönheitsreparaturen auszuführen hat, ins Leere.

Unabhängig von vorstehenden Ausführungen war der Beklagte aber selbst bei Wirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel nicht verpflichtet, bei Beendigung des Miet-/Pachtverhältnisses die geforderten Schönheitsreparaturen auszuführen. Auch wenn mit dem Landgericht davon auszugehen wäre, dass die Mieträume renoviert werden mussten, sobald aus der Sicht eines objektiven Betrachters Renovierungsbedarf bestand, so setzt die Fälligkeit der Schönheitsreparaturen jedenfalls voraus, dass die Mieträume sich in einem zur Durchführung von Schönheitsreparaturen geeigneten baulichen Zustand befinden. Solange Schönheitsreparaturen wegen bauseitiger Schäden nicht sinnvoll und fachgerecht ausgeführt werden können, tritt deren Fälligkeit nicht ein (KG, Urt. v. 28. 4. 2008, GE 2009, 448 - 8 U 154/07 [= WuM 2008, 724]). Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Klägerin hat nicht bewiesen, dass der streitgegenständliche Gaststättensaal entgegen der Behauptung des Beklagten bei Beendigung des Mietverhältnisses frei von Undichtigkeiten im Dachbereich und Feuchtigkeit im Mauerwerk war. Der Beklagte hat insoweit unter Vorlage einer „eidesstattlichen Versicherung“ der Zeugin M. P. vom 28. 2. 2009 vorgebracht, dass eine Vitrine von der Wand gefallen und der Wandbereich, an dem die Vitrine gehten habe, durchfeuchtet gewesen sei. Dem hat die Klägerin in der Folge nicht substantiiert widersprochen. Es kommt hinzu, dass der Zeuge J., der Ehemann der Klägerin, bei seiner erstinstanzlichen Vernehmung auf Vorhalt eingeräumt hat, dass aufgrund eines Lecks im Dach Feuchtigkeit in die Räumlichkeiten eingedrungen sei und da-

her auch einige Feuchtigkeitsschäden an den Wänden vorhanden gewesen seien. Er hat jedoch ausdrücklich abgestritten, dass in der Gaststätte selbst Feuchtigkeit gewesen sei, sodass dort auch nichts habe beseitigt werden müssen. Mit dieser Aussage hat die Klägerin nicht bewiesen, dass die Voraussetzungen für eine Renovierung des Mietobjekts durch den Beklagten gegeben waren. Der Senat vermag im Hinblick auf die die Feuchtigkeitsschäden bestätigende Aussage der Ehefrau des Beklagten allein aufgrund der Aussage des Ehemannes der Klägerin nicht gemäß § 286 ZPO mit der notwendigen Sicherheit festzustellen, dass die Mieträume frei von erst noch von der Vermieterseite zu beseitigenden Vorschäden waren. Dies gilt auch im Hinblick auf die sich in der beigezogenen Akte befindlichen Objektfotos, die an den Wänden Feuchtigkeitsschäden erkennen lassen. Solange die Klägerin aber ihrerseits nicht die baulichen Voraussetzungen für die Vornahme der Schönheitsreparaturen geschaffen hatte, war auch der Beklagte zu ihrer Ausführung nicht verpflichtet.

2. Thekenentwässerung 600,45 €

Der Beklagte ist auch nicht verpflichtet, der Klägerin die Höhe von 600,45 € zuerkannenden Kosten für die Instandsetzung der Thekenentwässerung als Schadensersatz zu erstatten. Abgesehen davon, dass das Landgericht der Klägerin unter Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 GG) den vollen Nettobetrag des Angebots der Firma K. vom 3. 4. 2009 zugesprochen hat, obwohl das Angebot sich nach seinem Wortlaut ausdrücklich nicht nur auf die Instandsetzung der Thekenentwässerung, sondern darüber hinaus ferner auf die Instandsetzung der Heizung und die Montage der Dunstabzugshaube bezog und der Beklagte bereits mit seiner Klageerwidderung auf diesen Umstand hingewiesen hat, hat das Landgericht auch die Beweislast verkannt. Aus der Regelung des § 538 BGB folgt, dass der Vermieter den ordnungsgemäßen Zustand der Mietsache bei Übergabe beweisen muss, weil der Mieter nur für solche Verschlechterungen einzustehen hat, die während der Mietzeit entstanden und nicht Folge des vertragsgemäßen Gebrauchs sind (Senat, Urt. v. 27. 3. 2003, GE 2003, 1080; Urt. v. 16. 10. 2003, DWW 2004, 19 = GE 2003, 1608 = ZMR 2003, 921 - 10 U 46/03 [= WuM 2003, 621]; Urt. v. 8. 12. 2005, GE 2006, 327 = NJOZ 2006, 4606 - I-10 U 80/05; Urt. v. 7. 10. 2004, NZM 2004, 866 = OLG 2005, 187 = WuM 2004, 603 - I-10 U 70/04). Da die zugrunde liegende Beschädigung nach dem Vortrag des Beklagten bereits bei seinem Einzug vorgelegen haben soll, oblag es der Klägerin, darzulegen und zu beweisen, dass dem Beklagten die Gaststätte insoweit unbeschädigt übergeben worden ist. Angesichts der widerstreitenden Aussagen der Zeugen J, Z, L und G hat die Klägerin diesen Beweis nicht geführt. Die Klägerin kann sich insoweit auch nicht auf § 12 MV/PV stützen, wonach der „Mieter die Mietsache in dem vorhandenen Zustand als vertragsgemäß und bezugsfertig übernimmt.“ Selbst wenn die Klausel einer AGB-Kontrolle standhält, so bezieht sie sich nur auf den Zustand der Mietsache, den der Mieter ohne weiteres erkennen kann. Die „verquetschte“ Rohrleitung zählt hierzu nicht.

Eine Ersatzpflicht des Beklagten folgt auch nicht aus § 582 Abs. 1 BGB. Da dem Beklagten die Gaststätte nebst Inventar überlassen worden ist, handelt es sich bei dem Vertragsverhältnis der Parteien entgegen dem Wortlaut der Vertragsurkunde nicht um einen Miet-, sondern um einen Pachtvertrag i.S. des § 581 BGB. Zwar obliegt dem Pächter gemäß § 582 Abs. 1 BGB die Erhaltung der einzelnen Inventarstücke. Die Vorschrift ist jedoch dispositiv, so dass die Partei Abweichendes vereinbaren können. Hier haben die Parteien in § 12 Ziffer 3 Abs. 3 die Erhaltungspflicht des Pächters nur für das ausdrücklich im Mietvertrag aufgeführte Zubehör geregelt. Dies schließt im Umkehrschluss eine weitergehende Erhaltungspflicht des Beklagten nach § 582 Abs. 1 BGB aus.

3. Kostenbeteiligung Bierbegleitkühlung

Das Landgericht hat der Klägerin mit zutreffender Begründung einen Bereicherungsanspruch gemäß §§ 812, 818 Abs. 2

BGB auf Zahlung von 225 € zuerkannt. Hiergegen wendet sich die Berufung ohne Erfolg. Wenn die Parteien sich nach den Aussagen sowohl des Zeugen J als auch der Zeugin Z vor dem Hintergrund, dass eine solche Kühlung normalerweise 800,00 € kostet, auf eine Kostenbeteiligung der Klägerin in Höhe von 400,00 € geeinigt haben, so kann dies bei verständiger Würdigung nur bedeuten, dass die Klägerin sich an den tatsächlich entstehenden Kosten zur Hälfte beteiligen wollte. Wenn der Beklagte dann für die Kühlungsanlage statt der veranschlagten 800,00 € lediglich 350,00 € aufgewendet hat, hat er nach der getroffenen Vereinbarung 225,00 € zuviel erhalten und der Klägerin diesen Betrag gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 I. Alt. BGB zu erstatten.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

**§§ 305c, 307, 536a BGB; § 538 BGB a. F.
Geschäftsraummiete; anfänglicher Mangel;
Schutzbereich des Mietvertrags für Arbeitnehmer des
Mieters; Transparenzgebot zu Aufrechnungs- und
Zurückbehaltungsklausel; überraschende Klausel**

a) War ein Bauteil der Mietsache aufgrund seiner fehlerhaften Beschaffenheit bei Vertragsschluss bereits in diesem Zeitpunkt für ihren Zweck ungeeignet und damit unzuverlässig, liegt ein anfänglicher Mangel der Mietsache vor.

b) Auch dritte, an einem Mietvertrag nicht unmittelbar beteiligte Personen können in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen werden. Ihnen gegenüber ist der Schuldner zwar nicht zur Leistung, wohl aber unter Umständen zum Schadensersatz verpflichtet (im Anschluss an BGHZ 49, 350).

c) Ein Überraschungseffekt im Sinne von § 305 c BGB kann sich aus der Stellung der Klausel im Gesamtwerk der allgemeinen Geschäftsbedingungen ergeben. Das ist etwa der Fall, wenn sie in einem systematischen Zusammenhang steht, in dem der Vertragspartner sie nicht zu erwarten braucht (im Anschluss an das Senatsurteil vom 9. Dezember 2009 – XII ZR 109/08 – NJW 2010, 671 [= GuT 2010, 23]).

(BGH, Urteil vom 21. 7. 2010 – XII ZR 189/08)

1 Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten im Revisionsverfahren um Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten zu 4 aus einem Unfallgeschehen am 15. August 1996.

2 Die Klägerin war Angestellte der F. GmbH, die ihren Geschäftsbetrieb mittlerweile eingestellt hat. Die Geschäftsräume, in denen die Klägerin für die GmbH tätig war, waren von der Beklagten zu 4 angemietet. In § 6 des Formularmietvertrages war folgendes geregelt:

„§ 6 Aufrechnung, Zurückbehaltung

1. Der Mieter kann ein Minderungsrecht am Mietzins nur ausüben, wenn er dies mindestens einen Monat vor Fälligkeit dem Vermieter schriftlich angekündigt hat. Der Mieter hat die Mietsache eingehend besichtigt, ihm stehen Mietminderungsansprüche wegen etwaiger Mängel im Zeitpunkt der Überlassung nicht zu. Eine Aufrechnung und Zurückbehaltung des Mieters gegenüber Forderungen auf Mietzins und Nebenkosten ist nur mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen zulässig.

2. Zurückbehaltung und Aufrechnung wegen Ansprüchen aus einem anderen Schuldverhältnis sind ausgeschlossen, es sei denn, es handele sich um unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen. Ersatzansprüche nach § 538 BGB sind ausgeschlossen, es sei denn, der Vermieter hat vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt. Gleiches gilt für Schadensersatzansprüche des Mieters bei nicht rechtzeitiger Freimachung oder Fertigstellung der Mietsache.“

3 Die Mieträume waren 1990 fertig gestellt und wurden im Juli 1991 von der GmbH bezogen.

4 Am 15. August 1996 löste sich der in Kippstellung befindliche Fensterflügel im Arbeitszimmer der Klägerin aus dem Rahmen, traf die Klägerin auf den Hinterkopf und verletzte sie erheblich. Die Klägerin erlitt dadurch eine Schädelprellung bzw. ein Schädel-Hirntrauma sowie eine Peitschenschlagverletzung der HWS und eine Tinnitusserkrankung. Mit der im August 1999 eingegangenen Klage hat die Klägerin Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Beklagten begehrt. Über das Vermögen der Beklagten zu 2, die die Fenster mit Beschlägen versehen und diese eingebaut hatte, ist im Februar 2000 das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Das Verfahren ist insoweit unterbrochen. Das Landgericht Frankfurt/Main hat die Klage gegen die Beklagte zu 1, 3 und 4 abgewiesen. Die Beklagte zu 3 ist die Herstellerin der streitgegenständlichen Fensterbeschläge, der Beklagte zu 1 deren Kommanditist.

5 Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht Frankfurt/Main der Klage gegen die Beklagte zu 3 unter Zurückweisung der weiter gehenden Berufung stattgegeben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren gegen die Beklagte zu 4 weiter.

6 **Aus den Gründen:** Die Revision hat Erfolg und führt zur antragsgemäßen Verurteilung auch der Beklagten zu 4.

7 I. Das Oberlandesgericht, dessen Entscheidung in ZMR 2008, 787 veröffentlicht ist, hat die Berufung der Klägerin gegen das klagabweisende Urteil hinsichtlich der Beklagten zu 4 als Vermieterin der Gewerberäume zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Feststellungsklage sei trotz der Möglichkeit zur teilweisen Bezifferung der Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche insgesamt zulässig. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe fest, dass die Klägerin durch den heruntergefallenen bzw. herausgebrochenen rechten Flügel des in ihrem Arbeitszimmer befindlichen Fensters verletzt worden sei. Das Herabfallen des Fensters sei nicht auf einen Bedienungsfehler der Klägerin, sondern auf die herausgedrehte Scharnierschraube zurückzuführen. Dies wiederum beruhe auf einem Konstruktionsfehler, zumal der Beschlagbolzen nicht hinreichend gegen ein Herausdrehen gesichert gewesen sei. Es sei üblich, einen Bandbolzen seitlich mittels eines kleinen Bolzens und einer kleinen Innensechskantschraube zu sichern. Eine solche Sicherung sei dem hier verwendeten selbstverklebenden Gewinde vorzuziehen. Der Funktionsverlust des von der Beklagten zu 3 konstruierten Bandbolzens sei auf das Eindringen von Flüssigkeit wie Wasser und Fensterputzmittel mit entsprechenden fettlösenden Eigenschaften zurückzuführen. Die dann einsetzende Korrosion habe den Reibungswiderstand erhöht und die Funktionsfähigkeit des Bandbolzenscharniers beeinträchtigt, so dass sich der Bandbolzen im Gewindeteil gelöst und stückweise bei den Öffnungen des Fensters nach unten herausgedreht habe. Durch das Unfallgeschehen habe die Klägerin als Primärverletzung eine Schädelprellung bzw. ein Schädel-Hirntrauma sowie eine Peitschenschlagverletzung der HWS erlitten. Auch die von der Klägerin geltend gemachte Tinnitusserkrankung sei auf das Unfallgeschehen zurückzuführen. Ein die Haftungsquote reduzierendes Mitverschulden der Klägerin sei nicht festzustellen.

8 Die Klage gegen die Beklagte zu 4 habe das Landgericht allerdings zu Recht abgewiesen. Zwar sei ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu 4 aus § 538 Abs. 1 BGB a.F. durchaus zu erwägen. Die Klägerin sei zwar nicht selbst Partei des Mietvertrages, jedoch in den Schutzbereich des von ihrer Arbeitgeberin mit der Beklagten zu 4 am 8. Dezember 1992 abgeschlossenen Mietvertrages mit einbezogen worden. Die Haftung der Beklagten zu 4 sei allerdings in § 6 Nr. 2 des Mietvertrages wirksam auf die hier unzweifelhaft nicht vorliegenden Fälle vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Handelns des Vermieters beschränkt worden. Die Haftung des Vermieters nach § 538 BGB a. F. könne grundsätzlich vertraglich ausgeschlossen oder begrenzt werden und zwar auch durch Formularvertrag wegen Mängeln der Mietsache, die nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt seien. Der vorliegende Haftungs-

ausschluss für fahrlässiges Handeln des Vermieters sei im Gewerberaummietrecht zulässig. Zwar habe der Bundesgerichtshof für die Wohnraummiete einen Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit für unwirksam erachtet, wenn es sich um die Verletzung vertragswesentlicher Pflichten, also um Kardinalpflichten des Vermieters handle, auf deren Erfüllung der Mieter angewiesen sei. Das sei der Fall, wenn sich der Mieter von diesem Schadensrisiko nicht durch Abschluss eines allgemein angebotenen Versicherungsvertrages schützen könne. Davon könne bei Wohnraummietverträgen, nicht aber bei Gewerberaummietverträgen ausgegangen werden. Eine Unwirksamkeit des Haftungsausschlusses in § 6 Nr. 2 Satz 2 des Mietvertrages ergebe sich auch nicht aus einer Verletzung des in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB geregelten Transparenzgebots. Die mietvertragliche Ausschlussklausel sei hinreichend klar und verständlich formuliert. Die von der Klägerin in Bezug genommene Rechtsprechung zu Klauseln, in denen auf gesetzliche Vorschriften Bezug genommen werde, ohne diese in ihrem Inhalt zu beschreiben, sei nicht einschlägig. Die Klausel sei nicht einschränkend auf materielle Folgeschäden unter Ausschluss von Gesundheitsschäden auszulegen.

9 Eine Haftung der Beklagten zu 4 aus § 836 Abs. 1 BGB scheitere daran, dass sie den ihr gemäß § 836 Abs. 1 Satz 2 BGB obliegenden Entlastungsbeweis geführt habe. Sie habe die zur Abwendung der Gefahr im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet. Die erstmals in der Berufungsbegründung aufgestellte Behauptung, die Zeugin M. habe den Hausmeister S. bereits vor dem Unfall mehrfach darauf hingewiesen, dass sich Fenster gelöst hatten und nur im letzten Moment aufgefangen werden konnten, sei gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht mehr zuzulassen.

10 II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

11 1. Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Beklagte zu 4 der Klägerin gemäß § 538 Abs. 1 I. Alt. BGB a.F. (jetzt § 536 a Abs. 1 I. Alt. BGB) für den Schaden aus dem Unfallgeschehen vom 15. August 1996 ersatzpflichtig.

12 a) Die Beklagte zu 4 haftet aus der Garantiehaftung des § 538 Abs. 1 I. Alt. BGB a.F. für die Schäden der Klägerin.

13 aa) Die Fenster in den gemieteten Gewerberäumen waren mit einem Konstruktionsfehler behaftet, der eine Abweichung der Istbeschaffenheit von der vertraglich vorgesehenen Sollbeschaffenheit und somit einen Fehler der Mietsache begründet. Indem der Beschlagbolzen des Fensterflügels durch einen Konstruktionsfehler nicht hinreichend gegen ein Herausdrehen gesichert war, war diese Sollbeschaffenheit nicht sicher gestellt. Weil sich der Fehler des Beschlagbolzens auf die Belüftung der Büroräume und somit auf den konkreten Mietgebrauch auswirkte, begründete er einen Mangel der Mietsache im Sinne des § 538 Abs. 1 BGB a.F. (vgl. Senatsurteil vom 15. Oktober 2008 - XII ZR 1/07 - NJW 2009, 664 [= GuT 2009, 24 = WuM 2009, 261 KL] Tz. 18 ff.).

14 bb) Der Mangel der Mietsache war bereits bei Fertigstellung und Übergabe der Mietsache sowie bei Abschluss des Mietvertrages vorhanden. Damit handelt es sich um einen anfänglichen Mangel im Sinne des § 538 Abs. 1 I. Alt. BGB a.F., der eine Garantiehaftung des Vermieters auslöst. Entscheidend für die Einstufung als anfänglicher Mangel ist nicht, wann durch den vorhandenen Mangel ein Schaden entstanden ist, sondern ob der Mangel selbst bereits bei Vertragsschluss vorhanden war. Das ist auch dann der Fall, wenn der Mangel und die daraus folgende Gefahr der Mieterin bei Vertragsschluss noch nicht bekannt waren (RGZ 81, 200, 202). Die Abgrenzung zwischen der auf einem anfänglichen Mangel beruhenden Garantiehaftung und der verschuldensabhängigen Haftung aufgrund eines nachträglich entstandenen Mangels kann allerdings schwierig sein, wenn - wie hier - ein Bauteil der Mieträume erst später funktionsuntüchtig geworden ist. Beruht dies allein auf Alterungs- oder Verschleißprozessen, entsteht der Mangel erst spä-

ter mit dem Verschleiß. Nicht jedes später funktionsuntüchtig werdende Bauteil kann also bereits als im Zeitpunkt des Vertragsschlusses latent mangelhaft angesehen werden. War ein Bauteil aufgrund seiner fehlerhaften Beschaffenheit bei Vertragsschluss allerdings bereits in diesem Zeitpunkt für die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache ungeeignet und damit unzuverlässig, liegt ein anfänglicher Mangel vor (Hübner/Griesbach/Schreiber in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete 2. Aufl. Kap. 14 Rdn. 316; Staudinger/Emmerich BGB (2006) § 536 a Rdn. 3, 8; BGH Urteil vom 27. März 1972 - VIII ZR 177/70 - NJW 1972, 944, 945; BVerfG NJW-RR 1999, 519, 520 [= WuM 1998, 657]).

15 Anfänglich ist ein Mangel also dann, wenn sich die Schadensursache in die Zeit vor Vertragsschluss zurückverfolgen lässt. Ein Baufehler ist auch dann ein anfänglicher Mangel, wenn er den Mietgebrauch erst später konkret beeinträchtigt oder für einen Schaden des Mieters ursächlich wird (vgl. BGH Urteil vom 22. Januar 1968 - VIII ZR 195/65 - NJW 1968, 885, 886; Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rdn. 332; Bub/Treier/Kraemer Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. III Rdn. 1380). Ausreichend ist mithin, wenn bei Vertragsschluss die Gefahrenquelle vorhanden war oder die Schadensursache vorlag (Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 9. Aufl. § 536 a Rdn. 7). Wenn der Mieter bei Kenntnis des Zustands der Mietsache von dem Vermieter Abhilfe verlangen könnte, liegt bereits in diesem Zeitpunkt ein Mangel vor.

16 Danach lag im vorliegenden Fall ein anfänglicher Mangel vor, weil das spätere Schadensereignis und die Verletzung der Klägerin auf einen Konstruktionsmangel zurückzuführen sind, der dem Beschlag des Fensterflügels schon bei Vertragsschluss anhaftete. Das Schadensereignis ist nicht etwa auf bloßen Verschleiß zurückzuführen, sondern darauf, dass die Konstruktion zwangsläufig zu dem späteren Schaden führte und lediglich der Schadenseintritt noch ungewiss war. Insoweit unterscheidet sich der Fall von dem der Entscheidung des BGH vom 26. März 1957 (VIII ZR 6/56 - LM Nr. 3 zu § 538 BGB) zugrunde liegenden Fall. Dort lag allein durch die unzumutbare Verlegung der Wasserleitung für sich genommen noch kein Mangel vor.

17 cc) Weil der Schadensersatzanspruch somit auf der Garantiehaftung der Vermieterin aus § 538 Abs. 1 1. Alt. BGB a.F. beruht, kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte zu 4 auch ein Verschulden an dem Mangel der Mietsache trifft.

18 b) Der Klägerin steht ein Anspruch auf Schadensersatz nach § 538 Abs. 1 BGB a.F. zu, obwohl sie selbst nicht Mieterin der Gewerberäume der Beklagten zu 4 ist. Denn sie ist als Angestellte der Mieterin in den Schutzbereich des Mietvertrages mit der Beklagten zu 4 einbezogen.

19 aa) In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass auch dritte, an einem Vertrag nicht unmittelbar beteiligte Personen in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen werden können. Ihnen gegenüber ist der Schuldner zwar nicht zur Leistung, wohl aber unter Umständen zum Schadensersatz verpflichtet. Zu den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte gehört insbesondere auch der Mietvertrag (BGHZ 49, 350, 353 = WPM 1968, 438, 439 m.w.N.). Die Einbeziehung Dritter in die Schutzwirkung eines Vertrages beruht darauf, dass die dritte Person wie der Mieter selbst mit der Leistung des Vermieters in Berührung kommt, also eine gewisse Leistungsnähe vorliegt. Weiter ist erforderlich, dass der Mieter der dritten Person etwa aufgrund eines Arbeitsverhältnisses Schutz und Fürsorge zu gewährleisten hat, was ein Einbeziehungsinteresse des Dritten begründet und dies für den Vermieter erkennbar ist. Dann entspricht es Sinn und Zweck des Vertrages sowie Treu und Glauben, dass dem Dritten der Schutz des Vertrages in gleicher Weise zugute kommt wie dem Gläubiger selbst (BGHZ 49, 350, 353 f. = NJW 1968, 885, 887; Schmidt-Futterer/Eisenschmid aaO § 536 a Rdn. 77).

20 bb) Auf der Grundlage dieser ständigen Rechtsprechung ist die Klägerin in den Schutzbereich des Vertrages ihrer Ar-

beitgeberin mit der Beklagten zu 4 einbezogen. Als Arbeitnehmerin hatte sie zu den angemieteten Büroräumen eine ebenso starke Leistungsnähe wie die Vermieterin selbst. Die Mieterin ist ihr aufgrund des Dienstverhältnisses zu Schutz und Fürsorge verpflichtet, was ein Interesse an der Einbeziehung der Klägerin in die Schutzwirkungen des Vertrages begründet. Schadensersatzansprüche nach § 538 Abs. 1 BGB a.F. stehen somit auch der Klägerin persönlich zu.

21 2. Die Garantiehaftung der Beklagten zu 4 aus § 538 Abs. 1 1. Alt. BGB a.F. ist entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts nicht wirksam vertraglich ausgeschlossen worden.

22 a) Zwar ist § 538 Abs. 1 BGB a.F. (jetzt § 536 a Abs. 1 BGB) dispositiv, so dass individualvertraglich abweichende Abreden in den Grenzen der §§ 540 BGB a.F. (jetzt § 536 d BGB), 138, 242 BGB zulässig sind (Staudinger/Emmerich aaO § 536 a Rdn. 44; Schmidt-Futterer/Eisenschmid aaO § 536 a Rdn. 101; Blank/Börstinghaus Miete 3. Aufl. § 536 a Rdn. 36). Die verschuldensunabhängige Garantiehaftung des § 538 Abs. 1 1. Alt. BGB a.F. (jetzt § 536 a Abs. 1 1. Alt. BGB) kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch durch Formularverträge wirksam abbedungen werden (Senatsurteile vom 3. Juli 2002 - XII ZR 327/00 - NJW 2002, 3233 [= GuT 2003, 8]; vom 27. Januar 1993 - XI ZR 141/91 - NJW-RR 1993, 519, 520 und vom 4. Oktober 1990 - XII ZR 46/90 - NJW-RR 1991, 74, 75 [= WuM 1992, 316]; Staudinger/Emmerich aaO § 536 a Rdn. 45; Blank/Börstinghaus aaO § 536 a Rdn. 36). Darauf, ob im Gewerberaummietrecht die verschuldensabhängige Haftung nach § 538 Abs. 1 2. Alt. BGB a.F. (jetzt § 536 a Abs. 1 2. Alt. BGB) ebenfalls durch Formularverträge ausgeschlossen werden kann oder dies besonderen Schranken unterliegt (zum Wohnungsmietrecht vgl. BGHZ 149, 89 96 ff. = NJW 2002, 673, 675 [= WuM 2002, 141 = GuT 2002, 45 KL] und Staudinger/Emmerich aaO § 536 a Rdn. 45), kommt es hier nicht an, weil die Beklagte zu 4 verschuldensunabhängig auf der Grundlage der Garantiehaftung des § 538 Abs. 1 1. Alt. BGB a.F. haftet.

23 b) Der im Vertrag zwischen der Beklagten zu 4 und der Arbeitgeberin der Klägerin vereinbarte - grundsätzlich zulässige - Haftungsausschluss scheidet hier bereits an § 3 AGBG a.F. (jetzt § 305 c BGB).

24 Die grundsätzlich zulässige Abänderung dispositiver gesetzlicher Regelungen durch allgemeine Geschäftsbedingungen findet ihre Grenzen in den Vorschriften des früheren AGB-Gesetzes (jetzt §§ 305 ff. BGB). Zwar sind die Klauselverbote der §§ 10, 11 AGBG a.F. (jetzt §§ 308, 309 BGB) nach § 24 Satz 1 AGBG a.F. (jetzt § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB) nicht anwendbar, wenn sie im Rahmen eines gewerblichen Mietvertrages gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Auch in solchen Fällen kann die Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG a.F. (jetzt § 307 BGB) allerdings zur Unwirksamkeit einer allgemeinen Geschäftsbedingung führen, insbesondere wenn sich die Regelung noch weiter als im Rahmen der mietrechtlichen Praxis erforderlich vom gesetzlichen Leitbild entfernt und zu einer unangemessenen Verschärfung der vertraglichen Pflichten zu Lasten des Mieters führt oder wenn ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 9 AGBG a.F. (vgl. Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Gesetz 9. Aufl. § 9 Rdn. 87 ff.; jetzt § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) vorliegt. Außerdem müssen sich allgemeine Geschäftsbedingungen an § 3 AGBG a.F. (jetzt § 305 c BGB) messen lassen, wonach überraschende oder mehrdeutige Klauseln nicht Vertragsbestandteil werden. Die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vorliegende Formularvereinbarung verstößt gegen diese Vorschriften.

25 aa) Eine Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen ist überraschend im Sinne von § 3 AGBG a.F. (jetzt § 305 c Abs. 1 BGB), wenn sie nach ihrem Inhalt oder nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich ist, dass der Vertragspartner des Verwenders nicht mit ihr zu rechnen brauchte.

26 Der Ausschluss der Garantiehaftung für anfängliche Mängel der Mietsache ändert zwar die gesetzlich in § 538 Abs. 1 1. Alt. BGB a.F. vorgegebene Rechtslage ab. Eine solche vertragliche Vereinbarung ist aber - wie auch der Rechtsprechung des Senats zu entnehmen ist - durchaus gebräuchlich und nicht ungewöhnlich. Der Bundesgerichtshof und auch der Senat haben wiederholt über die Wirksamkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen mit Ausschluss der Garantiehaftung für anfängliche Mängel der Mietsache entschieden (Senatsurteile vom 3. Juli 2002 - XII ZR 327/00 - NJW 2002, 3232, 3233 [= GuT 2003, 8]; vom 27. Januar 1993 - XI ZR 141/91 - NJW-RR 1993, 519, 520 und vom 4. Oktober 1990 - XII ZR 46/90 - NJW-RR 1991, 74, 75 [= WuM 1992, 316]). Die Arbeitgeberin der Klägerin als Mieterin musste folglich bei Abschluss des Vertrages auch mit einer solchen Klausel rechnen, was der in den Schutzbereich des Mietvertrages einbezogenen Klägerin zuzurechnen ist.

27 Ein Überraschungseffekt im Sinne von § 3 AGBG a.F. (jetzt § 305 c BGB) kann sich aber auch aus der Stellung der Klausel im Gesamtwerk der allgemeinen Geschäftsbedingungen ergeben. Dabei kommt es allerdings nicht darauf an, an welcher Stelle des Klauselwerks die entsprechende Klausel steht, weil alle Bestimmungen grundsätzlich gleich bedeutsam sind und nicht durch die Platzierung einer Vorschrift im Klauselwerk auf deren Bedeutung geschlossen werden kann. Aus der Stellung der Klausel kann sich ein Überraschungseffekt vielmehr dann ergeben, wenn diese in einem systematischen Zusammenhang steht, in dem der Vertragspartner sie nicht zu erwarten braucht (Senatsurteil vom 9. Dezember 2009 - XII ZR 109/08 - NJW 2010, 671 [= GuT 2010, 23] Tz. 16 f.). Das ist hier allerdings der Fall. Der Ausschluss der Garantiehaftung für anfängliche Mängel ist in § 6 Nr. 2 des Formularmietvertrages geregelt, der mit „§ 6 Aufrechnung, Zurückbehaltung“ überschrieben ist. In Nummer 1 der Vorschrift ist eine Mietminderung für vorhandene Mängel ausgeschlossen und das Recht der Mieterin zur Aufrechnung und Zurückbehaltung des Mietzinses geregelt. Nummer 2 der Vorschrift schränkt ergänzend auch das Zurückbehaltungsrecht und die Aufrechnung mit streitigen und noch nicht rechtskräftig festgestellten Forderungen aus einem anderen Rechtsverhältnis ein. Innerhalb dieses Regelungszusammenhangs sind sodann auch „Ersatzansprüche nach § 538 BGB“ a.F. ausgeschlossen. Diese Stellung ist so ungewöhnlich, dass die Mieterin als Vertragspartnerin des Verwenders der AGB nicht damit rechnen musste. Nach § 305 c Abs. 1 BGB ist die Vorschrift deswegen nicht Vertragsbestandteil geworden.

28 bb) Ob die genannte Klausel auch der Inhaltskontrolle des § 9 AGBG (jetzt § 307 BGB) standhält, kann deswegen dahinstehen.

29 (1) Allerdings sind nach § 9 Abs. 1 AGBG (jetzt § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine solche unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist (Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Gesetz aaO § 9 Rdn. 87 ff., jetzt § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB; zum Verhältnis zu § 305 c Abs. 1 BGB Staudinger/Köster BGB <2006> § 307 Rdn. 172, 208). Nach diesem Transparenzgebot sind Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten ihrer Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen (Palandt/Grüneberg BGB 69. Aufl. § 307 Rdn. 17). Dazu gehört auch, dass allgemeine Geschäftsbedingungen wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (BGHZ 164, 11, 16 = NJW-RR 2005, 1496, 1498 und 165, 12, 21 f. = NJW 2006, 996, 997 f. m.w.N.; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 10. Aufl. § 307 BGB Rdn. 335). Bei der Bewertung der Transparenz ist auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlus-

ses abzustellen (Senatsurteile vom 9. Dezember 2009 - XII ZR 109/08 - NJW 2010, 671 [= GuT 2010, 23] Tz. 22; vom 7. Mai 2008 - XII ZR 5/06 - GuT 2008, 339 Tz. 18; vom 16. Mai 2007 - XII ZR 13/05 - NZM 2007, 516 [= GuT 2007, 205] Tz. 14 und vom 12. Juli 2006 - XII ZR 39/04 - NJW 2006, 3057 [= GuT 2006, 224] Tz. 14 f.). Dabei sind allgemeine Geschäftsbedingungen nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden (Senatsurteil BGHZ 178, 158 = NJW 2008, 3772 [= GuT 2008, 436] Tz. 14).

30 Zwar ist das Transparenzgebot im Geschäftsverkehr mit Unternehmen nicht in gleicher Strenge wie gegenüber Verbrauchern anzuwenden. Insbesondere kann bei Unternehmen aufgrund ihrer Geschäftserfahrung sowie aufgrund der Maßgeblichkeit von Handelsgewohnheiten und Handelsbräuchen von einer besseren Erkenntnis- und Verständnismöglichkeit ausgegangen werden (Senatsurteil vom 16. Mai 2007 - XII ZR 13/05 - NZM 2007, 516 [= GuT 2007, 205] Tz. 19; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht aaO § 307 BGB Rdn. 371 ff.). Deswegen kann ihnen aber nicht zugleich ein umfassendes juristisches Verständnis unterstellt werden.

31 Ob eine Formulklausel der gebotenen Transparenz nur dann stand hält, wenn sie aus sich heraus verständlich ist (OLG Schleswig NJW 1995, 2858, 2859 [= RE WuM 1996, 85]; OLG Köln 6 U 72/97 veröffentlicht bei juris; OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 1150, 1152; Schmidt-Futterer/Blank aaO § 545 Rdn. 31; vgl. auch Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht aaO § 307 BGB Rdn. 338) und lediglich ergänzend die gesetzliche Vorschrift hinzufügt (vgl. insoweit BGH Urteil vom 15. Mai 1981 - VIII ZR 38/90 - NJW 1991, 1750, 1751 [= WuM 1991, 381]) oder der bloße Ausschluss von „Ersatzansprüchen“ unter Bezug auf eine gesetzliche Vorschrift dem Transparenzgebot genügt, kann hier dahinstehen.

32 (2) Ebenso kann dahinstehen, ob der Ausschluss der Haftung für leicht fahrlässig verursachte spätere Mängel der Mietsache auch hinsichtlich typischer Gefahren für Leben und Gesundheit wirksam ist und das Verbot einer geltungserhaltenden Reduktion zur Unwirksamkeit der gesamten Klausel führt.

33 3. Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Beklagte zu 4 der in den Schutzbereich des Mietvertrages einbezogenen Klägerin für die auf dem anfänglichen Mangel der Mietsache beruhenden Schäden ersatzpflichtig. Der Anspruch ist durch die Formulklausel des § 6 Nr. 2 Satz 2 nicht wirksam abbedungen. Die Feststellungsklage hat deswegen auch gegen die Beklagte zu 4 Erfolg.

§ 536 BGB; § 286 ZPO

Gewerberaummiete; Künstler-Atelier; Mängel; Raumausstattung; Trinkwasserqualität; Stromversorgung; ArbeitsstättenVO; Beweiswürdigung; Sorgfaltspflichten des Mieters bei Einzugstermin-Planung

Wird ein Atelier mit Küchenzeile sowie Bad mit Dusche, Wanne und WC als Gewerberaum vermietet, und weist das Wasser keine Trinkwasserqualität auf, kann die Miete wegen Mangels der Mietsache um 10% gemindert sein.

Haben die Parteien einen bestimmten Standard der Stromversorgung in einem Atelier vertraglich nicht vereinbart, so bedeutet allein das Fehlen eines zweiten Stromkreises keinen Mangel der Mietsache.

(KG, Beschluss vom 8. 9. 2010 – 12 U 194/09)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten um wechselseitige Ansprüche aus einem Mietverhältnis.

Die Klägerin vermietete mit den als Anlagen K 1 und K 2 vorliegenden und jeweils als „Gewerbe-Mietvertrag“ bezeichneten Verträgen an den Beklagten in Berlin im Gebäude die

beiden Ateliers mit den Nrn. 9 und 21. Nach § 1 der Verträge handelt es sich jeweils um „1 Raum inkl. Küchenzeile, Bad mit Dusche, Wanne und WC, 1 weiterer Raum“. Vertragsgemäßer Mietbeginn ist für das Atelier Nr. 9 der 1. November 2007 und für das Atelier Nr. 21 der 16. November 2007.

Bis zum 14. April 2008 wies das Wasser in beiden Mieteinheiten keine Trinkwasserqualität auf. Im Atelier 21 ist keine Küchenzeile installiert.

Die Klägerin hat gemeint, es handle sich um Gewerbemietverträge und hat behauptet, zwischen den Mietvertragsparteien sei vereinbart worden, dass die ursprünglich geplante Küchenzeile im Atelier Nr. 21 nicht gebaut werde.

Wegen der schlechten Wasserqualität geht die Klägerin von einer Minderung der Miete um 10% aus.

Klageweise hat die Klägerin Mietrückstände für das Atelier Nr. 9 für die Monate Januar bis Mai 2008 in Höhe von insgesamt 4262,23 EUR und für das Atelier Nr. 21 für die Monate Januar bis Dezember 2008 in Höhe von insgesamt 11.010,35 EUR geltend gemacht.

Ferner hat sie Ersatz der ihr nach einem Gegenstandswert in Höhe von 15.272,58 EUR errechneten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 899,40 EUR verlangt.

Der Beklagte hat gemeint, ihm hätte die Nutzung der Räumlichkeiten auch zu Wohnzwecken ermöglicht werden sollen und ihm stehe wegen einer Reihe von Mietmängeln, insbesondere weil die Glasdächer des Ateliers Nr. 21 reparaturbedürftig gewesen seien und bei den Reparaturarbeiten die gesamte Grundfläche des Ateliers mit einem fahrbaren Gerüst Platz greifend genutzt worden sei, ein Minderungsrecht zu. Wegen des Mangels an der Wasserversorgung bestehe unter dem Gesichtspunkt der Garantiehafung ein Schadensersatzanspruch, ihn von der Pflicht zur Mietzahlung zu befreien. Wegen der im Atelier Nr. 21 fortbestehenden Mängel sei die Miete um 50% reduziert.

Der Beklagte hat behauptet, die Schlüssel für das Atelier Nr. 21 habe er Anfang Januar 2008 zurückgeben müssen und ihm seien erst im Mai 2008 die Räumlichkeiten von der Klägerin zur Nutzung übergeben worden.

Der Beklagte hat Widerklage erhoben. Dem liegt – soweit für das Berufungsverfahren noch von Interesse – Folgendes zugrunde:

Am 2. November 2007 versuchte der Beklagte von seinem bisherigen Atelier in das Atelier Nr. 9 umzuziehen. Als der Umzugswagen das Gebäude erreichte, konnte aber nicht entladen werden, weil das gesamte Gebäude mit einem geschlossenen Bauzaun umgeben war. Der Beklagte behauptet, er habe für den fehlgeschlagenen Umzugsversuch 2600,00 EUR bezahlt. Er meint, in dieser Höhe stehe ihm ein Anspruch auf Schadensersatz gegen die Klägerin zu, den er widerklagend geltend macht.

Ferner hat der Beklagte behauptet, dass der Stromkreis im Atelier Nr. 21 unterdimensioniert sei und in Ermangelung einer guten Ausleuchtung eine vertragsgemäße Nutzung als Maleratelier nicht möglich sei. Dazu sei die Installation eines separaten Stromkreises erforderlich. Widerklagend hat der Beklagte von der Klägerin einen Vorschuss für die Installation eines weiteren Stromkreises in Höhe von 2.607,29 EUR verlangt.

Das Landgericht Berlin hat nach Beweiserhebung durch Einnahme eines Augenscheins und Einvernahme von zwei Zeugen den Beklagten unter Abweisung der Klage im Übrigen verurteilt, an die Klägerin 14.520,87 EUR nebst Zinsen zu zahlen und auf die Widerklage unter Abweisung der

Widerklage im Übrigen die Klägerin verurteilt, an den Beklagten 4292,25 EUR nebst Zinsen zu zahlen und im Atelier Nr. 9 einen bestimmten Mangel zu beseitigen. Zur Begründung hat das Landgericht – soweit für das Berufungsverfahren noch von Bedeutung – im Wesentlichen ausgeführt:

Hinsichtlich des Ateliers Nr. 21 sei die Miete gemäß § 536 BGB wegen des fehlenden Trinkwassers um 10% gemindert gewesen. Die Minderungsquote hätte nur höher sein können,

wenn die Nutzung des Wassers wegen des Zwecks der Vermietung wesentlich gewesen wäre. Der Beklagte sei aber nicht berechtigt gewesen, in den Räumen zu wohnen, sondern allenfalls gelegentlich dort zu übernachten.

Wegen der fehlenden Küchenzeile sei die Miete um weitere 10% gemindert. Aus dem Vertrag ergebe sich, dass ursprünglich eine Küchenzeile vorgesehen sei, und es sei nicht ersichtlich, dass etwas anderes vereinbart worden sei.

Die Beweisaufnahme habe im Übrigen nicht die Behauptung des Beklagten bestätigt, dass ihm im Januar 2008 der Besitz am Atelier Nr. 21 wieder entzogen worden sei.

Soweit er sich darauf berufe, das Objekt sei wegen Bauarbeiten und des Aufstellens von Gerüsten nicht nutzbar gewesen, fehle es an einem substantiierten Vorbringen zur Dauer und dem Umfang der Beeinträchtigung.

Im Atelier Nr. 9 sei die Miete ebenfalls wegen des fehlenden Trinkwassers bis zum 15. April 2008 um 10% gemindert gewesen.

Der Anspruch auf Ersatz der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten ergebe sich aus dem Verzug des Beklagten.

Unbegründet sei die mit der Widerklage geltend gemachte Forderung wegen der vermeintlich nutzlosen Aufwendungen für den Umzug. Aus § 2 lit. a S. 2 und 3 des Mietvertrages folge, dass mit Verzögerung bei der Überlassung des Mietobjekts zu rechnen gewesen sei, weshalb der Beklagte vor dem Beginn des Umzugs die Erstellung des Übergabeprotokolls hätte abwarten müssen.

Elektrikerkosten schulde die Klägerin nicht, weil die Parteien einen zweiten Stromkreis nicht vereinbart hätten.

Gegen dieses Urteil wendet sich der Beklagte mit seiner Berufung. Er beantragt, die Klage in Höhe weiterer 8080,29 EUR abzuweisen und die Klägerin auf die Widerlage zu verurteilen, weitere 5207,29 EUR nebst Zinsen zu zahlen. Zur Begründung führt er im Wesentlichen aus:

Infolge der fehlenden Wasserversorgung sei die vertragsgemäße Nutzung praktisch ausgeschlossen gewesen. Der vertragsgemäße Gebrauch der Küchenzeile und des Bads sei entgegen der Meinung des Landgerichts nicht dadurch herzustellen gewesen, dass der Beklagte sich Trinkwasser aus dem nahe gelegenen Supermarkt herbeischaffe. Das Landgericht hätte die vom Beklagten erlittenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen (Hautveränderung nach dem Duschen) nicht einfach übergehen dürfen. Das Fehlen (nutzbaren) fließenden warmen und kalten Wassers verbiete zudem die Beschäftigung anderer Personen nach der ArbeitsstättenVO. Auch darin liege eine Einschränkung der objektiven Nutzbarkeit zu einem vertragsgemäßen Gebrauch. Als bildender Künstler sei der Beklagte in seinem Atelier in besonderem Maße auf Wasser angewiesen. Der Klägerin sei auch bekannt gewesen, dass der Beklagte seinen Einzug von der mangelfreien Wasserversorgung abhängig gemacht habe.

Der Beklagte wendet sich auch gegen die Auffassung des Landgerichts, das Fehlen der vereinbarten Küchenzeile begründe lediglich eine Minderungsquote von 10%. Ein längerer ununterbrochener Aufenthalt in den Räumlichkeiten sei wesentlich erschwert. Dabei komme es nicht darauf an, ob die Räume ausdrücklich zum Wohnen vermietet worden seien. Zu berücksichtigen sei zudem, dass es sich um ein hochpreisiges Objekt handle, an das gesteigerte Qualitätsansprüche zu stellen seien.

Das Atelier Nr. 21 sei durch das Aufstellen von Gerüsten bis in den Monat April 2008 vorenthalten worden. Der erstinstanzliche Vortrag sei zur Begründung einer Gebrauchsbeeinträchtigung ausreichend.

Unberücksichtigt sei vom Landgericht der Vortrag geblieben, dass im Atelier Nr. 21 weder Toilette noch Handwaschbecken noch die Armaturen angebracht gewesen seien.

Die Beweiswürdigung des Landgerichts zur Frage der Besitzentziehung sei nicht überzeugend. Ohne Begründung werde dem Zeugen K. unterstellt, er wolle dem Beklagten helfen.

Hinsichtlich der Widerklage wendet sich der Beklagte gegen die Abweisung der Positionen für die Umzugskosten und die Elektrikerkosten.

Die Klägerin habe dem Beklagten die Mietsache und Schlüssel am 15. Oktober 2007 als fertig gestellt übergeben und auch den Mietzins entgegengenommen. Der Vortrag in der Klageerwiderung, wonach der Beklagte zum Zeitpunkt des Vertragsbeginns im Besitz der Schlüssel gewesen sei, sei unstrittig geblieben. Ab diesem Zeitpunkt hätte die Klägerin für ungehinderten Zugang zur Mietsache sorgen müssen. Im Übrigen bestünden Bedenken gegen die Wirksamkeit der vom Landgericht herangezogenen Vertragsklausel.

Das Landgericht habe sich hinsichtlich der Elektrikerkosten mit keinem Wort mit den ausführlichen Darlegungen des Beklagten auseinandergesetzt, weshalb der vorhandene Beleuchtungszustand keine vertragsgerechte Leistung für das Atelier darstelle.

Aus den Gründen: II. Die Berufung hat keine Aussicht auf Erfolg, die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern keine Entscheidung des Berufungsgerichts, § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO.

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

1. Das Landgericht hat den Beklagten zu Recht verurteilt, an die Klägerin rückständige Miete in Höhe von insgesamt 13.621,47 EUR zu zahlen, nämlich für das Atelier Nr. 9 im Zeitraum von Januar bis Mai 2008 4262,23 EUR und für das Atelier Nr. 21 im Zeitraum von Januar bis Dezember 2008 9359,24 EUR. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Berufung mit dem Ziel, wegen einer geringeren Mietschuld verurteilt zu werden, haben keinen Erfolg.

a) Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass die Miete für den hier in Rede stehenden Zeitraum von Januar bis Mitte April 2008 wegen der fehlenden Trinkwasserqualität für die Ateliers Nr. 9 und Nr. 21 um jeweils 10% gemäß § 536 Abs. 1 S. 2 BGB gemindert gewesen ist. Eine höhere Minderungsquote ist entgegen der Ansicht der Berufung nicht gerechtfertigt.

aa) Unter einem Mangel i. S. d. § 536 Abs. 1 BGB ist eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands der Mietsache von dem vertraglich geschuldeten zu verstehen (BGH, NJW 2009, 664, 666 [= GuT 2009, 24], Tz. 34; NJW 2000, 1714, 1715 [= WuM 2000, 593]). Der Mangel muss gemäß § 536 Abs. 1 BGB die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch aufheben oder mindern.

Die fehlende Trinkwasserqualität stellt sich – was zwischen den Parteien unstrittig ist – als zur Minderung der Miete führender Mangel dar. Die Höhe der Minderung ist nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles zu bestimmen (OLG Karlsruhe, NJW-RR 1990, 1234, 1235). Dabei gilt der Grundsatz, dass die Minderung in dem Umfang eintritt, in dem die Gebrauchstauglichkeit herabgesetzt ist (Neuhaus, Handbuch der Geschäftsraummiete, 3. Auflage, Rn. 879; Eisenschmid in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Auflage, § 536, Rn. 362). Die Umstände des vorliegenden Falles rechtfertigen keine über 10 % hinaus gehende Mietminderung.

bb) Zutreffend hat das Landgericht dabei berücksichtigt, dass die Ateliers nicht zur Wohnnutzung vermietet worden sind. Das ergibt sich eindeutig aus der Bezeichnung der Verträge als „Gewerbe-Mietvertrag“ und wird noch einmal in § 8 lit. a der Mietverträge hervorgehoben, wo es heißt, dass der Mieter berech-

tigt sei, in den Mieträumen ein Atelier zu betreiben. Daraus folgt, dass die Räumlichkeiten zumindest weit überwiegend als Arbeits-, Lager- und Ausstellungsfläche zu benutzen sind.

Die Gebrauchstauglichkeit dieser Räume wird daher durch die fehlende Trinkwasserqualität keinesfalls vollständig aufgehoben, wie der Beklagte meint. Denn die Räume können unabhängig von der Wasserqualität für die o. g. Zwecke verwendet werden.

Die Nutzung der Toilette unterliegt keinen Einschränkungen, weil das Wasser zur Spülung benutzt werden konnte.

Die Nutzung als Arbeitsraum ist nur geringfügig eingeschränkt, weil der Nutzer als bildender Künstler in gewissem Umfang bei der Arbeit zwar auch auf die Verwendung von (nutzbarem) Wasser angewiesen sein kann.

Das macht aber nicht unbedingt einen Wasseranschluss im Atelier selbst erforderlich, weil sich der Nutzer das von ihm benötigte Wasser auch andernorts besorgen kann.

Darüber hinaus ist die Gebrauchstauglichkeit des vermieteten Bads und der Küchenzeile eingeschränkt. Insoweit ist aber zu beachten, dass diese Einschränkung hier weit weniger Gewicht besitzt, als sie es bei einer Wohnnutzung hätte. Denn der Nutzer eines Ateliers ist in der Regel nicht darauf angewiesen, sich am Arbeitsplatz selbst duschen zu müssen, während es neben der Nutzung des Wohnungsbaus regelmäßig keine Ausweichmöglichkeiten gibt. Auch erfordert der Aufenthalt im Atelier nicht zwingend das Vorhandensein einer Küche mit fließendem Wasser, das Trinkwasserqualität aufweist.

Zu Recht hat das Landgericht darauf hingewiesen, dass der Beklagte in der Lage gewesen wäre, sich aus dem nahe gelegenen Supermarkt Trinkwasser herbeizuschaffen. Zudem ergibt sich aus der vom Beklagten selbst vorgelegten Korrespondenz, dass den Mietern sowohl eine Wasserentnahmestelle im Haus Nr. 83 als auch ein Ersatzbad im Haus zugewiesen worden ist (vgl. Anschreiben der Klägerin an die „Mieterrinnen und Mieter des Atelierhauses 79“ vom 5. März 2009 als Anlage zum Schriftsatz des Beklagten vom 27. Februar 2009), so dass, wenn auch mit Bequemlichkeitsverlust, die Entnahme von Wasser und die Körperreinigung weiterhin möglich gewesen sind.

Die nach Behauptung des Beklagten durch die Nutzung des Wassers hervorgerufenen Hautveränderungen sind am 5. November 2007 entstanden und stellen daher für den hier in Rede stehenden späteren Zeitraum keine zusätzliche Einschränkung des vertragsgemäßen Gebrauchs mehr dar.

Nicht zur Annahme einer weiteren Minderung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache führt der Hinweis des Beklagten auf die ArbeitsstättenVO. Es kann dahin stehen, ob die Beschäftigung anderer Personen in den Mieträumen verboten ist, wenn nutzbares fließendes warmes und kaltes Wasser fehlt. Denn eine etwaige öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkung der Räume führt hier schon deshalb nicht zu einer (weiteren) Minderung der Miete, weil die Nutzbarkeit dieser Räume mangels Einschreiten der zuständigen Behörden nicht eingeschränkt war (vgl. BGH, NJW 2009, 3421 [= WuM 2009, 661]; Hübner/Griesbach/Fuerst in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 2. Auflage, Kap. 14, Rn. 267).

Soweit der Beklagte meint, aus der ArbeitsstättenVO eine Wertentscheidung der Rechtsordnung herleiten zu können, weshalb auch für ihn die Tätigkeit in den Mieträumen unzumutbar gewesen sei, führt auch dies nicht zum Erfolg. Denn – wie schon erwähnt – dem Beklagten standen jedenfalls zumutbare Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung, die verhinderten, dass der Kläger ganz ohne Trinkwasser auskommen musste.

Dass der Beklagte seinen Einzug nach dem Mietvertragsabschluss von einer mangelfreien Wasserversorgung abhängig gemacht hat, führt ebenfalls nicht zu einer höheren Minderungsquote. Denn die Abweichung der Gebrauchstauglichkeit der angemieteten Räume von den einseitigen Erwartungen des Beklagten führt nicht zur Minderung der Miete. Nur die Aufhebung oder Minderung der Tauglichkeit zum *vertraglich verein-*

barten Gebrauch kann eine Minderung rechtfertigen, § 536 Abs. 1 BGB. Es ist nicht ersichtlich, dass die Parteien das Vorhandensein von Trinkwasser als unumgängliche Voraussetzung für die Nutzung der Räumlichkeiten durch den Beklagten vereinbart hätten.

Die Tauglichkeit der Mietsache ist nach alledem nur in Bereichen stärker eingeschränkt gewesen, die für den vertragsgemäßen Gebrauch von geringer Bedeutung sind, etwa die Nutzung des Bades und der Küchenzeile. Die im Vordergrund stehende Nutzung als Atelier ist durch die geringe Wasserqualität gar nicht oder nur in geringem Maße beeinträchtigt gewesen. Insgesamt erscheint daher die vom Landgericht angenommene Mietminderung in Höhe von 10% angemessen.

b) Zuzustimmen ist auch der Ansicht des Landgerichts, dass die im Atelier Nr. 21 fehlende Küchenzeile zu einer Minderung in Höhe von weiteren 10% führt. Die Angriffe der Berufung, eine Minderung von insgesamt 20% für die fehlende Küchenzeile zu erreichen, führen nicht zum Erfolg.

Offen bleiben kann letztlich, ob mit dem Landgericht davon auszugehen ist, dass die Klägerin die Ausstattung mit einer Küche schuldete, wobei der Wortlaut des Vertrages für dieses Verständnis spricht. Hierauf kommt es aber nicht an, weil dem Beklagten eine höhere Minderungsquote als vom Landgericht zuerkannt ohnehin nicht zusteht.

Der Schwerpunkt der vertragsgemäßen Nutzungsmöglichkeit erfordert hier das Vorhandensein einer Küchenzeile nicht. Da die Parteien eine Nutzung als Atelier und nicht eine Wohnraumnutzung vereinbart haben, stellt sich die Aufhebung der Gebrauchstauglichkeit der Küchenzeile insgesamt nicht als derart gravierend dar, dass von einer höheren Minderungsquote als 10% ausgegangen werden müsste.

Die vom Beklagten zur Unterstützung seiner Argumentation für eine Minderung in Höhe von 20% herangezogene Entscheidung des LG Dresden betrifft die Nutzung von Wohnräumen (vgl. LG Dresden, Urteil vom 5. Mai 1998 – 15 S 603/97, juris-Tz. 3 = WuM 2001, 336) und kann daher auf den vorliegenden Fall nicht übertragen werden.

Auch aus dem Umstand, dass es sich nach Bekundung des Beklagten bei dem Atelier Nr. 21 u. U. um ein hochpreisiges Objekt handle, ergibt sich kein anderes Ergebnis. Denn die nach Prozenten bemessene Minderung führt bei einer höheren Miete auch zu einer entsprechend höheren Mietreduzierung. Es ist daher nicht angezeigt, auch die Minderungsquote zu erhöhen.

c) Eine weitere Minderung der Miete für das Atelier Nr. 21 ist auch nicht wegen des darin zeitweise aufgestellten Gerüsts gerechtfertigt. Das Landgericht hat zu Recht ausgeführt, dass es an einem substantiierten Vorbringen u. a. zur Dauer der Beeinträchtigung fehlt. Hieran hat sich nichts geändert.

Denn weder in der ersten noch in der zweiten Instanz trägt der Beklagte vor, in welchem Zeitraum die von ihm geltend gemachten Beeinträchtigungen des Gebrauchs erfolgt sein sollen. Die Benennung eines ungefähren Endzeitpunktes („bis in den Monat April 2008“, Berufungsbegründung, S. 7) allein beschreibt keinen Zeitraum.

d) Zu Recht hat das Landgericht entgegen den Angriffen der Berufung bei der Bemessung der Minderungsquote unberücksichtigt gelassen, dass der Beklagte am 5. November 2007 gerügt haben will, dass im Atelier Nr. 21 weder Toilette noch Handwaschbecken noch die zugesagten Armaturen angebracht gewesen seien (tatsächlich hat er nur darauf hingewiesen, dass die Objekte behindertengerecht anzubringen seien, vgl. Schreiben des Beklagten vom 5. November 2007 als Anlage zum Schriftsatz vom 27. Februar 2009).

Denn zu diesem Zeitpunkt hatte das Vertragsverhältnis über das Atelier Nr. 21 noch gar nicht begonnen. Es begann gemäß § 2 lit. a des Mietvertrages erst zum 16. November 2007. Daher konnte die Miete zu diesem Zeitpunkt auch noch gar nicht gemindert sein.

Wenn mit der Berufung erstmals geltend gemacht wird, dass dieser Zustand bis Anfang April 2008 gewährt habe, führt dies ebenfalls nicht zum Erfolg.

Denn der Beklagte kann eine Minderung aus diesem Grund gemäß § 536 b BGB nicht mehr geltend machen. Danach ist das Recht gemäß § 536 BGB nämlich ausgeschlossen, wenn der Mieter die mangelhafte Sache annimmt, obwohl er den Mangel kennt, und er sich seine Rechte nicht vorbehält.

Der Beklagte hat die Mietsache im Dezember 2007 (erstmal) in Besitz genommen, wie sich aus der Anlage C 3 ergibt, wo der Beklagte die Entgegennahme der Schlüssel am 20. Dezember 2007 bestätigt hat. Andernfalls könnte der Beklagte auch nicht behaupten, die Schlüssel Anfang Januar 2008 wieder zurückgegeben zu haben. Da er den von ihm geltend gemachten Mangel am 20. Dezember 2007 bereits kannte, hätte er sich gemäß § 536 b S. 3 BGB die Minderung deswegen vorbehalten müssen. Die Darlegungslast hierfür liegt bei dem Mieter (Eisenschmid in Schmidt-Futterer, aaO, § 536 b BGB, Rn. 64), also dem Beklagten. Dieser Darlegungslast ist er aber nicht nachgekommen.

e) Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass die Beweisaufnahme nicht bestätigt habe, dass ihm der Besitz der Mietsache (Atelier Nr. 21) wieder entzogen worden sei.

Der Beklagte hat in der ersten Instanz geltend gemacht, dass er zur Fertigstellung der Bauarbeiten im Atelier Nr. 21 die Schlüssel im Januar 2008 zurückgegeben und erst im Mai 2008 zurückerhalten habe.

Grundsätzlich ist der Mieter zwar von der Entrichtung der Miete befreit, wenn die Mietsache von Anfang an mit Mängeln behaftet ist und der Vermieter sie in seinen Besitz nimmt, um den Mangel beheben zu lassen, weil die Gebrauchstauglichkeit für die Dauer der Mängelbeseitigung aufgehoben ist (vgl. BGH, NJW 1987, 432). Die Darlegungs- und Beweislast für die Inbesitznahme durch den Vermieter obliegt jedoch dem Mieter. Der Beklagte hat nach Ansicht des Landgerichts diesen Beweis nicht zu führen vermocht. Die gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts gerichteten Angriffe gehen fehl. Der Senat tritt der Würdigung des Landgerichts im Übrigen auch in der Sache bei.

§ 286 ZPO fordert den Richter auf, nach seiner freien Überzeugung zu entscheiden. Das bedeutet, dass er lediglich an Denk- und Naturgesetze sowie an Erfahrungssätze und ausnahmsweise gesetzliche Beweisregeln gebunden ist, ansonsten aber die im Prozess gewonnenen Erkenntnisse nach seiner individuellen Einschätzung bewerten darf.

So darf er beispielsweise einer Partei mehr glauben als einem beideten Zeugen oder trotz mehrerer bestätigender Zeugenaussagen das Gegenteil einer Beweisbehauptung feststellen (Greger in Zöller, ZPO, 28. Auflage, § 286, Rn. 13). Gemäß § 286 Abs. 1 S. 2 ZPO sind zwar die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. Dies erfordert jedoch nicht eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit allen denkbaren Gesichtspunkten, wenn sich nur ergibt, dass eine sachentsprechende Beurteilung überhaupt stattgefunden hat (BGH, NJW 1987, 1557, 1558).

Gemessen hieran ist die Beweiswürdigung des Landgerichts nicht zu beanstanden.

Das Landgericht hat ausgeführt, dass es die Aussage der Zeugin S. für glaubwürdiger hielt als die Aussage des Zeugen K., weil es den Eindruck hatte, dieser habe dem Beklagten helfen wollen. Damit hat das Landgericht den tragenden Gesichtspunkt für seine Überzeugung benannt. Einer näheren Auseinandersetzung mit der Aussage der Zeugin S. bedurfte es entgegen der Ansicht der Berufung schon deshalb nicht, weil diese die Angaben des Beklagten ohnehin nicht bestätigt hatte. Entscheidend war allein, dass das Landgericht den Zeugen K. nicht für glaubwürdig hielt und damit dem beweisbelasteten Beklagten der Beweis nicht gelungen war.

Der Senat teilt darüber hinaus auch die Überzeugung des Landgerichts. Gegen die Richtigkeit der Behauptung des Be-

klagten, er habe das Atelier Nr. 21 nicht in Besitz gehabt, sprechen insbesondere die von der Klägerin vorgelegten Anlagen K 1 bis K 3 zum Schriftsatz vom 23. September 2009. Es handelt sich dabei um die Mitteilung von Mängeln durch den Beklagten, die ohne Zutritt zum Atelier eigentlich nicht festgestellt werden können (z. B.: „Dachfenster öffnet nicht“, E-Mail vom 27. Januar 2008, Anlage K 2).

2. Der Berufung bleibt auch hinsichtlich des der Klägerin zugesprochenen Anspruchs auf Erstattung von Rechtsanwaltskosten der Erfolg versagt. Weil nämlich die von der Klägerin berechtigt verfolgten Ansprüche so hoch gewesen sind wie vom Landgericht angenommen, reduziert sich auch nicht ihr unter dem Gesichtspunkt des Verzugschadens geltend gemachter Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten.

3. Das Landgericht hat die Widerklage des Beklagten wegen des geltend gemachten Ersatzes der Umzugskosten und des geltend gemachten Vorschusses wegen der Elektrikerkosten ebenfalls zu Recht abgewiesen.

a) Zutreffend hat das Landgericht erkannt, dass dem Beklagten ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß §§ 280 ff BGB wegen des fehlgeschlagenen Umzuges am 2. November 2007 nicht zusteht.

Eine Haftung der Klägerin scheidet nämlich wegen eines ganz überwiegenden Mitverschuldens des Beklagten gemäß § 254 Abs. 1 BGB aus.

Der Beklagte konnte aufgrund der Vertragsklausel § 2 lit. a S. 2 und 3 des Mietvertrages, wonach dem Untermieter bekannt sei, dass die Räume zur Zeit vollständig saniert würden und der Vermieter nicht für die rechtzeitige Fertigstellung hafte, nicht ohne weiteres mit einer vertragsgerechten Fertigstellung des Mietobjektes rechnen. Auf die Wirksamkeit des vereinbarten Haftungsausschlusses, die der Beklagte in Zweifel zieht, kommt es nicht an, weil sich ungeachtet dessen aus dem Umstand des ungewissen Fertigstellungsdatums ergibt, dass der Beklagte sich vor Planung und Durchführung seines Umzuges von der Fertigstellung des Objekts durch Nachfrage bei der Klägerin hätte vergewissern müssen. Wenn er ohne dies getan zu haben einen Umzug organisiert, der wegen der noch eingerichteten Baustelle scheitert, hat er die jedem ordentlichen und verständigen Menschen obliegende Sorgfalt in einem Ausmaß außer Acht gelassen, die einen Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin wegen der verspäteten Fertigstellung des Mietobjekts bzw. der rechtzeitigen Gewährleistung des ungehinderten Zuganges entfallen lässt.

Nichts anderes ergibt sich aus dem Vorbringen des Beklagten, es sei unstreitig geblieben, dass er zum Zeitpunkt des Vertragsbeginns im Besitz der Schlüssel gewesen sei. Anders als der Beklagte mit der Berufung vorträgt, ergibt sich aus diesem Vorbringen keineswegs, dass ihm die Mietsache und die Schlüssel „als fertig gestellt übergeben“ worden seien und er also mit freiem Zugang zum Mietobjekt rechnen durfte.

Die Klägerin hat nämlich in der Klageschrift vorgetragen, die Räume seien erst am 20. Dezember 2007 übernommen worden. Dafür spricht im Übrigen auch das u. a. als Anlage C 7 vorgelegte Übergabeprotokoll, auf dem der Beklagten die Übernahme der Schlüssel am 20. Dezember 2007 quittiert hat. Das Landgericht hat in der mündlichen Verhandlung vom 15. Juni 2009 ausdrücklich auf diesen Widerspruch hingewiesen (Protokoll vom 15. Juni 2009), ohne dass weiterer erläuternder Vortrag des Beklagten erfolgt ist.

Es mag daher zwar sein, dass der Beklagte im Zeitpunkt des vertragsgemäßen Mietbeginns schon im Besitz von Schlüsseln gewesen ist. Von wem und zu welchem Zweck ihm die Schlüssel übergeben worden sind, bleibt aber offen. Es kann insbesondere nicht festgestellt werden, dass ihm die Schlüssel zu dem Mietobjekt übergeben worden seien, weil dieses angeblich fertig gestellt gewesen sei.

Eine andere Bewertung ergibt sich auch nicht daraus, dass die Klägerin den Mietzins – wie der Beklagte mit seiner Berufung ausführt – entgegengenommen habe. Tatsächlich hat der Beklagte die Miete an die Klägerin überwiesen, was sich aus seinem an die Klägerin gerichteten Schreiben vom 5. November 2007 ergibt (Anlage zum Schriftsatz vom 27. Februar 2009). Allein aus dem Umstand, dass die Klägerin die Mietzahlung nicht zurück überwies, durfte der Beklagte nicht schließen, er könne am 2. November 2007 ungehindert in das Atelier Nr. 9 einziehen.

b) Schließlich hat das Landgericht auch zu Recht erkannt, dass dem Beklagten kein Anspruch auf Vorschuss zur Verlegung eines zweiten Stromkreises zusteht.

Grundsätzlich kann der Mieter gemäß § 536 a Abs. 2 Nr. 1 BGB den Mangel selbst beseitigen, wenn der Vermieter mit der Beseitigung in Verzug ist. Ihm steht dazu auch ein Anspruch auf Vorschuss in Höhe der voraussichtlichen Kosten zu (BGH, NJW 2010, 2050, 2051 [= WuM 2010, 348], Tz. 15).

Zutreffend ist das Landgericht aber davon ausgegangen, dass das Fehlen eines zweiten Stromkreises keinen Mangel der Mietsache darstellt.

aa) Zum einen haben die Parteien nicht ausdrücklich vereinbart, dass das Objekt mit einem solchen ausgestattet sein muss.

Aus der Anlage C 3 ergibt sich dies selbst dann nicht, wenn man entgegen der Annahme des Landgerichts davon ausgeht, dass es sich bei diesem Protokoll für die Übergabe der Mietsache um das in § 22 des Mietvertrages genannte Übergabeprotokoll handelte. Das Protokoll vermerkt keinen zweiten Stromkreis für das Mietobjekt.

bb) Zum anderen ist auch nicht zu erkennen, dass der vertragsgemäße Gebrauch durch die vorhandene Beleuchtung nicht gewährleistet wird. Unstreitig kann das Mietobjekt beleuchtet werden. Einen bestimmten Standard haben die Parteien nicht vereinbart.

Im Gegenteil: In § 8 lit. b) S. 1 des Mietvertrages haben die Parteien vereinbart, dass der Vermieter keine Gewähr dafür leistet, dass die gemieteten Räume den in Frage kommenden technischen Anforderungen entsprechen.

Mitgeteilt von VRiKG Grieb, Berlin

§§ 581, 536a BGB

Pacht von Räumen; Betreutes Wohnen; Mangel; Brandschutz-Genehmigung des Bauordnungsamts; Heimaufsicht

Verständigen sich die Parteien nach Streit über ausreichenden Brandschutz in den Pachträumen („Betreutes Wohnen“) in einem Prozessvergleich darauf, dass der vom Bauordnungsamt genehmigte Brandschutz gelten soll, so ist das Pachtobjekt nicht mangelhaft, wenn die Genehmigung erteilt wird.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. 7. 2009 – I-24 U 173/07)

Aus den Gründen: I. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg, § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO. Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht zur Zahlung der Pacht für die Monate Januar bis Juli 2006 in Höhe von (6 Mon x 2.750 €/Mon) 16.500 EUR (nebst Zinsen und Kosten) verurteilt. Die vorgebrachten Berufungsgründe rechtfertigen keine günstigere Entscheidung. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen nimmt der Senat Bezug auf seinen Hinweisbeschluss vom 7. Juli 2008. Dort hat der Senat im Wesentlichen ausgeführt:

1. Die von den Klägern nach dem Pachtvertrag vom 11./13. April 2001 in der Fassung des vor dem Landgericht Wuppertal (17 O 254/04) geschlossenen Prozessvergleichs vom 24. Oktober 2005 (künftig: Prozessvergleich) „... zur gewerblichen Nutzung (einschließlich gewerblicher Untervermietung) mit behindertengerechten sanitären Einrichtungen“ für das Konzept

„betreutes Wohnen“ pachtweise zu überlassenden Räume sind entgegen der Meinung der Beklagten nicht (mehr) fehlerhaft im Sinne des §§ 581 Abs. 2, 536 Abs. 1 BGB. Sie sind vielmehr in dem baulichen Zustand, in dem sie sich ausweislich der Bescheide des Bauordnungsamts der Stadt Solingen vom 23. Dezember 2005 und 7. Februar 2006 seit der Besichtigung am 22. Dezember 2005 befinden, vertragsgemäß, so dass die Beklagte gemäß §§ 581 Abs. 2, 535 Abs. 2 BGB ab Januar 2006 die Pacht in vereinbarter Höhe von monatlich 5750,00 EUR (statt in bis dahin geminderter Höhe von monatlich 3000 EUR) schuldet.

a) Ein Mangel der Pachtsache im Sinne des § 536 BGB liegt dann vor, wenn der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch beeinträchtigt ist. Das ist dann der Fall, wenn die „Ist-Beschaffenheit“ der Pachtsache von ihrer „Soll-Beschaffenheit“ abweicht. Zur Feststellung einer solchen Abweichung kommt es allein auf die (nötigenfalls gemäß §§ 133, 157 BGB auszulegenden) Abreden der Vertragsparteien an, die nämlich durch die Festlegung des dem Pächter jeweils geschuldeten vertragsgemäßen Gebrauchs bestimmen, welchen Zustand die verpachtete Sache spätestens bei Überlassung an den Pächter und von da an während der gesamten Vertragsdauer aufweisen muss (vgl. BGH NJW-RR 1991, 204 [= WuM 1990, 546] und 2006, 1157 [= GuT 2006, 237]; NJW 2005, 218 [= WuM 2004, 715] und 2152 [= GuT 2005, 163] sub II. 4a jew. m.w.N.; Senat, Beschl. v. 14.2.2008, Az. I-24 U 99/07, GuT 2008, 207). Diese Grundsätze gelten entsprechend, wenn die Vertragsparteien, wie das hier durch den Prozessvergleich geschehen ist, die für den Vertragsbeginn getroffenen Abreden modifizieren. Geschuldet ist der Zustand der Pachtsache, der der modifizierten Abrede entspricht. Nur dann, wenn die Vertragsparteien keine besonderen, auch nicht durch den vereinbarten Nutzungszweck feststellbare Abreden getroffen haben, ist ein nach der Verkehrsan-schauung üblicher Standard von mittlerer Art und Güte geschuldet (vgl. BGH NJW 2004, 3174, 3175 [= WuM 2004, 527]; NJW-RR 1993, 522 [= WuM 1994, 201]).

b) Unter Anlegung dieses Maßstabs ist das hier umstrittene Gebäude nicht mangelhaft, insbesondere ist der vertragsgemäße Gebrauch der Pachtsache nicht durch Defizite im Brandschutz beeinträchtigt.

aa) Im Gegensatz zur rechtlichen Lage vor Abschluss des Prozessvergleichs haben die Parteien nach der jetzt geltenden modifizierten Vertragslage spezifische Abreden zum Brandschutz getroffen.

(1) Grundlage des Vergleichsabschlusses waren die Beanstandungen des Bauordnungsamts, die Gegenstand von dessen Aktenvermerk vom 16. Juli 2003 gewesen sind. Diese haben zum Bauantrag „Nutzungsänderung“ vom 12. November 2003, zur antragsgemäßen Baugenehmigung vom 6. Januar 2006 und schließlich (wegen mangelnder Inanspruchnahme der erteilten Baugenehmigung) zu der gegen die Kläger gerichteten Ordnungsverfügung mit Zwangsgeldandrohung vom 10. November 2004 (künftig Ordnungsverfügung) geführt. Maßgeblich für die Ordnungsverfügung war die am 15. Juli 2003 getroffene Feststellung, dass ohne Genehmigung von den zwölf für ältere und behinderte Bewohner genehmigten 2-Raumwohnungen (vgl. die Baugenehmigung vom 15. 8. 1996) zehn in zwanzig 1-Raumwohnungen umgebaut worden waren. Dadurch wurde unter Wegfall der genehmigten 8 Plätze für Kurzzeitpflege Wohnraum für insgesamt bis zu 22 ältere, teils pflegebedürftige Bewohner geschaffen. Demgemäß war nach Auffassung der Ordnungsbehörde - indiziert durch den ebenfalls ungenehmigten Ausbau der Wohnungsabschlusstüren - die Nutzung des Gebäudes zum Betrieb eines nicht genehmigten „Altenpflegeheimes“ eröffnet worden, das wegen des fehlenden, aber erforderlichen (näher bezeichneten) Brandschutzes auch nicht genehmigungsfähig war (Ordnungsverfügung S. 3).

(2) Vor diesem Hintergrund ist die hier maßgebliche Vereinbarung vom 24. Oktober 2005 in Nr. 1 Satz 1 des Prozessvergleichs auszulegen (§§ 133, 157 BGB). Danach sind sich „die

Parteien ... einig, dass die Nutzung des ... Mietobjekts <gemeint ist: Pachtobjekt> ... wieder auf „betreutes Wohnen“ zurückgeführt werden soll“. Die verwendete Formulierung, die „Nutzung ... auf ‚betreutes Wohnen‘ zurück(zu)führ(en)“ ist als Gegenbegriff zu der vom Bauordnungsamt festgestellten „Nutzung als Altenpflegeheim“ zu verstehen. Dabei ist es mit Blick auf die Beteiligung von Rechtsanwältinnen auf beiden Seiten ersichtlich nicht um das konkrete Betreuungskonzept der Beklagten gegangen. Dieses unterlag und unterliegt gemäß § 1 Abs. 2 HeimG der Heimaufsicht. Das Konzept war (und ist) vertragsgemäß; denn es ging (und geht) unstreitig nicht über ein „betreutes Wohnen“ im Sinne des Heimgesetzes hinaus (vgl. Bescheid der Heimaufsicht der Stadt Solingen vom 18. Juli 2005). Es ging vielmehr um den baulichen Zustand des Gebäudes, der die formell und materiell bauordnungswidrige Nutzung als Altenpflegeheim ermöglichte. Ziel dieser Vereinbarung war es demnach u. a., den bauordnungswidrigen baulichen Zustand, der nicht von der Beklagten herbeigeführt worden war und für den deshalb die Kläger nicht nur bauordnungs-, sondern auch vertragsrechtlich einzustehen hatten, zu beseitigen und das gekündigte Vertragsverhältnis (vgl. Nr. 2 Prozessvergleich) fortzusetzen. Die bei Abschluss des Prozessvergleichs bestehende bauordnungsrechtliche Nutzungsbeschränkung, die vertragsrechtlich ein Fehler im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB gewesen ist, sollte auf Kosten der Kläger beseitigt werden (Nr. 1 Satz 2 Prozessvergleich). Die Beklagte sollte die Pacht auf 3.000 EUR monatlich „bis zur Genehmigung dieser Nutzung ... und Erfüllung der entsprechenden Brandschutzmaßnahmen“ mindern dürfen (Nr. 3 Prozessvergleich) und sie schuldet wieder die ursprünglich vereinbarte Pacht von monatlich 5.750 EUR, „sobald die Baugenehmigung für die geänderte Nutzung vorliegt und die baulichen Maßnahmen zum Brandschutz durchgeführt worden sind“.

(3) Diese Bedingungen sind erfüllt. Die die Beklagte beeinträchtigende bauordnungsrechtliche Nutzungsbeschränkung ist entfallen, weil die Kläger durch entsprechende bauliche Veränderungen (einschließlich bestimmter Brandschutzmaßnahmen) die bei Vergleichsabschluss bestehende formelle und materielle Baurechtswidrigkeit beseitigt haben.

2. Ohne Erfolg macht die Beklagte geltend, die Kläger schuldeten qualitativ und quantitativ einen Brandschutz, wie er für so genannte „große Sonderbauten“ (vgl. §§ 17 Abs. 3, 54 Abs. 2 Nr. 5 und 19, 69 Abs. 1 Satz 2 BauO NW) gesetzlich zwingend vorgeschrieben sei und wie er für so genannte „kleine Sonderbauten“ fakultativ angeordnet werden könne. Diese Auffassung ist von Rechtsirrtum beeinflusst. Die Beklagte unterscheidet nicht hinreichend zwischen dem Brandschutz, den die Kläger ihr pachtvertraglich auf der Grundlage des im Prozessvergleich vereinbarten Konzepts „Betreutes Wohnen“ schulden und einem möglicherweise gebotenen erhöhten Brandschutz auf der Grundlage des konkreten Betreuungskonzepts, von dem die Beklagte und der von ihr beauftragte Gutachter Dipl.-Ing. G. ausgehen. Das Konzept „Betreutes Wohnen“ setzt voraus, dass die Bewohner ihr Leben weitgehend selbständig organisieren, insbesondere keine Pflegeleistungen durch den Betreuungsträger in Anspruch nehmen. Der Senat verkennt nicht, dass sich aus dem realen Betreuungskonzept für die Bewohner Risiken aus möglicherweise defizitärem Brandschutz ergeben könnten. Maßgeblich ist hier aber, sogar unabhängig von der Frage, ob die Bauordnungsbehörde das materielle Bauordnungsrecht richtig angewendet hat, dass im Verhältnis der Parteien zueinander die Kläger pachtvertraglich keinen erhöhten Brandschutz schulden. Der Senat hat deshalb auch nicht die Frage zu untersuchen, ob sich zu Lasten der Beklagten aus der ihr obliegenden und möglichen Steuerung der Vermietungsstruktur im Verhältnis zu den Bewohnern hinsichtlich des quantitativen und qualitativen Brandschutzes erhöhte Anforderungen ergeben. Eine solche in Betracht kommende Differenz zwischen dem, was die Kläger pachtvertraglich und die Beklagte mietvertraglich schulden, ginge zu Lasten der Beklagten.

II. An diesen Erwägungen hält der Senat fest. Die dagegen noch erhobenen Einwendungen der Beklagten geben keinen An-

lass zu abweichender Beurteilung. Der Senat hat nicht die von den Beklagten hervorgehobene Frage zu prüfen, ob ihr Vorhaben materiell baurechtswidrig ist. Maßgeblich ist, und darauf hat der Senat bereits hingewiesen, worauf sich die Parteien im vorausgegangenen Zivilprozess geeinigt hatten. Dort war zwischen ihnen höchst umstritten, welche Maßnahmen erforderlich sind, um den behördlichen Anforderungen an den Betrieb des betreuten Wohnens gerecht zu werden. Sie haben schließlich darauf verzichtet, diese Maßnahmen im Einzelnen zu bezeichnen und sich darauf geeinigt, dass die Kläger alle Maßnahmen auf ihre Kosten durchführen, so dass die Bauaufsichtsbehörde die Baugenehmigung erteilt. Diese Bedingung ist eingetreten, weshalb sich die Mietsache jetzt im vertragsgemäßen Zustand befindet. Die Brandschutzdefizite, die die Beklagten jetzt noch geltend machen, können nach dem hier maßgeblichen Zivilrecht nicht als vertragswidrig angesehen werden (vgl. BGH NJW 2005, 218 [= WuM 2004, 715]).

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

§§ 581, 536, 536c BGB

Gaststättenpacht; Verletzung der Mängelanzeigepflicht; Pachtzinsminderung wegen Feuchtigkeitsschäden mit Schimmelpilz

1. Verletzt der Mieter die Pflicht zur Anzeige von Mängeln, haftet er dem Vermieter nur, wenn die Anzeige zur unverzüglichen Mängelbeseitigung durch den Vermieter geführt hätte.

2. Feuchtigkeitsschäden, verbunden mit Schimmelpilzbildung, in einer Gaststätte und ihren Nebenräumen rechtfertigen jedenfalls eine Minderung des Pachtzinses um 50%.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. 7. 2009 – I-24 U 6/09)

Aus den Gründen: I. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg, § 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Das Landgericht [Kleve] hat auch den im Berufungsrechtszug noch weiterverfolgten Teil der Klage, nämlich die noch umstrittenen Pachten der Monate Juni 2006 bis August 2007 zu Recht als um 50% gemindert angesehen. Die dagegen vorgebrachten Berufungsgründe rechtfertigen keine der Klägerin günstigere Entscheidung.

Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen nimmt der Senat Bezug auf seinen Hinweisbeschluss vom 25. Juni 2009. Dort hat der Senat im Wesentlichen ausgeführt:

1. Die Ansicht der Klägerin, die Beklagte zu 1 (künftig: Beklagte) habe ihr Minderungsrecht aus § 536 BGB gemäß § 536c Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BGB verloren, weil sie die Mängel nicht unverzüglich nach deren Auftreten angezeigt habe, ist von Rechtsirrtum beeinflusst. Dabei kann der unter den Parteien geführte Streit darüber, ob die Beklagte die in Rede stehenden Mängel vor Februar 2006 der Klägerin angezeigt habe, auf sich beruhen. Auf diese Frage kommt es deshalb nicht an, weil ein in Betracht kommender Verstoß der Beklagten gegen die Anzeigepflicht nicht ursächlich dafür geworden ist, dass die (inzwischen unstreitig) bestehenden und für die Durchfeuchtung der Gaststättenräume verantwortlichen Baumängel nicht unverzüglich beseitigt worden sind (vgl. Senat OLGR Düsseldorf 2003, 2 = ZMR 2003, 21 m. w. Nachw.). Die Klägerin räumt selbst ein, dass sie erst 2007/2008, nämlich erst nach Einholung der Gutachten im vorliegenden, durch die Minderung der Pacht ab März 2006 veranlassten Prozess die Notwendigkeit erkannt habe, Sanierungsmaßnahmen zu ergreifen, die weit über das Maß hinausgehen, die sie nach Erlangung der Kenntnis von den der Durchfeuchtungen spätestens im Februar 2006 zunächst für ausreichend gehalten habe. Damit steht fest, dass die Klägerin die erforderlichen Maßnahmen nicht unverzüglich nach Kenntnisnahme von der Mangelhaftigkeit der Pachtsache durchgeführt hat, so dass eine frühere Kenntnis durch die entsprechende Anzeige der Beklagten nichts bewirkt hätte.

2. Aus den gleichen Gründen unschlüssig ist auch der Einwand der Klägerin, die Beklagte habe es versäumt, nach den im

Juni/Juli 2006 ergriffenen Behelfsmaßnahmen die Fortdauer der Durchfeuchtungen anzuzeigen. Im Übrigen übersieht die Klägerin, dass die Beklagte im vorliegenden Prozess, nämlich im Schriftsatz vom 23. August 2006 die „weiterhin bestehenden Feuchtigkeitsschäden“ angezeigt hat.

3. Der Senat teilt auch die Auffassung des Landgerichts, die Pacht sei infolge der diversen Mängel um 50% gemindert. Die Klägerin bagatellisiert unverändert die schweren Baumängel und deren Folgen, die ausweislich der Gutachten zu einer erheblichen Nutzungsbeeinträchtigung geführt haben, insbesondere auch zur Bildung von Schimmelpilz. In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, ob die Gäste (alle) Durchfeuchtungen wahrnehmen konnten. Abgesehen davon, dass auch die Gesundheit der persönlich haftenden Gesellschafter der Beklagten, der Beklagten zu 2 und 3, sowie deren Personal durch die Mangelfolgen beeinträchtigt worden ist, kommt es allein darauf an, wie der Wert der umstrittenen Gaststätte mit den festgestellten Mängeln im Verhältnis zu einer Gaststätte ohne diese Mängel zu bestimmen ist. Diesbezüglich weist das angefochtene Urteil keine durchgreifenden Mängel auf. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen.

II. An diesen Erwägungen hält der Senat fest. Die dagegen noch erhobenen Einwendungen der Klägerin geben keinen Anlass zu abweichender Beurteilung.

1a) Es ist jetzt unstreitig, dass die Klägerin erstmals im Januar 2008, also erst rund zwei Jahre (!) nach dem Zeitpunkt, zu dem sie von den Baumängeln erstmals erfahren haben will (Februar 2006), sich um deren wirkungsvolle Beseitigung bemüht hat. Damit steht fest, dass der von ihr behauptete Verstoß der Erstbeklagten gegen deren Obliegenheit zur Schadensanzeige (§ 536c BGB) nicht ursächlich dafür gewesen ist, dass sich in der hier maßgeblichen Zeit von Juni 2006 bis August 2007 die Mietsache nicht in vertragsgemäßem Zustand befunden hatte.

b) An diesem Befund ändert auch nichts die Behauptung, die Beklagte habe sich unter Verstoß gegen ihre vertraglich vereinbarte Pflicht (§ 9 Abs. 3 S. 1 Pachtvertrag) seit Februar 2008 geweigert, die von der Klägerin geschuldete Beseitigung der Mängel zu dulden. Dass eine solche spätere und andere Pflichtverletzung den Kausalverlauf in der hier maßgeblichen Zeit unbeeinflusst lässt, liegt rechtlich auf der Hand.

c) Die weitere Erwägung der Klägerin, die Beklagte hätte in gleicher Weise schon im Februar 2006 gegen ihre vertragliche Duldungspflicht verstoßen, wenn sie, die Klägerin, ihren vertraglichen Pflichten zur Beseitigung der Baumängel schon zu jener Zeit nachgekommen wäre, ist rechtlich irrelevant. Er unterstellt die Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung aus Verschulden der Beklagten. Dafür fehlt es an greifbaren Anhaltspunkten. Insbesondere scheidet der Einwand an der fehlenden Beweisführung im maßgeblichen Strengbeweisverfahren nach § 286 ZPO. Die Klägerin stellt nur Vermutungen darüber an, dass sich die Erstbeklagte schon im Februar 2006 einer Mängelbeseitigung widersetzt hätte. Dabei übersieht sie, dass erst ihr eigenes vorprozessuales und im Prozess über mehrere Jahre nachhaltig fortgesetztes vertragswidriges Verhalten zu der Verschärfung geführt hat, die jetzt evident die vertragliche Beziehung der Parteien kennzeichnet. Zwar werden die Beklagten gewärtigen müssen, zur vollen Pachtzahlung herangezogen zu werden, wenn und soweit die Mängelbeseitigung seit der Vorlage des Gutachtens B. auf einer Verletzung ihrer Duldungspflicht beruhen sollte. Das jüngste Geschehen lässt aber entgegen der Meinung der Klägerin nicht umstandslos den Rückschluss zu, die Beklagten hätten sich bereits im Februar 2006 in gleicher Weise unkooperativ verhalten, auch wenn sie, die Klägerin, sich ernsthaft und rückhaltlos zur Erfüllung ihrer Vermieterpflichten bekannt hätte.

2. Die erneuerten Einwendungen zur Höhe der Minderung sind unbegründet. Die Klägerin übersieht, dass es für die Bemessung des Grades der Gebrauchsbeeinträchtigung durch Feuchtigkeitseinwirkungen in einer Gaststätte weniger darauf

ankommt, ob ein festgestellter Schimmelpilzbefall aus objektiver Sicht bereits gesundheitsgefährlich ist. Maßgeblich ist vielmehr, welcher Eindruck sich beim Publikum einstellt. Dieses stellt in aller Regel und zu Recht an die hygienischen Standards einer Speisegaststätte hohe Anforderungen. Die Gebrauchstauglichkeit einer Speisegaststätte ist deshalb in hohem Maße beeinträchtigt, wenn, wie der Sachverständige B. noch beim ersten Ortstermin (27. 9. 2007) für die Kegelbahn festgestellt hat, „ein typischer Geruch vorhanden (war), der auf eine Schimmelbelastung hinwies“. Die gleichen Grundsätze gelten für den Saal. Zwar konnte dort ein typisch muffiger Geruch vom Sachverständigen nicht (mehr) festgestellt werden, der südliche Bereich des Saals war aber wasserbelastet und es waren die Folgen der Feuchtigkeitseinwirkungen sichtbar. Insgesamt macht eine solche Gaststätte auf das Publikum einen ungepflegten Eindruck mit der Folge, dass der Gebrauchswert erheblich herabgesetzt ist.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

Ann. d. Red.: Zu § 536c Abs. 2 BGB unscharf BGH WuM 2010, 679.

§ 543 BGB

Gewerberaummiete; fristlose Kündigung des Mieters; Zerstörung der Vertrauensgrundlage; Diffamierung des Gewerbebetriebs; Entbehrlichkeit der Abmahnung

Bei einem gewerblichen Mietverhältnis kann für den Mieter ein Recht zur fristlosen Kündigung gemäß § 543 Abs. 1 BGB bestehen, wenn der Vermieter gegenüber Dritten ohne berechtigtes Interesse Behauptungen aufstellt, die geeignet sind, den Gewerbebetrieb des Mieters nachhaltig zu beeinträchtigen, und deshalb die das Schuldverhältnis tragende Vertrauensgrundlage derart zerstört ist, dass dem Mieter unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses auch bei Anlegung eines strengen Maßstabes nicht mehr zugemutet werden kann.

(BGH, Urteil vom 15. 9. 2010 – XII ZR 188/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Mit Vertrag vom 30. Oktober 2006 mietete die Klägerin von der Beklagten Gewerberäume zum Betrieb eines „Wellness- und Seminarhauses“ auf die Dauer von zwei Jahren.

2 Mit Schreiben vom 4. April 2007 kündigte die Klägerin den Mietvertrag außerordentlich zum 30. April 2007 mit der Begründung, die Beklagte habe seit Beginn des Mietverhältnisses durch verschiedene Handlungen, vor allem durch herabsetzende Äußerungen, versucht, die Ausübung ihres Gewerbebetriebs zu stören.

3 Mit ihrer Klage beansprucht die Klägerin den Ersatz von kündigungsbedingten Kosten und Aufwendungen sowie die Freigabe der Kaution. Das Landgericht München II hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg.

4 Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre bisherigen Anträge weiter.

5 **Aus den Gründen:** Die vom Senat zugelassene Revision der Klägerin führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Oberlandesgericht.

6 I. Das Oberlandesgericht [München] hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, ein Grund zur außerordentlichen Kündigung sei nicht gegeben. Die von der Klägerin behaupteten Verstöße der Beklagten seien weder für sich genommen noch in einer Gesamtschau geeignet, bei Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum vereinbarten Ende für die Klägerin als unzumutbar erscheinen zu lassen. Im Übrigen fehle es für eine wirksame außerordentliche Kündigung bezüglich einzelner Verstöße an der gemäß § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB erforderlichen Abmahnung. Eine solche sei auch nicht gemäß § 543 Abs. 3 Satz 2 BGB entbehrlich gewesen.

7 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

8 1. 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).

9 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. 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 Tatumstände übersehen oder nicht vollständig gewürdigt oder Erfahrungssätze verletzt hat (Senatsurteil vom 21. März 2007 - XII ZR 36/05 - NJW-RR 2007, 886 [= GuT 2007, 130] Rn. 16).

10 2. Der Prüfung anhand dieses Maßstabs hält das Berufungsurteil nicht stand. Das Oberlandesgericht hat zu hohe Anforderungen an das Vorliegen eines wichtigen Grundes gestellt und damit den Maßstab für die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung überspannt.

11 a) Für eine Mietvertragspartei kann ein Recht zur fristlosen Kündigung gemäß § 543 Abs. 1 BGB bestehen, wenn infolge des Verhaltens des anderen Vertragsteils die Durchführung des Vertrages wegen der Zerstörung der das Schuldverhältnis tragenden Vertrauensgrundlage derart gefährdet ist, dass dem Kündigenden unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses auch bei Anlegung eines strengen Maßstabes nicht mehr zugemutet werden kann (Senatsurteile vom 23. Januar 2002 - XII ZR 5/00 - NJW-RR 2002, 946 und vom 10. April 2002 - XII ZR 37/00 - NJW-RR 2002, 947, 948; Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rn. 1030; Blank in Schmidt-Futterer Mietrecht 9. Aufl. § 543 BGB Rn. 163). Über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB ist auf Grund einer umfassenden Interessenabwägung zu entscheiden (Blank in Blank/Börstinghaus, Miete 3. Aufl. § 543 BGB Rn. 6; Grapentin in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiets 3. Aufl. IV Rn. 190 mwN). Hierfür sind die Interessen des Kündigenden an der Vertragsbeendigung und die Interessen der anderen Vertragspartei an der Fortdauer des Mietverhältnisses zu ermitteln und zu bewerten (Blank in Schmidt-Futterer aaO § 543 BGB Rn. 159; Emmerich in Emmerich/Sonnenschein Miete 9. Aufl. § 543 BGB Rn. 4). Frühere Vertragsverletzungen des Kün-

*Dokumentation,
Analyse, Entwicklung*

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

digungsgegners können berücksichtigt werden, selbst wenn diese für sich genommen eine Kündigung nicht rechtfertigen würden (Grapentin in Bub/Treier aaO IV Rn. 190 mwN; Müller in Müller/Walther Miet- und Pachtrecht (Stand 2010) C § 543 BGB Rn. 5).

12 b) Die von der Klägerin vorgetragene und unter Beweis gestellten Vorfälle lassen auf eine nachhaltige Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien schließen und sind daher zumindest in ihrer Gesamtheit geeignet, eine außerordentliche Kündigung gemäß § 543 Abs. 1 BGB zu begründen.

13 Nach dem Vortrag der Klägerin hat die Geschäftsführerin der Beklagten die Klägerin nicht nur gegenüber Dritten beleidigt, sondern auch versucht, durch missfällige Äußerungen und Verdächtigungen den Geschäftsbetrieb der Klägerin zu diffamieren. Die von der Klägerin bereits erstinstanzlich vorgetragene und in der Berufung wiederholte Behauptungen zu Äußerungen der Geschäftsführerin der Beklagten, wonach die Klägerin in den Geschäftsräumen „ein schlüpfriges Geschäft mit Sexspielchen“ oder „ein verdecktes Puff“ betreibe, sind ebenso wie die behauptete Äußerung, die Klägerin betreibe eine Sekte, geeignet, den Geschäftsbetrieb der Klägerin massiv zu beeinträchtigen. Sollte sich dieser Sachvortrag der Klägerin in einer Beweisaufnahme bestätigen, hätte die Beklagte, die sich das Verhalten ihrer Geschäftsführerin zurechnen lassen müsste (§ 31 BGB), ihre mietvertraglichen Pflichten in erheblichem Umfang verletzt. Denn im Rahmen der allgemeinen vertraglichen Treupflicht (§ 242 BGB) sind Vertragsparteien verpflichtet, alles zu unterlassen, was das Interesse des Vertragspartners an der Durchführung des Vertrages beeinträchtigen könnte, und alles zu tun, was notwendig ist, um die Erfüllung der vertraglich übernommenen Verpflichtung sicherzustellen (Senatsurteil vom 28. April 1982 - IVa ZR 8/81 - NJW 1983, 998, 999 mwN). Diese vertragliche Nebenpflicht wird verletzt, wenn eine Vertragspartei ohne anerkanntes Interesse Behauptungen in der Öffentlichkeit verbreitet, die geeignet sind, das Ansehen des Vertragspartners erheblich zu beeinträchtigen (vgl. Blank in Schmidt-Futterer aaO § 543 BGB Rn. 182).

14 Sollten sich daher die Behauptungen der Klägerin in einer Beweisaufnahme bestätigen, hätte ein ausreichender Grund zur außerordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses vorgelegen.

15 c) Soweit das Oberlandesgericht den entsprechenden Vortrag der Klägerin für nicht hinreichend schlüssig gehalten und daher von der Erhebung der angebotenen Beweise abgesehen hat, rügt die Klägerin zu Recht eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG).

16 aa) Ein Sachvortrag ist dann schlüssig, wenn Tatsachen vorgetragen werden, die in Verbindung mit einem Rechtsatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten, die den Zeitpunkt und den Vorgang bestimmter Ereignisse betreffen, ist nicht erforderlich, soweit diese Einzelheiten für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind. Die Ablehnung eines für eine beweishebliche Tatsache angetretenen Zeugenbeweises ist darüber hinaus nur dann zulässig, wenn die unter Beweis gestellten Tatsachen so ungenau bezeichnet sind, dass ihre Erheblichkeit nicht beurteilt werden kann, oder wenn sie zwar in das Gewand einer bestimmt aufgestellten Behauptung gekleidet, aber aufs Geratewohl gemacht, gleichsam „ins Blaue hinein“ aufgestellt, mit anderen Worten, aus der Luft gegriffen sind und sich deshalb als Rechtsmissbrauch darstellen (Senatsbeschluss vom 1. Juni 2005 - XII ZR 275/02 - NJW 2005, 2710, 2711).

17 bb) Gegen diese Grundsätze hat das Oberlandesgericht in mehreren Punkten verstoßen.

18 (1) Bereits in der Klageschrift hat die Klägerin ausreichend schlüssig vorgetragen, dass sich die Geschäftsführerin der Beklagten im Dezember 2006 gegenüber einer Verkäuferin eines benachbarten Geschäfts dahingehend geäußert habe, dass sie die Klägerin bis Sommer 2007 „aus dem Laden heraus habe“

und die Klägerin ein „schlüpfriges Geschäft mit Sexspielchen“ betreibe. Zum Beweis dieser Behauptung hat die Klägerin die Verkäuferin namentlich und mit ladungsfähiger Anschrift als Zeugin benannt.

19 (2) In einem weiteren erstinstanzlichen Schriftsatz hat die Klägerin ergänzenden Sachvortrag dazu gehalten, dass die Geschäftsführerin der Beklagten in der Öffentlichkeit verbreite, die Klägerin würde in ihren Geschäftsräumen einer Sektentätigkeit nachgehen bzw. ein „verdecktes Puff“ betreiben. Zum Beweis hierfür hat sie Zeugen angeboten, die eigene Wahrnehmungen zu den von ihr behaupteten Äußerungen der Geschäftsführerin der Beklagten gemacht haben sollen.

20 cc) Damit hat die Klägerin ihrer Darlegungslast genügt, so dass bereits das Landgericht die angebotenen Beweise hätte erheben müssen. Da die erstinstanzlich getroffenen Feststellungen somit unvollständig waren, hätte das Oberlandesgericht die notwendigen Tatsachenfeststellungen nachholen müssen (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Außerdem hätte das Oberlandesgericht bei seiner Entscheidung auch nicht unberücksichtigt lassen dürfen, dass die Beklagte noch nach Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz in einem vom Landgericht nachgelassenen Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vortragen ließ, die Klägerin betreibe „in rotem Lackleder rauchend vor ihrem Laden Werbung für ihr Haus“, ohne diese Behauptung näher zu konkretisieren oder unter Beweis zu stellen. Auch diese Äußerung, die sachlich in dem Schriftsatz nicht notwendig gewesen wäre und daher von dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten nur nebenbei erwähnt wurde, lässt Rückschlüsse auf das zerstörte Vertrauensverhältnis zwischen den Mietvertragsparteien zu.

21 3. Schließlich ist entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts die von der Klägerin erklärte außerordentliche Kündigung auch nicht bereits deshalb unwirksam, weil es an einer vorherigen Abmahnung fehlt. Kommt - wie im vorliegenden Fall - eine außerordentliche Kündigung wegen der Zerstörung der das Schuldverhältnis tragenden Vertrauensgrundlage in Betracht, bedarf die Kündigung keiner vorherigen Abmahnung. Zwar ist diese nach § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB grundsätzlich Voraussetzung, falls das Mietverhältnis wegen der Verletzung einer Pflicht aus dem Mietvertrag außerordentlich gekündigt werden soll. Bei einer Zerrüttungskündigung ist eine Abmahnung jedoch ausnahmsweise entbehrlich, weil die Vertrauensgrundlage auch durch eine Abmahnung nicht wiederhergestellt werden könnte (OLG Celle ZMR 2009, 192, 196; OLG Bremen GuT 2008, 37, 38; Wolf/Eckert/Ball aaO Rn. 1030; Schmidt-Futterer aaO § 543 BGB Rn. 164; Grapentin in Bub/Treier aaO IV Rn. 190 mwN).

22 III. Das angefochtene Urteil kann daher mit der gegebenen Begründung keinen Bestand haben. Auf die Revision der Klägerin ist es aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der Senat kann nicht abschließend entscheiden, weil es weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf und das Oberlandesgericht den unter Beweis gestellten Behauptungen der Klägerin wird nachgehen müssen. Sollten sich bei der durchzuführenden Beweisaufnahme die Behauptungen der Klägerin als wahr erweisen, wird das Oberlandesgericht im Rahmen der nach § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB vorzunehmenden Abwägung auch zu berücksichtigen haben, dass die Beklagte bereits kurz nach Beginn des Mietverhältnisses der Klägerin wiederholt mit einer außerordentlichen Kündigung gedroht und damit zum Ausdruck gebracht hat, selbst kein Interesse daran zu haben, dass das Mietverhältnis bis zum Ablauf der vereinbarten Frist fortdauert. Dafür spricht auch die von der Klägerin behauptete und unter Beweis gestellte Äußerung der Gesellschafterin der Beklagten, sie werde die Klägerin „bis Sommer 2007 aus dem Laden heraus haben“.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 556 BGB

**Gewerberaumiete; Betriebskosten; Terrorversicherung;
Sachversicherung; Grundsatz der Wirtschaftlichkeit;
Betriebsunterbrechungsversicherung**

Zur Umlagefähigkeit der Kosten für eine Terrorschadensversicherung im Rahmen eines Gewerberaummietvertrages.

(BGH, Urteil vom 13. 10. 2010 – XII ZR 129/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt von der beklagten Stadt W. die Zahlung anteiliger Kosten für eine Terrorschadensversicherung als Nebenkosten aus einem Gewerberaummietvertrag.

2 Die Beklagte mietete von der Klägerin mit Vertrag vom 27. September 2000 und Nachtrag vom 2. Dezember 2003 für den Betrieb städtischer Ämter zwei Bürogebäude mit insgesamt 22.139,13 qm in einem Gebäudekomplex in W., der einen Gesamtwert von ca. 286 Millionen € hat.

3 Nach § 3 Nr. 1 c des Mietvertrages war die Beklagte verpflichtet, die auf die Mietsache entfallenden Nebenkosten gemäß Anlage 3 zu § 27 2. Berechnungsverordnung (i.F. II. BV) zu tragen. Die Verteilung der Kosten für die Sach- und Haftpflichtversicherungen sollte nach der Größe der Mietfläche erfolgen. Die Beklagte verpflichtete sich, den durch Erhöhung oder Neueinführung von Betriebskosten eintretenden Mehrbetrag vom Zeitpunkt der Entstehung an zu tragen (§ 3 Nr. 2 des Mietvertrages).

4 Die Mietobjekte liegen unmittelbar neben dem Statistischen Bundesamt und in der Nähe von Einrichtungen des Landes Hessen sowie eines Fußballstadions.

5 Nachdem der Gebäudeversicherer des Gesamtkomplexes als Folge des Terroranschlags auf das World Trade Center vom 11. September 2001 keinen Rückversicherungsschutz mehr erhielt, war er nicht mehr bereit, die Gefahr von Schäden durch Terrorismus weiter in der Gebäudeversicherung mitzuversichern. Er erklärte deshalb mit Schreiben vom 26. September 2002 gegenüber der Klägerin eine entsprechende Änderungskündigung des Versicherungsvertrages. Die Klägerin schloss daraufhin ab 1. Januar 2003 eine Terrorversicherung bei der E. Versicherungs-AG ab, die damals die einzige Anbieterin von Terrorversicherungen auf dem deutschen Versicherungsmarkt war. Die Prämie für diese Versicherung betrug im Jahr 2003 87.113,68 € bei einer Gesamtversicherungssumme von 181.441.621 €, einer Jahreshöchstentschädigung von 100 Millionen € und einem Selbstbehalt von 1 Million €. Im Jahr 2004 betrug die Prämie im Hinblick auf die durch Fertigstellung eines weiteren Bauabschnitts erhöhte Gesamtversicherungssumme von 285.782.570,70 € bei gleich bleibender Jahreshöchstentschädigung und gleich bleibendem Selbstbehalt 139.993,13 €. Von diesen für die Jahre 2003 und 2004 angefallenen Prämien in Höhe von insgesamt 227.106,81 € entfielen auf die Beklagte anteilig 76.293,69 €. Diesen Betrag macht die Klägerin mit der Klage geltend.

6 Das Landgericht Wiesbaden hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht [OLG Frankfurt am Main] zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt.

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

8 I. Das Berufungsgericht, dessen Urteil in OLGR Frankfurt 2009, 889 veröffentlicht ist, hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Bei der erst nach Abschluss des Mietvertrages abgeschlossenen Terrorversicherung handele es sich um eine Sachversicherung, deren Kosten als Betriebskosten gemäß § 3 Nr. 1 c und Nr. 2 des Mietvertrages auf die Beklagte umgelegt werden könnten. Der Umstand, dass im Rahmen einer Terrorversicherung zusätzlich auch ein Betriebsunterbrechungsschaden mitversichert sei, stehe der Beurteilung als Sachversiche-

rung nicht entgegen, weil auch durch die Feuerversicherung, die allgemein als umlagefähige Sachversicherung angesehen werde, derartige Schäden mit umfasst seien.

9 Die Klägerin habe durch den Abschluss der Terrorversicherung den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit nicht verletzt. Ihre Entscheidung, eine solche Versicherung abzuschließen, sei nicht zu beanstanden. Dabei könne dahinstehen, ob der Abschluss einer Terrorversicherung für jedes beliebige Objekt unabhängig von dem Bestehen einer konkreten objektiven Gefahrenlage als sinnvoll gelten könne. Denn jedenfalls für das Mietobjekt als große architektonisch auffällige Gewerbeimmobilie in direkter Nähe zum Statistischen Bundesamt könne von einer gewissen Grundgefährdung ausgegangen werden. Auch die Höhe der zu zahlenden Prämien führe nicht dazu, dass der Abschluss einer Terrorversicherung unverhältnismäßig sei. Da die E. Versicherungs-AG der einzige Versicherer für Terrorversicherungen gewesen sei, könne eine Überhöhung der Prämie nicht festgestellt werden. Auch sei die Klägerin im Hinblick auf den Wert des Gebäudekomplexes nicht gehalten gewesen, den Umfang des Versicherungsschutzes auf eine Jahreshöchstentschädigungssumme von 50 Millionen € oder gar 25 Millionen € zu beschränken.

10 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung stand.

11 1. Zu Recht geht das Berufungsgericht davon aus, dass die von der Klägerin geltend gemachten Kosten für eine Terrorversicherung nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien grundsätzlich als Nebenkosten umgelegt werden können.

12 a) Die gemäß § 3 Nr. 1 c des Mietvertrages i.V.m. Anlage 3 zu § 27 II. BV umlagefähigen Betriebskosten umfassen gemäß deren Nr. 13 „die Kosten der Sach- und Haftpflichtversicherung. Hierzu gehören namentlich die Kosten der Versicherung des Gebäudes gegen Feuer-, Sturm- und Wasserschäden, der Glasversicherung, der Haftpflichtversicherung für das Gebäude, den Öltank und den Aufzug.“ Die Aufzählung ist nur beispielhaft und damit nicht abschließend. Unter Nr. 13 der Anlage 3 zu § 27 II. BV fallen somit grundsätzlich alle Sach- und Haftpflichtversicherungen, die dem Schutz des Gebäudes und seiner Bewohner und Besucher dienen.

13 Die Terrorversicherung gehört als Gebäudeversicherung (A § 3 Allgemeine Bedingungen für die Terrorversicherung) zu den Sachversicherungen.

14 b) Der Umlage der Kosten für die Terrorversicherung steht auch nicht entgegen, dass diese Kosten erst nach Mietvertragsabschluss durch einen gesondert abgeschlossenen Terrorversicherungsvertrag entstanden sind. Denn die Beklagte ist gemäß § 3 Nr. 2 des Mietvertrages verpflichtet, den Mehrbetrag, der durch die Erhöhung oder Neueinführung von Betriebskosten entsteht, vom Zeitpunkt der Entstehung an zu zahlen.

15 2. Entgegen der Ansicht der Revision verstößt die Umlage der Kosten für die Terrorversicherung auch nicht gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot.

16 a) Dieses Gebot bezeichnet die auf Treu und Glauben beruhende vertragliche Nebenpflicht des Vermieters, den Mieter nur mit Nebenkosten zu belasten, die erforderlich und angemessen sind (vgl. BGH, Urteil vom 28. November 2007 - VIII ZR 243/06 - NJW 2008, 440 [= WuM 2008, 29 = GuT 2008, 156 KL]; Schmidt-Futterer/Langenberg Mietrecht 9. Aufl. § 560 Rn. 73). Nur solche Kosten darf der Vermieter in Ansatz bringen.

17 Für die Wohnraummiete ist diese Verpflichtung in § 556 Abs. 3 Satz 1, § 560 Abs. 5 BGB und § 24 Abs. 2 Satz 1 II. BV und § 20 Abs. 1 Satz 2 NMV geregelt. Sie gilt gemäß § 242 BGB auch für die Geschäftsraummiete. Auch der Vermieter von Geschäftsräumen darf nach Treu und Glauben nur solche Kosten auf den Mieter umlegen, die dem Wirtschaftlichkeitsgebot genügen (KG Grundeigentum 2008, 122; Beyerle in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete 2. Aufl. Kap. 11 Rn. 9; Schmid Handbuch der Mietennebenkosten 11. Aufl. Rn.

1054; Langenberg Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummieta 5. Aufl. G Rn. 7; Fritz Gewerberaummieta 4. Aufl. Rn. 137 g; Beyer NZM 2007, 1, 2).

18 Zur Konkretisierung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes kann auf dessen Definition in § 20 Abs. 1 Satz 2 NMV und § 24 Abs. 2 der II. BV zurückgegriffen werden. Danach dürfen nur solche Kosten umgelegt werden, die bei gewissenhafter Abwägung aller Umstände und bei ordentlicher Geschäftsführung gerechtfertigt sind. Maßgebend ist somit der Standpunkt eines vernünftigen Vermieters, der ein vertretbares Kosten-Nutzen-Verhältnis im Auge behält (vgl. BGH, Urteil vom 28. November 2007 - VIII ZR 243/06 - NJW 2008, 440 [= WuM aaO. = GuT aaO.]; OLG Brandenburg WuM 2007, 510; Schmid Handbuch der Mietnebenkosten 11. Aufl. Rn. 1055 ff.). Dabei steht dem Vermieter ein Entscheidungsspielraum zu. Er ist nicht gehalten, stets die billigste Lösung zu wählen, sondern darf andere für eine ordnungsgemäße Bewirtschaftung relevante Kriterien, wie z. B. die Zuverlässigkeit des anderen Vertragspartners, mit in seine Entscheidungsfindung einbeziehen (vgl. Sternel Mietrecht aktuell 4. Aufl. Rn. V 337 a; MünchKomm/Schmid 5. Aufl. § 556 BGB Rn. 106).

19 b) Nachdem die Gebäudeversicherer aufgrund des Terroranschlags auf das World Trade Center nicht mehr bereit waren, für Gebäude mit einer Versicherungssumme von mehr als 25 Millionen € das Risiko eines Terroranschlags, das bis dahin als zu vernachlässigendes Risiko angesehen wurde und deshalb ohne zusätzliche Prämie in der Feuerversicherung mitversichert worden war, weiterhin kostenfrei mitzuversichern, stellte sich für die Gebäudeeigentümer die Frage, ob sie eine gesonderte Terrorschadensversicherung abschließen sollten. Eine solche Versicherung für Objekte mit einem Versicherungswert von mehr als 25 Millionen € bot nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im streitgegenständlichen Zeitraum nur die E. Versicherungs-AG an. Nach deren Allgemeinen Bedingungen für die Terrorversicherung (ATB) sind Terrorakte (A § 1 Nr. 2 ATB) jegliche Handlungen von Personen oder Personengruppen zur Erreichung politischer, religiöser, ethnischer oder ideologischer Ziele, die geeignet sind, Angst oder Schrecken in der Bevölkerung oder Teilen der Bevölkerung zu verbreiten und dadurch auf eine Regierung oder staatliche Einrichtungen Einfluss zu nehmen.

20 Entschließt sich der Eigentümer eines Gebäudes mit einem Versicherungswert von mehr als 25 Millionen €, eine Terrorversicherung abzuschließen, kann er die dadurch entstehenden Kosten allerdings nur dann auf die Mieter umlegen, wenn die Kosten dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit genügen, d.h. erforderlich und angemessen sind. Es muss daher für das jeweils versicherte Gebäude geprüft werden, ob eine Versicherung gegen Terrorakte im Einzelfall erforderlich und ob die konkret abgeschlossene Versicherung angemessen ist, d.h. ob ein vernünftiger Vermieter, der ein vertretbares Kosten-Nutzen-Verhältnis im Auge hat, die Versicherung abgeschlossen hätte.

21 c) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist davon auszugehen, dass ein vernünftiger Eigentümer eine mit erheblichen Kosten verbundene Terrorversicherung nur abschließen wird, wenn konkrete Umstände vorliegen, die die Gefahr eines Gebäudeschadens durch einen terroristischen Angriff begründen (Schmidt-Futterer/Langenberg 9. Aufl. Mietrecht § 556 Rn. 173; Beyerle in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummieta 2. Aufl. Kap. 11 Rn. 110; Langenberg Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummieta 5. Aufl. G Rn. 37, A Rn. 102; Wall in: Eisenschmid/Rips/Wall Rn. 3679; AG Pankow-Weißensee Grundeigentum 2009, 57; AG Spandau Grundeigentum 2005, 1255; Kinne Grundeigentum 2004, 1500; Lattka ZMR 2008, 929, 933). Ist dagegen ein Gebäudeschaden durch einen terroristischen Angriff unwahrscheinlich und kann ein solcher lediglich nicht mit letzter Sicherheit ausgeschlossen werden, entspricht es keiner vernünftigen Bewirtschaftung, dieses rein theoretische Risiko mit erheblichem finanziellem Aufwand abzusichern.

22 Die Gegenansicht (OLG Stuttgart NZM 2007, 247 [= GuT 2007, 89]; Schmid Handbuch der Mietnebenkosten 11. Aufl. Rn. 5271 b; Langheid, Rupietta NJW 2005, 3233, 3237) argumentiert, der Ort von Terroranschlägen sei nicht vorhersehbar, deshalb sei jedes Gebäude der Welt gefährdet und deshalb sei für jedes Gebäude eine Terrorversicherung erforderlich und angemessen. Dieses Argument überzeugt nicht. Ein wirtschaftlich denkender Eigentümer wird für die Versicherung eines fern liegenden Risikos keine erheblichen Kosten aufwenden. Denn zwischen Kosten und Nutzen besteht in diesen Fällen ein deutliches Ungleichgewicht.

23 d) Für welche Gebäude eine begründete Gefahr von Terroranschlägen besteht, lässt sich aus den Erfahrungen und den sich daraus ergebenden Motiven der Terroristen herleiten, die in der Definition von Terrorakten in den Allgemeinen Bedingungen für die Terrorversicherung ihren Niederschlag gefunden haben. Danach bezwecken die Angriffe eine Schwächung tragender staatlicher Strukturen durch die Verbreitung von Angst und Schrecken in der Bevölkerung. Zu den gefährdeten Gebäuden gehören deshalb insbesondere Gebäude mit Symbolcharakter (z. B. der Eiffelturm), Gebäude, in denen staatliche Macht ausgeübt wird (militärische Einrichtungen, Regierungs- und Parlamentsgebäude), Gebäude, vor allem in Großstädten oder Ballungszentren, in denen sich regelmäßig eine große Anzahl von Menschen aufhält (Bahnhöfe, Flughäfen, Touristenattraktionen, Sportstadien, Büro- oder Einkaufszentren), sowie Gebäude, die sich in unmittelbarer Nachbarschaft der genannten Gebäude befinden.

24 e) Im vorliegenden Fall liegen die Mietobjekte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in einem großen Gebäudekomplex mit außergewöhnlicher Architektur, der einen Wert von ca. 286 Millionen € hat. In den Mietobjekten sind städtische Ämter untergebracht. Der Gebäudekomplex befindet sich in unmittelbarer Nachbarschaft zum Statistischen Bundesamt und in der Nähe eines Fußballstadions. Angesichts der Art des Gebäudes, seiner Frequentierung, seiner Lage und seines Wertes ist, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, von einer Grundgefährdung des Gebäudes für Schäden durch Terroranschläge auszugehen. Der Abschluss einer Terrorversicherung war deshalb aus der Sicht eines vernünftigen Vermieters erforderlich, um bei Eintritt des Versicherungsfalls die Sachschäden an dem Gebäude abzusichern.

25 Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe bei seiner Feststellung, der Gebäudekomplex sei konkret gefährdet und liege in unmittelbarer Nähe zu einem gefährdeten Objekt, Sachvortrag der Beklagten übergangen, ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat lediglich die unstreitigen Umstände anders bewertet als die Beklagte.

26 f) Die Umlage der Terrorschadensversicherung verstößt auch nicht wegen der Höhe der Prämien gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot.

27 Eine Terrorversicherung bot nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im streitgegenständlichen Zeitraum für Objekte mit einem Versicherungswert von mehr als 25 Millionen € nur die E. Versicherungs-AG an. Die Klägerin konnte deshalb eine solche Versicherung nur bei dieser abschließen.

28 Entgegen der Ansicht der Revision war die Klägerin im Rahmen einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung nicht gehalten, zur Reduzierung der Prämien eine geringere Jahreshöchstentschädigung zu vereinbaren. Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, dass sich die von der Klägerin bei einem Gesamtgebäudewert von 181.441.621 € im Jahr 2003 und ca. 286 Millionen € im Jahr 2004 gewählte Jahreshöchstentschädigung von 100 Millionen € zur Deckung des Terrorrisikos innerhalb des dem Vermieter für ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis eröffneten Beurteilungsspielraums hält, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Eine Lebenserfahrung dahin, dass ein solcher Schaden bei einem Terroranschlag unwahrscheinlich ist, gibt es entgegen der Ansicht der Revision nicht.

29 3. Zwar weist die Revision zu Recht darauf hin, dass die Betriebsunterbrechungsversicherung, soweit sie in der Terrorversicherung enthalten ist, nicht das Sacherhaltungsinteresse absichert und deshalb auch nicht unter die von Nr. 13 Anlage 3 zu § 27 II. BV erfassten Sachversicherungen fällt.

30 Ausweislich der im Berufungsurteil in Bezug genommenen Versicherungsunterlagen besteht Deckungsschutz entsprechend den Anträgen der Klägerin, die den Versicherungsverträgen zugrunde liegen, nur für das Gebäude und nicht für eine Betriebsunterbrechung. Aus den nur allgemein gehaltenen Feststellungen im Berufungsurteil ergibt sich nichts Gegenteiliges. Ein Betriebsunterbrechungsschaden ist folglich nicht mitversichert. Deshalb können die gesamten Prämien für die Jahre 2003 und 2004 umgelegt werden.

31 4. a) Entgegen der Ansicht der Revision steht die zwölfmonatige Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB einer Geltendmachung der Kosten für die Terrorversicherung für die Jahre 2003 und 2004 nicht entgegen. Selbst wenn die Abrechnungen später als zwölf Monate nach Ablauf der jährlichen Abrechnungsfrist der Beklagten übersandt worden wären, wäre die Geltendmachung der Kosten durch die Klägerin nicht ausgeschlossen. Wie der Senat zwischenzeitlich entschieden hat (BGHZ 184, 117 [= GuT 2010, 25]), ist § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB auf die Geschäftsraummiete weder direkt noch analog anwendbar.

32 b) Die geltend gemachten Nebenkostenforderungen sind auch nicht verwirkt.

33 Die Annahme einer Verwirkung setzt neben dem Zeitablauf das Vorliegen besonderer Umstände voraus, aus denen sich ergibt, dass der Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat und nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde. Für solche besonderen Umstände liegen hier keine Anhaltspunkte vor.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 1056, 745 BGB

Gewerberaummiete; Tod des vermietenden Nießbrauchers; Kündigung der Eigentümer; Miterben des Nießbrauchers; Stimmenmehrheit der Bruchteilseigentümer zur Mietvertrags-Kündigung

1. Die Eigentümer eines mit einem Nießbrauch belasteten Grundstücks sind nach dem Tode des Nießbrauchers auch dann gemäß § 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB zur vorzeitigen Kündigung eines von dem Nießbraucher abgeschlossenen Mietvertrages berechtigt, wenn sie neben weiteren Personen Miterben des Nießbrauchers sind.

2. Bruchteilseigentümer können ein Mietverhältnis über das gemeinschaftliche Grundstück wirksam mit Stimmenmehrheit kündigen, wenn sich die Kündigung als Maßnahme einer ordnungsgemäßen Verwaltung gemäß § 745 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellt (im Anschluss an Senatsurteil BGHZ 183, 131 = FamRZ 2010, 119 ff. [= GuT 2010, 32]).

(BGH, Urteil vom 20. 10. 2010 – XII ZR 25/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin zu 1. betreibt ein Café mit Konditorei. Die Klägerin zu 2. ist Inhaberin eines Snack-Imbisses. Die Beklagten sind Miteigentümer des Anwesens, in dem sich die Geschäftsräume der Klägerinnen befinden.

2 Mit notariellem Vertrag vom 3. Dezember 1968 hatte die Mutter der Beklagten das Eigentum an der Immobilie auf die Beklagten sowie auf ihren weiteren Sohn F. übertragen, der seinen Miteigentumsanteil jedoch später auf den Beklagten zu 2. übertrug. Ihr selbst wurde ein lebenslanger Nießbrauch an dem Grundstück eingeräumt. Im Januar 1991 schloss die Mutter der Beklagten (nachfolgend: Nießbraucherin) mit den Klägerinnen unbefristete Mietverträge über die Geschäftsräume ab, in denen

ein ordentliches Kündigungsrecht des Vermieters ausgeschlossen wurde, solange dort ein Café, eine Konditorei oder eine Gaststätte betrieben wird.

3 Am 1. Juni 2004 verstarb die Nießbraucherin. Sie wurde von den Beklagten und ihrem weiteren Sohn F. beerbt.

4 Nachdem in der Folgezeit die Beklagten zu 1. und 2. Zweifel an der Wirksamkeit der Mietverträge geäußert hatten, forderten die Klägerinnen über ihren Bevollmächtigten die Beklagten unter Fristsetzung bis zum 10. November 2004 auf, die Wirksamkeit der Mietverträge zu bestätigen. Während der Beklagte zu 3. eine entsprechende Erklärung abgab, versuchten die Beklagten zu 1. und 2. im Umlaufverfahren eine Beschlussfassung der Miteigentümer zur Kündigung der Mietverhältnisse mit den Klägerinnen zum 31. Dezember 2004 zu erreichen. Der Beklagte zu 3. teilte den Beklagten zu 1. und 2. jedoch mit, dass er einer Kündigung der Mietverträge nicht zustimme.

5 Dennoch erklärten die Beklagten zu 1. und 2., die zusammen über 9/16 der Miteigentumsanteile an dem Mietgrundstück verfügten, mit Schreiben vom 20. Dezember 2004 „im Namen der Eigentümergemeinschaft“ gegenüber den Klägerinnen die Kündigung der Mietverhältnisse.

6 Mit ihrer Klage haben die Klägerinnen u. a. die Feststellung begehrt, dass die ausgesprochenen Kündigungen unwirksam seien und die mit ihnen bestehenden Mietverhältnisse ungekündigt fortbestünden. Das Landgericht Kiel hat die Klage vollständig abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerinnen hat das Berufungsgericht [OLG Schleswig] unter Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung und Zurückweisung der Berufung im Übrigen die Feststellung getroffen, dass die zwischen den Klägerinnen und der Nießbraucherin abgeschlossenen Mietverträge (vorbehaltlich der Kündigungen vom 20. Dezember 2004) wirksam sind.

7 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision möchten die Klägerinnen die Feststellung erreichen, dass die Kündigungen vom 20. Dezember 2004 unwirksam sind und den Beklagten ein gesetzliches Kündigungsrecht nicht zusteht.

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

9 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung ausgeführt, dass der Mietvertrag zwischen den Klägerinnen und der Mutter der Beklagten wirksam zu Stande gekommen und durch den Tod der Mutter der Beklagten nicht beendet worden sei. Vielmehr seien die Beklagten als Eigentümer des Grundstücks gemäß §§ 1056 Abs. 1, 566 Abs. 1 BGB in die von der Nießbraucherin abgeschlossenen Mietverträge eingetreten. Sie seien daher berechtigt gewesen, die Mietverträge gemäß § 1056 Abs. 2 BGB zu kündigen. Dem stehe nicht entgegen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes das Kündigungsrecht des Eigentümers aus § 1056 Abs. 2 BGB dann ausgeschlossen sein könne, wenn der Eigentümer gleichzeitig Alleinerbe des verstorbenen Nießbrauchers und daher bereits im Wege der Erbfolge Vertragspartner des Mieters geworden sei. Im vorliegenden Fall fehle es jedoch an der Personenidentität zwischen dem Eigentümer des mit dem Nießbrauch belasteten Grundstücks und dem Erben der Nießbraucherin. Im Zeitpunkt des Erbfalls seien Eigentümer des belasteten Grundstücks die Beklagten als Bruchteilseigentümer gewesen. Erben der Nießbraucherin seien dagegen die Beklagten zu 1. bis 3. sowie der weitere Sohn F. als Miterbengemeinschaft. Zudem berücksichtige die vom Bundesgerichtshof vertretene Auffassung, die in der Literatur überwiegend auf Zustimmung gestoßen sei, nicht, dass im Falle des Todes des Nießbrauchers gemäß §§ 1056 Abs. 1, 566 Abs. 2 BGB die Erben lediglich wie selbstschuldnerische Bürgen für die Erfüllung der mietvertraglichen Pflichten durch den Eigentümer haften würden. Schließlich hätten die Beklagten zu 1. und 2. bei der Erklärung der Kündigung den Beklagten zu 3. wirksam vertreten, weil eine wirksame Beschlussfassung der Bruchteilseigentümergeinschaft nach § 745 Abs. 1 BGB vorgelegen habe.

10 II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revisionsinstanz stand. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Beklagten die Mietverhältnisse mit Schreiben vom 20. Dezember 2004 wirksam gekündigt haben.

11 1. Die Beklagten waren nach dem Tode der Nießbraucherin gemäß § 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB zur Kündigung der Mietverträge berechtigt.

12 a) Hat ein Nießbraucher ein Grundstück über die Dauer des Nießbrauchs hinaus vermietet oder verpachtet, so finden gemäß § 1056 Abs. 1 BGB nach Beendigung des Nießbrauchs die für den Fall der Veräußerung von vermietetem Wohnraum geltenden Vorschriften der §§ 566, 566 a, 566 b Abs. 1 BGB und der §§ 566 c bis 566 e, 567 b BGB entsprechende Anwendung. Daraus folgt, dass in diesem Fall der Eigentümer des belasteten Grundstücks nach Beendigung des Nießbrauchs anstelle des Nießbrauchers in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten eintritt (§ 1056 Abs. 1 i. V. m. § 566 Abs. 1 BGB). Dadurch soll verhindert werden, dass der Mieter sein vom Nießbraucher abgeleitetes Besitzrecht (§ 986 Abs. 1 Satz 1 BGB) mit dem Ende des Nießbrauchs verliert (MünchKommBGB/Pohlmann 5. Aufl. § 1056 Rn. 1). Denn das rechtliche Schicksal eines auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Mietvertrages ist vom Bestand des Nießbrauchs grundsätzlich unabhängig (BGHZ 109, 111 = NJW 1990, 443, 444 [= WuM 1990, 29]; MünchKommBGB/Pohlmann 5. Aufl. § 1056 Rn. 8; aA Erman/Ronke BGB 7. Aufl. § 1056 Rn. 1). Ein von einem Nießbraucher abgeschlossener Mietvertrag besteht daher fort, wenn der Nießbrauch durch den Tod des Nießbrauchers endet (BGH aaO).

13 b) Abweichend von den allgemeinen mietrechtlichen Regelungen gewährt § 1056 Abs. 2 BGB dem Grundstückseigentümer jedoch das Recht, das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen. Dieses außerordentliche Kündigungsrecht trägt dem Umstand Rechnung, dass der Grundstückseigentümer gem. §§ 1056 Abs. 1, 566 Abs. 1 BGB in ein Mietverhältnis eintreten muss, an dem er ursprünglich nicht beteiligt war. Ihm soll die Möglichkeit gegeben werden, sich von diesem Vertrag, der ihm - vergleichbar einem Vertrag zu Lasten Dritter - durch die Regelung der §§ 1056 Abs. 1, 566 Abs. 1 BGB „aufgedrängt“ worden ist, zu lösen.

14 c) Nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum scheidet ein vorzeitiges Kündigungsrecht des Eigentümers nach § 1056 Abs. 2 BGB jedoch aus, wenn er persönlich an den Mietvertrag gebunden ist, etwa weil er den Mietvertrag schon selbst vor Bestellung des Nießbrauchs abgeschlossen hatte und der Nießbraucher für die Dauer seines Rechts in den Mietvertrag eingetreten war (§ 567 Satz 1 i. V. m. § 566 Abs. 1 BGB) oder wenn der Eigentümer dem vom Nießbraucher abgeschlossenen Mietvertrag persönlich beigetreten ist (BGHZ 109, 111 = NJW 1990, 443, 445 [= WuM 1990, 29] mwN; MünchKommBGB/Pohlmann 4. Aufl. § 1056 Rn. 15 mwN.; Staudinger/Frank BGB <Stand: 2009> § 1056 Rn. 21). Dasselbe gelte auch, wenn der Grundstückseigentümer den Nießbraucher als Alleinerbe beerbt habe, da er in diesem Fall nach erbrechtlichen Grundsätzen durch Universalsukzession unmittelbarer Vertragspartner des Mieters geworden sei und daher bereits gemäß §§ 1967 Abs. 1, 1922 BGB erbrechtlich für die Erfüllung des Mietvertrages als Nachlassverbindlichkeit hafte (BGH aaO; LG Stuttgart NJW-RR 1989, 1171, 1172; Staudinger/Frank BGB <Stand: 2009> § 1056 Rn. 22; Erman/Michalski BGB 12. Aufl. § 1056 Rn. 2; Prütting/Wegen/Weinreich/Eickmann BGB 5. Aufl. § 1056 Rn. 2; Jauernig BGB 13. Aufl. § 1056 Rn. 1). Können der Erbe nämlich in diesem Fall den Miet- oder Pachtvertrag gemäß § 1056 Abs. 2 BGB kündigen, würde sich eine zu Gunsten des Mieters erlassene Schutzvorschrift in ein durch nichts gerechtfertigtes Haftungsprivileg des Erben verkehren (BGH aaO).

15 d) Die letztgenannte Auffassung, die im Schrifttum auf Kritik gestoßen ist (ausführlich Wacke in Festschrift Gernhu-

ber 1993, 489, 521 ff.; Schubert JR 1990, 419, 420; ein Kündigungsrecht bejahend MünchKommBGB/Pohlmann 4. Aufl. § 1056 Rn. 16 ff.; RGRK-Rothe BGB 12. Aufl. § 1056 Rn. 3; Enneccerus-Wolff/Raiser § 118 I Fn. 8), steht im vorliegenden Fall dem Kündigungsrecht der Beklagten jedoch nicht entgegen. Denn das Kündigungsrecht gemäß § 1056 Abs. 2 BGB entfällt zumindest dann nicht, wenn zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erben des Nießbrauchers keine Personenidentität besteht, etwa weil - wie im hier zu entscheidenden Fall - die Miteigentümer des belasteten Grundstücks Teil einer noch weitere Personen umfassenden Miterbengemeinschaft sind.

16 aa) Der Zweck des § 1056 Abs. 2 BGB rechtfertigt es, dem Grundstückseigentümer das außerordentliche Kündigungsrecht jedenfalls dann zu verwehren, wenn er nicht nur im Wege des gesetzlichen Vertragsübergangs nach §§ 1056 Abs. 1, 566 BGB in den Mietvertrag eingetreten, sondern darüber hinaus an dem Mietverhältnis persönlich beteiligt ist, weil er selbst vor Bestellung des Nießbrauchs das Mietverhältnis eingegangen (vgl. §§ 567 Satz 1, 566 BGB) oder er dem Mietvertrag zu einem späteren Zeitpunkt beigetreten ist (MünchKommBGB/Pohlmann 4. Aufl. § 1056 Rn. 15). In diesen Fällen wird der Grundstückseigentümer nicht ohne sein Einverständnis in einen zwischen dritten Personen abgeschlossenen Mietvertrag hineingedrängt. Er hat vielmehr durch seine eigene schuldrechtliche Beteiligung an dem Mietvertrag gegenüber dem Mieter den Eindruck erweckt, dass das Mietverhältnis unabhängig vom Bestand des Nießbrauchs fortbesteht.

17 bb) Eine vergleichbare Situation ergibt sich, wenn der alleinige Grundstückseigentümer Alleinerbe des Nießbrauchers ist. Zwar ist dieser dem Mieter weder bei Abschluss des Mietvertrages noch zu einem anderen Zeitpunkt während des laufenden Mietverhältnisses als Vertragspartner begegnet, so dass der Mieter nicht darauf vertrauen konnte, dass nach dem Tode des Nießbrauchers das Mietverhältnis bis zu dem vereinbarten Ende fortbestehen bleibt. Ist der Erbe des Nießbrauchers allerdings - ausnahmsweise - tatsächlich in der Lage, die Gebrauchsüberlassungspflicht des § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB zu erfüllen, weil er unabhängig von seiner erbrechtlichen Stellung Eigentümer des Mietgrundstücks ist, ist es gerechtfertigt, ihm das außerordentliche Kündigungsrecht aus § 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB zu verwehren. Dafür spricht zwar nicht eine besondere Schutzwürdigkeit des Mieters. Für ihn dürfte es meist ein bloßer Zufall sein, dass sein Vertragspartner gerade von dem oder den Eigentümern des Mietgrundstücks beerbt wurde. Vereinigen sich jedoch die mietrechtlichen Verpflichtungen mit der tatsächlichen Möglichkeit, diese zu erfüllen, in einer Person, wie es der Fall ist, wenn der Grundstückseigentümer Alleinerbe des Nießbrauchers ist, wäre es treuwidrig (§ 242 BGB), wenn sich der Grundstückseigentümer auf die formalen Rechtspositionen berufen und das Mietverhältnis gemäß § 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB kündigen könnte. Dafür spricht auch der Rechtsgedanke des § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 3 BGB, wonach die Verfügung eines Nichtberechtigten wirksam wird, wenn er von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet (vgl. Wacke in Festschrift Gernhuber 1993, 489, 524 f.).

18 e) Im vorliegenden Fall konnten die Beklagten daher die Mietverträge gemäß § 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB kündigen. Die Nießbraucherin wurde nicht von den Beklagten allein, sondern auch von ihrem weiteren Sohn F. beerbt. Die Beklagten bilden daher zusammen mit F. eine Miterbengemeinschaft (§ 2032 Abs. 1 BGB), die für gemeinschaftliche Nachlassverbindlichkeiten, zu denen auch die Verpflichtungen aus dem Mietvertrag, soweit sie nach dem Erlöschen des Nießbrauchs auf die Erben übergegangen sind, gehören, gemäß § 2058 BGB als Gesamtschuldner haftet. Allerdings ist das Mietgrundstück nicht in den Nachlass gefallen, weil es bereits zuvor von der Nießbraucherin an ihre Söhne übereignet worden war. Die aus den Beklagten und F. bestehende Miterbengemeinschaft könnte daher die Gebrauchsgewährungspflicht aus § 535 Abs. 1 BGB aus tatsächlichen Gründen nicht erfüllen. Sind jedoch die Beklagten auf-

grund ihrer erbrechtlichen Stellung nicht verpflichtet, den Klägerinnen den Gebrauch der Mietsache zu gewähren, besteht kein Grund, ihnen als Miteigentümern des Mietgrundstücks die Kündigungsmöglichkeit nach § 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB zu verwehren.

19 2. Die Beklagten zu 1. und 2. haben den Beklagten zu 3. bei Abgabe der Kündigungserklärung auch wirksam vertreten.

20 a) Nach § 745 Abs. 1 Satz 1 BGB kann bei einer Bruchteilsgemeinschaft durch Stimmenmehrheit eine der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstandes entsprechende ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung beschlossen werden. Es entspricht höchstrichterlicher Rechtsprechung und allgemeiner Ansicht im Schrifttum, dass als Maßnahme einer ordnungsmäßigen Verwaltung und Benutzung, die unter den Voraussetzungen des § 745 Abs. 1 BGB mehrheitlich getroffen werden kann, auch die Kündigung eines Pacht- oder Mietverhältnisses des gemeinschaftlichen Grundstücks anzusehen ist (BGH Beschluss vom 26. April 2010 - II ZR 159/09 - NZG 2010, 938, 939 [= GuT 2010, 235] mwN; Senatsurteil BGHZ 183, 131 = FamRZ 2010, 119 [= GuT 2010, 32] Rn. 27 zur Kündigung eines Mietverhältnisses durch eine Erbengemeinschaft; Staudinger/Langhein BGB «Stand 2008» § 745 Rn. 6; MünchKommBGB/Schmidt 5. Aufl. §§ 744, 745 Rn. 5; Palandt/Sprau BGB 69. Aufl. § 745 Rn. 2). Zwar stellt die Kündigung eines Miet- oder Pachtverhältnisses durch die Bruchteilseigentümergeinschaft eine Verfügung dar (vgl. Senatsurteil BGHZ 183, 131 = FamRZ 2010, 119 [= GuT 2010, 32] Rn. 13; BGH Urteil vom 28. April 2006 - LwZR 10/05 - FamRZ 2006, 1026 [= GuT 2006, 142]). Jedoch können auch Verfügungen, sofern sie Maßnahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung darstellen, als Mehrheitsentscheidungen nach § 745 Abs. 1 BGB getroffen werden (Senatsurteil BGHZ 183, 131 = FamRZ 2010, 119 [= GuT 2010, 32] Rn. 27; BGH Beschluss vom 26. April 2010 - II ZR 159/09 - NZG 2010, 938, 939 [= GuT 2010, 235] mwN). Liegt ein gültiger Mehrheitsbeschluss (§ 745 Abs. 1 Satz 2 BGB) vor, verleiht dieser den im Außenverhältnis tätigen Gemeinschaftlern die notwendige Vertretungsmacht, um den Beschluss zu vollziehen (BGHZ 56, 47, 49 f.; MünchKommBGB/Schmidt 5. Aufl. § 745 Rn. 31).

21 b) Danach war die durch die Beklagten zu 1. und 2., die über die Mehrheit der Anteile der Eigentümergemeinschaft verfügten, erklärte Kündigung wirksam. Dazu, dass die Kündigung des Pachtverhältnisses nicht einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Grundstücks entsprach, hat das Berufungsgericht, von der Revision nicht beanstandet, keine Feststellungen getroffen. Durch die Kündigung hat die Eigentümergemeinschaft vielmehr die Möglichkeit erhalten, das Grundstück zu den aktuellen marktüblichen Bedingungen zu vermieten und damit einen höheren Ertrag zu erzielen (vgl. Senatsurteil BGHZ 183, 131 = FamRZ 2010, 119 [= GuT 2010, 32] Rn. 38).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 306a StGB

**Schwere Brandstiftung;
Textilreinigung im Einkaufs- und Freizeitzentrum; EKZ;
„Räumlichkeit“ im Gebäudekomplex;
Versicherungsbetrug**

Zum Begriff der Räumlichkeit in einem komplexen Einkaufs- und Freizeitzentrum als Tatbestandsmerkmal der schweren Brandstiftung.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 15. 9. 2010 – 2 StR 236/10)

1 **Aus den Gründen:** Das Landgericht [Wiesbaden] hat die Angeklagte wegen versuchter besonders schwerer Brandstiftung in Tateinheit mit fahrlässiger Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion und mit Beihilfe zum versuchten Betrug zu einer

Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Die Angeklagte rügt mit ihrer Revision die Verletzung formellen und materiellen Rechts.

2 Das Rechtsmittel hat mit der Sachbeschwerde Erfolg, so dass es eines Eingehens auf die Verfahrensrüge nicht bedarf.

3 1. Nach den Feststellungen des Landgerichts gewannen die Eheleute G. die Angeklagte sowie den gesonderten verfolgten Go. dazu, die von ihnen im Einkaufszentrum E. betriebene Textilreinigung in Brand zu setzen. Bei dem E. handelt es sich um ein Einkaufs- und Freizeitzentrum mit Tiefgarage, einer angegliederten Ladenstraße sowie einem Bäderteil mit Restaurant. In dem Teil der Ladengalerie, in dem auch die Reinigung gelegen ist, befindet sich zudem ein Fitness-Studio, das bis Mitternacht geöffnet hat.

4 Gemäß dem gemeinsamen Tatplan betrat die Angeklagte am 3. März 2007 um 21. 38 Uhr das Einkaufszentrum. Sie hielt sich anschließend rund 40 Minuten in der Reinigung auf, wobei sie in telefonischem Kontakt mit Go. stand, der die Ladenstraße auf und ab ging und auf Wachmänner und Passanten achtete. Nachdem die Angeklagte in der Reinigung an zwei Stellen Feuer gelegt hatte, kam es gegen 22. 30 Uhr zu einer explosionsartigen Verpuffung, die sämtliche Fenster hin zur Ladenpassage beschädigte. Ein Ausbreiten des Brandes wurde durch die einsetzende Sprinkleranlage verhindert. Die Eheleute G. meldeten den Schaden, wie zuvor geplant, ihrer Versicherung.

5 2. Soweit die Strafkammer die Angeklagte wegen versuchter besonders schwerer Brandstiftung gemäß § 306a Abs. 1 Nr. 3, § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB verurteilt hat, hält dies rechtlicher Überprüfung nicht stand. Die Kammer hat keine ausreichenden Feststellungen hinsichtlich der Voraussetzungen des § 306a Abs. 1 Nr. 3 StGB getroffen.

6 Die Reinigung, in der die Angeklagte den Brand gelegt hat, stellt als solche keine Räumlichkeit im Sinne des § 306a Abs. 1 Nr. 3 StGB dar, da sich dort zur Nachtzeit keine Menschen aufzuhalten pflegten. Nach Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Tatbestand des § 306a Abs. 1 Nr. 3 StGB indes auch dann erfüllt sein, wenn ein einheitliches zusammenhängendes Gebäude nur zu einem Teil Räumlichkeiten enthält, die zum zeitweisen Aufenthalt von Menschen dienen. Ausschlaggebend für die „Einheitlichkeit“ des Gebäudes ist allein seine bauliche Beschaffenheit. Insoweit genügt es nicht, wenn eine Räumlichkeit „angebaut“ ist, unmittelbar angrenzt oder sich in räumlicher Nähe befindet (BGHSt 35, 283, 285; BGH NSStZ 1991, 433). Erforderlich ist insbesondere, dass zwischen den verschiedenen Gebäudeteilen eine Verbindung besteht, beispielsweise durch ein gemeinsames Treppenhaus (BGHSt 34, 115, 120), einen gemeinsamen Flur oder ineinander übergehende Räume (BGHSt 35, 283, 286; Wolff LK, 12. Aufl. StGB § 306a Rn. 12, 21 mwN). Gegen ein einheitliches Gebäude kann das Vorhandensein einer Brandmauer, besonderer sonstiger Brandschutzvorrichtungen oder einer nur ausnahmsweise, unter Beseitigung besonderer Schutzvorrichtungen benutzbaren Verbindung sprechen (BGHSt 35, 283, 286).

7 Ob sich die Reinigung vorliegend mit einer zum Aufenthalt von Menschen dienenden Räumlichkeit in einem einheitlichen Gebäude befand, lässt sich den Feststellungen der Kammer nicht hinreichend deutlich entnehmen. Das Fitness-Studio - auf das die Strafkammer offensichtlich abstellt - liegt zwar im gleichen Teil der „Ladengalerie“, in dem sich auch die Reinigung befindet. Weitergehende Feststellungen zur baulichen Beschaffenheit, die eine Bewertung der Einheitlichkeit des Gebäudes zulassen, fehlen indes. Aufgrund der Feststellungen erscheint es zwar möglich, dass das Fitness-Studio mit der Reinigung über einen gemeinsamen Korridor verbunden ist; dies jedenfalls dann, wenn die Kammer den Begriff „Ladengalerie“ als Korridor und nicht etwa als Baukomplex als solcher verstanden haben will. Dagegen spricht allerdings, dass sie den unmittelbar an die Reinigung angrenzenden Teil, der vorliegend als gemeinsamer Korridor in Betracht käme, abweichend als

„Ladenpassage“ bezeichnet. Unabhängig davon bleibt offen, ob diese vor der Reinigung befindliche Passage allseits abgeschlossen ist und damit überhaupt ein verbindender Raum sein kann. Dies ergibt sich - entgegen der Annahme des Generalbundesanwalts - auch nicht aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsfeststellungen, weshalb auch die Annahme, die Ladenpassage selbst könne eine „Räumlichkeit“ im Sinne des § 306a Abs. 1 Nr. 3 StGB sein, nicht von den Feststellungen getragen wird. Dafür fehlt jeglicher Hinweis. Gegen eine allseits abgeschlossene Passage spricht vielmehr, dass die Kammer - offensichtlich synonym gemeint - insoweit auch von einer „Ladenstraße“ spricht.

8 3. Da weitergehende Feststellungen nicht ausgeschlossen sind, war die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Die Aufhebung erfasst auch die an sich rechtsfehlerfreie Verurteilung wegen fahrlässiger Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion und Beihilfe zum versuchten Betrug, da diese mit dem Brandstiftungsdelikt in Tateinheit stehen.

**§§ 1, 2, 4, 5 NiSchG NRW
Rauchverbot; Gaststätte im Laufbereich eines
Arcaden-Einkaufszentrums EKZ**

Das Rauchverbot nach § 4 Abs. 1 Satz 1 NiSchG NRW gilt auch für eine Gaststätte, die offen im Laufbereich eines Einkaufszentrums liegt, soweit dieser Bereich von Wänden und Decken umschlossen ist. Dabei muss es sich nicht um die „eigenen“ Wände und Decken der Gaststätte handeln.

(OVG Münster, Beschluss vom 11. 11. 2009 – 4 B 512/09)

Zum Sachverhalt: Der Antragsteller betreibt eine Café-Bar, die offen im Laufbereich der X-Arcaden, eines Einkaufszentrums, liegt. Der Antragsgegner gab dem Antragsteller unter Androhung der sofortigen Vollziehung auf, das Rauchen in seiner Gaststätte zu unterbinden und das Warnzeichen „Rauchen verboten“ auf den Tischen aufzustellen oder im Thekenbereich der Gaststätte anzubringen. Das VG Köln gab dem Antrag des Antragstellers auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes statt. Die dagegen gerichtete Beschwerde des Antragsgegners hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Nach der im vorliegenden Verfahren allein möglichen summarischen Prüfung spricht alles dafür, dass sich die Ordnungsverfügung des Antragsgegners in einem Klageverfahren als rechtmäßig erweist (a). Eine dies zugrunde legende Abwägung des Suspensivinteresses des Antragstellers einerseits und der für die Vollziehung der Ordnungsverfügung streitenden öffentlichen Interessen andererseits geht zu Lasten des Antragstellers aus (b).

a) Vorbehaltlich einer endgültigen Klärung in einem etwaigen Hauptsacheverfahren geht der Senat davon aus, dass das gesetzliche Rauchverbot nach § 4 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes zum Schutz von Nichtraucherinnen und Nichtrauchern in Nordrhein-Westfalen (Nichtraucherschutzgesetz NRW – NiSchG NRW), zuletzt geändert durch Gesetz vom 30. 6. 2009 (GV. NRW. S. 390), auch für den Gaststättenbetrieb des Antragstellers gilt, der in der Lauffläche des Einkaufszentrums liegt. Auf die Frage, ob es sich bei dem Einkaufszentrum um eine Freizeiteinrichtung i. S. v. § 2 Nr. 5 NiSchG NRW handelt – was zweifelhaft erscheint –, kommt es deshalb nicht an.

Das Gesetz ist in seiner aktuellen Fassung zugrunde zu legen, weil es sich bei der streitigen Ordnungsverfügung um einen Dauerverwaltungsakt handelt, für dessen Beurteilung im vorliegenden Anfechtungsrechtsstreit der Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung maßgeblich ist (vgl. etwa Wolff, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., § 113 Rn. 116, m. w. N.).

Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 NiSchG NRW besteht in Gaststätten, d. h. in Schank- und Speisewirtschaften, unabhängig von der

Betriebsart, Größe und Anzahl der Räume (§ 2 Nr. 7 NiSchG NRW), Rauchverbot. Das Rauchverbot gilt allerdings nur, soweit sich die Gaststätte in einem Gebäude oder einem sonstigen vollständig umschlossenen Raum befindet. Dies folgt aus § 1 Abs. 1 Satz 1 NiSchG NRW. Die Formulierung der letztgenannten Norm bringt dabei zum Ausdruck, dass sich die im Gesetz aufgeführten Rauchverbote grundsätzlich auf alle umschlossenen Räume erstrecken (so ausdrücklich auch die Gesetzesbegründung, LT-Drs. 14/4834, S. 17), und dem Begriff „Gebäude“ in § 1 Abs. 1 Satz 1 NiSchG NRW lediglich die Bedeutung eines Regelbeispiels zukommt (vgl. Reich, Nichtraucherschutzgesetz, 2008, § 1 Rn. 2).

Das Rauchverbot für Gaststätten erfasst danach sämtliche Schank- und Speisewirtschaften in Räumen, die durch Wände und Decke umschlossen sind (vgl. zu Letzterem Reich, a. a. O.). Dabei muss es sich nicht um die „eigenen“ Wände und Decken der Gaststätte handeln. Dass der Betrieb der Gaststätte den gesamten umschlossenen Raum einnimmt, setzt der Gesetzeswortlaut nämlich nicht voraus; das Rauchverbot nach § 4 Abs. 1 Satz 1 NiSchG NRW erfasst gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 NiSchG NRW vielmehr auch solche Schank- und Speisewirtschaften, die nur auf Teilflächen eines umschlossenen Raumes betrieben werden. Denn auch eine solche Gaststätte befindet sich „in“ einem umschlossenen Raum, wie es § 1 Abs. 1 Satz 1 NiSchG NRW verlangt (a. A. zu der im Wortlaut allerdings abweichende Regelung des Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Bayerisches Gesundheitsschutzgesetz OLG Bamberg, Beschluss vom 12. 8. 2009 – 2 Ss OWi 795/09 –, LexisNexis).

Eine andere Betrachtung gebieten weder der Regelungszweck noch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Das Nichtraucherschutzgesetz NRW soll vor Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen zu schützen (vgl. LT-Drs. 14/4834, S. 1). Diese Gefahren bestehen in besonderem Maße, wenn in umschlossenen Räumen geraucht wird. Denn in solchen Räumen fängt sich der Rauch; die Schadstoffe des Tabakrauchs können sich hier – anders als im Freien – nicht verflüchtigen. Diese Erwägung, auf die der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung u. a. das Rauchverbot für Gaststätten in umschlossenen Räumen gestützt hat (vgl. LT-Drs. 14/4834, S. 17), trifft auch dann zu, wenn der Gaststättenbetrieb nur auf einer Teilfläche eines umschlossenen Raumes betrieben wird.

Weitere Differenzierungen, etwa nach Maßgabe des von dem Raum umschlossenen Luftvolumens im Verhältnis zur Bodenfläche, dem Grad der Durchlüftung des Raumes oder dem Anteil der vom gesetzlichen Rauchverbot betroffenen Schank- und Speisewirtschaft an der Gesamtnutzung eines Raumes, hat der Gesetzgeber nicht vorgenommen. Dazu war er auf Grundlage seiner Befugnis, typisierende Regelungen zu treffen (vgl. dazu allgemein etwa Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl., Art. 3 Rn. 30 f.), auch nicht verpflichtet, zumal er zugrunde legen durfte, dass es für die Schadstoffe im Tabakrauch unter dem Blickwinkel einer Gesundheitsgefährdung keine Untergrenzen gibt (vgl. LT-Drs. 14/4834, S. 15).

Ausnahmeregelungen für solche Fälle, in denen die Gaststättennutzung mit anderen Nutzungen zusammentrifft, für die kein gesetzliches Rauchverbot besteht, musste der Gesetzgeber ebenfalls nicht schaffen. Er durfte nämlich bei typisierender Betrachtungsweise davon ausgehen, dass in Gaststätten – gemessen an anderen Bereichen des öffentlichen Lebens – nicht nur wegen der Verweildauer, sondern auch wegen des Genusses anregender Getränke oder nach dem Verzehr von Speisen besonders gern und viel geraucht wird. Hiernach erscheint ein „isoliertes“ Rauchverbot für Gaststätten (-bereiche) in Räumen, die in weiteren Teilbereichen für andere Zwecke genutzt werden und insoweit keinem gesetzlichen Rauchverbot unterfallen, hinreichend sachlich gerechtfertigt und nicht unverhältnismäßig (a. A. OLG Bamberg, a. a. O.).

Eine andere Bewertung ergibt sich auch nicht aus § 5 Abs. 1 NiSchG NRW. Soweit sich die dort geregelte Hinweispflicht auf den „Eingangsbereich“ bezieht, folgt daraus nicht, dass die

Rauchverbote im Nichtraucherschutzgesetz NRW einen durch die bauliche Gestaltung klar abgrenzbaren Eingangsbereich voraussetzen. Die Hinweispflicht ist vielmehr gesetzliche Folge des Rauchverbots (so auch VG Düsseldorf, Beschluss vom 14. 4. 2009 – 12 L 281/09).

Unabhängig davon dürfte die Vorschrift – über ihren Wortlaut hinaus – auch Gaststätten ohne herkömmlichen Eingangsbereich erfassen. Mit Blick auf den Zweck der Norm, jeden Gast auf das Rauchverbot hinzuweisen, dürfte ihr im Wege einer erweiternden Auslegung zu entnehmen sein, dass in Gaststätten, die keinen abgrenzbaren Eingangsbereich haben, das Warnzeichen „Rauchen verboten“ in anderer Weise – erforderlichenfalls an mehreren Stellen – so anzubringen ist, dass jeder Gast das Warnzeichen ohne weiteres wahrnehmen kann.

Nach Maßgabe dieser Überlegungen greifen die Einwendungen des Antragstellers gegen die Rechtmäßigkeit der Ordnungsverfügung nicht durch. Der in Streit stehende Gaststättenbetrieb des Antragstellers liegt innerhalb des Einkaufszentrums und damit in einem vollständig umschlossenen Raum i. S. v. § 1 Abs. 1 Satz 1 NiSchG NRW. Dass derselbe Raum zugleich und überwiegend als Lauffläche des Einkaufszentrums genutzt wird und dort kein Rauchverbot besteht, ist unerheblich und rechtfertigt insbesondere nicht den Vorwurf, das Rauchverbot sei unverhältnismäßig. Dass Besucher des Einkaufszentrums außerhalb des Gaststättenbetriebs rauchend auf einer Bank verweilen dürfen, wie es der Antragsteller angeführt hat, ist als Folge einer zulässigerweise typisierenden Regelung hinzunehmen. Ebenso wenig kommt es nach den gesetzlichen Regelungen darauf an, dass die Gaststätte im Untergeschoss der „Rotunde“ liegt, die eine lichte Höhe von 22,5 m aufweisen soll. Ergänzend sei zur Geltung des Rauchverbots darauf hingewiesen, dass die Voraussetzungen des zwischenzeitlich in Kraft getretenen § 4 Abs. 2 NiSchG NRW nicht vorliegen und dieser Vorschrift auch im Übrigen nichts zu Gunsten des Antragstellers entnommen werden kann. Soweit zur Erfüllung der Hinweispflicht gemäß § 5 Abs. 1 NiSchG NRW – neben den unter Nr. 1 a) der Verfügung alternativ angeführten Varianten (Warnzeichen im Thekenbereich oder Hinweisschilder auf den Tischen) noch andere Mittel in Betracht kommen sollten, ist dies gemäß § 21 Satz 1 OBG NRW unschädlich.

b) Die danach vorzunehmende Interessenabwägung ergibt, dass das Suspensivinteresse des Antragstellers hinter die öffentlichen Interessen zurücktritt, die für die Vollziehung der Ordnungsverfügung streiten. Dabei geht der Senat zwar davon aus, dass durch das Rauchen in der Gaststätte des Antragstellers wegen des Raumvolumens lediglich weniger gravierende Beeinträchtigungen für Nichtraucher verbunden sein dürften. Er legt ferner zu Gunsten des Antragstellers zugrunde, dass das Rauchverbot die Fortführung des Betriebs in Frage stellt. Mit Rücksicht auf die mangelnde Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfs im Hauptsacheverfahren und den hohen Stellenwert des Rechtsgutes Gesundheit hält der Senat die gegebenen Gefährdungen aber für ausreichend, um einen Vorrang des Vollzugsinteresses vor den wirtschaftlichen Interessen des Antragstellers zu bejahen.

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!

§ 152 ZVG; § 51 ZPO Gewerbemiete; Mietzinsrückstand; Prozessführungsbefugnis des Zwangsverwalters nach Aufhebung der Zwangsverwaltung

Wird ein Zwangsverwaltungsverfahren nicht wegen Antragsrücknahme (§§ 161 Abs. 4, 29 ZVG) oder der vollständigen Befriedigung des Gläubigers (§ 161 Abs. 2 ZVG) aufgehoben, sondern weil das Grundstück in der Zwangsversteigerung zugeschlagen wurde, ist der Zwangsverwalter auch ohne entsprechende Ermächtigung im Aufhebungsbeschluss befugt, wegen Nutzungen aus der Zeit vor der Zuschlagserteilung Klage zu erheben, sofern der die Zwangsverwaltung betreibende Gläubiger im Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Zuschlagsbeschlusses noch nicht vollständig befriedigt ist.

(BGH, Urteil vom 11. 8. 2010 – XII ZR 181/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagte ist Mieterin eines gewerblich genutzten Grundstücks. Der Kläger wurde mit Beschluss vom 12. Oktober 2004 zum Zwangsverwalter dieses Grundbesitzes bestellt. Mit Beschluss vom 25. Januar 2007 wurde das Zwangsverwaltungsverfahren aufgehoben, weil in dem gleichzeitig durchgeführten Zwangsversteigerungsverfahren am 3. Januar 2007 der Zuschlag erteilt worden war.

2 Mit der am 10. September 2007 zugestellten Klage hat der Kläger Mietzinsrückstände für die Monate Mai 2005 bis Dezember 2006 sowie Nebenkostenvorauszahlungen in Höhe von insgesamt 162.678,80 € nebst Zinsen geltend gemacht. Die Beklagte, die gegen diese Forderung bereits vorgerichtlich mit titulierten Ansprüchen gegen den früheren Eigentümer des Grundstücks die Aufrechnung erklärt hatte, hält den Kläger nicht für prozessführungsbefugt und hat zudem hilfsweise ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht, bis der Kläger den Nachweis erbracht habe, dass die Gläubigerin aus dem Erlös der Zwangsversteigerung und der Verwertung der sonstigen Sicherheiten noch nicht vollständig befriedigt sei.

3 Das Landgericht Mainz hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt, mit der sie - hilfsweise unter Wiederholung einer außergerichtlichen Aufrechnungserklärung - die vollständige Abweisung der Klage erstrebt hat. Das Oberlandesgericht Koblenz hat dem Kläger unter teilweiser Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung und Zurückweisung der Berufung im Übrigen 147.065,20 € nebst Zinsen zugesprochen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision möchte die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage erreichen.

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

5 I. Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in OLGR Koblenz 2009, 76 ff. veröffentlicht ist, hat die Berufung zurückgewiesen, soweit der Kläger Ansprüche auf Mietzins für den Zeitraum von Mai 2005 bis Dezember 2006 geltend gemacht hat. Hinsichtlich der Nebenkostenvorauszahlungen für die Zeit vom 1. Mai 2005 bis 31. Dezember 2006 hat es die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Berufungsgericht, soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, ausgeführt, dass der Kläger als ehemaliger Zwangsverwalter auch nach der Aufhebung der Zwangsverwaltung Forderungen, die in der Zeit vor Erteilung des Zuschlags entstanden seien, gerichtlich geltend machen könne. Mit der Aufhebung der Zwangsverwaltung nach dem Zuschlag in einem gleichzeitig betriebenen Zwangsversteigerungsverfahren ende die Beschlagnahmewirkung für das Grundstück nur zu Gunsten des Erstehers. Nutzungen aus der Zeit vor der Wirksamkeit des Zuschlags blieben dagegen beschlagnahmt und seien vom Zwangsverwalter nach Maßgabe des Teilungsplans an die Gläubiger auszukehren. Daher dauere die Prozessführungsbefugnis des Zwangsverwalters für Forderungen, die aus der Zeit vor der Aufhebung der Zwangsverwaltung stammten, auch dann fort, wenn der Aufhebungsbe-

schluss keinen entsprechenden Vorbehalt ausspreche. Dem Zahlungsanspruch des Klägers stehe auch die gegenüber dem früheren Eigentümer des Grundstücks während des Zwangsverwaltungsverfahrens erklärte Aufrechnung nicht entgegen, weil diese gemäß §§ 392, 1125, 1192 Abs. 1, 1124 Abs. 2 BGB unwirksam sei.

6 II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision stand. Zu Recht hat das Berufungsgericht die Prozessführungsbefugnis des Klägers bejaht.

7 1. Bei der Prozessführungsbefugnis handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung, die in jeder Lage des Verfahrens, auch in der Revisionsinstanz, von Amts wegen zu prüfen ist. Das Revisionsgericht ist dabei weder an die Feststellungen des Berufungsgerichts gebunden, noch beschränkt sich seine Prüfung auf die Tatsachen und Beweismittel, die das Berufungsgericht verwertet hat. Vielmehr hat es selbständig festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Prozessführungsbefugnis im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz vorgelegen haben (Senatsurteil vom 21. Oktober 1992 - XII ZR 125/91 - NJW-RR 1993, 442 [= WuM 1993, 61] m. w. N.). Für erforderliche Ermittlungen gelten dabei nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Grundsätze des Freibeweises (BGH Beschlüsse vom 9. Juli 1987 - VII ZB 10/86 - NJW 1987, 2875, 2876 und vom 16. Mai 1991 - IX ZB 81/90 - NJW 1992, 627, 628).

8 2. Nach allgemeiner Ansicht gewährt § 152 ZVG dem Zwangsverwalter im Wege einer gesetzlichen Prozessstandschaft das aktive und passive Prozessführungsrecht für alle Streitigkeiten, die ihren Ursprung in dem ihm durch diese Vorschrift zugewiesenen Aufgabenkreis haben (BGH Urteil vom 14. Mai 1992 - IX ZR 241/91 - NJW 1992, 2487; Böttcher ZVG 4. Aufl. § 152 Rdn. 55). Ob und in welchem Umfang die Prozessführungsbefugnis des Zwangsverwalters im Falle der Aufhebung der Zwangsverwaltung fort dauert, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten (vgl. die umfassenden Nachweise bei Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen ZVG 4. Aufl. § 7 ZwVwV Rdn. 5).

9 a) Teilweise wird die Auffassung vertreten, der Zwangsverwalter verliere mit dem Wirksamwerden des Aufhebungsbeschlusses alle materiellrechtlichen und prozessualen Befugnisse (LG Frankfurt am Main Rpfleger 2000, 30; dem zustimmend Haarmeyer/Rpfleger 2000, 30 ff.; vgl. auch Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen ZVG 4. Aufl. § 7 ZwVwV Rdn. 9; offen gelassen von BGH Urteil vom 25. Mai 2005 - VIII ZR 301/03 - NJW-RR 2006, 138, 139 [= WuM 2005, 463]). Der Zwangsverwalter könne daher weder die zum Zeitpunkt der Zustellung des Aufhebungsbeschlusses anhängigen Verfahren weiterführen noch neue Prozesse anstrengen. Zur Begründung wird im Wesentlichen darauf abgestellt, dass der Zwangsverwalter mit der Aufhebung der Zwangsverwaltung keine ihm kraft hoheitlichen Aktes übertragenen Befugnisse mehr habe, die ihn zum Handeln gegenüber dem Vollstreckungsschuldner ermächtigen. Die Beschlagnahme der Forderungen und damit auch das Zugriffsrecht der Gläubiger erlösche (LG Frankfurt am Main Rpfleger 2000, 30). Außerdem gebiete die Rechtssicherheit einen klaren Zeitpunkt für die Beendigung der Prozessführungsbefugnis des Zwangsverwalters (Wrobel KTS 1995, 19, 36). Deshalb könne der Zwangsverwalter nach der Aufhebung des Zwangsverwaltungsverfahrens nur weiter tätig werden, wenn er nach § 2 Abs. 2 ZwVwV vom Gericht zur Fortführung des Verfahrens ermächtigt werde (Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen ZVG 4. Aufl. § 7 ZwVwV Rdn. 9).

10 b) Nach anderer Ansicht soll die Prozessführungsbefugnis des Zwangsverwalters grundsätzlich nach der Erteilung des Zuschlags in einem parallel verlaufenden Zwangsversteigerungsverfahren fortbestehen, so dass der Zwangsverwalter auch nach der Zustellung des Aufhebungsbeschlusses neue Prozesse anstrengen könne (OLG Düsseldorf Rpfleger 1990, 381 f.; OLG Stuttgart NJW 1975, 265; Stöber ZVG 19. Aufl. § 161 Anm. 7.2).

11 c) Schließlich wird die Meinung vertreten, die Prozessführungsbefugnis des Zwangsverwalters ende zwar grundsätzlich mit der Zustellung des Aufhebungsbeschlusses. Ein zu diesem Zeitpunkt bereits laufendes Verfahren dürfe der Zwangsverwalter jedoch weiterführen. Neue Prozesse könne der Zwangsverwalter nach der Aufhebung der Zwangsverwaltung nicht anstrengen, auch wenn es sich dabei um die Geltendmachung von Forderungen handele, die während der Zeit der Beschlagnahme entstanden seien (Vonnemann Rpfleger 2002, 415, 418; Böttcher ZVG 4. Aufl. § 161 Rdn. 36).

12 d) In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Frage der Fortwirkung der Prozessführungsbefugnis des Zwangsverwalters nach Aufhebung der Zwangsverwaltung bislang nur in Teilbereichen geklärt. Für den Fall der Antragsrücknahme durch den Vollstreckungsgläubiger hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass der Zwangsverwalter ohne eine entsprechende Ermächtigung im Aufhebungsbeschluss von ihm eingeleitete Zahlungsprozesse wegen beschlagnahmter Ansprüche nicht mehr fortführen könne (BGHZ 155, 38 ff. = NJW-RR 2003, 1419, 1420; ähnlich auch BGH Beschluss vom 10. Januar 2008 - V ZB 31/07 - NJW-RR 2008, 892, Tz. 8 und Urteil vom 25. Mai 2005 - VIII ZR 301/03 - NJW-RR 2006, 138, 139 [= WuM 2005, 463]). Nach der Rechtsprechung des Senats kann der Zwangsverwalter nach der Aufhebung der Zwangsverwaltung infolge eines Zuschlags im Zwangsversteigerungsverfahren ein bereits zu diesem Zeitpunkt anhängiges Verfahren fortführen (Senatsurteile vom 12. Oktober 1992 - XII ZR 125/91 - NJW-RR 1993, 442, 443 [= WuM 1993, 61] und vom 23. Juli 2003 - XII ZR 16/00 - NZM 2003, 871, 872 [= WuM 2003, 510 = GuT 2003, 192 KL]). Über die im Streitfall entscheidungserhebliche Frage, ob ein Zwangsverwalter nach Aufhebung der Zwangsverwaltung wegen der Zwangsversteigerung des Grundstücks neue Rechtsstreitigkeiten für in seiner Amtszeit entstandene Mietrückstände anhängig machen kann, hat der Bundesgerichtshof bisher noch nicht entschieden (offen gelassen von BGH Urteil vom 25. Mai 2005 - VIII ZR 301/03 - NJW-RR 2006, 138, 139 [= WuM 2005, 463] und BGHZ 155, 38, 44 = NJW-RR 2003, 1419, 1420).

13 e) Der Senat bejaht eine Fortwirkung der Prozessführungsbefugnis des Zwangsverwalters jedenfalls für solche Fälle, in denen das Zwangsverwaltungsverfahren nicht wegen Antragsrücknahme (§§ 161 Abs. 4, 29 ZVG) oder der vollständigen Befriedigung des Gläubigers (§ 161 Abs. 2 ZVG) aufgehoben wurde, sondern weil das Grundstück in der Zwangsversteigerung zugeschlagen worden und der die Zwangsverwaltung betreibende Gläubiger zu diesem Zeitpunkt noch nicht vollständig befriedigt ist (Abgrenzung zu BGH Urteile vom 19. Mai 2009 - IX ZR 89/08 - NJW-RR 2010, 214, 215 [= GuT 2009, 185] und BGHZ 155, 38 ff. = NJW-RR 2003, 1419 ff.; Beschlüsse vom 10. Januar 2008 - V ZB 31/07 - NJW-RR 2008, 892 f. und vom 10. Juli 2007 - V ZB 130/07 - NJW 2008, 3067 f.).

14 aa) Das Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 (RGBl. S. 97) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 (RGBl. S. 713) enthält keine Regelung über die Auswirkungen des Zuschlags in einem zeitgleich betriebenen Zwangsversteigerungsverfahren auf das Zwangsverwaltungsverfahren. Einigkeit besteht darüber, dass das Zwangsverwaltungsverfahren spätestens mit Wirksamwerden des Zuschlagsbeschlusses sein Ende findet und das Vollstreckungsgericht das Zwangsverwaltungsverfahren formell durch einen Aufhebungsbeschluss beenden muss (Stöber ZVG 19. Aufl. § 161 Rdn. 3.11 m. w. N.). Daraus kann jedoch nicht zwingend geschlossen werden, dass mit dem Wirksamwerden des Aufhebungsbeschlusses die Prozessführungsbefugnis des Zwangsverwalters erlischt.

15 bb) Nach § 56 Satz 2 ZVG gebühren dem Ersteher nur die nach dem Zuschlag aus dem Grundstück gezogenen Nutzungen. Daher ist das Hindernis für die Fortsetzung der Zwangsverwaltung wegen Zuschlags in der Zwangsversteigerung ausschließlich in dem Recht des Erstehers auf die künftig anfall-

lenden Nutzungen zu sehen (Senatsurteil vom 21. Oktober 1992 - XII ZR 125/91 - NJW-RR 1993, 442, 443 [= WuM 1993, 61]). Für die Nutzungen aus der Zeit vor der Wirksamkeit des Zuschlags dauern die Wirkungen der Beschlagnahme an und werden von der Aufhebung der Zwangsverwaltung nicht berührt (Stöber ZVG 19. Aufl. § 161 Rdn. 3.11; Depré/Mayer Die Praxis der Zwangsverwaltung 5. Aufl. Rdn. 655; Klühs Die Einstandspflicht des Zwangsverwalters für Ansprüche des Mieters aus dem Mietverhältnis (2008) S. 78; a.A. Haarmeyer Rpfleger 2000, 30). Denn der Aufhebungsbeschluss ergeht in diesem Fall ausschließlich im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit des Erstehers (ausführlich hierzu Eickmann ZfIR 2003, 1021, 1026). Die Nutzungen aus der Zeit vor der Wirksamkeit des Zuschlags bleiben Teil der Zwangsverwaltungsmasse, die zur Befriedigung des Vollstreckungsgläubigers zur Verfügung steht (Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen ZVG § 161 Rdn. 19). Da der Zwangsverwalter nach § 152 Abs. 1 ZVG die Pflicht hat, sämtliche Ansprüche, auf welche sich die Beschlagnahme erstreckt, geltend zu machen, muss er, soweit es noch nicht geschehen ist, diese Forderungen auch nach Aufhebung der Zwangsverwaltung einziehen, und Überschüsse nach Maßgabe des Teilungsplanes auskehren können (Senatsurteil vom 21. Oktober 1992 - XII ZR 125/91 - NJW-RR 1993, 442, 443 [= WuM aaO.]; BGH Urteil vom 19. Mai 2009 - IX ZR 89/08 - NJW-RR 2010, 214 [= GuT 2009, 185] Tz. 7; OLG Stuttgart NJW 1975, 265, 266). Außerdem obliegt dem Zwangsverwalter die Aufgabe, die Verwaltung der Zwangsverwaltungsmasse, zu der die Nutzungen aus der Zeit vor der Wirksamkeit des Zuschlags gehören, ordnungsgemäß abzuwickeln (BGH Urteile vom 19. Mai 2009 - IX ZR 89/08 - NJW-RR 2010, 214 [= GuT aaO.] Tz. 8 und vom 29. Juni 2006 - IX ZR 119/04 - NJW-RR 2007, 265 [= GuT 2006, 260] Tz. 17). Die Befugnisse, die dem Zwangsverwalter zur Erfüllung dieser Aufgaben zustehen, können nicht davon abhängig sein, ob eine beschlagnahmte Forderung im Zeitpunkt des Zuschlags bereits von ihm im Klagewege geltend gemacht worden ist oder nicht. Seine Pflichten aus § 152 Abs. 1 ZVG wären unvollständig ausgestattet, wenn ihm nicht die Möglichkeit zusteünde, auch nach der formellen Aufhebung des Zwangsverwaltungsverfahrens Forderungen aus der Zeit vor dem Zuschlag gerichtlich beizutreiben (so schon OLG Stuttgart NJW 1975, 265, 266).

16 Zwangsverwaltungs- und Zwangsversteigerungsverfahren werden grundsätzlich unabhängig voneinander betrieben. Der Zwangsverwalter hat keinen Einfluss darauf, wann im Zwangsversteigerungsverfahren der Zuschlag erteilt wird und das Grundstück für die Befriedigung des Gläubigers, der das Zwangsverwaltungsverfahren angestrengt hat, nicht mehr zur Verfügung steht. Da alle von der Beschlagnahme erfassten Forderungen des Vollstreckungsschuldners zur Zwangsverwaltungsmasse gehören und damit wirtschaftlich dem Vollstreckungsgläubiger zustehen (Stöber ZVG 19. Aufl. § 161 Rdn. 3.11), kann der Zeitpunkt, zu dem der Zwangsverwalter beschlagnahmte Forderungen beitreibt, für die Befriedigungsmöglichkeit des Vollstreckungsgläubigers nicht entscheidend sein. Dieser Gesichtspunkt rechtfertigt nicht nur, dass der Zwangsverwalter die zum Zeitpunkt des Zuschlags anhängigen Prozesse weiterführen kann, sondern auch dessen Befugnis, hinsichtlich der Forderungen aus der Zeit vor der Erteilung des Zuschlags neue Prozesse anstrengen zu können. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Vollstreckungsgläubiger zum Zeitpunkt des Zuschlags noch nicht vollständig befriedigt ist.

17 cc) Würde man eine Fortwirkung der Prozessführungsbefugnis des Zwangsverwalters ablehnen, stellte sich die Frage, wer Forderungen, die von der Anordnung der Zwangsverwaltung erfasst waren, gerichtlich geltend machen kann. Der im Schrifttum vertretene Vorschlag, zur Durchsetzung dieser Forderungen müsse nach der Aufhebung der Zwangsverwaltung der Vollstreckungsschuldner Klage erheben (Böttcher ZVG 4. Aufl. § 161 Rdn. 36), berücksichtigt nicht ausreichend, dass Forderungen aus der Zeit der Zwangsverwaltung mit dem Zuschlag nicht beschlagnahmefrei an den Vollstreckungsschuldner

zurückfallen (Stöber ZVG 19. Aufl. § 161 Rdn. 7.2) und deshalb die Beschränkungen der §§ 20, 21, 146 Abs. 1, 148 Abs. 1 ZVG für diese Forderungen andauern. Zudem dürften dem Vollstreckungsschuldner in vielen Fällen die finanziellen Mittel zur Prozessführung fehlen. Dem weiteren Vorschlag, Forderungen aus der Zeit vor Erteilung des Zuschlags seien vom Zwangsverwalter an den Vollstreckungsgläubiger abzutreten und notfalls von diesem gerichtlich geltend zu machen (Vonnemann Rpfleger 2002, 415, 419), ist entgegenzuhalten, dass diese Forderungen nicht ausschließlich dem Vollstreckungsgläubiger zustehen, sondern der Zwangsverwaltungsmasse, aus der möglicherweise noch andere Ansprüche vorrangig zu befriedigen sind (§ 155 ZVG).

18 dd) Soweit im Schrifttum die Auffassung vertreten wird, die aus § 152 ZVG abgeleitete Prozessführungsbefugnis des Zwangsverwalters müsse schon aus Gründen der Rechtssicherheit mit dem Wirksamwerden des Aufhebungsbeschlusses enden (Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen ZVG § 12 ZwVwV Rdn. 13; Wrobel KTS 1995, 19, 36; für den Fall der Antragsrücknahme auch BGHZ 155, 38, 44 = NJW-RR 2003, 1419, 1420), teilt der Senat die dort geäußerten Bedenken für den Fall einer Verfahrensbeendigung aufgrund eines Zuschlagsbeschlusses nicht. Zwar hat das Vollstreckungsgericht die Möglichkeit, im Aufhebungsbeschluss durch eine entsprechende Anordnung nach § 12 Abs. 2 ZwVwV ausdrücklich festzulegen, ob und in welchem Umfang der Zwangsverwalter in der Folgezeit noch tätig werden kann. Auf diese Weise kann eine verlässliche, der Rechtssicherheit dienende Grundlage für dessen weiteres Tätigwerden geschaffen werden. Ob in Fällen, in denen das Zwangsverwaltungsverfahren nach einer unbeschränkten Antragsrücknahme beendet wird, eine ausdrückliche Anordnung des Vollstreckungsgerichts nach § 12 Abs. 2 ZwVwV notwendige Voraussetzung für ein weiteres Tätigwerden des Zwangsverwalters ist, weil es dann einer fortdauernden Tätigkeit des Zwangsverwalters im Außenverhältnis nicht mehr bedarf (so BGHZ 155, 38, 44 = NJW-RR 2003, 1419, 1420), kann hier dahinstehen. Jedenfalls bei einer Verfahrensbeendigung aufgrund eines Zuschlagsbeschlusses besteht, wenn der Vollstreckungsgläubiger noch nicht vollständig befriedigt ist, ein rechtlich anerkanntes Bedürfnis für ein weiteres Tätigwerden des Zwangsverwalters (offen gelassen von BGHZ 155, 38, 44 = NJW-RR 2003, 1419, 1420). Wie bereits ausgeführt, gehört es, solange der Vollstreckungsgläubiger noch nicht vollständig befriedigt ist, zu den Aufgaben des Zwangsverwalters nach § 152 ZVG, diese Forderungen beizutreiben und der Verwaltungsmasse zuzuführen. Diese ihm gesetzlich zugewiesene Aufgabe muss der Zwangsverwalter unabhängig davon erfüllen können, ob im Aufhebungsbeschluss eine entsprechende Ermächtigung nach § 12 Abs. 2 ZwVwV enthalten ist. Der Zwangsverwalter ist dann auch ohne eine entsprechende Anordnung im Aufhebungsbeschluss befugt, Nutzungen aus der Zeit vor der Zuschlagserteilung gerichtlich geltend zu machen.

19 3. Auf dieser rechtlichen Grundlage hat das Berufungsgericht die Prozessführungsbefugnis des Klägers zutreffend bejaht. Der Kläger macht im Streitfall ausschließlich Mietzinsforderungen aus der Zeit vor der Aufhebung der Zwangsverwaltung geltend. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, die von der Revision nicht beanstandet werden, hat die Vollstreckungsgläubigerin durch Vorlage des Zuschlagsbeschlusses nachgewiesen, dass ihr gegen den Vollstreckungsschuldner noch eine Forderung mindestens in Höhe der geltend gemachten Klageforderung zusteht. Das Berufungsurteil ist daher auch insoweit revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

20 4. Schließlich hat das Berufungsgericht zu Recht die vom Beklagten erklärte Aufrechnung für unwirksam gehalten. Da die Beschlagnahme der Mietzinsforderungen aus der Zeit bis zum Zuschlag fortbesteht, ist eine Aufrechnung mit den titulierten Forderungen gegen den ehemaligen Eigentümer des Grundstücks gem. §§ 392, 1125, 1124 Abs. 2, 1192 Abs. 1 BGB nicht möglich.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 116 ZPO

**Prozesskostenhilfe PKH; juristische Person;
allgemeine Interessen an der Rechtsverfolgung**

Zu den Voraussetzungen der Bewilligung von Prozesskostenhilfe der inländischen juristischen Person hinsichtlich allgemeiner Interessen an der Durchführung der Rechtsverfolgung.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 24. 6. 2010 – III ZR 48/10)

1 **Aus den Gründen:** 1. Eine Bewilligung von Prozesskostenhilfe nach § 116 Satz 1 Nr. 1 ZPO kommt nicht in Betracht. Dass der Klägerin durch Beschluss des Registergerichts vom 6. Oktober 2008 ein Notgeschäftsführer mit dem Wirkungskreis ihrer Vertretung im anhängigen Rechtsstreit und zur Feststellung ihrer Steuerverbindlichkeiten und zu deren Ausgleich bestellt worden ist, macht diesen nicht zur Partei kraft Amtes, die nach § 116 Satz 1 Nr. 1 ZPO die Bewilligung von Prozesskostenhilfe beanspruchen könnte.

2. Nach § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO kann einer inländischen juristischen Person Prozesskostenhilfe nur bewilligt werden, wenn die Kosten weder von ihr noch von dem am Gegenstand des Rechtsstreits wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und wenn die Unterlassung der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung allgemeinen Interessen zuwiderlaufen würde.

3 Die Unterlassung der Durchführung der Rechtsverfolgung läuft allgemeinen Interessen regelmäßig nur dann zuwider, wenn es sich um eine Entscheidung handelt, die größere Kreise der Bevölkerung oder des Wirtschaftslebens anspricht und soziale Wirkungen nach sich ziehen kann (vgl. nur BGHZ 25, 183, 185; BGH, Beschlüsse vom 5. November 1985 - X ZR 23/85 - NJW 1986, 2058, 2059; 20. Dezember 1989 - VIII ZR 139/89 - NJW-RR 1990, 474). Dies ist etwa dann der Fall, wenn eine Partei anderenfalls gehindert wäre, der Allgemeinheit dienende Aufgaben zu erfüllen, oder wenn von der Durchführung des Prozesses die Existenz eines Unternehmens abhängt, an dessen Erhaltung wegen der großen Zahl der von ihm beschäftigten Arbeitnehmer ein allgemeines Interesse besteht (BGHZ 25, 183, 184 f; BT-Drucks. 8/3068, S. 26 f). Gegebenenfalls kann auch genügen, wenn der wirtschaftliche Gegenwert einer Forderung, deren Realisierung die Befriedigung einer Vielzahl von Gläubigern des Forderungsinhabers ermöglichen würde, deren Interessen an der Durchsetzung der Forderung sich aber nur mit Schwierigkeiten bündeln ließen, anderenfalls beim Schuldner verbliebe (BGH, Beschluss vom 24. Oktober 1990 - VIII ZR 87/90 - NJW 1991, 703; siehe auch Beschluss vom 5. November 1985, aaO). Demgegenüber reicht das allgemeine Interesse an einer richtigen Entscheidung eines Prozesses grundsätzlich ebenso wenig aus wie der Umstand, dass im Rahmen eines Revisionsverfahrens Rechtsfragen von allgemeinem Interesse zu beantworten wären (BGHZ 25, 183, 185; Beschluss vom 20. Dezember 1989, aaO; Senatsbeschluss vom 20. Mai 2010 - III ZR 56/10 - BeckRS 2010, 14151 Rn. 2 [= GuT 2010, 371 f. KL]).

4 Vor diesem Hintergrund kann der Klägerin Prozesskostenhilfe nicht gewährt werden. Sie hat Ende des Jahres 2007 ihren Geschäftsbetrieb vollständig eingestellt, hat keine weiteren Einkünfte mehr und unterhält nach Angaben ihres Notgeschäftsführers keine Geschäftsräume, Büroeinrichtung oder Ähnliches mehr. Sie hat erhebliche Verbindlichkeiten gegenüber dem Finanzamt, dem Kassen- und Steueramt der Landeshauptstadt M., der Landesjustizkasse B. und der Rechtsanwalts-gesellschaft, die sie in erster Instanz vertreten hat. Mit der begehrten Zahlung sollen vornehmlich die genannten Verbindlichkeiten beglichen werden. Damit ist weder dargelegt noch ersichtlich, dass der Ausgang des Verfahrens wirtschaftlich eine Vielzahl von Personen betrifft.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 286 ZPO; §§ 323, 433 BGB

**Zeugenbeweis; Mithören eines Telefonats ohne
Einwilligung des Gesprächspartners; Autokauf;
Sachmangel; Fahrzeugfarbe**

a) Die Lieferung eines Kraftfahrzeugs in einer anderen als der bestellten Farbe stellt im Regelfall einen erheblichen Sachmangel und eine erhebliche Pflichtverletzung des Verkäufers dar. Dies gilt auch dann, wenn der Käufer neben der im Kaufvertrag festgelegten zunächst auch eine andere Fahrzeugfarbe in Betracht gezogen hatte. (nur Leitsatz)

b) Zur Frage der Verwertbarkeit der Aussage eines Zeugen über den Inhalt eines Telefonats, das er ohne Einwilligung des Gesprächspartners mitgehört hat (im Anschluss an BGH, Urteil vom 18. Februar 2003 - XI ZR 165/02, NJW 2003, 1727 und BGHZ 162, 1).

(BGH, Urteil vom 17. 2. 2010 – VIII ZR 70/07)

27 **Aus den Gründen:** II. 4. Nicht frei von Rechtsfehlern ist auch die alternative Begründung des Berufungsgerichts [OLG Stuttgart], wonach sich die Kaufvertragsparteien in einem zwischen dem 7. und dem 10. April 2005 geführten Telefonat auf die Lieferung einer schwarzen statt einer blauen Corvette geeinigt hätten. Soweit sich das Berufungsgericht hierbei auf die Aussage der Zeugin Bü. über den Inhalt eines Telefonats zwischen ihrem Ehemann und dem Beklagten stützt, begegnet dies durchgreifenden Bedenken.

28 a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts durfte die Aussage der Zeugin Bü. über den Inhalt dieses Telefongesprächs, das sie ohne Wissen des Beklagten mitgehört hat, nicht verwertet werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts liegt in der Erhebung und Verwertung der Aussage eines Zeugen, der ein Telefonat ohne Einwilligung des Gesprächspartners mitgehört hat, ein Eingriff in das durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Recht des Gesprächspartners am gesprochenen Wort, für den es einer dem Rang des grundrechtlichen Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Rechnung tragenden Rechtfertigung bedarf (vgl. BVerfGE 106, 28, 44 ff. [= GuT 2003, 31 PM]; ebenso BGH, Urteil vom 18. Februar 2003 - XI ZR 165/02, NJW 2003, 1727, unter II 1; vgl. auch BGHZ 162, 1, 5 f.). Dabei reicht das allgemeine Interesse an einer funktionstüchtigen Straf- und Zivilrechtspflege nicht aus, um im Rahmen der erforderlichen Abwägung von einem gleichen oder höheren Gewicht auszugehen zu können, als es dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zukommt. Vielmehr müssen weitere Aspekte hinzutreten, die ergeben, dass das Interesse an der Beweiserhebung trotz der Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigung schutzwürdig ist. Das Bundesverfassungsgericht und die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verweisen insoweit auf notwendige Situationen wie die Anfertigung heimlicher Tonbandaufnahmen zur Feststellung der Identität eines anonymen Anrufers oder zur Feststellung erpresserischer Drohungen oder den Fall eines auf andere Weise nicht abwehrbaren Angriffs auf die berufliche Existenz (vgl. BVerfGE 106, 28, 49 f. [= GuT aaO]; BGHZ 162, 1, 6; BGH, Urteil vom 18. Februar 2003, aaO, unter II 2 c).

29 b) Damit ist der hier zu beurteilende Fall nicht annähernd vergleichbar. Die Zeugin Bü. hat das Telefonat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mitgehört, um den Inhalt anschließend buchmäßig leichter verarbeiten zu können. Das Mithören ist deshalb möglicherweise nicht mit dem Ziel geschehen, der Klägerin ein Beweismittel zu verschaffen. Gleichwohl bedeutet die Vernehmung der Zeugin Bü. zu dem Inhalt des Telefongesprächs einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Beklagten, für den es keine Rechtfertigung gibt. Dass die Zeugin Bü. dieselben Informationen im Anschluss an das Telefonat von ihrem Ehemann hätte erhalten können, ist rechtlich ohne Bedeutung. Das Recht am gesprochenen Wort schützt nicht die Privatsphäre, sondern die Selbstbestimmung über die unmittelbare Zugänglichkeit der Kommunikation; dabei hängt der

Schutz des Rechts am gesprochenen Wort weder davon ab, ob es sich bei den ausgetauschten Informationen um personale Kommunikationsinhalte oder gar besonders persönlichkeits-sensible Daten handelt, noch kommt es auf die Vereinbarung einer besonderen Vertraulichkeit an (BVerfGE 106, 28, 41 [= GuT aaO.]).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 707, 712, 714, 719 ZPO
Gaststättenpacht; Räumung und Herausgabe;
einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung;
Antrag zum Revisionsgericht; Existenzverlust

Hat der (Räumungs-)Schuldner es versäumt, im Berufungsrechtszug einen Vollstreckungsschutzantrag gem. § 712 ZPO zu stellen, ist dem Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung zum Revisionsgericht regelmäßig der Erfolg zu versagen.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 24. 11. 2010 – XII ZR 31/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten um gegenseitige Ansprüche aus einem Pachtverhältnis über eine Gaststätte. Auf die Widerklage des Beklagten zu 1. wurde der Kläger vom Landgericht Baden-Baden u. a. zur Räumung und Herausgabe des Pachtobjekts verurteilt. Gegen das Urteil legte der Kläger Berufung ein. Während des Berufungsverfahrens hat das Oberlandesgericht Karlsruhe auf Antrag des Klägers die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Landgerichts einstweilen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Berufungsverfahrens gegen Sicherheitsleistung des Klägers in Höhe von 25.000 € eingestellt.

2 Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers insofern zurückgewiesen und das Urteil hinsichtlich der Räumung und Herausgabe des Pachtobjekts gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 25.000 € für vorläufig vollstreckbar erklärt. Die Revision hat es nicht zugelassen.

3 Nach Einlegung und Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde beantragt der Kläger, die Zwangsvollstreckung aus dem Berufungsurteil einstweilen einzustellen. Zur Begründung trägt er vor, durch die Vollstreckung würde ihm ein nicht zu ersetzender Nachteil entstehen, weil durch die Räumung und Herausgabe der Gaststätte die wirtschaftliche Existenz des Klägers und seiner Familie vernichtet werde.

4 **Aus den Gründen:** II. Der Einstellungsantrag des Klägers ist nicht begründet.

5 1. Wird Revision gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil eingelegt, so ordnet das Revisionsgericht auf Antrag an, dass die Zwangsvollstreckung einstweilen eingestellt wird, wenn die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde und wenn nicht ein überwiegendes Interesse des Gläubigers entgegensteht (§ 719 Abs. 2 ZPO). Im Verfahren über die Nichtzulassungsbeschwerde gilt dies entsprechend (§ 544 Abs. 5 Satz 2 ZPO).

6 2. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers zulässig und begründet ist und ob, wenn der Senat ihr stattgeben würde, die Revision des Klägers Aussicht auf Erfolg hätte. Eine Einstellung der Zwangsvollstreckung kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die besonderen Voraussetzungen für eine solche Einstellung (§ 719 Abs. 2 ZPO) nicht gegeben sind.

7 a) Die Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 ZPO wird von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als ein letztes Hilfsmittel des Vollstreckungsschuldners angesehen, dem regelmäßig der Erfolg zu versagen ist, wenn der Schuldner es versäumt hat, im Berufungsrechtszug einen Vollstreckungsschutzantrag gemäß § 712 ZPO zu stellen, obwohl ihm ein solcher Antrag möglich und zumutbar gewesen wäre

(st. Rspr. vgl. Senatsbeschlüsse vom 4. Juni 2008 - XII ZR 55/08 - NJW-RR 2008, 1038 [= GuT 2008, 366]; vom 6. Juni 2006 - XII ZR 80/06 - NJW-RR 2006, 1088 [= GuT 2006, 201]; vom 4. September 2002 - XII ZR 173/02 - NJW-RR 2002, 1650 und vom 3. Juli 1991 - XII ZR 262/90 - NJW-RR 1991, 1216). Das gilt auch dann, wenn die Vollstreckung die Gefahr des Existenzverlustes eines Gaststättenbetreibers zur Folge hat (vgl. Senatsbeschluss vom 7. September 1999 - XII ZR 237/99 - BGHR ZPO § 719 Abs. 2 Einstellungsgründe 3). An dieser Voraussetzung für eine Einstellung der Zwangsvollstreckung fehlt es hier.

8 b) Der Kläger hat im Berufungsrechtszug den Antrag gestellt, die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung einzustellen, dem das Berufungsgericht durch einstweilige Einstellung gegen Sicherheitsleistung des Klägers gemäß §§ 707, 719 Abs. 1 Satz 1 ZPO entsprochen hat. Den erforderlichen Antrag nach §§ 712, 714 ZPO, dass ihm das Berufungsgericht auch bei seiner Entscheidung Vollstreckungsschutz gewähren solle (BGH Beschlüsse vom 3. Oktober 1989 - VI ZR 277/89 - VersR 1990, 994 und vom 3. Februar 1993 - IV ZR 229/92 - BGHR ZPO § 719 Abs. 2 Nachteil 3) hat der Kläger dagegen nicht gestellt. Zwar hat er in der Berufungsbegründung seinen Vollstreckungsschutzantrag aus der Berufungsschrift dahingehend ergänzt, dass die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil betreffend die Widerklage lediglich gegen Sicherheitsleistung zugelassen und dem Kläger „... bis zur rechtskräftigen Entscheidung in vorstehender Angelegenheit ein Räumungsaufschub bezüglich der Gaststätte <...> einschließlich Wirtwohnung gewährt <...>“ wird. Doch genügen auch diese ergänzten Anträge den oben dargelegten Anforderungen nicht, weil dadurch ebenfalls nur um Vollstreckungsschutz hinsichtlich der Zwangsvollstreckung aus dem landgerichtlichen Urteil ersucht wird.

9 c) Der Kläger hat schließlich auch keinen ausreichenden Grund vorgetragen, dass es ihm im Berufungsverfahren aus besonderen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar gewesen sei, einen entsprechenden Schutzantrag zu stellen (vgl. Senatsbeschluss vom 3. Juli 1991 - XII ZR 262/90 - NJW-RR 1991, 1216). Soweit der Kläger meint, er habe aufgrund der Formulierung in dem Beschluss des Berufungsgerichts vom 24. Juni 2009, die Zwangsvollstreckung werde bis zum rechtskräftigen Abschluss des Berufungsverfahrens eingestellt, davon ausgehen können, dass der Vollstreckungsschutz auch über das Berufungsverfahren hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens gewährt sei, reicht dies zur Begründung nicht aus. Der im Berufungsverfahren anwaltlich vertretene Kläger hätte erkennen können, dass eine Vollstreckungsschutzentscheidung wie sie das Berufungsgericht getroffen hat, trotz ihres Wortlauts nach übereinstimmender Auffassung in der Rechtsprechung und der Literatur nur für die Dauer des Berufungsverfahrens gilt und nicht über den Erlass des Berufungsurteils hinauswirkt (vgl. Senatsbeschluss vom 6. Juni 2006 - XII ZR 80/06 - NJW-RR 2006, 1088 [= GuT 2006, 201] m.w.N.; Zöller/Herget ZPO 28. Aufl. § 719 Rn. 10). Außerdem hat der Kläger im Berufungsverfahren einen Schutzantrag nach § 712 ZPO, der als Sachantrag in der mündlichen Verhandlung hätte gestellt werden müssen (Senatsbeschluss vom 2. Oktober 2002 - XII ZR 173/02 - FamRZ 2003, 598), weder ausdrücklich noch nach dem Inhalt seiner Schriftsätze angekündigt. Der Kläger hat sich vielmehr darauf beschränkt, im Wege seines Ergänzungsurteils nach § 321 ZPO eine Abänderung der Entscheidung des Berufungsgerichts über die vorläufige Vollstreckbarkeit und dadurch die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem landgerichtlichen Urteil zu erreichen, was das Berufungsgericht abgelehnt hat.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

www.gut-netzwerk.de

§ 41 GKG; § 536 BGB
Gewerberaumiete; Gebührenstreitwert;
Feststellungsklage zur Mietminderung

Der Gebührenstreitwert der Klage auf Feststellung eines Mieters gegen den Vermieter, dass er wegen Mängeln der Mietsache zur Minderung berechtigt ist, richtet sich entsprechend § 41 Abs. 5 Satz 1, 2. Halbsatz GKG nach dem Jahresbetrag der geltend gemachten Minderung.

(KG, Beschluss vom 26. 8. 2010 – 8 W 38/10)

Zum Sachverhalt: Der Kläger verlangt von den Beklagten mit dem Klageantrag zu 1) die Zahlung von Kostenvorschuss für die Beseitigung von Mängeln in den von ihm aufgrund des schriftlichen Mietvertrages vom 3. Juni/8. Juni 2004 gemieteten Gewerberäumen zum Betrieb einer Arztpraxis sowie mit dem Klageantrag zu 2) die Feststellung, dass er zur Minderung des Mietzinses in Höhe von 20%, mithin eines Betrages von 472,18 EUR, seit November 2009 berechtigt ist. Das Landgericht Berlin hat den Streitwert für den Klageantrag zu 2) auf 19.831,56 EUR – den dreieinhalbfachen Jahresminderungsbetrag – festgesetzt. Hiergegen wendet sich der Kläger, der der Auffassung ist, dass für die Bewertung des Feststellungsantrages auf den Jahresminderungsbetrag der Mietminderung abzustellen sei.

Aus den Gründen: II. Die gemäß § 68 Abs. 1 GKG zulässige Beschwerde des Klägers ist begründet.

Der Streitwert für die Klage auf Feststellung der Berechtigung zur Mietminderung ist gemäß § 41 Abs. 5 GKG auf den Jahresbetrag der geltend gemachten Mietminderung zu bemessen. Der Kläger begehrt eine monatliche Mietminderung von 20%, mithin in Höhe von 472,18 EUR, so dass der Streitwert $12 \times 472,18 \text{ EUR} = 5666,16 \text{ EUR}$ beträgt.

a) Es ist in Rechtsprechung und Literatur streitig, wie der Gebührenstreitwert nach dem seit dem 1. Juni 2004 geltenden Kostenrecht zu bemessen ist. Teilweise wird angenommen, dass § 41 Abs. 5 GKG zumindest entsprechend auch für Feststellungsklagen über die Berechtigung oder Nichtberechtigung zur Minderung gelte (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 68. Auflage, Anh. § 3 ZPO, Rdnr. 82; Hartmann, Kostengesetze, 40. Auflage, § 41 ZPO, Rdnr. 37; wohl auch Meyer, Die Gerichtskosten der streitigen Gerichtsbarkeiten und des Familienverfahrens, 11. Auflage, § 41 GKG, Rdnr. 33; Woitke-witsch ZMR 2005, 840; vgl. auch OLG Hamburg Beschluss vom 20. 2. 2009 – 4 W 12/09 – OLGR Hamburg 2009, 707 für Feststellung von Mängeln; OLG Brandenburg Beschluss vom 10. 6. 2009 – 3 U 169/08 – GE 2009, 1122 [=GuT 2009, 216]; OLG Düsseldorf Beschluss vom 11. 5. 2009 – I-24 W 16/09 – GE 2009, 1188 [=WuM 2009, 543]; LG Berlin Beschluss vom 13. 12. 2007 – 67 T 144/07 – GE 2008, 197; LG Berlin Beschluss vom 25. 10. 2007 – 62 T 118/07 – GE 2008, 57). Nach anderer Auffassung ist nicht § 41 Abs. 5 GKG, sondern § 48 Abs. 1 GKG i.V.m. § 3 ZPO oder § 9 ZPO anwendbar mit der Folge, dass der dreieinhalbfache Jahreswert der streitigen Minderung maßgeblich ist (vgl. LG Berlin Beschluss vom 13. 5. 2008 – 63 T 58/08 – GE 2009, 269; LG Berlin Beschluss vom 5. Februar 2010 – 65 T 138/09 – GE 2010, 413; LG Berlin Beschluss vom 24. 11. 2008 – 67 T 170/08 – so zitiert in GE 2009, 269 und Beschluss vom 17. 11. 2008 – 67 S 258/08 – unveröffentlicht; LG Hamburg Beschluss vom 31. 3. 2009 – 316 T 21/09 – ZMR 2009, 536 [=WuM 2009, 549 KL]; vgl. Schneider, Streitwertkommentar, 12. Auflage, Rdnr. 3740; Zöller/Herget, 28. Auflage, § 3 ZPO, Rdnr. 16 Stichwort „Mietstreitigkeiten“, wobei sich die Schätzung häufig an dem einjährigen Betrag nach § 41 GKG orientieren könne, wenn die Klage mit einer Räumungsklage verbunden werde; Thomas/Putzo/Hübstege, ZPO, 31. Auflage, § 3 ZPO, Rdnr. 101 e).

b) Der Senat hält an seiner Rechtsprechung, die der erstgenannten Ansicht folgt, weiter fest. So hat der Senat bereits in

seinen Entscheidungen vom 22. 1. 2007 – 8 U 140/06 – (unveröffentlicht) und vom 1. 7. 2007 – 8 W 59/09 – (KGR Berlin 2009, 760 = MDR 2009, 1135 [=WuM 2009, 542]) eine entsprechende Anwendung des § 41 Abs. 5 Satz 1, 2. Halbsatz GKG seit Geltung des neuen Kostenrechts vom 1. Juli 2004 bejaht.

aa) Entgegen der im Nichtabhilfebeschluss des Landgerichts vom 15. Juli 2010 vertretenen Ansicht gilt § 41 Abs. 5 GKG – mit Ausnahme von Satz 1, 1. Halbsatz – nicht nur für Wohnraummietverhältnisse.

Nach seinem eindeutigen Wortlaut gilt § 41 Abs. 5 Satz 1, 1. Halbsatz GKG in den Fällen der Erhöhung der Miete nur für Wohnraummietverhältnisse. Nach § 41 Abs. 5 Satz 1, 2. Halbsatz GKG ist bei Ansprüchen des Mieters auf Durchführung von Instandsetzungsmaßnahmen der Jahresbetrag einer angemessenen Mietminderung maßgebend. Diese Vorschrift gilt – ebenso wie für die Klage des Vermieters auf Duldung von Modernisierungs- und Erhaltungsmaßnahmen (§ 41 Abs. 5 Satz 1, 3. Halbsatz GKG) – auch für die Geschäftsraumiete. Weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus der Begründung des Gesetzes lässt sich eine Beschränkung auf die Wohnraumiete herleiten (vgl. BGH Beschluss vom 2. November 2005 – XII ZR 137/05 – BGH-Report 2006, 348 = NJW-RR 2006, 378 [=GuT 2006, 81]; OLG Düsseldorf Beschluss vom 1. 3. 2007 – I-24 W 9/07 – OLGR Düsseldorf 2007, 535 [=GuT 2007, 232]).

bb) § 41 Abs. 5 Satz 1, 2. Halbsatz GKG ist in entsprechender Anwendung auf Fälle anzuwenden, in denen der Mieter die Feststellung seiner Berechtigung zur Minderung begehrt. Hierzu hat der Senat in seiner Entscheidung vom 1. Juli 2009 wie folgt ausgeführt:

„Eine Analogie ist zulässig und geboten, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (vgl. BGH NJW 2007, 3124, 3125 [=WuM 2007, 703]). Diese Voraussetzungen sind gegeben.

Die hier zu beurteilende Konstellation ist im GKG nicht geregelt. Dass man unabhängig hiervon in jedem Fall über § 48 Abs. 1 S. 1 GKG i.V.m. § 3 ZPO zur Ermittlung eines Gebührenstreitwerts kommen könnte, steht der Annahme einer Regelungslücke nicht entgegen, zumal in der Rechtsprechung des BGH anerkannt ist, dass gerade § 41 Abs. 5 S. 1 Var. 2 GKG analogiefähig ist (vgl. BGH NJW-RR 2006, 378, 379 [=GuT 2006, 81]). Diese Regelungslücke ist planwidrig. Aus der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 15/1971, S. 154 f.) ergibt sich nicht, dass der Gesetzgeber von einer Regelung bewusst abgesehen hat.

Zudem ist der Fall, dass ein Mieter auf Durchführung von Instandsetzungsmaßnahmen klagt, so weit mit dem Fall, dass der Mieter auf Feststellung der Berechtigung zur Minderung wegen Mängeln klagt, vergleichbar, dass eine Analogie wegen vergleichbarer Interessenlage angenommen werden kann. Der Gesetzgeber hat die Begrenzung des Gebührenstreitwerts für Klagen auf Durchführung von Instandsetzungsmaßnahmen zunächst aus sozialpolitischen Erwägungen eingeführt, um Mieter nicht durch hohe Gerichtsgebühren von Klagen abzuhalten. Zudem sollte mit der gesetzlichen Regelung Rechtsklarheit geschaffen werden (BT-Drs. 15/1971, S. 154 f.). Beides gilt auch in der hiesigen Konstellation. Hohe Streitwerte können den Mieter nicht nur davon abhalten, den Vermieter auf Durchführung von Instandsetzungsarbeiten wegen Mängeln in Anspruch zu nehmen, sondern auch davon, Minderung geltend zu machen und durchzusetzen. Außerdem dient die entsprechende Anwendung von § 41 Abs. 5 GKG der Rechtsklarheit. Bei Anwendung von §§ 3, 9 ZPO könnte zweifelhaft sein, welcher Zeitraum zu berücksichtigen ist, weil bezogen auf den gemäß § 40 GKG maßgebenden Zeitpunkt festgestellt werden müsste, wann

eine Mängelbeseitigung voraussichtlich erfolgen wird, was insbesondere von der meist nicht abschätzbaren Dauer des Rechtsstreits abhängt (vgl. zum Problem der mit einem Räumungsantrag verbundenen Klage auf zukünftige Leistung von Nutzungsentschädigung KG, Beschluss vom 22. Dezember 2005 zu 12 W 46/05, OLGR 2006, 459 = GE 2006, 188 [= GuT 2006, 84]). ...“

cc) Die Annahme des Jahreswertes erscheint auch in systematischer Hinsicht sachgerecht, denn es wäre widersprüchlich, bei einem Streit über das Bestehen oder Nichtbestehen des gesamten Mietverhältnisses nach § 41 Abs. 1 GKG von dem Wert der Jahresmiete auszugehen und ein Weniger – nämlich den Streit über einen bestimmten Mangel dieses Vertragsverhältnisses – und damit nur einen Ausschnitt aus dem Vertragsverhältnis höher zu bewerten (so zutreffend Woitkewitsch ZMR 2005, 840, 842).

dd) Dem steht auch die Entscheidung des BGH vom 20. 4. 2005 – XII ZR 248/04 – NJW-RR 2005, 938 [= GuT 2005, 179] nicht entgegen. In dieser Entscheidung hatte der Mieter nach Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung die Feststellung beantragt, ab einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr zur Zahlung von Mietzins verpflichtet zu sein. Für diesen Fall hat der BGH die Anwendbarkeit des § 41 GKG verneint und ausgeführt, dass die negative Feststellungsklage eines Mieters, mit der er seine auf dem Mietvertrag beruhende Verpflichtung zur künftigen Entrichtung des Mietzins leugnet, in der Sache das Spiegelbild einer Leistungsklage des Vermieters auf künftige Mietzahlung darstellt. Der Gebührenstreitwert einer Klage des Vermieters auf zukünftigen Mietzins richtet sich nach § 48 Abs. 1 GKG und § 9 ZPO, wonach der dreieinhalbjährige Bezug maßgeblich ist (vgl. BGH, a. a. O.; zitiert bei JURIS, Tz 14, 15). Diese Fallkonstellation ist mit dem Fall der Geltendmachung der Berechtigung einer Mietminderung nicht vergleichbar. Denn es handelt sich – wie ausgeführt – nur um einen Ausschnitt aus dem Vertragsverhältnis. Es ist auch zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber im Zuge des Kostenmodernisierungsgesetzes für die auf Durchführung von Instandsetzungsmaßnahmen gerichtete Klage des Mieters in das Gesetz die Vorschrift des § 41 Abs. 5 Satz 1, 2. Halbsatz GKG neu eingefügt hat und damit eine besondere Wertvorschrift geschaffen hat, die auf den Jahresbetrag einer angemessenen Mietminderung abstellt (BGH Beschluss vom 2. 11. 2005 – XII ZR 137/05 – a. a. O. [= GuT 2006, 81]). Durch die Neufassung des Gesetzes soll in erster Linie aus sozialpolitischen Erwägungen vermieden werden, dass eine Festsetzung des Streitwertes nach den Kosten einer Instandsetzungsmaßnahme erfolgt (BT-Drucksache 15/1971, Seite 154). Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass der Feststellungsanspruch auf Berechtigung zur Minderung des Mietzins von der Interessenlage mit dem Anspruch auf Mängelbeseitigung vergleichbar ist; beide Ansprüche korrespondieren miteinander. Der Streit um die Feststellung einer Berechtigung zur Mietminderung steht in der Sache dem gesetzlich direkt geregelten Mängelbeseitigungsanspruch „spiegelbildlich“ gegenüber (vgl. OLG Hamburg Beschluss vom 20. 2. 2009 – 4 W 12/09 – a. a. O.; Woitkewitsch, a. a. O.).

Soweit der BGH in seiner Entscheidung vom 21. 9. 2005 – XII ZR 256/03 – NJW-RR 2006, 16 = NZM 2005, 944 [= GuT 2006, 35] für den im Wege der Widerklage geltend gemachten Feststellungsantrag, dass der Mieter zur Minderung des Mietzins um 100% berechtigt sei, den dreieinhalbjährlichen Minderungsbetrag zugrunde gelegt hat, ist diese Entscheidung nach altem Kostenrecht ergangen und ist daher im Hinblick auf die Neueinführung des § 41 Abs. 5 GKG nicht mehr einschlägig.

Für den Feststellungsantrag des Vermieters, dass der Mieter wegen einer behördlichen Nutzungsuntersagung nicht zur Kürzung des Mietzins berechtigt ist, hat der BGH den 42-fachen Minderungsbetrag unter Abzug von 20% (wegen positiver Feststellungsklage) angenommen (BGH Beschluss vom 17. 3. 2004 – XII ZR 162/00 – NZM 2004, 423 [= GuT 2004, 133 KL]). Entsprechend hat der VIII. Zivilsenat des BGH in der Entscheidung vom 13. 2. 2007 – VIII ZR 342/03 – GE 2007, 983 [= WuM

2007, 207] – bei einem Mängelbeseitigungsverlangen des Mieters den Streitwert auf der dreieinhalbfachen Jahresbetrag festgesetzt. Beide vorgenannte Entscheidungen ergingen nach altem Kostenrecht.

Gemäß § 68 Abs. 3 GKG ist das Verfahren kosten- und gebührenfrei.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen, weil die Frage der Anwendbarkeit des § 41 Abs. 5 Satz 1, 2. Halbsatz GKG für die Klage auf Feststellung zur Berechtigung einer Mietminderung in bestimmter Höhe grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert (§ 574 Abs. 2 ZPO).

Mitgeteilt von Frau RiLG Dr. E. Henkel, Berlin

Kurzfassungen/Leitsätze (KL)
Gewerbemiete etc.

§ 535 BGB – Entgeltliche Überlassung einer der Wohnungen im Gebäude an einen anderen Erbbauberechtigten des Grundstücks als Miete

Überlässt der eine von zwei Erbbauberechtigten eines mit einem Mehrfamilienhaus bebauten Grundstücks dem anderen Erbbauberechtigten eine der Wohnungen gegen Entgelt, handelt es sich regelmäßig um einen Mietvertrag (im Anschluss an BGH, Urteil vom 8. Januar 1969 – VIII ZR 184/66, WPM 1969, 298).

(BGH, Urteil vom 15. 9. 2010 – VIII ZR 16/10)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2010, 711.

§§ 535, 307 BGB – Geschäftsraummiете; Arztpraxis; Schönheitsreparaturklausel; Summierungseffekt ohne ausgleichende Leistungseinschränkung

Die kumulative formularmäßige Überbürdung der turnusmäßigen Schönheitsreparatur- und Endrenovierungspflicht auf den Mieter in §§ 15 Nr. 1 und 16 Nr. 1 des Vertrags vom 2. 10. 1992 ist wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters nach § 307 BGB n. F. unwirksam (BGH, NJW 2003, 3192 [= WuM 2003, 561 = GuT 2003, 234 KL]). Beide Regelungen führen in ihrer Gesamtbetrachtung zu einem Summierungseffekt und dadurch zu einem Übermaß an Renovierungspflichten. Die Kumulierung dieser Pflichten entfernt sich so weit vom gesetzlichen Leitbild, nach dem der Vermieter Schönheits- und Renovierungskosten zu tragen hat, dass eine formularmäßige Überbürdung auf den Mieter unzulässig ist. Eine Einschränkung der Renovierungspflicht, die die Regelung in ihrer Gesamtbetrachtung gleichwohl als wirksam erscheinen lassen könnte (vgl. BGH, NJW 1998, 3114 [= WuM 1998, 592]), sieht der Vertrag nicht vor. Die Unwirksamkeit solcher Regelungen gilt für Gewerbemietverhältnisse in gleicher Weise wie für Wohnungsmietverhältnisse (BGH, NJW 2005, 2006 [= GuT 2005, 160]). Ein Grund, den gewerblichen Mieter in diesem Punkt anders zu behandeln als einen Wohnungsmieter, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen (BGH, a. a. O.).

(OLG Köln, Urteil vom 7. 3. 2006 – 22 U 184/05)

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH GuT 2008, 436; LG Hildesheim GuT 2009, 178; BGH GuT 2009, 98 zur Individualabrede.

§§ 543, 280, 254 BGB – Rechtsanwaltskosten der Mietvertragskündigung des gewerblichen Großvermieters wegen Zahlungsverzugs des Wohnungsmieters

In einem tatsächlich und rechtlich einfach gelagerten Fall bedarf ein gewerblicher Großvermieter für die Abfassung einer auf Zahlungsverzug gestützten Kündigung eines Wohnungs-

mietvertrags keiner anwaltlichen Hilfe. Die Kosten für einen gleichwohl beauftragten Rechtsanwalt sind dann vom Mieter nicht zu erstatten.

(BGH, Urteil vom 6. 10. 2010 – VIII ZR 271/09)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2010, 740.

§ 556 BGB – Erteilung erforderlicher Erläuterung einer Betriebskostenabrechnung außerhalb der Abrechnung; Betriebskostenabrechnung der Wohnung im gemischt genutzten Gebäude; Betriebskostenspiegel

a) Bedarf eine Betriebskostenabrechnung einer Erläuterung, damit sie nachvollzogen werden kann und somit den an sie zu stellenden Mindestanforderungen genügt, sind auch Erläuterungen zu berücksichtigen, die der Vermieter dem Mieter außerhalb der Abrechnung – vor Ablauf der Abrechnungsfrist – erteilt hat, zum Beispiel im Mietvertrag, in einer vorausgegangen Abrechnung oder auf Nachfrage des Mieters.

b) Bei der Abrechnung der Betriebskosten für ein teils gewerblich, teils zu Wohnzwecken genutztes Gebäude gehört die Vornahme eines Vorwegabzugs für die gewerbliche Nutzung selbst dann nicht zu den an eine Abrechnung zu stellenden Mindestanforderungen, wenn durch die gewerbliche Nutzung ein erheblicher Mehrverbrauch verursacht wird und deshalb ein solcher Vorwegabzug geboten ist.

c) Bei einer Abrechnung der Betriebskosten eines gemischt genutzten Objekts nach dem Flächenmaßstab obliegt dem Mieter die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass durch die gewerbliche Nutzung erhebliche Mehrkosten pro Quadratmeter entstehen. Dabei ist hinsichtlich der einzelnen Betriebskosten zu differenzieren und auf die konkreten Gegebenheiten des Gebäudekomplexes einerseits und die Art der gewerblichen Nutzung andererseits abzustellen; die in einem Betriebskostenspiegel ausgewiesenen Durchschnittskosten sind nicht maßgeblich (im Anschluss an Senatsurteil vom 25. Oktober 2006 – VIII ZR 251/05, NJW 2007, 211 [= WuM 2006, 686]).

(BGH, Urteil vom 11. 8. 2010 – VIII ZR 45/10)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2010, 627.

§ 556b BGB – Mietvorauszahlung; Samstag bzw. Sonnabend als Werktag bzw. Banktag

Bei der Berechnung der Zahlungsfrist von drei Werktagen, die ein vorleistungspflichtiger Mieter nach § 556b Abs. 1 BGB oder entsprechenden Vertragsklauseln einzuhalten hat, ist der Sonnabend nicht als Werktag mitzuzählen (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 27. April 2005 – VIII ZR 206/04, NJW 2005, 2154 [= WuM 2005, 465]).

(BGH, Urteil vom 13. 7. 2010 – VIII ZR 129/09)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2010, 495.

§ 556b BGB – Mietvorauszahlung im Altvertrag; Samstag bzw. Sonnabend als Werktag bzw. Banktag

Dass der Sonnabend kein Werktag im Sinne des § 556b Abs. 1 BGB und entsprechender mietvertraglicher Vereinbarungen ist, gilt auch für Vereinbarungen, die vor dem Inkrafttreten des § 556b Abs. 1 BGB am 1. September 2001 getroffen worden sind (im Anschluss an das Senatsurteil vom 13. Juli 2010 – VIII ZR 129/09 [WuM 2010, 495]).

(BGH, Urteil vom 13. 7. 2010 – VIII ZR 291/09)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2010, 500.

§ 675 BGB – Islamic Banking

II. 2. b) bb) (2) Die Beklagte verfolgte mit der Mischung der unternehmerischen Risiken nicht vorrangig das Ziel, den Kapitalwert des Anlagevermögens zu sichern, sondern Gewinne

durch unterschiedliche unternehmerische Beteiligungen zu erwirtschaften und somit ihren Anlegern mit den islamischen Glaubensgrundsätzen vereinbare Renditen zu verschaffen.

(BGH, Urteil vom 29. 6. 2010 – VI ZR 83/09)

(BGH, Urteil vom 29. 6. 2010 – VI ZR 90/09)

§ 823 BGB; §§ 2, 8 AuslInvestmG; § 32 ZPO – Islamic Banking

a) Im Rahmen der Prüfung der internationalen Zuständigkeit entsprechend § 32 ZPO genügt es, dass der Kläger die nach dem insoweit maßgeblichen deutschen Recht deliktischen Ansprüche schlüssig behauptet. Ihr tatsächliches Vorliegen wird erst im Zusammenhang mit der Begründetheit der klägerischen Ansprüche geprüft.

b) Zur Anwendbarkeit des Auslandsinvestmentgesetzes auf den Erwerb von Aktien einer nicht börsennotierten Gesellschaft türkischen Rechts.

(BGH, Urteil vom 29. 6. 2010 – IV ZR 122/09)

§ 51 ZPO; § 714 BGB – Vertretung der BGB-Gesellschaft GbR vor Gericht; geschlossener Immobilienfonds

a) Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird gerichtlich durch alle Gesellschafter vertreten, denen die Geschäftsführungsbefugnis zusteht, soweit der Gesellschaftsvertrag keine abweichenden Regelungen enthält.

b) Die Gesellschafter können einen Vertretungsmangel durch Eintritt in den Prozess als gesetzliche Vertreter und Genehmigung der bisherigen Prozessführung heilen.

(BGH, Urteil vom 19. 7. 2010 – II ZR 56/09)

§ 116 ZPO – Prozesskostenhilfe PKH; GmbH & Co. KG; allgemeines Interesse an der Rechtsverfolgung; vom Berufungsgericht zugelassene Revision

1 Nach § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO kann einer GmbH & Co. KG Prozesskostenhilfe nur bewilligt werden, wenn die Kosten weder von ihr noch von den am Gegenstand des Rechtsstreits wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und wenn die Unterlassung der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung allgemeinen Interessen zuwiderlaufen würde.

2 Die Unterlassung der Durchführung einer Revision läuft allgemeinen Interessen regelmäßig nur dann zuwider, wenn es sich um eine Entscheidung handelt, die größere Kreise der Bevölkerung oder des Wirtschaftslebens anspricht und soziale Wirkungen nach sich ziehen kann (vgl. nur BGHZ 25, 183, 185; BGH, Beschlüsse vom 5. November 1985 - X ZR 23/85 - NJW 1986, 2058, 2059; 20. Dezember 1989 - VIII ZR 139/89 - NJW-RR 1990, 474). Dies ist etwa dann der Fall, wenn eine Partei anderenfalls gehindert wäre, der Allgemeinheit dienende Aufgaben zu erfüllen, oder wenn von der Durchführung des Prozesses die Existenz eines Unternehmens abhängt, an dessen Erhaltung wegen der großen Zahl der von ihm beschäftigten Arbeitnehmer ein allgemeines Interesse besteht (BGHZ 25, 183, 184 f; BT-Drucks. 8/3068, S. 26 f). Gegebenenfalls kann auch genügen, wenn der wirtschaftliche Gegenwert einer Forderung, deren Realisierung die Befriedigung einer Vielzahl von Gläubigern des Forderungsinhabers ermöglichen würde, deren Interessen an der Durchsetzung der Forderung sich aber nur mit Schwierigkeiten bündeln ließen, anderenfalls beim Schuldner verbliebe (BGH, Beschluss vom 24. Oktober 1990 - VIII ZR 87/90 - NJW 1991, 703; siehe auch Beschluss vom 5. November 1985, aaO). Demgegenüber reicht das allgemeine Interesse an einer richtigen Entscheidung eines Prozesses grundsätzlich ebenso wenig aus wie der Umstand, dass im Rahmen eines Revisionsverfahrens Rechtsfragen von allgemeinem Interesse zu beantworten wären (BGHZ 25, 183, 185; Beschluss vom 20. Januar 1965 - VIII ZR 304/62 - LM § 114 ZPO Nr. 21; Beschluss vom 20. Dezember 1989, aaO).

3 Vor diesem Hintergrund spielt es keine Rolle, dass das Berufungsgericht die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen hat. Die Klägerin ist im Übrigen, nachdem durch Beschluss des Amtsgerichts H. vom 25. Januar 2002 ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen mangels einer die Kosten deckenden Masse rechtskräftig abgewiesen wurde, bereits seit längerem aufgelöst. Es ist insoweit weder dargelegt noch ersichtlich, dass der Ausgang des Verfahrens wirtschaftlich eine Vielzahl von Personen betrifft. Insoweit ist auch anzumerken, dass die Klägerin aus abgetretenem Recht der R. W. - Tochter der Liquidatorin der Klägerin - gegen die Beklagten vorgeht und die Liquidatorin im Termin am 18. August 2009 gegenüber dem Berufungsgericht erklärt hat, es sei im Zuge der Abtretung vereinbart worden, dass im Erfolgsfall der Klage das Geld R. zustehen solle; die Abtretung an die Klägerin sei erfolgt, weil R. mit der Durchsetzung der Ansprüche überfordert gewesen wäre. Ist damit wirtschaftlich aber nur die Zedentin am Rechtsstreit interessiert, liegt ersichtlich kein allgemeines Interesse an der Durchführung des Revisionsverfahrens vor.

4 Es kann daher dahinstehen, ob wegen der Abtretung und ihrer Hintergründe für die Entscheidung über die Bewilligung von Prozesskostenhilfe nicht auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Klägerin, sondern auf die der Zedentin abzustellen wäre.

(BGH, Beschluss vom 20. 5. 2010 – III ZR 56/10)

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH 2010, 367 (in diesem Heft); BGH GuT 2007, 32 m. w. Hinw. d. Red.; BGH GuT 2008, 213 (PKH

für den Insolvenzverwalter); GuT 2010, 254 (PKH für die Wohnungseigentümergeinschaft).

§ 139, 233 ZPO – Wiedereinsetzung; Posteinwurf der Berufungsschrift

Zur Hinweispflicht des Gerichts, wenn dieses das Vorbringen in einem Wiedereinsetzungsgesuch (hier: genaue Umstände des Posteinwurfs der Berufungsschrift) als ergänzungsbedürftig ansieht.

(BGH, Beschluss vom 9. 2. 2010 – IX ZB 34/09)

§ 233 ZPO – Wiedereinsetzung; Berufungsbegründungsfrist; Postlaufzeit

II. 2. b) dd) Sonstige Umstände stehen der Wiedereinsetzung nicht entgegen. Zutreffend hat auch das Berufungsgericht zugrunde gelegt, dass der erstmalige Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist Erfolg gehabt hätte. Verzögerungen der Briefbeförderung oder der Briefzustellung durch die Deutsche Post AG können einer Prozesspartei nicht als Verschulden angerechnet werden. Sie darf vielmehr darauf vertrauen, dass die Postlaufzeiten eingehalten werden, die seitens der Deutschen Post AG für den Normalfall festgelegt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Februar 2010 – XI ZB 34/09, aaO, Rn. 7 m.w.N.).

(BGH, Beschluss vom 2. 9. 2010 – VII ZB 48/08)

KL-Mitteleiter: RA Spatz, Köln; RiBGH Wellner, Karlsruhe.

Teileigentum

§ 12 WEG

**Wohnungseigentum; Veräußerungsbeschränkung;
Erfordernis der Zustimmung der Miteigentümer;
Schenkung**

Ist als Inhalt des Sondereigentums im Wohnungsgrundbuch gemäß § 12 WEG eingetragen, dass der Wohnungseigentümer sein Wohnungseigentum nur mit Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer verkaufen darf, so bedarf die Eintragung des Eigentumsübergangs aufgrund eines Schenkungsvertrages nicht des Nachweises der Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer.

(KG, Beschluss vom 17. 8. 2010 – 1 W 97/10)

Zum Sachverhalt: Der eingetragene Eigentümer übertrug mit notarieller Urkunde vom 14. Oktober 2009 dem Beteiligten, seinem Sohn, unentgeltlich im Wege der vorweggenommenen Erbfolge das im Wohnungsgrundbuch verzeichnete Eigentum bestehend aus einem Miteigentumsanteil von 68,22/1000 am Grundstück, Gebäude und Freifläche verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 6 und dem dazugehörigen Kellerraum. Im Bestandsverzeichnis ist in wörtlicher Übereinstimmung mit § 1 Abs. 1 der Gemeinschaftsordnung (Anlage zur Urkunde vom 31. August 1967 des Notars Dr. L.) eingetragen:

„Der Wohnungseigentümer darf sein Wohnungseigentum nur mit Zustimmung der Mehrheit derjenigen Eigentümer verkaufen, die mit ihm im gleichen Hausblock wohnen.“

sowie

„Dies gilt nicht für den Fall der Veräußerung im Wege der Zwangsversteigerung oder durch den Konkursverwalter oder wenn ein Grundpfandgläubiger ein von ihm erworbenes Wohnungseigentum veräußern will.“

Der eingetragene Eigentümer und der Beteiligte begehren u. a. die Eigentumsumschreibung auf den Beteiligten. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 3. Dezember 2009 zu Ziff. 1. darauf hingewiesen, dass für die beantragte Eigentumsumschreibung die Zustimmung aller Wohnungseigentümer in der Form des § 29 GBO vorzulegen sei. Die im Bestandsverzeichnis eingetragene Veräußerungsbeschränkung sei in sich widersprüchlich. Da die geregelten Ausnahmen von „Veräußerungen“ ausgingen, könne auch die Regel sich nur auf „Veräußerungen“ beziehen.

Der Notar hat gegen die Zwischenverfügung Erinnerung eingelegt. Er ist der Ansicht, die Zustimmung der Wohnungseigentümer sei ausdrücklich nur für den Verkauf, nicht aber für die schenkweise Übertragung erforderlich.

Aus den Gründen: II. Das durch den Notar eingelegte Rechtsmittel ist als Beschwerde gemäß § 71 Abs. 1 GBO gegen Ziffer 1 der Zwischenverfügung auszulegen und als solche zulässig. [...]

Die Beschwerde ist weiter dahin auszulegen, dass sie durch den eingetragenen Eigentümer und den Beteiligten erhoben werden soll. Wenn der beurkundende Notar im Rahmen der vermuteten Vollmacht nach § 15 GBO Beschwerde einlegt, sind

grundsätzlich alle Antragsberechtigten als Beschwerdeführer anzusehen, wenn sich nicht aus einer ausdrücklichen Angabe oder aus den Umständen etwas anderes ergibt (vgl. nur Demharter, GBO, 27. Aufl., § 15 Rdn. 20). Antragsberechtigt für die beantragte Eigentumsumschreibung, an deren Eintragung sich das Grundbuchamt gehindert sah, sind der eingetragene Eigentümer und der Beteiligte.

III. In dem so ermittelten Umfang ist die Beschwerde begründet. Die begehrte Eigentumsumschreibung bedarf nicht des Nachweises einer Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer. Dies ergibt sich insbesondere nicht aus der im Bestandsverzeichnis eingetragenen Veräußerungsbeschränkung.

Gemäß § 12 WEG kann als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf. Veräußerung ist dabei die rechtsgeschäftliche Übertragung des Wohnungseigentums unter Lebenden im Gegensatz zur Enteignung, zum Eigentumsübergang kraft Gesetzes (Erbfall, Zuschlag in der Zwangsversteigerung) oder zur Erbteilsabtretung und zur Belastung des Wohnungseigentums (Wenzel in: Bärmann, WEG, 10. Aufl., § 12 Rdn. 16). Die von § 12 WEG gestatteten Veräußerungsbeschränkungen sind nicht gesetzlicher Inhalt des Sondereigentums; sie werden es erst durch besondere Vereinbarung, sei es bei Begründung des Wohneigentums, sei es durch später vereinbarte Änderung der Gemeinschaftsordnung (Baumann in: Jennißen, WEG, § 12 Rdn. 4). Die Eigentümer bestimmen durch die Ausgestaltung der Gemeinschaftsordnung selbst, in welchen Veräußerungsfällen eine Zustimmung erforderlich ist (Baumann a. a. O. Rdn. 9).

Die als Inhalt des Sondereigentums eingetragene Beschränkung regelt für das verfahrensgegenständliche Wohnungseigentum ein Zustimmungserfordernis positiv nur für den Verkauf des Wohnungseigentums, also die rechtsgeschäftliche, entgeltliche Veräußerung unter Lebenden. Diese Regelung ist isoliert gesehen weder unklar noch mehrdeutig und deshalb einer Auslegung dahin, dass auch unentgeltliche Veräußerungen dem Zustimmungsvorbehalt unterliegen sollen, nicht zugänglich.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Tatsache, dass in den vereinbarten Ausnahmen der Begriff der „Veräußerung“ verwendet wird. Mit den Ausnahmetatbeständen ist lediglich klargestellt, dass jegliche Form der „Veräußerung“ im Wege der Zwangsversteigerung, durch den Konkursverwalter oder durch einen Grundpfandgläubiger nicht unter die vereinbarte Veräußerungsbeschränkung fallen soll. Einer solchen Klarstellung mag es insoweit nicht bedürftig haben, als die Zwangsversteigerung ohnehin keinen „Verkauf“ dargestellt hätte. Da die Zwangsversteigerung ebenso wie die Veräußerung durch den Konkursverwalter (jetzt: Insolvenzverwalter) durch § 12 Abs. 3 S. 2 WEG aber einer rechtsgeschäftlichen Veräußerung gleichgestellt werden, ergibt sich eine Unklarheit oder Widersprüchlichkeit aus einer Regelung, diese Veräußerungen sollten nicht als „Verkauf“ im Sinne einer vereinbarten Veräußerungsbeschränkung gelten, nicht.

Doch selbst wenn die hier eingetragene Veräußerungsbeschränkung als auslegungsfähig angesehen würde, ergäbe eine solche Auslegung nicht, dass über den Wortlaut der Positivregelung hinaus auch eine unentgeltliche Veräußerung unter Lebenden der Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer bedürfen sollte. Die als Inhalt des Sondereigentums vereinbarte Zustimmungspflichtigkeit von Veräußerungen ist als eine Ausnahme von der in § 137 S. 1 BGB normierten Verfügungsfreiheit eng auszulegen und einer erweiternden Auslegung nicht zugänglich (Wenzel a. a. O. Rdn. 17). Bei der Auslegung von Grundbucheintragungen ist wegen der Zweckbestimmung des Grundbuchs, über bestehende dingliche Rechte jedem, der das Grundbuch einseht, eindeutig Aufschluss zu geben, auf Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich aus dem Eintragungsvermerk und der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung für den unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung

des Eingetragenen ergibt; Umstände, die außerhalb dieser Urkunde liegen, dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (Demharter a. a. O. § 53 Rdn. 4 m. w. N.). Die nächstliegende Bedeutung für einen unbefangenen Betrachter ist hier nicht die von dem Wortlaut der Eintragung abweichende. Der Zweck des § 12 WEG, den Wohnungseigentümern die Möglichkeit zu geben, sich gegen das Eindringen störender oder zahlungsunfähiger Personen in die Eigentümergemeinschaft zu schützen (KG, FGPrax 2004, 69; Wenzel a. a. O. Rdn. 1), mag zwar ein Indiz dafür sein, dass es den Wohnungseigentümern bei der Vereinbarung einer Veräußerungsbeschränkung mehr um den von ihnen womöglich nicht erwünschten Eigentumserwerb als um die Art des schuldrechtlichem Grundgeschäfts geht. Dem widerspricht hier allerdings bereits, dass die eingetragene Veräußerungsbeschränkung bestimmte Arten von Grundgeschäften ausdrücklich ausschließt. Auch der Umstand, dass durch die Verwendung des Begriffs „verkaufen“ Schenkungen aus dem Anwendungsbereich der Veräußerungsbeschränkung ausgeschlossen werden, kann für einen unbefangenen Betrachter nicht als offensichtlich nicht gewollt erscheinen. Möglich ist z. B., dass die Wohnungseigentümer damit berücksichtigt haben, dass Schenkungen von Wohnungseigentum in der Praxis selten und wenn, dann in der Regel als Form der vorweggenommenen Erbfolge vorkommen. Da der Erwerb durch Erbfall durch eine Vereinbarung gemäß § 12 WEG ohnehin nicht verhindert werden kann, ist es nicht fern liegend, dass eine Wohnungseigentümergeinschaft die Vorwegnahme dieses Erwerbs durch Schenkung ebenfalls nicht dem Zustimmungserfordernis unterwerfen will.

Mitgeteilt vom 1. Zivilsenat des Kammergerichts

§ 21 WEG

Wohnungseigentum; Ferienwohnung; Umzugskostenpauschale für die an wechselnde Kurzzeit-Bewohner vermietenden Wohnungseigentümer

a) Besondere Nutzungen im Sinne von § 21 Abs. 7 WEG sind solche, die mit einer gesteigerten Inanspruchnahme des Gemeinschaftseigentums einhergehen und zumindest bei typisierender Betrachtung den Anfall besonderer Kosten wahrscheinlich machen.

b) Die Festsetzung einer maßvoll bemessenen Umzugskostenpauschale durch Mehrheitsbeschluss nach § 21 Abs. 7 WEG entspricht nur dann den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung, wenn die Regelung nicht zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung der Wohnungseigentümer führt.

(BGH, Urteil vom 1. 10. 2010 – V ZR 220/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien bilden die im Rubrum näher bezeichnete Wohnungseigentümergeinschaft. Der Kläger ist Eigentümer von fünf Eigentumswohnungen, die er als möblierte Ferienwohnungen an Touristen und Saisonarbeiter vermietet. Pro Jahr kommen insgesamt etwa einhundert Mietverträge zustande. Vergleichbare Vermietungen nimmt allenfalls ein weiteres Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft vor. Bei den Beklagten handelt es sich um die übrigen Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft.

2 In der Eigentümerversammlung vom 3. Dezember 2007 wurden verschiedene Beschlüsse gefasst. Der zu TOP 4 ergangene Beschluss lautet auszugsweise:

„Die Gemeinschaft beschließt, dass jeder Wohnungseigentümer im Falle eines Bewohnerwechsels aufgrund befristeter Nutzungsüberlassung ... für mögliche Beeinträchtigungen und eine besondere Abnutzung des Gemeinschaftseigentums eine Kostenpauschale in Höhe von 50 € an die Eigentümergeinschaft zu zahlen hat. Unter den Begriff des Bewohners fallen auch Feriengäste und „Saisonarbeitnehmer“, die das Sondereigentum angemietet haben. Betrifft der Bewohnerwechsel meh-

rere Personen, fällt die Kostenpauschale nur einmal an ... Die eingezahlten Beträge sind der Instandhaltungsrücklage zuzuführen ...“

3 Soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse, hat das Amtsgericht Charlottenburg auf die am 21. Dezember 2007 eingegangene und am 4. Februar 2008 (Montag) begründete Klage den zitierten Beschluss für ungültig erklärt. Das Landgericht Berlin hat die Klage insoweit abgewiesen. Mit der von diesem Gericht zugelassenen Revision möchte der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, es könne offen gelassen werden, ob die gegen den Beschluss zu TOP 4 erhobene Anfechtungsklage innerhalb der Ausschlussfrist des § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG ausreichend begründet worden sei. Denn auch bei Zugrundelegung der nach Ablauf der Frist von dem Kläger erhobenen Einwände sei der angefochtene Beschluss nicht zu beanstanden. Insbesondere habe die Mehrheit der Wohnungseigentümer eine den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung entsprechende Regelung getroffen. Bei kurzfristigen Vermietungen handele es sich um keine „reine Wohnnutzung“, sondern um eine besondere Nutzung im Sinne von § 21 Abs. 7 WEG. Daraus folge, dass es bei derartigen Vermietungen zu einer erhöhten - den „bloßen Mitgebrauch“ im Sinne von § 13 Abs. 2 WEG überschreitenden - Abnutzung des Gemeinschaftseigentums komme. Der Kostenpauschale sei auch kein Strafcharakter beizumessen. Die Pauschale werde ausnahmslos von jedem erhoben, der unter die beschlossene Regelung falle.

5 II. Die Revision ist begründet.

6 1. Das angefochtene Urteil hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand. Zwar ist die Einführung einer maßvollen Umzugskostenpauschale im Wege eines Mehrheitsbeschlusses durch die Regelung des § 21 Abs. 7 WEG gedeckt. Die hier in Rede stehende Ausgestaltung ist jedoch mit den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung nicht zu vereinbaren.

7 a) Nach der genannten Vorschrift können die Wohnungseigentümer durch Mehrheitsbeschluss unter anderem Regelungen hinsichtlich der Kosten für besondere Nutzungen des Gemeinschaftseigentums treffen. Eine solche Nutzung liegt hier vor.

8 Allerdings kommt es für das Vorliegen einer besonderen Nutzung im Sinne von § 21 Abs. 7 WEG nicht entscheidend darauf an, ob eine den zulässigen Mitgebrauch nach § 13 Abs. 2 WEG überschreitende und daher unzulässige Nutzung des Gemeinschaftseigentums vorliegt (so aber Müller, ZWE 2008, 278, 283 f.; vgl. auch Timme/Elzer, WEG, § 21 Rn. 376). Die Gesetzesmaterialien belegen mit aller Klarheit, dass den Wohnungseigentümern mit der Regelung des § 21 Abs. 7 WEG gerade auch die Möglichkeit eröffnet werden sollte, eine Umzugskostenpauschale zu beschließen (vgl. BT-Drucks. 16/887 S. 27). Da Ein- und Auszüge aber unzweifelhaft in den Kernbereich des nach § 13 Abs. 2 WEG statthaften Mitgebrauchs fallen - und dies im Lichte der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 GG auch bei häufigen Umzügen gilt (vgl. Senat, Urteil vom 15. Januar 2010 - V ZR 72/09, NZM 2010, 285, 286 f. [= GuT 2010, 44]) -, erscheint der auf die Wertung des § 13 Abs. 2 WEG abhebende Ansatz nicht überzeugend. Das gesetzgeberische Anliegen würde ohne Not verfehlt.

9 Vor diesem Hintergrund bietet es sich an, schon solche Nutzungen als besondere im Sinne von § 21 Abs. 7 WEG aufzufassen, die mit einer gesteigerten Inanspruchnahme des Gemeinschaftseigentums einhergehen und zumindest bei typisierender Betrachtung den Anfall besonderer Kosten wahrscheinlich machen (vgl. Merle in Bärman, WEG, 11. Aufl., § 21 Rn. 155; Jenßen/Heinemann, WEG, 2. Aufl., § 21 Rn. 118; Palandt/Bassenge, BGB, 69. Aufl., § 21 WEG Rn. 21). Das ist bei Umzügen der Fall. Diese führen im Allgemeinen zu einer gesteiger-

ten Inanspruchnahme insbesondere von Treppenhäusern und Aufzügen und machen in der Regel zusätzlichen Reinigungsaufwand erforderlich. Selbst sorgfältig arbeitende Umzugskräfte können in der Regel kleinere, oft unbedeutende und erst in der Summierung die Unansehnlichkeit oder Reparaturbedürftigkeit deutlich machende Schäden kaum vermeiden. Da solche Abnutzungen, Schäden und Kosten schwer oder nur mit unangemessenem Aufwand an Zeit und Kosten zu quantifizieren sind (vgl. auch Vandenhouten in Niefenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 9. Aufl., § 21 Rn. 129; Hügel, ZWE 2005, 204, 213), liegt eine pauschalierende Regelung, die nicht darauf abhebt, ob im Einzelfall Kosten verursacht werden, im wohlverstandenen Interesse aller Wohnungseigentümer. Auf der Grundlage dieser typisierenden und pauschalierenden Betrachtung kommt es daher auch nicht darauf an, dass Feriengäste und Saisonarbeiter in eine möblierte Wohnung meist mit nur geringem Umzugsgut ein- und ausziehen werden.

10 b) Allerdings entsprechen pauschalierende und typisierende Regelungen nur dann einer ordnungsgemäßen Verwaltung, wenn die Pauschale maßvoll bemessen ist und nicht zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung der Wohnungseigentümer führt.

11 aa) Was die Höhe der Umzugskostenpauschale anbelangt, ist die Grenze der Angemessenheit nach den derzeitigen Verhältnissen zwar bei einem Betrag von 50 € erreicht, aber noch nicht überschritten.

12 bb) Die angegriffene Regelung ist aber deshalb zu beanstanden, weil sie nur Umzüge im Zusammenhang befristeter vereinbarter Nutzungsverhältnisse der Pauschale unterwirft und damit Umzüge aufgrund unbefristeter Gebrauchsüberlassungen sowie vor allem auch Umzüge der jeweiligen Eigentümer selbst ausklammert. Der insbesondere bei Mehrheitsbeschlüssen über das Gemeinschaftsverhältnis zum Tragen kommende Gleichbehandlungsgrundsatz lässt zwar Differenzierungen zu, dies aber nur, wenn für die Unterscheidung ein ausreichender Sachgrund besteht (vgl. auch Merle in Bärman, aaO, § 25 Rn. 184 mwN). Daran fehlt es hier. Insbesondere ist nichts dafür ersichtlich, dass die von der Regelung ausgenommenen Umzüge zu signifikant geringeren Belastungen des Gemeinschaftseigentums führen.

13 2. Das Berufungsurteil ist auch nicht aus anderen Gründen richtig. Insbesondere ist die Anfechtungsklage rechtzeitig erhoben und innerhalb der materiellen Ausschlussfrist des § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG ausreichend begründet worden. Damit war das Klagevorbringen einer späteren Substantiierung zugänglich.

14 Bereits mit der Klage hat sich der Kläger vollen Umfangs gegen den zu TOP 4 ergangenen Beschluss gewandt. In der fristgerecht eingegangenen Klagebegründung hat er hierzu geltend gemacht, der Kostenpauschale komme Strafcharakter zu, weil sich diese allein gegen die von ihm betriebene kurzfristige Vermietung seiner Wohnungen richte. Davon abgesehen sei durch die Vermietung möblierter Wohnungen keine besondere Abnutzung des Gemeinschaftseigentums zu befürchten. Damit hat der Kläger nicht nur den angefochtenen Beschluss benannt, sondern im Kern vorgetragen, auf welche Umstände er die Anfechtung stützt. Das genügt. Denn die Funktion der Klagebegründungsfrist besteht lediglich darin, den Wohnungseigentümern und dem zur Ausführung von Beschlüssen berufenen Verwalter zumindest im Hinblick auf Anfechtungsgründe alsbald Klarheit darüber zu verschaffen, ob, in welchem Umfang und auf Grund welcher tatsächlichen Grundlage gefasste Beschlüsse einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden (vgl. Senat, Urteil vom 16. Januar 2009 - V ZR 74/08, BGHZ 179, 230, 237 [= WuM 2009, 190]; Urteil vom 27. März 2009 - V ZR 196/08, NJW 2009, 2132, 2133 [= WuM 2009, 373]; vgl. auch Senat, Urteil vom 2. Oktober 2009 - V ZR 235/08, BGHZ 182, 307, 311 [= WuM 2009, 686]).

15 3. Nach allem hat das Amtsgericht den angefochtenen Beschluss zu Recht für ungültig erklärt, so dass der Berufung der

Beklagten der Erfolg versagt bleibt. Die Zurückweisung des Rechtsmittels kann der Senat selbst aussprechen, weil der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH GuT 2010, 44 zur Vermietung der Eigentumswohnung an wechselnde Feriengäste oder Geschäftsreisende als zulässige Wohnnutzung.

§ 10 WEG; §§ 50, 263, 533 ZPO
Teileigentum; Wohnungseigentum;
„Untergemeinschaften“;
Klage gegen Wohnungseigentümer-Untergemeinschaft

Nur die Gesamtgemeinschaft der Wohnungseigentümer ist rechtsfähig, nicht jedoch Untergemeinschaften der Sondereigentümer von Sonderobjekten. Eine gleichwohl gegen die Untergemeinschaft erhobene Klage ist mangels Parteifähigkeit unzulässig.

(OLG Koblenz, Beschluss vom 18.10.2010 – 5 U 934/10)

Zum Sachverhalt: Der Kläger unterhält ein Parkhaus, das ursprünglich von A. D. und später von S. B. betrieben worden war. Das Parkhaus befindet sich in einem von der Stadt Bad Ems und W. P. errichteten Gebäude, an dem Sondereigentum begründet ist.

Gegenstand des Sondereigentums sind neben dem Parkhaus ein Laden, eine Gaststätte und ein Büro sowie zahlreiche Wohnungen. Gegenwärtig gibt es insgesamt fünf verschiedene Sondereigentümer. Das Parkhaus gehört der Stadt Bad Ems. Der überwiegende Teil der Wohnungen wird von einer GbR gehalten, an der W. P. beteiligt ist.

W. P. hatte am 19. Juni 1991 mit A. D. vereinbart, dass diese ihm 35 Parkhaus-Einstellplätze gegen fortlaufende Betriebskostenzahlungen überlässt. Im Hinblick darauf hat der Kläger, gestützt auf die Behauptung, insoweit Rechtsnachfolger A. Ds zu sein, zunächst gegenüber den neben der Stadt Bad Ems vorhandenen vier Sondereigentümern in deren Verbundenheit als Wohnungseigentümergeinschaft eine Betriebskostenzahlung von 4427,92 € geltend gemacht und ein weitergehendes Feststellungsbegehren erhoben. Später hat er sein Verlangen gegen die vier Sondereigentümer als Einzelpersonen gerichtet und die anfänglichen Anträge nur noch hilfsweise gestellt.

Das Landgericht Koblenz hat die Klage als unzulässig abgewiesen: Die beabsichtigte individuelle Inanspruchnahme sei nicht rechtshängig gemacht worden und für eine gemeinschaftliche Haftung fehle es von vornherein an der Passivlegitimation, weil sich der Kläger nicht gegen die gesamte Eigentümergeinschaft, sondern gegen einen bloßen Teil („Untergemeinschaft“) wende. Das greift der Kläger mit der Berufung an. Er erachtet die neben der Stadt Bad Ems vorhandenen vier Sondereigentümer gemeinschaftlich für rechts- und parteifähig und erneuert insoweit sein ursprüngliches Klageverlangen.

Aus den Gründen: II. Das vermag nicht durchzudringen.

1. Das Landgericht hat zutreffend keine Grundlage für eine Klage gesehen, die sich nicht gegen die Gemeinschaft aller Sondereigentümer richtet, sondern die - unter Ausgliederung der Stadt Bad Ems - auf die Inanspruchnahme einer „Untergemeinschaft“ abzielt. Eine solche „Untergemeinschaft“ kann nicht, wie dies § 10 Abs. 6 WEG für die Wohnungseigentümergeinschaft als Ganzes vorsieht, eigenständig Träger von Rechten und Pflichten sein und deshalb auch nicht verklagt werden (AG Aachen ZWE 2010, 285). Mithin muss es bei der Abweisung der Klage als unzulässig verbleiben.

2. Gegen Einzelpersonen geht der Kläger im Berufungsverfahren nicht vor. Insoweit war auch, wie das Landgericht richtig erkannt hat, nie eine Klage rechtshängig, weil weder eine Zustellung erfolgt ist noch eine mündliche Verhandlung mit ent-

sprechenden Anträgen stattfand (arg. § 261 Abs. 2 ZPO). Die Prozessbevollmächtigten der - nicht parteifähigen - „Untergemeinschaft“ haben ausdrücklich erklärt, nicht für die Mitglieder der „Untergemeinschaft“ persönlich aufzutreten. Sollte der Kläger die Einzelpersonen jetzt noch nachträglich in den Rechtsstreit einbeziehen, wäre das nur noch mit deren Zustimmung möglich (Thomas/Putzo, ZPO, 31. Aufl., vor § 50 Rdnr. 23); außerdem ist die Hürde des § 533 Nr. 2 ZPO zu nehmen (Heßler in Zöller, ZPO, 28. Aufl., § 533 Rdnr. 4).

3. Vorsorglich ist darauf hinzuweisen, dass die Inanspruchnahme der Mitglieder der verklagten „Untergemeinschaft“ auch aus sachlich-rechtlichen Erwägungen scheitern müsste. Die Verpflichtung zur Zahlung der streitigen Betriebskosten traf ursprünglich W. P., und anspruchsberechtigt war A. D.. Wie sich die Rechtsnachfolge dann auf beiden Seiten vollzogen haben soll, liegt im Dunkeln. Man mag zugunsten des Klägers unterstellen, dass es auf der Gläubigerseite Zessionen bis hin zu seiner Person gegeben hat. Aber auf der Schuldnerseite erschließt sich eine tragfähige Verpflichtungsübernahme nicht. Einen gesetzlichen Schuldübergang kann es nicht gegeben haben. Insbesondere liegt kein Fall des § 566 BGB vor. Auch auf vertraglicher Ebene fehlt die Basis. Das am 28. November 2005 an den Kläger herangetragene Angebot einer Kostentragungsvereinbarung wurde nicht angenommen, und aus dem im Namen der Mitglieder der „Untergemeinschaft“ gefertigten Schreiben der Vi. B. vom 21. April 2009 geht keine individuelle Haftungszusage hervor.

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

§ 263 ZPO
Parteiwechsel in Wohnungseigentums-Verfahren

Ein Parteiwechsel kann auch durch Prozessklärungen in der mündlichen Verhandlung herbeigeführt werden.

(BGH, Urteil vom 17.9.2010 – V ZR 5/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin ist Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft. In der Eigentümerversammlung vom 1. September 2008 wurden verschiedene Beschlüsse gefasst. Mit ihrer am 29. September 2008 eingegangenen Klage, die nach Aufforderung zur Zahlung des Gerichtskostenvorschusses und dessen zeitnaher Überweisung dem Verwalter der Wohnungseigentümergeinschaft am 15. November 2008 zugestellt worden ist, wendet sich die Klägerin gegen die zu den Tagesordnungspunkten (TOP) 3. 2., 3. 3. und 3. 4. gefassten Beschlüsse. Die beklagte Partei hat sie bezeichnet als „Wohnungseigentümergeinschaft K. Straße in B., vertreten durch die W. N. Grundstücks- und Vermögensverwaltung Immobilien GmbH“.

2 Von dem Amtsgericht darauf hingewiesen, dass Anfechtungsklagen gegen die übrigen Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft zu richten seien und deshalb Bedenken gegen die Einhaltung der Klagefrist nach § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG bestünden, hat die Klägerin noch vor der mündlichen Verhandlung schriftsätzlich erklärt, dass sich die Klage gegen die übrigen Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft richte. In der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht hat der Prozessbevollmächtigte der Klägerin den angekündigten Antrag mit der Maßgabe gestellt, die Klage richte sich nunmehr gegen die übrigen Eigentümer. Darauf hat der Prozessbevollmächtigte der Wohnungseigentümergeinschaft zunächst erklärt, er vertrete auch die übrigen Wohnungseigentümer. Sodann hat er nur in deren Namen die Abweisung der Klage beantragt.

3 Das Amtsgericht Charlottenburg hat die Klage wegen der Anfechtung der zu TOP 3. 2. und 3. 3. ergangenen Beschlüsse durch Teilurteil mit der Begründung abgewiesen, die Klage sei nicht fristgerecht gegen die richtige Partei erhoben worden. Nichtigkeitsgründe seien nicht ersichtlich. Die Berufung ist er-

folglos geblieben. Mit der von dem Landgericht Berlin zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter. Die übrigen Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht hat die Rechtsauffassung des Amtsgerichts bestätigt. Die Voraussetzungen für eine Rubrumsänderung seien nicht gegeben. Es liege eine subjektive Klageänderung vor, die nicht innerhalb der Anfechtungsfrist des § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG vorgenommen worden sei.

5 II. Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

6 1. Das angefochtene Urteil hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

7 a) Zu Recht geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass die Einhaltung der Frist des § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG nicht an der erst am 15. November 2008 erfolgten Zustellung der Klage scheitert, weil die Frist auch durch die rechtzeitige Einreichung der Klageschrift gewahrt wird, sofern diese demnächst im Sinne von § 167 ZPO zugestellt worden ist. Mit Blick auf den nach § 12 Abs. 1 GKG zu leistenden Gerichtskostenvorschuss ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn der Vorschuss nach seiner Anforderung innerhalb eines Zeitraumes eingezahlt wird, der sich „um zwei Wochen bewegt oder nur geringfügig darüber liegt“ (Senat, Urteil vom 16. Januar 2009 – V ZR 74/08, BGHZ 179, 230, 235 f. [= WuM 2009, 190] mwN). So liegt es hier.

8 b) Ebensowenig lassen die Erwägungen des Berufungsgerichts zu den verneinten Voraussetzungen einer Rubrumsberichtigung (vgl. dazu auch Senat, Urteil vom 6. November 2009 – V ZR 73/09, NZM 2010, 46, 47 [= WuM 2010, 181]) Rechtsfehler erkennen. Auch die Revision erhebt gegen diese rechtliche Beurteilung keine Bedenken.

9 c) Rechtsfehlerhaft steht das Berufungsgericht jedoch auf dem Standpunkt, die Monatsfrist des § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG sei deshalb nicht eingehalten worden, weil die Inanspruchnahme der übrigen Wohnungseigentümer als Beklagte erst nach Ablauf der Frist erklärt worden sei. Nur wenige Tage vor Verkündung des Berufungsurteils hat der Senat bereits entschieden, dass die Frist auch durch eine zunächst gegen die Wohnungseigentümergeinschaft erhobene Klage, vertreten durch den Verwalter, gewahrt werden kann, wenn innerhalb der Klagefrist der Verwalter angegeben und die Klage – wie hier – unter namentlicher Bezeichnung der übrigen Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung umgestellt wird (Urteil vom 6. November 2009 – V ZR 73/09, NZM 2010, 46, 47 ff. [= WuM 2010, 181]). Der darin liegende privilegierte Parteiwechsel ist ohne weiteres zulässig (vgl. Senat, Urteil vom 5. März 2010 – V ZR 62/09, NZM 2010, 406 f. [= WuM 2010, 256]).

10 2. Das Berufungsurteil unterliegt danach der Aufhebung (§ 562 ZPO). Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO). Ob die Anfechtungsklage bei Einhaltung der Fristen des § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG begründet ist, hat das Berufungsgericht – von seinem Rechtsstandpunkt folgerichtig – nicht abschließend geprüft. Die Sache ist daher zurückzuweisen, damit die für eine Endentscheidung erforderlichen Feststellungen getroffen werden können (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

11 3. Für die neue Verhandlung weist der Senat darauf hin, dass der Parteiwechsel bereits vollzogen worden ist. Dem steht

nicht entgegen, dass der darauf gerichtete Schriftsatz der Klägerin den nunmehrigen Beklagten nicht zugestellt worden ist. Zwar ist die Zustellung grundsätzlich erforderlich, um die Rechtshängigkeit der Klage gegenüber den übrigen Mitgliedern der Wohnungseigentümergeinschaft herbeizuführen, mit denen durch die Zustellung der Klage an die Gemeinschaft noch kein Prozessrechtsverhältnis begründet worden ist (vgl. nur Senat, Urteil vom 5. März 2010 – V ZR 62/09, NZM 2010, 406, 407 [= WuM 2010, 256] mwN). Hier tritt jedoch die Besonderheit hinzu, dass der Prozessbevollmächtigte der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht den angekündigten Antrag mit der Maßgabe gestellt hat, die Klage richte sich nunmehr gegen die übrigen Eigentümer. Darauf hat der Prozessbevollmächtigte der Wohnungseigentümergeinschaft zunächst erklärt, er vertrete auch die übrigen Wohnungseigentümer. Sodann hat er (nur) in deren Namen die Abweisung der Klage beantragt. Dies erhellt, dass er eine Sachentscheidung gegenüber den übrigen Wohnungseigentümern erstrebt und diese nicht von der vorherigen Zustellung des Schriftsatzes abhängig machen wollen. Damit ist der Mangel der fehlenden Zustellung jedenfalls nach § 295 Abs. 1 Alt. 1 ZPO geheilt (zu § 267 ZPO vgl. Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 267 Rn. 4). Im Ergebnis gilt insoweit nichts anderes als bei einer nicht zugestellten Klage, deren Rechtshängigkeit ebenfalls im Termin zur mündlichen Verhandlung begründet werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 1957 – IV ZR 88/57, BGHZ 25, 66, 72; BGH, Beschluss vom 21. Dezember 1983 – IVb ZB 29/82, NJW 1984, 926; Beschluss vom 24. Mai 1972 – IV ZR 65/71, NJW 1972, 1374; Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 253 Rn. 26a). Schutzwürdige Belange der übrigen Wohnungseigentümer werden zudem deshalb nicht berührt, weil der Streitstoff identisch ist und die gegen die Wohnungseigentümergeinschaft erhobene Klage dem zur Unterrichtung der Wohnungseigentümer verpflichteten Verwalter zugestellt worden ist (vgl. Senat, Urteil vom 5. März 2010 – V ZR 62/09, NZM 2010, 406, 407 [= WuM 2010, 256] mwN).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 72 GVG; § 43 WEG
Wohnungseigentumsrechtliche Streitigkeit;
Versäumung der Berufungsfrist wegen Unkenntnis des
zuständigen Berufungsgerichts

In wohnungseigentumsrechtlichen Streitigkeiten kann die Berufung fristwährend grundsätzlich nur bei dem zuständigen Gericht eingelegt werden. Die Rechtsmittelzuständigkeit fehlerhaft abgeklärt zu haben, ist ohne weiteres schuldhaft.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 24. 6. 2010 – V ZB 170/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien sind die Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft. Die Kläger wenden sich gegen verschiedene Beschlüsse, die auf zwei Eigentümerversammlungen gefasst wurden. Das Amtsgericht Wolgast hat drei der angegriffenen Beschlüsse für ungültig erklärt. Gegen das ihnen spätestens am 14. Oktober 2008 zugestellte Urteil haben die Beklagten am 3. November 2008 bei dem Landgericht Stralsund Berufung eingelegt. Nach Eingang der Akten am 11. November 2008 hat der Vorsitzende der Berufungszivilkammer die Vorlage der Akten an die Beschwerdeabteilung zur Prüfung einer Übernahme der Sache verfügt. Deren Vorsitzende hat die Akten am 20. November 2008 an die Berufungskammer unter Hinweis darauf zurückgesandt, zuständig sei nach § 72 Abs. 2 Satz 1 GVG das Landgericht Rostock. Unter dem 25. November 2008 ist den Beklagten ein entsprechender Hinweis erteilt worden. Am 3. Dezember 2008 haben sie die Abgabe der Sache an das Landgericht Rostock beantragt und am 5. Dezember 2008 nochmals Berufung – nunmehr bei diesem Gericht – eingelegt. Das Rechtsmittel haben sie sogleich begründet und mit

einem Wiedereinsetzungsantrag verbunden. Das Landgericht Rostock (im Folgenden Berufungsgericht) hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Beklagten.

2 **Aus den Gründen:** II. Die gemäß §§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 238 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist unzulässig, weil die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.

3 1. Der Rechtssache kommt keine grundsätzliche Bedeutung zu. Entgegen der Auffassung der Beklagten hängt die Beantwortung der Frage, ob das Berufungsgericht die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu Recht versagt hat, nicht von klärungsbedürftigen Rechtsfragen ab. Die für die Beurteilung des Falles maßgeblichen Obersätze lassen sich der höchstrichterlichen Rechtsprechung ohne weiteres entnehmen (dazu unten 2. b). Für die Aufstellung weiterer sachverhaltsbezogener Leitlinien (dazu Senat, BGHZ 151, 221, 225) zur Fortbildung des Rechts besteht kein Anlass.

4 2. Es ist auch keine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, weil die Rüge, das Berufungsgericht habe die Beklagten in deren Recht auf Gewährleistung wirkungsvollen Rechtsschutzes und eines fairen Verfahrens verletzt (Art. 2 i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip; Art. 19 Abs. 4 GG), nicht durchgreift. Das Berufungsgericht hat die an die Wiedereinsetzungsvoraussetzungen zu stellenden Anforderungen – auch unter Berücksichtigung der aus Art. 103 Abs. 1 GG folgenden verfassungsrechtlichen Vorgaben (dazu Senat, BGHZ 151, 221, 227) – nicht überspannt. Insbesondere hat es den Zugang zur Rechtsmittelinstanz nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert (zu diesen Kriterien vgl. nur BVerfGE 78, 88, 99; 84, 366, 369 f. [= WuM 1991, 661]; Senat, aaO, 227 f.; jeweils m.w.N.).

5 a) Die Erwägung des Berufungsgerichts, die nicht fristwahrende Einlegung der Berufung bei dem Landgericht Stralsund (vgl. Senat, Beschl. v. 10. Dezember 2009, V ZB 67/09, WuM 2010, 107 f.) beruhe auf verschuldeter Rechtsunkenntnis des Prozessbevollmächtigten der Beklagten, wird von der Rechtsbeschwerde nicht mit Gründen nach § 574 Abs. 2 ZPO (zu den Anforderungen Senat, Beschl. v. 25. März 2010, V ZB 159/09, Rdn. 5 m.w.N., juris) angegriffen. Sie ist davon abgesehen auch zutreffend. An den mit der Berufungseinlegung beauftragten Rechtsanwalt sind mit Blick auf die Ermittlung des zuständigen Rechtsmittelgerichts hohe Sorgfaltsanforderungen zu stellen. Die Rechtsmittelzuständigkeit abzuklären, ist zuvörderst seine Aufgabe. Im Zeitpunkt der Berufungseinlegung war § 72 Abs. 2 VVG in der hier einschlägigen Fassung bereits über ein Jahr in Kraft. Das vor diesem Hintergrund ohne weiteres gegebene Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten müssen sich die Beklagten zurechnen lassen (§ 85 Abs. 2 ZPO).

6 b) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde liegt eine Überspannung der Wiedereinsetzungsanforderungen nicht in der Annahme des Berufungsgerichts, eine fristgerechte Weiterleitung der Berufung an das zuständige Rechtsmittelgericht habe im ordentlichen Geschäftsgang nicht erwartet werden können. Es könne daher nicht davon ausgegangen werden, dass sich das Verschulden des Prozessbevollmächtigten nicht mehr auf die Fristversäumung ausgewirkt habe.

7 aa) Anders als in Fällen, in denen fristgebundene Rechtsmittelschriften irrümlich bei dem im vorangegangenen Rechtszug mit der Sache bereits befassten Gericht eingereicht werden (vgl. dazu etwa Senat, Beschl. v. 28. Juni 2007, V ZB 187/06, MDR 2007, 1276, 1277 m.w.N. [= GuT 2007, 385 KL]), besteht keine generelle Fürsorgepflicht des für die Rechtsmitteleinlegung unzuständigen Rechtsmittelgerichts, durch Hinweise oder andere geeignete Maßnahmen eine Fristversäumung des Rechtsmittelführers zu verhindern (vgl. nur BGH, Beschl. v. 15. Juni 2004, VI ZB 75/03, NJW-RR 2004, 1655, 1656; Beschl. v. 18. März 2008, VIII ZB 4/06, NJW 2008, 1890, 1891

[= GuT 2008, 144]; jeweils m.w.N.). Die Abgrenzung dessen, was im Rahmen einer fairen Verfahrensgestaltung an richterlicher Fürsorge von Verfassungen wegen geboten ist, kann sich nicht nur am Interesse der Rechtsuchenden an einer möglichst weitgehenden Verfahrenserleichterung orientieren, sondern muss auch berücksichtigen, dass die Justiz im Interesse ihrer Funktionsfähigkeit vor zusätzlicher Belastung geschützt werden muss. Einer Partei und ihrem Prozessbevollmächtigten muss die Verantwortung für die Ermittlung des richtigen Adressaten fristgebundener Verfahrenserklärungen nicht allgemein abgenommen und auf unzuständige Gerichte verlagert werden (vgl. BVerfGE 93, 99, 114; BVerfG NJW 2001, 1343; 2006, 1579; BGH, Beschl. v. 5. Oktober 2005, VIII ZB 125/04, NJW 2005, 3776, 3777; Beschl. v. 18. März 2008, aaO, 1891).

8 bb) Etwas anders gilt allerdings dann, wenn die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts „ohne weiteres“ bzw. „leicht und einwandfrei“ zu erkennen war und die nicht rechtzeitige Aufdeckung der nicht gegebenen Zuständigkeit auf einem offenkundig nachlässigen Fehlverhalten des angerufenen Gerichts beruht (vgl. BVerfG NJW 2002, 3692, 3693; 2006, 1579). In diesen Fällen stellt es für die Funktionsfähigkeit des angerufenen Gerichts keine nennenswerte Belastung dar, einen fehlgeleiteten Schriftsatz im Rahmen des üblichen Geschäftsgangs an das zuständige Gericht weiterzuleiten. Geschieht dies nicht, geht die nachfolgende Fristversäumung nicht zu Lasten des Rechtsuchenden (BVerfG NJW 2006, 1579); das Verschulden des Prozessbevollmächtigten wirkt sich dann nicht mehr aus (vgl. nur BGH, Beschl. v. 5. Oktober 2005, aaO, NJW 2005, 3776, 3777 m.w.N.). Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor.

9 (1) Anders als der Prozessbevollmächtigte der Beklagten bei der Einlegung der Berufung musste der Vorsitzende der Berufungszivilkammer nicht schon nach Vorlage der Akten mit aller Sorgfalt ermitteln, welches Gericht für die Berufung zuständig war. Das Rechtsmittel war ausdrücklich an das – grundsätzlich für Rechtsmittel gegen Urteile des Amtsgerichts Wolgast zuständige – Landgericht Stralsund adressiert. Vor diesem Hintergrund stellt es jedenfalls kein offenkundig nachlässiges Fehlverhalten dar, wenn sich der Vorsitzende in diesem frühen Verfahrensstadium im Kern auf die gerichtssinterne Zuständigkeit konzentriert, er die Akten einer anderen Kammer zur Prüfung einer Übernahme zugeleitet und er die Beklagten nicht sofort auf diese Umstände hingewiesen hat. Dass der Vorsitzende erst nach dem Eingang der Prozessakten bei dem Berufungsgericht tätig geworden ist, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Diese Vorgehensweise ist zumindest gut vertretbar. Da die Zuständigkeit in vielen Fällen frühestens nach Eingang der Prozessakten beurteilt werden kann – oftmals lässt sich Klarheit hierüber sogar erst nach Eingang der Rechtsmittelbegründung gewinnen –, vermeidet das gewählte Verfahren im Regelfall, dass die Akten zur Prüfung formeller Verfahrensfragen in wenig prozessökonomischer Weise mehrfach vorgelegt und bearbeitet werden müssen.

10 (2) Nicht zu beanstanden ist, dass die Beschwerdezzivilkammer, der die Akten am 11. November 2008 zugeleitet worden sind, die Zuständigkeit nicht innerhalb der jedenfalls am 14. November 2008 ablaufenden Berufungsfrist geprüft hat. Zu einer vorrangigen und beschleunigten Befassung mit der Sache bestand keine Veranlassung. Jedenfalls liegt auch insofern kein offenkundig nachlässiges Fehlverhalten des Landgerichts Stralsund vor. Beschleunigte Hinweise an die Beklagten nach Ablauf des 14. November 2008 hätten an der Versäumung der Berufungsfrist nichts mehr ändern können.

11 cc) Nach allem kommt es nicht mehr darauf an, ob die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch daran scheitert, dass den Beklagten das angefochtene Urteil jedenfalls nach ihren eigenen Angaben in der Berufungsschrift bereits am 2. Oktober 2008 zugestellt worden ist.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 72 GVG

**Berufung in einer Wohnungseigentumssache;
 Kennen des zuständigen Landgerichts;
 Versäumung der Berufungsfrist**

a) Die Berufung in einer Wohnungseigentumssache kann auch dann nur bei dem sachlich zuständigen Landgericht fristwährend eingelegt werden, wenn in dem betreffenden Oberlandesgerichtsbezirk auf Grund einer Rechtsverordnung nach § 72 Abs. 2 Sätze 2 und 3 GVG nicht das für den Sitz des Oberlandesgerichts zuständige Landgericht, sondern ein anderes Landgericht für diese Berufungen zuständig ist.

b) Die Versäumung der Berufungsfrist ist nicht unver-

schuldet, wenn sie darauf beruht, dass das Vorhandensein einer abweichenden Zuständigkeitsregelung und ihr Inhalt nicht geprüft wurden.

(BGH, Beschluss vom 12. 4. 2010 - V ZB 224/09)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2010, 319. Parallelverfahren: V ZB 225/09, V ZB 226/09, V ZB 227/09.



Wettbewerb

Internet – Umschau September 2010

Rechtsanwalt Daniel Dingeldey, Berlin

LG Hamburg – Wikimedia haftet nicht als Störer

Das Landgericht Hamburg hat in einer kürzlich ergangenen Entscheidung erneut an der Störerhaftung laboriert und diese etwas entspannter angewandt als gewohnt: der Verein Wikimedia, der über wikipedia.de auf das Angebot von wikipedia.org weiterleitet, haftet nicht für rechtswidrige Inhalte unter der .org-Domain.

Der Kläger ist eine ehemals politisch tätige Person, die unter anderem Mitglied der Hamburgischen Bürgerschaft war. Er verlangte unter anderem vom Wikimedia eV es zu unterlassen, bestimmte Daten und Informationen im Zusammenhang mit seiner Person zu veröffentlichen, sowie eine Geldentschädigung. Der beklagte Wikimedia eV unterstützt unter anderem Wikipedia und betreibt wikipedia.de.

Für das Landgericht Hamburg (Urteil vom 26. 3. 2010, Az. 325 O 321/08) stellte sich die Frage, inwieweit der Kläger, der aus dem politischen Alltag ausgestiegen war, noch öffentliche Person ist und deshalb die öffentliche Berichterstattung über seine Person hinnehmen muss. Grundsätzlich schützt das Persönlichkeitsrecht alle Personen, jedoch bestehe auch an ehemaligen Politikern ein öffentliches Informationsinteresse. Das Gericht vertrat hier die Ansicht, dass das Interesse des Klägers, in die Anonymität überzugehen, jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt hinter dem öffentlichen Informationsinteresse an seiner Person zurückstehen müsse. Aber der Kläger habe nicht unbegrenzt eine auf seine Person bezogene Berichterstattung hinzunehmen.

Allerdings habe er keinen Anspruch gegen den Wikimedia eV, Äußerungen über ihn auf wikipedia.org zu löschen oder es zu unterlassen, via wikipedia.de auf die Inhalte weiterzuleiten. Die Verletzung der Rechte des Klägers gehe nicht vom Wikimedia eV aus. Wikimedia eV selbst stellt die Inhalte nicht ein, sie ist auch nicht Betreiber von wikipedia.org und machte sich die Inhalte über die Suchfunktion auf wikipedia.de, die Suchanfragen automatisch ergänzt und Ergebnisvorschläge macht, nicht zu Eigen. Es kam allenfalls die Haftung als mittelbarer Störer in Betracht, weil Wikimedia eV Anfragen unter wikipedia.de weiterleitet. Doch, so das LG Hamburg, darf die Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden, die den Eingriff nicht selbst vorgenommen haben, und prüfte sodann, ob Wikimedia eV irgendwelche Prüfpflichten habe, die zu prüfen sie versäumt hatte. Doch das setzte Kenntnis voraus, die hier aber nicht vorlag, da die Abmahnung des Klägers zu einem Zeit-

punkt erfolgte, als die aktuelle Seite bereits keine rechtswidrigen Äußerungen mehr enthielt. Hinsichtlich der nach wie vor abrufbaren Diskussionsseiten und Seiten über die Vorversionen des Wikipediaeintrags über den Kläger bestand ebenfalls keine Haftung, da diese über wikipedia.de aus nur mittelbar über den aktuellen Eintrag auf wikipedia.org abrufbar ist. Schließlich war aus obigen Gründen auch der Anspruch auf die geforderte Geldentschädigung nicht erfolgreich.

Das Landgericht Hamburg zeigt damit das richtige Gespür für die Angelegenheit und legt ein Urteil vor, wie man es kaum mehr von dort erwartete. Das könnte der Anstoß zu einer Überprüfung der Rechtsprechung zur Forenhaftung sein. Wir werden die Hamburger Rechtsprechung gerne weiter beobachten, soweit Betroffene solche und ähnliche Entscheidungen aus Hamburg überhaupt noch an die Öffentlichkeit bringen.

Die Entscheidung des LG Hamburg findet man unter: <http://www.domain-recht.de/verweis/281>

LG Frankfurt/M – erste eV wegen Twitter-Mail

Twitter gibt es nun schon einige Jahre und hat hin und wieder für Schlagzeilen gesorgt. Doch so richtig populär und in unserer Gesellschaft angekommen ist es erst mit Rechtsstreiten. Den wohl ersten hat nun das Landgericht Frankfurt/M (Beschluss vom 20. 4. 2010, Az.: 3-08 O 46/10) entschieden: Ein Unternehmen erwirkte gegen einen Twitterer eine einstweilige Verfügung wegen Links auf rechtswidrige Inhalte.

Antragstellerin ist ein Unternehmen, über das in Foren unwahre Tatsachenbehauptungen verbreitet wurden. Der Antragsgegner, ein in der selben Branche tätiger ehemaliger Vertragspartner der Antragstellerin, wies über zwei Twitter-Accounts auf diese „sehr interessanten“ Tatsachenbehauptungen hin und verlinkte sie.

Das Landgericht Frankfurt/M folgte der Auffassung der Antragstellerin und erließ die von ihr beantragte einstweilige Ver-

fügung. Es ging demnach davon aus, dass der Antragsgegner, indem er auf Twitter die Links zu den falschen Tatsachenbehauptungen veröffentlichte, sich die Inhalte in den Foren zu Eigen machte. Dies führte zu seiner Haftung für die wahrheitswidrigen, irreführenden und geschäftsschädigenden Behauptungen des Dritten.

Für internetgewandte Juristen ist diese Entscheidung nichts Überraschendes; neu ist, dass nun erstmals die rechtsverletzende Handlung über Twitter erfolgte. Die Rechtslage bei Linksetzungen auf rechtswidrige Inhalte ist differenziert, aber weitestgehend geklärt: Die Grenze verläuft bei der Frage, ob man sich mit dem Link die rechtswidrigen Inhalte, auf die man verweist, zu eigen macht. Mit der Bemerkung „sehr interessant“, mit der

der Antragsgegner auf die falschen Tatsachenbehauptungen verwies, liegt die Zueigenmachung zumindest sehr nahe. Auch im Hinblick auf neue WEB 2.0-Anwendungen gilt demnach: das Internet ist nach wie vor kein rechtsfreier Raum.

Die Entscheidung des LG Frankfurt/M findet man unter:
<http://www.domain-recht.de/verweis/284>

Twitter – schon wieder kein rechtsfreier Raum

Dass das Internet ein rechtsfreier Raum sei, ist ein hartnäckiges Gerücht, welches sich besonders in der Politik hält. Binnen einer Woche erwies sich aber auch die neuere Web 2.0-Anwendung Twitter gleich dreifaltig als keinesfalls rechtsfreier Raum: Es erging eine einstweilige Verfügung, eine berechnete Abmahnung und eine umstrittene Strafanzeige wegen Inhalten auf Twitter.

RA Henning Krieg hatte bereits im Frühsommer 2009 rechtliche Risiken des Twitters angesprochen und darüber spekuliert, ob man für den Twitteraccount ein Impressum braucht oder nicht. Vieles spricht nach Ansicht von Rechtsanwalt Krieg dafür, dass Twitteraccounts mit einem Link zu einem Impressum nach den Vorgaben des Telemediengesetzes ausgestattet sein müssen – zumindest, wenn sie geschäftlich genutzt werden. Doch unter dem Motto zwei Juristen, drei Rechtsansichten gibt es auch Rechtsanwältin, die ein Twitter-Impressum nicht für notwendig erachten. Das aber sind Spezialfragen; was in jedem Fall jedem Juristen klar ist, ist dass rechtswidrige Äußerungen in Twitter rechtswidrige Äußerungen sind, gegen die man rechtlich vorgehen kann. Das zeigte nun die bereits besprochene Entscheidung des Landgerichts Frankfurt/M. Darüber hinaus kommen aber auch weitere mögliche rechtswidrige Nutzungen von Twitter in Betracht.

Rechtsanwalt Dramburg (dramburg.eu) berichtet von einer Abmahnung wegen des Versendens einer Direct Message mit werblichen Inhalten in Twitter. Der Betroffene ist Follower des Absenders der Twitter Direct Message, die werbliche Inhalte hatte. Eine Twitter Direct Message gleicht im Grunde einer eMail; sie ist ein direkter Datenaustausch zwischen Absender und Empfänger. Der Empfänger der Direct Message mahnte in diesem Falle den Versender wegen Versendung unerwünschter Werbung ab und verlangte eine Unterlassungserklärung. Die werbliche Direct Message war ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung (§ 7 Abs. 2 Ziffer 3 UWG) an den Follower gesendet worden und kann damit als Spam eingeordnet werden. Die Juristen sind sich wohl einig, dass, wenn man einem Tweet abonniert, darin keine Einwilligung zu sehen ist, über Direct Messages Werbung empfangen zu wollen.

Schließlich stellte der Bund Deutscher Kriminalbeamte (BDK) durch seinen Vorsitzenden Klaus Hansen Strafanzeige gegen den Twitterer Matthias Huch, der anlässlich einer Demonstration, bei der der BDK die schnelle Wiedereinführung der Vorratsdatenspeicherung forderte, tweetete: „BDK fordert Gestapo 2.0 und will die Vorratsdatenspeicherung wieder.“ Beim BDK meinte man, das sei eine strafrechtlich relevante Verunglimpfung. Ob dies tatsächlich so ist, darüber darf man diskutieren. So meint etwa Rechtsanwalt Udo Vetter, der BDK sei als Personenvereinigung kein geschütztes Rechtssubjekt im Sinne der maßgebenden Strafnorm. Nichtsdestotrotz sollte klar sein, dass man via Twitter auch strafrechtlich relevante Aussagen artikulieren kann, was man tunlichst unterlassen sollte.

Rechtsanwalt Henning Kriegs begründete Überlegungen zu einer Impressumspflicht unter Twitter findet man unter:

<http://www.domain-recht.de/verweis/285>
<http://www.domain-recht.de/verweis/286>

Allgemeinen Einblick in die Risiken des Twitters findet man in den Slides zum entsprechenden Vortrag von RA Henning Krieg:
<http://www.domain-recht.de/verweis/287>

FG Köln – Domain-Verkauf ist steuerfrei

Das Finanzgericht in Köln hat in einer aktuellen Entscheidung befunden, dass Domain-Verkäufe keine steuerbaren Ein-

künfte darstellen - zumindest, solange der Domain-Handel nicht geschäftsmäßig betrieben wird (FG Köln, Urteil vom 20. 4. 2010, Az.: 8 K 3038/08).

Die gemeinsam veranlagten Kläger hatten aus einem Verkauf einer 1999 registrierten Domain im Jahr 2001 DM 15.000,- erzielt. Das zuständige Finanzamt, die Beklagte, wollte diesen Betrag als sonstige Einkünfte bei der Einkommensteuer berücksichtigen sehen, da es davon ausging, bei diesem Veräußerungsvorgang handele es sich um eine sonstige Leistung in Form eines Unterlassens, weil der Inhaber gegen die Zahlung des Entgelts auf die Nutzungsmöglichkeit der Domain verzichtete (§ 22 EStG). Dagegen wehrten sich die Kläger, die davon ausgingen, es sei noch nicht ausgemacht, ob die Domain nicht ein immaterielles Wirtschaftsgut sei und somit steuerfreie Einkünfte erzielt worden wären (§ 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG). Sie legten zunächst Einspruch gegen den Steuerbescheid ein. Dieser wurde von der Beklagten als unbegründet zurückgewiesen, so dass die Kläger Klage erhoben.

Das Finanzgericht Köln gab der Klage statt. Aus der Sicht des Gerichts ist der Einkommensteuerbescheid rechtswidrig und verletzt im Hinblick auf den Erlös aus dem Verkauf der Domain die Rechte der Kläger. Beim Verkauf eines Domain-Namens handele es sich, so das Gericht, um einen Veräußerungsvorgang und nicht um eine Leistung im Tätigkeitsbereich oder im Bereich der Nutzung des Vermögens (§ 22 Nr. 3 EStG). Der Domain-Inhaber gibt seine Rechtsposition an der Domain beim Verkauf vollständig auf; er kündigt die Domain gegenüber DENIC als Voraussetzung für die Registrierung durch den Käufer. Wie beim Verkauf eines Patents oder dem Verzicht auf Mietrecht bei vorzeitiger Auflösung eines Mietvertrages gegen Entgelt sei der Domain-Verkauf demnach nicht steuerbar, soweit er nicht unter § 23 EStG oder unter die sonstigen Einkunftsarten des Einkommensteuergesetzes subsumiert werden könne, was hier nicht der Fall war. Auch eine Besteuerung des Erlöses nach § 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG kam nicht in Betracht, da zwischen Registrierung der Domain und deren Veräußerung mehr als ein Jahr lagen.

Die Einschätzung des Gerichts beruht auch darauf, dass der Kläger lediglich Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit erzielte. Beruhten die Einkünfte aus dem Verkauf in irgendeiner Form auf gewerblicher oder freiberuflicher Basis, sähe das Ergebnis anders aus. Die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig.

Die Entscheidung des FG Köln findet man unter:
http://openjur.de/u/32418-8_k_3038-08.html

Lesetipp – „Ratgeber Domain-Namen“ in Neuauflage

Das Team von domain-recht.de hat bei aller Arbeit wieder einmal ein wenig Zeit gefunden und in Neuauflage den „Ratgeber Domain-Namen - Die 100 wichtigsten Fragen & Antworten rund um Internet-Domains“ geschrieben und herausgegeben.

In alter Tradition, auf dem ersten „Ratgeber Domain-Namen“ aus dem Jahr 2001 beruhend, der sich zum „Handbuch Domain-Namen“ (2002 bis 2004) entwickelte, ist nun der Ratgeber Domain-Namen in 2. Auflage erschienen. Das Konzept des Werkes ist bekannt: Im Spiel zwischen Frage und Antwort erhält der interessierte Leser, gerade wenn er nicht in die Domain-Materie eingearbeitet ist, in acht Kapiteln auf 142 Seiten weit gefächert verständliche Informationen über Top Level Domains, Domain-Namen, ICANN, das Registrieren von Domains, die Wahl der richtigen Domain, den Umzug mit Domains sowie vielerlei über das Domain-Recht, Abmahnungen, Domain-Handel und die Zukunft der Domains.

Der kurzgehaltene Ratgeber, den Florian Hitzelberger und Florian Huber weiterentwickelt haben, enthält das Destillat der wirklich wichtigen Fragen in Sachen Domain. Er richtet sich an Einsteiger genauso wie an Fortgeschrittene, die das Büchlein als Nachschlagewerk nutzen. Bei den Fragen handelt es sich um solche, die natürlicherweise bei Beschäftigung mit dem The-

ma Domain entstehen. Sie werden kompromisslos klar und leicht verständlich beantwortet, damit auch der Laie seinen Weg durch den Domain-Dschungel gehen kann. Das Werk bietet dabei ergänzend einen Überblick über sämtliche Domain-Endungen, eine lange Domain-Preisliste sowie ein Domain-Kaufvertragsmuster.

Florian Huber, Florian Hitzelberger: Ratgeber Domain-Namen – Die 100 wichtigsten Fragen & Antworten rund um Internet-Domains, 2. Auflage, Starnberg 2010. 142 Seiten, EUR 14,90. <http://domainbuch.de>

mailto: dingeldey@domain-recht.de
maillto: RA@daniel-dingeldey.de

§ 626 BGB
Arbeitsvertrag;
Interessenabwägung bei der fristlosen Kündigung;
Leergutbons

1. Rechtswidrige und vorsätzliche Handlungen des Arbeitnehmers, die sich unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers richten, können auch dann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung sein, wenn die Pflichtverletzung Sachen von nur geringem Wert betrifft oder nur zu einem geringfügigen, möglicherweise gar keinem Schaden geführt hat.

2. Das Gesetz kennt auch im Zusammenhang mit strafbaren Handlungen des Arbeitnehmers keine absoluten Kündigungsgründe. Es bedarf stets einer umfassenden, auf den Einzelfall bezogenen Prüfung und Interessenabwägung dahingehend, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses trotz der eingetretenen Vertrauensstörung - zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht.

(BAG, Urteil vom 10. 6. 2010 – 2 AZR 541/09)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung.

Die 1958 geborene Klägerin war seit April 1977 bei der Beklagten und deren Rechtsvorgängerinnen als Verkäuferin mit Kassentätigkeit beschäftigt.

Die Beklagte ist ein überregional vertretenes Einzelhandelsunternehmen. In einigen ihrer Filialen, so auch in der Beschäftigungsfiliale der Klägerin, besteht die Möglichkeit, Leergut an einem Automaten gegen Ausstellung eines Leergutbons zurückzugeben. Wird ein solcher Bon an der Kasse eingelöst, ist er von der Kassiererin/dem Kassierer abzuzeichnen. Mitarbeiter der Filiale sind angewiesen, mitgebrachtes Leergut beim Betreten des Markts dem Filialleiter vorzuzeigen und einen am Automaten erstellten Leergutbon durch den Leiter gesondert abzeichnen zu lassen, bevor sie den Bon an der Kasse einlösen. Dort wird er wie ein Kundenbon ein weiteres Mal abgezeichnet. Diese Regelungen, die Manipulationen beim Umgang mit Leergut ausschließen sollen, sind der Klägerin bekannt.

Im Herbst 2007 beteiligte sich die Klägerin mit weiteren sieben von insgesamt 36 Beschäftigten ihrer Filiale an einem gewerkschaftlich getragenen Streik. Während die Streikbereitschaft anderer Arbeitnehmer mit der Zeit nachließ, nahm die Klägerin bis zuletzt an den Maßnahmen teil. Im Januar 2008 lud der Filialleiter Beschäftigte, die sich nicht am Arbeitskampf beteiligt hatten, zu einer Feier außer Hause ein. Aus diesem Grund wurde er später von der Beklagten abgemahnt und in eine andere Filiale versetzt.

Am 12. Januar 2008 fand eine Mitarbeiterin im Kassenbereich einer separaten Backtheke zwei nicht abgezeichnete Leergutbons im Wert von 0,48 Euro und 0,82 Euro. Sie trugen das Datum des Tages und waren im Abstand von ca. einer Dreiviertelstunde am Automaten erstellt worden. Die Mitarbeiterin legte die Bons dem Filialleiter vor. Dieser reichte sie an die Klägerin mit der Maßgabe weiter, sie im Kassenbüro aufzubewah-

ren für den Fall, dass sich noch ein Kunde melden und Anspruch darauf erheben würde; andernfalls sollten sie als „Fehlbons“ verbucht werden. Die Klägerin legte die Bons auf eine - für alle Mitarbeiter zugängliche und einsehbare - Ablage im Kassenbüro.

Am 22. Januar 2008 kaufte die Klägerin in der Filiale außerhalb ihrer Arbeitszeit privat ein. An der Kasse überreichte sie ihrer Kollegin zwei nicht abgezeichnete Leergutbons. Laut Kassenjournal wurden diese mit Werten von 0,48 Euro und 0,82 Euro registriert. Beim Kassieren war auch die Kassenleiterin und Vorgesetzte der Klägerin anwesend.

Zur Klärung der Herkunft der eingereichten Bons führte die Beklagte mit der Klägerin ab dem 25. Januar 2008 insgesamt vier Gespräche, an denen - außer am ersten Gespräch - jeweils zwei Mitglieder des Betriebsrats teilnahmen. Sie hielt ihr vor, die eingelösten Bons seien nicht abgezeichnet gewesen und stimmten hinsichtlich Wert und Ausgabedatum mit den im Kassenbüro aufbewahrten Bons überein. Es bestehe der dringende Verdacht, dass sie - die Klägerin - die dort abgelegten „Kundenbons“ an sich genommen und zu ihrem Vorteil verwendet habe. Die Klägerin bestritt dies und erklärte, selbst wenn die Bons übereinstimmen, bestehe die Möglichkeit, dass ihr entsprechende Bons durch eine ihrer Töchter oder durch Dritte zugesteckt worden seien. Beispielsweise habe sie am 21. oder 22. Januar 2008 einer Arbeitskollegin ihre Geldbörse ausgehändigt mit der Bitte, diese in ihren Spind zu legen. Die Beklagte legte der Klägerin nahe, zur Untermauerung ihrer Behauptung eine eidesstattliche Erklärung einer Tochter beizubringen. Außerdem befragte sie die benannte Kollegin, die die Angaben der Klägerin bestritt. Beim letzten, am 15. Februar 2008 geführten Gespräch überreichte die Klägerin eine schriftliche Erklärung, mit der eine ihrer Töchter bestätigte, bei der Beklagten hin und wieder für ihre Mutter einzukaufen, dabei auch Leergut einzulösen und „Umgang“ mit der Geldbörse ihrer Mutter „pflegen zu dürfen“.

Mit Schreiben vom 18. Februar 2008 hörte die Beklagte den Betriebsrat zu einer beabsichtigten außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung, gestützt auf den Verdacht der Einlösung der Bons, an. Der Betriebsrat äußerte Bedenken gegen die fristlose Kündigung, einer ordentlichen Kündigung widersprach er und verwies auf die Möglichkeit einer gegen die Klägerin gerichteten Intrige.

Mit Schreiben vom 22. Februar 2008 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, hilfsweise fristgemäß zum 30. September 2008.

Die Klägerin hat Kündigungsschutzklage erhoben. Sie hat behauptet, sie habe jedenfalls nicht bewusst Leergutbons eingelöst, die ihr nicht gehörten. Sollte es sich bei den registrierten Bons tatsächlich um die im Kassenbüro abgelegten Bons gehandelt haben, müsse auch die Möglichkeit eines Austauschs der Bons während des Kassiervorgangs in Betracht gezogen werden. Denkbares Motiv hierfür sei ihre Streikteilnahme, die ohnehin der wahre Grund für die Kündigung sei. Anders sei nicht zu erklären, weshalb ihre Kollegin und die Vorgesetzte sie - unstrittig - nicht bereits beim Kassieren oder unmittelbar anschließend auf die fehlende Abzeichnung der überreichten Leergutbons angesprochen hätten. Angesichts der streikbedingt aufgetretenen Spannungen unter den Filialmitarbeitern sei es lebensfremd anzunehmen, sie habe ausgerechnet bei einer Kollegin, mit der sie im Streit gestanden habe, und in Anwesenheit ihrer Vorgesetzten die im Kassenbüro verwahrten, nicht abgezeichneten Bons eingelöst. Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, eine Verdachtskündigung sei wegen der in Art. 6 Abs. 2 EMRK verankerten Unschuldsvermutung ohnehin unzulässig. Das gelte in besonderem Maße, wenn sich der Verdacht auf die Entwendung einer nur geringwertigen Sache beziehe. Selbst bei nachgewiesener Tat sei in einem solchen Fall ein wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB nicht gegeben. Zumindest sei in

ihrem Fall die Kündigung in Anbetracht der Einmaligkeit des Vorfalles und ihrer langen Betriebszugehörigkeit unangemessen, zumal der Beklagten kein Schaden entstanden sei.

Die Klägerin hat beantragt 1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis weder durch die fristlose, noch durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 22. Februar 2008 aufgelöst worden ist; 2. die Beklagte zu verurteilen, sie entsprechend den arbeitsvertraglichen Bedingungen als Verkäuferin mit Kasentätigkeit zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, es bestehe der dringende Verdacht, dass die Klägerin die im Kassenbüro hinterlegten Leergutbons für sich verwendet habe. Dafür sprächen die in der Anhörung angeführten Tatsachen sowie der Umstand, dass diese Bons bei einer unmittelbar nach dem Einkauf der Klägerin durchgeführten Suche nicht mehr auffindbar gewesen seien. Es sei auch das mehrfach geänderte Verteidigungsvorbringen der Klägerin zu berücksichtigen, das sich in keinem Punkt als haltbar erwiesen habe. Damit sei das Vertrauen in die redliche Ausführung der Arbeitsaufgaben durch die Klägerin unwiederbringlich zerstört. Das Arbeitsverhältnis sei auch nicht unbelastet verlaufen. Sie habe die Klägerin im Jahr 2005 wegen ungebührlichen Verhaltens gegenüber einem Arbeitskollegen abgemahnt. Außerdem habe die Klägerin, wie ihr erst nachträglich bekannt geworden sei, am 22. November 2007 bei einem privaten Einkauf einen Sondercoupon aus einem Bonussystem eingelöst, obwohl die Einkaufssumme den dafür erforderlichen Betrag nicht erreicht habe. Derselbe Coupon sei dreimal „über die Kasse gezogen“ worden. Dadurch seien der Klägerin zu Unrecht Punkte im Wert von 3,00 Euro gutgeschrieben worden. Deren Behauptung, ihre Vorgesetzte habe sie zu einer derartigen Manipulation - vergeblich - verleiten wollen, sei nicht plausibel; die Vorgesetzte habe an dem betreffenden Tag - wie zuletzt unstreitig - nicht gearbeitet.

Das Arbeitsgericht Berlin hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit ihrer durch das Bundesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen: Die Revision ist begründet. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Unrecht abgewiesen. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist weder durch die außerordentliche noch durch die ordentliche Kündigung vom 22. Februar 2008 aufgelöst worden. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts war deshalb aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Einer Zurückverweisung bedurfte es nicht. Die Sache war nach dem festgestellten Sachverhältnis zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO).

A. Die außerordentliche Kündigung ist unwirksam. Es fehlt an einem wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB.

I. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Das Gesetz kennt folglich keine „absoluten“ Kündigungsgründe. Vielmehr ist jeder Einzelfall gesondert zu beurteilen. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, dh. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (st. Rspr., Senat 26. März 2009 - 2 AZR 953/07 - Rn. 21 mwN, AP BGB § 626 Nr. 220; 27. April 2006 - 2 AZR 386/05 - Rn. 19, BAGE 118, 104).

II. Die Prüfung der Voraussetzungen des wichtigen Grundes ist in erster Linie Sache der Tatsacheninstanzen. Dennoch geht es um Rechtsanwendung, nicht um Tatsachenfeststellung. Die Würdigung des Berufungsgerichts wird in der Revisionsinstanz darauf hin überprüft, ob es den anzuwendenden Rechtsbegriff in seiner allgemeinen Bedeutung verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnormen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und ob es alle vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Umstände widerspruchsfrei berücksichtigt hat (st. Rspr., Senat 27. November 2008 - 2 AZR 193/07 - Rn. 22, AP BGB § 626 Nr. 219; 6. September 2007 - 2 AZR 722/06 - Rn. 40, BAGE 124, 59).

III. Auch unter Beachtung eines in diesem Sinne eingeschränkten Maßstabs hält die Würdigung des Landesarbeitsgerichts einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Zwar liegt nach dem festgestellten Sachverhalt „an sich“ ein wichtiger Grund zur Kündigung vor. Das Landesarbeitsgericht hat jedoch bei der vorzunehmenden Einzelfallprüfung und Interessenabwägung nicht alle wesentlichen Gesichtspunkte einbezogen und zutreffend abgewogen.

1. Entgegen der Auffassung der Revision ist die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts nicht deshalb zu beanstanden, weil dieses seiner rechtlichen Würdigung die fragliche Pflichtverletzung im Sinne einer erwiesenen Tat und nicht nur - wie die Beklagte selbst - einen entsprechenden Verdacht zugrunde gelegt hat.

a) Das Landesarbeitsgericht ist vom Fund zweier Leergutbons am 12. Januar 2008 und deren Aushändigung an die Klägerin durch den Marktleiter ausgegangen. Nach Beweisaufnahme hat es zudem für wahr erachtet, dass die Klägerin die beiden zunächst im Kassenbüro abgelegten Bons im Wert von 0,48 Euro und 0,82 Euro zu einem unbestimmten Zeitpunkt an sich nahm und am 22. Januar 2008 bei einem Einkauf zu ihren Gunsten einlöste; dadurch ermäßigte sich die Kaufsumme für sie um 1,30 Euro. Darin hat es ein vorsätzliches, pflichtwidriges Verhalten der Klägerin erblickt.

b) An die vom Landesarbeitsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen ist der Senat gemäß § 559 Abs. 2 ZPO gebunden. Die Klägerin hat - auch wenn sie vorsätzliches Fehlverhalten weiterhin in Abrede stellt - von Angriffen gegen die Beweiswürdigung des Landesarbeitsgerichts ausdrücklich abgesehen.

c) Einer Würdigung des Geschehens unter der Annahme, die Klägerin habe sich nachweislich pflichtwidrig verhalten, steht nicht entgegen, dass die Beklagte sich zur Rechtfertigung der Kündigung nur auf einen entsprechenden Verdacht berufen und den Betriebsrat auch nur zu einer Verdachtskündigung angehört hat.

aa) Das Landesarbeitsgericht hat auf diese Weise nicht etwa Vortrag berücksichtigt, den die Beklagte nicht gehalten hätte. Der Verdacht eines pflichtwidrigen Verhaltens stellt zwar gegenüber dem Tatvorwurf einen eigenständigen Kündigungsgrund dar (st. Rspr., Senat 23. Juni 2009 - 2 AZR 474/07 - Rn. 55 mwN, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = EzA BGB 2002 § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 8). Beide Gründe stehen jedoch nicht beziehungslos nebeneinander. Wird die Kündigung mit dem Verdacht pflichtwidrigen Verhaltens begründet, steht indessen zur Überzeugung des Gerichts die Pflichtwidrigkeit tatsächlich fest, lässt dies die materiellrechtliche Wirksamkeit der Kündigung unberührt. Maßgebend ist allein der objektive Sachverhalt, wie er sich dem Gericht nach Parteivorbringen und ggf. Beweisaufnahme darstellt. Ergibt sich daraus nach tatrichterlicher Würdigung das Vorliegen einer Pflichtwidrigkeit, ist das Gericht nicht gehindert, dies seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Es ist nicht erforderlich, dass der Arbeitgeber sich während des Prozesses darauf berufen hat, er stütze die Kündigung auch auf die erwiesene Tat (Senat 23. Juni 2009 - 2 AZR 474/07 - aaO. mwN).

bb) Der Umstand, dass der Betriebsrat ausschließlich zu einer beabsichtigten Verdachtskündigung gehört wurde, steht dem nicht entgegen. Die gerichtliche Berücksichtigung des Gesche-

hens als erwiesene Tat setzt voraus, dass dem Betriebsrat - ggf. im Rahmen zulässigen „Nachschiebens“ - diejenigen Umstände mitgeteilt worden sind, welche nicht nur den Tatverdacht, sondern zur Überzeugung des Gerichts auch den Tatvorwurf begründen (Senat 23. Juni 2009 - 2 AZR 474/07 - Rn. 59 mwN, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = EzA BGB 2002 § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 8). Bei dieser Sachlage ist dem Normzweck des § 102 Abs. 1 BetrVG auch durch eine Anhörung nur zur Verdachtskündigung genüge getan. Dem Betriebsrat wird dadurch nichts vorenthalten. Die Mitteilung des Arbeitgebers, einem Arbeitnehmer solle schon und allein wegen des Verdachts einer pflichtwidrigen Handlung gekündigt werden, gibt ihm sogar weit stärkeren Anlass für ein umfassendes Tätigwerden als eine Anhörung wegen einer als erwiesenen behaupteten Tat (Senat 3. April 1986 - 2 AZR 324/85 - zu II 1 c cc der Gründe, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 18 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 63; KR/Fischermeier 9. Aufl. § 626 BGB Rn. 217). Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt. Das Landesarbeitsgericht hat seiner Entscheidung ausschließlich solche - aus seiner Sicht bewiesene - Tatsachen zugrunde gelegt, die Gegenstand der Betriebsratsanhörung waren.

2. Der vom Landesarbeitsgericht festgestellte Sachverhalt ist „an sich“ als wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB geeignet. Zum Nachteil des Arbeitgebers begangene Eigentums- oder Vermögensdelikte, aber auch nicht strafbare, ähnlich schwerwiegende Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers kommen typischerweise - unabhängig vom Wert des Tatobjekts und der Höhe eines eingetretenen Schadens - als Grund für eine außerordentliche Kündigung in Betracht.

a) Begeht der Arbeitnehmer bei oder im Zusammenhang mit seiner Arbeit rechtswidrige und vorsätzliche - ggf. strafbare - Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen seines Arbeitgebers, verletzt er zugleich in schwerwiegender Weise seine schuldrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) und missbraucht das in ihn gesetzte Vertrauen. Ein solches Verhalten kann auch dann einen wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB darstellen, wenn die rechtswidrige Handlung Sachen von nur geringem Wert betrifft oder zu einem nur geringfügigen, möglicherweise zu gar keinem Schaden geführt hat (Senat 13. Dezember 2007 - 2 AZR 537/06 - Rn. 16, 17, AP BGB § 626 Nr. 210 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 20; 12. August 1999 - 2 AZR 923/98 - zu II 2 b aa der Gründe, BAGE 92, 184; 17. Mai 1984 - 2 AZR 3/83 - zu II 1 der Gründe, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 14 = EzA BGB § 626 nF Nr. 90).

b) An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest. Die entgegenstehende Ansicht, die Pflichtverletzungen im Vermögensbereich bei Geringfügigkeit bereits aus dem Anwendungsbereich des § 626 Abs. 1 BGB herausnehmen will (so LAG Köln 30. September 1999 - 5 Sa 872/99 - zu 2 der Gründe, NZA-RR 2001, 83; LAG Hamburg 8. Juli 1998 - 4 Sa 38/97 - zu II 3 a aa der Gründe, NZA-RR 1999, 469; ArbG Reutlingen 4. Juni 1996 - 1 Ca 73/96 - RzK I 6 d Nr. 12; Däubler Das Arbeitsrecht 2 12. Aufl. Rn. 1128; eingeschränkt Gerhards BB 1996, 794, 796), überzeugt nicht. Ein Arbeitnehmer, der die Integrität von Eigentum und Vermögen seines Arbeitgebers vorsätzlich und rechtswidrig verletzt, zeigt ein Verhalten, das geeignet ist, die Zumutbarkeit seiner Weiterbeschäftigung in Frage zu stellen. Die durch ein solches Verhalten ausgelöste „Erschütterung“ der für die Vertragsbeziehung notwendigen Vertrauensgrundlage tritt unabhängig davon ein, welche konkreten wirtschaftlichen Schäden mit ihm verbunden sind. Aus diesem Grund ist die Festlegung einer nach dem Wert bestimmten Relevanzschwelle mit dem offen gestalteten Tatbestand des § 626 Abs. 1 BGB nicht zu vereinbaren. Sie würde im Übrigen mannigfache Folgeprobleme auf - etwa das einer exakten Wertberechnung, das der Folgen mehrfacher, für sich betrachtet „irrelevanter“ Verstöße sowie das der Behandlung nur marginaler Grenzüberschreitungen - und vermöchte schon deshalb einem angemessenen Interessenausgleich schwerlich zu dienen.

c) Mit seiner Auffassung setzt sich der Senat nicht in Widerspruch zu der in § 248a StGB getroffenen Wertung. Nach dieser Bestimmung werden Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen nur auf Antrag oder bei besonderem öffentlichem Interesse verfolgt. Der Vorschrift liegt eine Einschätzung des Gesetzgebers darüber zugrunde, ab welcher Grenze staatliche Sanktionen für Rechtsverstöße in diesem Bereich zwingend geboten sind. Ein solcher Ansatz ist dem Schuldrecht fremd. Hier geht es um störungsfreien Leistungsaustausch. Die Berechtigung einer verhaltensbedingten Kündigung ist nicht daran zu messen, ob diese - vergleichbar einer staatlichen Maßnahme - als Sanktion für den fraglichen Vertragsverstoß angemessen ist. Statt des Sanktions- gilt das Prognoseprinzip. Eine verhaltensbedingte Kündigung ist gerechtfertigt, wenn eine störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht, künftigen Pflichtverstößen demnach nur durch die Beendigung der Vertragsbeziehung begegnet werden kann (st. Rspr., Senat 26. November 2009 - 2 AZR 751/08 - Rn. 10, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 61 = EzA BGB 2002 § 611 Abmahnung Nr. 5; 23. Juni 2009 - 2 AZR 103/08 - Rn. 32, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 59 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 17).

d) Ebenso wenig besteht ein Wertungswiderspruch zwischen der Auffassung des Senats und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Dieses erkennt zwar bei der disziplinarrechtlichen Beurteilung vergleichbarer Dienstvergehen eines Beamten die Geringwertigkeit der betroffenen Vermögensobjekte als Milderungsgrund an (BVerwG 13. Februar 2008 - 2 WD 9/07 - DÖV 2008, 1056; 24. November 1992 - 1 D 66/91 - zu 3 der Gründe, BVerwGE 93, 314; bei kassenverwaltender Tätigkeit: BVerwG 11. November 2003 - 1 D 5/03 - zu 4 b der Gründe). Dies geschieht jedoch vor dem Hintergrund einer abgestuften Reihe von disziplinarischen Reaktionsmöglichkeiten des Dienstherrn. Diese reichen von der Anordnung einer Geldbuße (§ 7 BDG) über die Kürzung von Dienstbezügen (§ 8 BDG) und die Zurückstufung (§ 9 BDG) bis zur Entfernung aus dem Dienst (§ 13 Abs. 2 BDG). Eine solche Reaktionsbreite kennt das Arbeitsrecht nicht. Der Arbeitgeber könnte auf die „Entfernung aus dem Dienst“ nicht zugunsten einer Kürzung der Vergütung verzichten. Wertungen, wie sie für das in der Regel auf Lebenszeit angelegte, durch besondere Treue- und Fürsorgepflichten geprägte Dienstverhältnis der Beamten und Soldaten getroffen werden, lassen sich deshalb auf eine privatrechtliche Leistungsbeziehung regelmäßig nicht übertragen (Keiser JR 2010, 55, 57 ff.; Reuter NZA 2009, 594, 595).

e) Das Landesarbeitsgericht hat das Verhalten der Klägerin als „Vermögensdelikt“ zulasten der Beklagten gewürdigt, hat aber offen gelassen, welchen straf- und/oder zivilrechtlichen Deliktstatbestand es als erfüllt ansieht. Das ist im Ergebnis unschädlich. Das Verhalten der Klägerin kommt auch dann als wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB in Betracht, wenn es - wie die Revision im Anschluss an Äußerungen in der Literatur (Hüpers Jura 2010, 52 ff.; Schlösser HRRS 2009, 509 ff.) meint - nicht strafbar sein sollte, jedenfalls nicht im Sinne eines Vermögensdelikts zum Nachteil der Beklagten. Für die kündigungrechtliche Beurteilung ist weder die strafrechtliche noch die sachenrechtliche Bewertung maßgebend. Entscheidend ist der Verstoß gegen vertragliche Haupt- oder Nebenpflichten und der mit ihm verbundene Vertrauensbruch (Senat 19. April 2007 - 2 AZR 78/06 - Rn. 28, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 77 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 8; 2. März 2006 - 2 AZR 53/05 - Rn. 29, AP BGB § 626 Krankheit Nr. 14 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 16; 21. April 2005 - 2 AZR 255/04 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 114, 264; Preis AuR 2010, 242 f.). Auch eine nicht strafbare, gleichwohl erhebliche Verletzung der sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Pflichten kann deshalb ein wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB sein. Das gilt insbesondere in Fällen, in denen die Pflichtverletzung mit einem vorsätzlichen Verstoß gegen eine

den unmittelbaren Vermögensinteressen des Arbeitgebers dienende Weisung einhergeht (KR/Fischermeier 9. Aufl. § 626 BGB Rn. 459).

f) Danach liegt eine erhebliche, die Schwelle zum wichtigen Grund überschreitende Pflichtverletzung vor. Die Klägerin hat sich mit dem Einlösen der Leergutbons gegenüber der Beklagten einen Vermögensvorteil verschafft, der ihr nicht zustand. Ihr Verhalten wiegt umso schwerer, als sie eine konkrete Anordnung des Marktleiters zum Umgang mit den Bons missachtet hat. Es kommt nicht darauf an, ob sie damit schon gegen ihre Hauptleistungspflichten als Kassiererin oder gegen ihre Pflicht zur Rücksichtnahme aus § 241 Abs. 2 BGB verstoßen hat. In jedem Fall gehört die Pflicht zur einschränkungslosen Wahrung der Vermögensinteressen der Beklagten zum Kernbereich ihrer Arbeitsaufgaben. Die Schwere der Pflichtverletzung hängt von einer exakten Zuordnung nicht ab. Die Vorgabe des Marktleiters, die Bons nach einer gewissen Zeit als „Fehlbons“ zu verbuchen, sollte sicherstellen, dass die Beklagte insoweit nicht mehr in Anspruch genommen würde. Ob damit den Interessen der Kunden ausreichend Rechnung getragen wurde, ist im Verhältnis der Parteien ohne Bedeutung. Die Klägerin jedenfalls durfte die Bons nicht zum eigenen Vorteil einlösen.

3. Die fristlose Kündigung ist bei Beachtung aller Umstände des vorliegenden Falls und nach Abwägung der widerstreitenden Interessen gleichwohl nicht gerechtfertigt. Als Reaktion der Beklagten auf das Fehlverhalten der Klägerin hätte eine Abmahnung ausgereicht. Dies vermag der Senat selbst zu entscheiden.

a) Dem Berufungsgericht kommt bei der im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Interessenabwägung zwar ein Beurteilungsspielraum zu (Senat 11. Dezember 2003 - 2 AZR 36/03 - zu II 1 f der Gründe, AP BGB § 626 Nr. 179 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 5). Eine eigene Abwägung durch das Revisionsgericht ist aber möglich, wenn die des Berufungsgerichts fehlerhaft oder unvollständig ist und sämtliche relevanten Tatsachen feststehen (Senat 23. Juni 2009 - 2 AZR 103/08 - Rn. 36, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 59 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 17; 12. Januar 2006 - 2 AZR 179/05 - Rn. 61, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 54 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 68). Ein solcher Fall liegt hier vor.

b) Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumutbar ist oder nicht, lassen sich nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung - etwa im Hinblick auf das Maß eines durch sie bewirkten Vertrauensverlusts und ihre wirtschaftlichen Folgen -, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf (Senat 28. Januar 2010 - 2 AZR 1008/08 - Rn. 26 mwN, DB 2010, 1709; 10. November 2005 - 2 AZR 623/04 - Rn. 38 mwN, AP BGB § 626 Nr. 196 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 11). Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind (st. Rspr., Senat 19. April 2007 - 2 AZR 180/06 - Rn. 45, AP BGB § 174 Nr. 20 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 7). Als mildere Reaktionen sind insbesondere Abmahnung und ordentliche Kündigung anzusehen. Sie sind dann alternative Gestaltungsmittel, wenn schon sie geeignet sind, den mit der außerordentlichen

Kündigung verfolgten Zweck - die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen - zu erreichen (KR/Fischermeier 9. Aufl. § 626 BGB Rn. 251 mwN).

c) Die Notwendigkeit der Prüfung, ob eine fristgerechte Kündigung als Reaktion ausgereicht hätte, folgt schon aus dem Wortlaut des § 626 Abs. 1 BGB. Das Erfordernis weitergehend zu prüfen, ob nicht schon eine Abmahnung ausreichend gewesen wäre, folgt aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (die Kündigung als „ultima ratio“) und trägt zugleich dem Prognoseprinzip bei der verhaltensbedingten Kündigung Rechnung (Senat 19. April 2007 - 2 AZR 180/06 - Rn. 47 f., AP BGB § 174 Nr. 20 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 7; 12. Januar 2006 - 2 AZR 179/05 - Rn. 55 mwN, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 54 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 68). Das Erfordernis gilt auch bei Störungen im Vertrauensbereich. Es ist nicht stets und von vorneherein ausgeschlossen, verlorenes Vertrauen durch künftige Vertragstreue zurückzugewinnen (Senat 4. Juni 1997 - 2 AZR 526/96 - zu II 1 b der Gründe, BA-GE 86, 95).

aa) Beruht die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann (Schlachter NZA 2005, 433, 436). Die ordentliche wie die außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus. Sie dient der Objektivierung der negativen Prognose (Senat 23. Juni 2009 - 2 AZR 283/08 - Rn. 14 mwN, AP KSchG 1969 § 1 Abmahnung Nr. 5 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 75; Staudinger/Preis <2002> § 626 BGB Rn. 109). Ist der Arbeitnehmer ordnungsgemäß abgemahnt worden und verletzt er dennoch seine arbeitsvertraglichen Pflichten erneut, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch zukünftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen (Senat 13. Dezember 2007 - 2 AZR 818/06 - Rn. 38, AP KSchG 1969 § 4 Nr. 64 = EzA KSchG § 4 nF Nr. 82).

bb) Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist eine Kündigung nicht gerechtfertigt, wenn es mildere Mittel gibt, eine Vertragsstörung zukünftig zu beseitigen. Dieser Aspekt hat durch die Regelung des § 314 Abs. 2 BGB iVm. § 323 Abs. 2 BGB eine gesetzgeberische Bestätigung erfahren (Senat 12. Januar 2006 - 2 AZR 179/05 - Rn. 56 mwN, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 54 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 68). Einer Abmahnung bedarf es in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes deshalb nur dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach Abmahnung nicht zu erwarten steht oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass eine Hinnahe durch den Arbeitgeber offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist (vgl. Senat 23. Juni 2009 - 2 AZR 103/08 - Rn. 33, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 59 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 17; 19. April 2007 - 2 AZR 180/06 - Rn. 48 mwN, AP BGB § 174 Nr. 20 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 7).

cc) Diese Grundsätze gelten uneingeschränkt selbst bei Störungen des Vertrauensbereichs durch Straftaten gegen Vermögen oder Eigentum des Arbeitgebers (Senat 23. Juni 2009 - 2 AZR 103/08 - Rn. 33, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 59 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 17; 27. April 2006 - 2 AZR 415/05 - Rn. 19, AP BGB § 626 Nr. 203 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 17). Auch in diesem Bereich gibt es keine „absoluten“ Kündigungsgründe. Stets ist konkret zu prüfen, ob nicht objektiv die Prognose berechtigt ist, der Arbeitnehmer werde sich jedenfalls nach einer Abmahnung künftig wieder vertragstreu verhalten (vgl. auch Erman/Belling BGB 12. Aufl. § 626 Rn. 62; KR/Fischermeier 9. Aufl. § 626 BGB Rn. 264; Preis AuR 2010, 242, 244; Reichel AuR 2004, 252; Schlachter NZA 2005, 433, 437).

d) Danach war eine Abmahnung hier nicht entbehrlich.

aa) Das Landesarbeitsgericht geht zunächst zutreffend davon aus, dass es einer Abmahnung nicht deshalb bedurfte, um bei der Klägerin die mögliche Annahme zu beseitigen, die Beklagte könnte mit der eigennützigen Verwendung der Bons einverstanden sein. Einer mutmaßlichen Einwilligung - die in anderen Fällen, etwa der Verwendung wertloser, als Abfall deklarierter Gegenstände zum Eigenverbrauch oder zur Weitergabe an Hilfsbedürftige oder dem Aufladen eines Mobiltelefons im Stromnetz des Arbeitgebers, naheliegend sein mag - stand im Streitfall die Weisung des Filialleiters entgegen, die keine Zweifel über den von der Beklagten gewünschten Umgang mit den Bons aufkommen ließ. Auf mögliche Unklarheiten in den allgemeinen Anweisungen der Beklagten zur Behandlung von Fundsachen und Fundgeld kommt es deshalb nicht an.

bb) Mit Recht hat das Landesarbeitsgericht zudem angenommen, das Verhalten der Klägerin stelle eine objektiv schwerwiegende, das Vertrauensverhältnis der Parteien erheblich belastende Pflichtverletzung dar.

(1) Mit der eigennützigen Verwendung der Leergutbons hat sich die Klägerin bewusst gegen die Anordnung des Filialleiters gestellt. Schon dies ist geeignet, das Vertrauen der Beklagten in die zuverlässige Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben als Kassiererin zu erschüttern. Erschwerend kommt hinzu, dass die Bons gerade ihr zur Verwahrung und ggf. Buchung als „Fehlbons“ übergeben worden waren. Das Fehlverhalten der Klägerin berührt damit den Kernbereich ihrer Arbeitsaufgaben. Sie war als Verkäuferin mit Kassentätigkeit beschäftigt. Als solche hat sie den weisungsgemäßen Umgang mit Leergutbons gleichermaßen sicher zu stellen wie den mit ihr anvertrauten Geld. Die Beklagte muss sich auf die Zuverlässigkeit und Ehrlichkeit einer mit Kassentätigkeiten betrauten Arbeitnehmerin in besonderem Maße verlassen dürfen. Sie muss davon ausgehen können, dass ihre Weisungen zum Umgang mit Sach- und Vermögenswerten unabhängig von deren Wert und den jeweiligen Eigentumsverhältnissen korrekt eingehalten werden. Als Einzelhandelsunternehmen ist die Beklagte besonders anfällig dafür, in der Summe hohe Einbußen durch eine Vielzahl für sich genommen geringfügiger Schädigungen zu erleiden. Verstößt eine Arbeitnehmerin, deren originäre Aufgabe es ist, Einnahmen zu sichern und zu verbuchen, vorsätzlich und zur persönlichen Bereicherung gegen eine Pflicht, die gerade dem Schutz des Eigentums und Vermögens des Arbeitgebers oder eines Kunden dient, liegt darin regelmäßig ein erheblicher, das Vertrauen in ihre Redlichkeit beeinträchtigender Vertragsverstoß.

(2) Der Einwand der Klägerin, ein Vertrauen auf Seiten der Beklagten bestehe ohnehin nicht, wie die in den Märkten praktizierte Videoüberwachung zeige, geht fehl. Jeder Arbeitnehmer hat die Pflicht, sich so zu verhalten, dass es um seinetwillen einer Kontrolle nicht bedürfte. Erweist sich ein zunächst unspezifisches, nicht auf konkrete Personen bezogenes, generelles „Misstrauen“ des Arbeitgebers schließlich im Hinblick auf einen bestimmten Mitarbeiter als berechtigt, wird erst und nur dadurch das Vertrauen in dessen Redlichkeit tatsächlich erschüttert.

cc) Auch wenn deshalb das Verhalten der Klägerin das Vertrauensverhältnis zur Beklagten erheblich belastet hat, so hat das Landesarbeitsgericht doch den für die Klägerin sprechenden Besonderheiten nicht hinreichend Rechnung getragen.

(1) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Klägerin habe nicht damit rechnen können, die Beklagte werde ihr Verhalten auch nur einmalig hinnehmen, ohne eine Kündigung auszusprechen. Die Klägerin habe ihre Pflichten als Kassiererin „auf das Schwerste“ verletzt. Mit dieser Würdigung ist es den Besonderheiten des Streitfalls nicht ausreichend gerecht geworden. Die Klägerin hat an der Kasse in unmittelbarer Anwesenheit ihrer Vorgesetzten bei einer nicht befreundeten Kollegin unabgezeichnete Leergutbons eingelöst. Dass sie mangels Abzeichnung nach den betrieblichen Regelungen keinen Anspruch auf eine Gutschrift hatte, war für die Kassensmitarbeiterin

und die Vorgesetzte offenkundig und nicht zu übersehen. Das wusste auch die Klägerin, die deshalb aus ihrer Sicht unweigerlich würde Aufmerksamkeit erregen und Nachfragen auslösen müssen. Das zeigt, dass sie ihr Verhalten - fälschlich - als notfalls tolerabel oder jedenfalls korrigierbar eingeschätzt haben mag und sich eines gravierenden Unrechts offenbar nicht bewusst war. Für den Grad des Verschuldens und die Möglichkeit einer Wiederherstellung des Vertrauens macht es objektiv einen Unterschied, ob es sich bei einer Pflichtverletzung um ein Verhalten handelt, das insgesamt - wie etwa der vermeintlich unbeobachtete Griff in die Kasse - auf Heimlichkeit angelegt ist oder nicht.

(2) Das Landesarbeitsgericht hat die Einmaligkeit der Pflichtverletzung und die als beanstandungsfrei unterstellte Betriebszugehörigkeit der Klägerin von gut drei Jahrzehnten zwar erwähnt, ihnen aber kein ausreichendes Gewicht beigemessen.

(a) Für die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung kann es von erheblicher Bedeutung sein, ob der Arbeitnehmer bereits geraume Zeit in einer Vertrauensstellung beschäftigt war, ohne vergleichbare Pflichtverletzungen begangen zu haben. Das gilt auch bei Pflichtverstößen im unmittelbaren Vermögensbereich (Senat 13. Dezember 1984 - 2 AZR 454/83 - zu III 3 a der Gründe, AP BGB § 626 Nr. 81 = EzA BGB § 626 nF Nr. 94). Eine für lange Jahre ungestörte Vertrauensbeziehung zweier Vertragspartner wird nicht notwendig schon durch eine erstmalige Vertrauensenttäuschung vollständig und unwiederbringlich zerstört. Je länger eine Vertragsbeziehung ungestört bestanden hat, desto eher kann die Prognose berechtigt sein, dass der dadurch erarbeitete Vorrat an Vertrauen durch einen erstmaligen Vorfall nicht vollständig aufgezehrt wird. Dabei kommt es nicht auf die subjektive Befindlichkeit und Einschätzung des Arbeitgebers oder bestimmter für ihn handelnder Personen an. Entscheidend ist ein objektiver Maßstab. Maßgeblich ist nicht, ob der Arbeitgeber hinreichendes Vertrauen in den Arbeitnehmer tatsächlich noch hat. Maßgeblich ist, ob er es aus der Sicht eines objektiven Betrachters haben müsste. Im Arbeitsverhältnis geht es nicht um ein umfassendes wechselseitiges Vertrauen in die moralischen Qualitäten der je anderen Vertragspartei. Es geht allein um die von einem objektiven Standpunkt aus zu beantwortende Frage, ob mit einer korrekten Erfüllung der Vertragspflichten zu rechnen ist.

(b) Die Klägerin hat durch eine beanstandungsfreie Tätigkeit als Verkäuferin und Kassiererin über dreißig Jahre hinweg Loyalität zur Beklagten gezeigt.

(aa) Der Senat hatte davon auszugehen, dass diese Zeit ohne rechtlich relevante Beanstandungen verlaufen ist. Gegenstand einer der Klägerin erteilten Abmahnung war eine vor Kunden abgegebene, abfällige Äußerung gegenüber einem Arbeitskollegen. Dieses Verhalten steht mit dem Kündigungsvorwurf in keinerlei Zusammenhang; im Übrigen wurde die Abmahnung ein Jahr später aus der Personalakte entfernt. Schon aus tatsächlichen Gründen unbeachtlich ist das Geschehen im Zusammenhang mit der Einlösung eines Sondercoupons im November 2007. Die Klägerin hat im Einzelnen und plausibel dargelegt, weshalb ihr dabei im Ergebnis keine Bonuspunkte zugeschrieben worden seien, die ihr nicht zugestanden hätten. Dem ist die Beklagte nicht hinreichend substantiiert entgegengetreten.

(bb) Das in dieser Beschäftigungszeit von der Klägerin erworbene Maß an Vertrauen in die Korrektheit ihrer Aufgabenerfüllung und in die Achtung der Vermögensinteressen der Beklagten schlägt hoch zu Buche. Angesichts des Umstands, dass nach zehn Tagen Wartezeit mit einer Nachfrage der in Wahrheit berechtigten Kunden nach dem Verbleib von Leergutbons über Cent-Beträge aller Erfahrung nach nicht mehr zu rechnen war, und der wirtschaftlichen Geringfügigkeit eines der Beklagten entstandenen Nachteils ist es höher zu bewerten als deren Wunsch, nur eine solche Mitarbeiterin weiterzubeschäftigen, die in jeder Hinsicht und ausnahmslos ohne Fehl und Tadel ist. Dieser als solcher berechtigte Wunsch macht der Beklagten die

Weiterbeschäftigung der Klägerin trotz ihres Pflichtenverstößes mit Blick auf die bisherige Zusammenarbeit nicht unzumutbar. Objektiv ist das Vertrauen in die Zuverlässigkeit der Klägerin nicht derart erschüttert, dass dessen vollständige Wiederherstellung und ein künftig erneut störungsfreies Miteinander der Parteien nicht in Frage käme.

(3) Das prozessuale Verteidigungsvorbringen der Klägerin steht dieser Würdigung nicht entgegen.

(a) Die Wirksamkeit einer Kündigung ist grundsätzlich nach den objektiven Verhältnissen im Zeitpunkt ihres Zugangs zu beurteilen. Dieser Zeitpunkt ist im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB sowohl für die Prüfung des Kündigungsgrundes als auch für die Interessenabwägung maßgebend. Umstände, die erst danach entstanden sind, können die bereits erklärte Kündigung nicht rechtfertigen. Sie können allenfalls als Grundlage für eine weitere Kündigung oder einen Auflösungsantrag nach §§ 9, 10 KSchG dienen (Senat 28. Oktober 1971 - 2 AZR 15/71 - zu II 2 d der Gründe, AP BGB § 626 Nr. 62 = EzA BGB § 626 nF Nr. 9; 15. Dezember 1955 - 2 AZR 228/54 - zu III der Gründe, BAGE 2, 245).

(b) Nachträglich eingetretene Umstände können nach der Rechtsprechung des Senats für die gerichtliche Beurteilung allerdings insoweit von Bedeutung sein, wie sie die Vorgänge, die zur Kündigung geführt haben, in einem neuen Licht erscheinen lassen (Senat 13. Oktober 1977 - 2 AZR 387/76 - zu III 3 d der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 1 = EzA BetrVG 1972 § 74 Nr. 3; 28. Oktober 1971 - 2 AZR 15/71 - zu II 2 d der Gründe, AP BGB § 626 Nr. 62 = EzA BGB § 626 nF Nr. 9; 15. Dezember 1955 - 2 AZR 228/54 - zu III der Gründe, BAGE 2, 245). Dazu müssen zwischen den neuen Vorgängen und den alten Gründen so enge innere Beziehungen bestehen, dass jene nicht außer Acht gelassen werden können, ohne dass ein einheitlicher Lebensvorgang zerrissen würde (Senat 15. Dezember 1955 - 2 AZR 228/54 - aaO.; ErfK/Müller-Glöge 10. Aufl. § 626 Rn. 54; KR/Fischermeier 9. Aufl. § 626 BGB Rn. 177; SPV/Preis 10. Aufl. Rn. 551; vgl. auch Walker NZA 2009, 921, 922). Es darf aber nicht etwa eine ursprünglich unbegründete Kündigung durch die Berücksichtigung späteren Verhaltens rückwirkend zu einer begründeten werden (Senat 15. Dezember 1955 - 2 AZR 228/54 - aaO.). Außerdem ist genau zu prüfen, welche konkreten Rückschlüsse auf den Kündigungsgrund späteres Verhalten wirklich erlaubt. Im Hinblick auf prozessuales Vorbringen (vgl. Senatsentscheidungen vom 24. November 2005 - 2 AZR 39/05 - AP BGB § 626 Nr. 197 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 12 und 3. Juli 2003 - 2 AZR 437/02 - AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 38 = EzA KSchG § 1 Verdachtskündigung Nr. 2) gilt nichts anderes.

(c) Danach kommt dem Prozessverhalten der Klägerin keine ihre Pflichtverletzung verstärkende Bedeutung zu. Es ist nicht geeignet, den Kündigungssachverhalt als solchen zu erhellen. Der besteht darin, dass die Klägerin unberechtigterweise ihr nicht gehörende Leergutbons zweier Kunden zum eigenen Vorteil eingelöst hat.

(aa) Dieser Vorgang erscheint insbesondere im Hinblick auf eine Wiederholungsgefahr nicht dadurch in einem anderen, für die Klägerin ungünstigeren Licht, dass diese zunächst die Identität der von ihr eingelösten und der im Kassensbüro aufbewahrten Bons bestritten hat. Das Gleiche gilt im Hinblick darauf, dass die Klägerin auch noch im Prozessverlauf die Möglichkeit bestimmter Geschehensabläufe ins Spiel gebracht hat, die erklären könnten, weshalb sie - wie sie stets behauptet hat - selbst bei Identität der Bons nicht wusste, dass sie ihr nicht gehörende Bons einlöste. Die von der Klägerin aufgezeigten Möglichkeiten einschließlich der einer gegen sie geführten Intrige mögen sich wegen der erforderlich gewordenen Befragungen der betroffenen Arbeitnehmer nachteilig auf den Betriebsfrieden ausgewirkt haben. Dies war aber nicht Kündigungsgrund. Unabhängig davon zielte das Verteidigungsvorbringen der Klägerin erkennbar nicht darauf, Dritte einer kon-

kreten Pflichtverletzung zu bezichtigen. Der Kündigungsgrund wird auch nicht dadurch klarer, dass die Klägerin die Rechtsauffassung vertreten hat, erstmalige Vermögensdelikte zulasten des Arbeitgebers könnten bei geringem wirtschaftlichem Schaden eine außerordentliche Kündigung ohne vorausgegangene Abmahnung nicht rechtfertigen. Damit hat sie lediglich in einer rechtlich umstrittenen Frage einen für sie günstigen Standpunkt eingenommen. Daraus kann nicht abgeleitet werden, sie werde sich künftig bei Gelegenheit in gleicher Weise vertragswidrig verhalten.

(bb) Das Prozessverhalten der Klägerin mindert ebenso wenig das bei der Interessenabwägung zu berücksichtigende Maß des verbliebenen Vertrauens. Auch für dessen Ermittlung ist auf den Zeitpunkt des Kündigungszugangs abzustellen. Aus dieser Perspektive und im Hinblick auf den bis dahin verwirklichten Kündigungssachverhalt ist zu fragen, ob mit der Wiederherstellung des Vertrauens in eine künftig korrekte Vertragserfüllung gerechnet werden kann. In dieser Hinsicht ist das Verteidigungsvorbringen der Klägerin ohne Aussagekraft. Ihr wechselnder Vortrag und beharrliches Leugnen einer vorsätzlichen Pflichtwidrigkeit lassen keine Rückschlüsse auf ihre künftige Zuverlässigkeit als Kassiererin zu. Das gilt gleichermaßen für mögliche, während des Prozesses aufgestellte Behauptungen der Klägerin über eine ihr angeblich von der Kassenleiterin angetragene Manipulation im Zusammenhang mit der Einlösung von Sondercoupons im November 2007 und mögliche Äußerungen gegenüber Pressevertretern.

(cc) Anders als die Beklagte meint, wird dadurch nicht Verstößen gegen die prozessuale Wahrheitspflicht „Tür und Tor geöffnet“. Im Fall eines bewusst wahrheitswidrigen Vorbringens besteht die Möglichkeit, eine weitere Kündigung auszusprechen oder einen Auflösungsantrag nach §§ 9, 10 KSchG anzubringen. Dabei kann nicht jeder unzutreffende Parteivortrag als „Lüge“ bezeichnet werden. Die Wahrnehmung eines Geschehens ist generell nicht unbeeinflusst vom äußeren und inneren Standpunkt des Wahrnehmenden. Gleiches gilt für Erinnerung und Wiedergabe, zumal in einem von starker Polarität geprägten Verhältnis, wie es zwischen Prozessparteien häufig besteht. Wenn sich das Gericht nach den Regeln des Prozessrechts in §§ 138, 286 ZPO die - rechtlich bindende, aber um deswillen nicht der Gefahr des Irrtums enthobene - Überzeugung bildet, ein bestimmter Sachverhalt habe sich so und nicht anders zugetragen, ist damit die frühere, möglicherweise abweichende Darstellung einer Partei nicht zugleich als gezielte Irreführung des Gerichts oder der Gegenpartei ausgewiesen. Es bedarf vielmehr besonderer Anhaltspunkte, um einen solchen - schweren - Vorwurf zu begründen.

B. Die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung zum 30. September 2008 ist unwirksam. Auch dies vermag der Senat selbst zu entscheiden. Die Kündigung ist sozial ungerechtfertigt. Sie ist nicht durch Gründe im Verhalten der Klägerin iSv. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt. Sie ist auf denselben Lebenssachverhalt gestützt wie die außerordentliche Kündigung. Der Beklagten war es aus den dargelegten Gründen zuzumuten, auf das mildere Mittel der Abmahnung zurückzugreifen.

C. Der Antrag auf Beschäftigung, der sich ersichtlich auf die Dauer des Kündigungsrechtsstreits beschränkte, kommt wegen der Beendigung des Verfahrens nicht mehr zum Tragen.

*Dokumentation,
Analyse, Entwicklung*

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

**§ 4 EStG; § 119 BetrVG; § 266 StGB
Steuerhinterziehung; Mittelverwendung zur
Beeinflussung der Betriebsratswahl; Untreuevorwurf**

1. Eine nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 i. V. m. § 20 Abs. 2 BetrVG strafbare Beeinflussung der Wahl des Betriebsrats liegt jedenfalls dann vor, wenn der Arbeitgeber einer Wahlvorschlagsliste durch die Zuwendung von Geldmitteln ermöglicht, sich im Zusammenhang mit der Wahl nachhaltiger als sonst möglich zu präsentieren, und wenn dabei die finanzielle Unterstützung der Kandidaten durch den Arbeitgeber verschleiert wird.

2. Eine Normverletzung ist in der Regel nur dann pflichtwidrig i. S. d. § 266 StGB, wenn die verletzte Rechtsnorm ihrerseits – hier der Straftatbestand des § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG – wenigstens auch, und sei es mittelbar vermögensschützenden Charakter für das zu betreuende Vermögen hat, mag die Handlung auch nach anderen Normen pflichtwidrig sein und gegebenenfalls Schadensersatzansprüche gegenüber dem Treupflichtigen begründen.

(BGH, Beschluss vom 13. 9. 2010 – 1 StR 220/09)

Hinw. d. Red.: Hierzu lautet die BGH-Pressemitteilung Nr. 201/2010 vom 13. 9. 2010:

»Revision des ehemaligen Vorstandsvorsitzenden der Arbeitnehmerorganisation AUB hat teilweise Erfolg

Das Landgericht Nürnberg-Fürth hat den ehemaligen Vorstandsvorsitzenden der Arbeitnehmerorganisation AUB wegen jeweils mehrerer Fälle des Betruges in Tateinheit mit Beihilfe zur Untreue, der Steuerhinterziehung und der Beihilfe zur Steuerhinterziehung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Der Verurteilung liegen im Wesentlichen folgende Feststellungen des Landgerichts zugrunde:

Der Angeklagte hatte bereits zu Beginn der 1990er Jahre mit einzelnen Führungskräften der Siemens AG vereinbart, dass die Siemens AG die Arbeitsgemeinschaft unabhängiger Betriebsangehöriger – AUB e.V. durch verschleierte finanzielle Zuwendungen finanzieren und fördern sollte. Hierdurch sollte die AUB als Gegengewicht zur IG Metall etabliert werden. Durch die Wahl von AUB-Kandidaten in die Betriebsräte der Siemens AG sollten in den Betriebsräten und mittelbar in den Aufsichtsräten Mehrheitsverhältnisse geschaffen werden, die aus Arbeitgebersicht vorteilhafte Betriebsvereinbarungen und sonstige wirtschaftlich vorteilhafte Maßnahmen möglich machten oder erleichterten.

Die vereinbarte Förderung der AUB erfolgte ab dem Jahr 1991 im Wesentlichen durch Zahlungen in Millionenhöhe, die zunächst auf der Grundlage fingierter Beratungs- und Schulungsverträge über weitere Firmen an den Angeklagten geleistet wurden. Die Zahlungen wurden bei der Siemens AG zwar als Betriebsausgaben gewinnmindernd verbucht, die Mittelverwendung wurde dort aber spätestens ab dem Jahr 1996 über einzelne Plausibilitätskontrollen hinaus nicht mehr kontrolliert.

Seit dem Jahr 2001 wurden die Zahlungen auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung direkt an eine von dem Angeklagten gegründete Firma für Unternehmensberatung und Mitarbeiterschulung geleistet. Für die Siemens AG wurde diese Vereinbarung von dem damaligen Vorstand des Bereiches Automation and Drives (A & D) unterzeichnet, der wegen seiner Mitwirkung an der verschleierten Förderung der AUB als Mitangeklagter im vorliegenden Verfahren vom Landgericht rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe und einer Geldstrafe verurteilt worden ist. Die verdeckten Unterstützungszahlungen an die AUB wurden nach Freigabe durch diesen Bereichsvorstand und später von seinem in die Abläufe eingeweihten Nachfolger gezahlt. Insgesamt leistete die Siemens AG in den Jahren 2001 bis 2006 auf 44 vom Angeklagten auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung erstellten Rechnungen über tatsächlich nicht erbrachte Beratungsleistungen hin einen Gesamtbetrag von 30,3 Mio. Euro.

Wegen der fehlenden Kontrolle der Mittelverwendung gelang es dem Angeklagten unter Täuschung über den Verwendungszweck, von der Siemens AG mehr als drei Mio. Euro für die Förderung der AUB zu erhalten, die er für private Zwecke, darunter Sportsponsoring in großem Umfang, verwenden wollte und verwendete. In seinen Steuererklärungen machte er die privaten Aufwendungen zu Unrecht als Betriebsausgaben geltend, zudem verschwieg er steuerpflichtige Einkünfte.

Das Landgericht hat den Angeklagten im Hinblick auf unrichtige Angaben gegenüber den Finanzbehörden wegen Steuerhinterziehung und hinsichtlich der Täuschung der Verantwortlichen der Siemens AG über die Verwendung der für die AUB bestimmten Mittel wegen Betruges verurteilt. Seine Unterstützung bei der verdeckten Förderung der AUB durch Verantwortliche der Siemens AG hat das Landgericht einerseits als Beihilfe zur Untreue zum Nachteil der Siemens AG und andererseits als Beihilfe zur Steuerhinterziehung geahndet. Durch die verschleierte Zahlungen sei, weil es sich um strafbare Handlungen nach dem Betriebsverfassungsgesetz handele, das Vermögen der Siemens AG geschädigt worden; zugleich sei Körperschaftsteuer hinterzogen worden, weil Ausgaben für die verdeckte finanzielle Förderung der AUB als Straftaten nach dem Betriebsverfassungsgesetz auch nicht als Betriebsausgaben der Siemens AG abzugsfähig gewesen seien.

Die Revision des Angeklagten hat mit der Sachrüge teilweise Erfolg:

Die vom Landgericht getroffenen Feststellungen rechtfertigen eine Verurteilung wegen Beihilfe zur Untreue bislang nicht. Da aber die Verurteilung des Angeklagten wegen Betruges zum Nachteil der Siemens AG rechtsfehlerfrei erfolgt ist, hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs das Verfahren mit Zustimmung des Generalbundesanwalts wegen des Vorwurfs der Beihilfe zur Untreue zum Nachteil der Siemens AG eingestellt (strafprozessuale Verfolgungsbeschränkung).

Der Senat hat von einer Zurückverweisung zur weitergehenden Aufklärung des Untreuevorwurfs auch deswegen abgesehen, weil abzusehen war, dass auch ergänzende Feststellungen eine Verurteilung des Angeklagten wegen Beihilfe zur Untreue voraussichtlich nicht tragen könnten. Der Grund hierfür liegt darin, dass die verdeckte Finanzierung der AUB auf Veranlassung des Mitangeklagten, damals Bereichsvorstand der Siemens AG, zwar eine Straftat nach dem Betriebsverfassungsgesetz darstellt, nicht aber zugleich eine Verletzung seiner gegenüber der Siemens AG bestehenden Vermögensbetreuungspflicht. Dies wäre aber Voraussetzung einer Strafbarkeit wegen Untreue gemäß § 266 StGB.

In Anknüpfung an die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Strafbarkeit wegen Untreue (Beschluss vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 2559/08) hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs klargestellt, dass eine Normverletzung in der Regel nur dann pflichtwidrig im Sinne des § 266 StGB ist, wenn die verletzte Rechtsnorm ihrerseits wenigstens auch, und sei es nur mittelbar, vermögensschützende Wirkung für das zu betreuende Vermögen hat. Dies war bei dem hier verwirklichten Straftatbestand des § 119 Abs. 1 Nr. 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG), auf den mangels Strafantrags eine unmittelbare Verurteilung nicht gestützt werden konnte, nicht der Fall. (BGH-Pressemitteilung Nr. 218/2010 vom 16. 11. 2010; „Es wird richtig gestellt, dass entsprechende Strafanträge gestellt worden waren, eine Verurteilung aber nicht möglich war, weil die Staatsanwaltschaft insoweit gemäß § 154 Abs. 1 StPO von der Verfolgung abgesehen hatte.“)

Dagegen hatte neben der Verurteilung des Angeklagten wegen Betruges und Hinterziehung von Einkommensteuer auch seine Verurteilung wegen Beihilfe zur Hinterziehung von Körperschaftsteuer zugunsten der Siemens AG Bestand:

Der Angeklagte hatte durch Ausstellung unrichtiger Rechnungen die verschleierte Förderung der AUB durch die Siemens AG gefördert und eine Straftat nach dem Betriebsverfassungsgesetz, nämlich § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, unterstützt. Die vom

Landgericht getroffenen Feststellungen belegen, dass es sich bei den Zuwendungen an die AUB um rechtswidrig gewährte Vorteile zur Beeinflussung von Betriebsratswahlen im Sinne dieser Vorschrift handelte.

Die Steuerhinterziehung liegt darin, dass die Zahlungen, die der verdeckten Förderung der AUB dienten, bei der Siemens AG als steuerlich abzugsfähige Betriebsausgaben geltend gemacht wurden, obwohl wegen des strafbaren Verstoßes gegen das Betriebsverfassungsgesetz ein steuerrechtliches Abzugsverbot bestand (§ 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG).

Im Hinblick auf die vorgenommene Verfahrensbeschränkung und Fehler bei der Bestimmung der verkürzten Steuern durch das Landgericht hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs das Urteil hinsichtlich einzelner Einzelstrafen sowie der festgesetzten Gesamtfreiheitsstrafe aufgehoben und die Sache insoweit an das Landgericht zurückverwiesen. Eine andere Strafkammer des Landgerichts muss nun noch eine neue Strafzumessung vornehmen. Im Übrigen ist das Urteil rechtskräftig.«

Kurzfassungen/Leitsätze (KL)
Wettbewerb etc.

§§ 3, 6 FBuB – Versicherung zur Feuerbetriebsunterbrechung; Unterbrechungsschaden Gehalts- und Lohnverbindlichkeiten; Insovenzgeld; Übergang der Nettolohnansprüche auf die BA

In der Feuerbetriebsunterbrechungsversicherung ist eine Belastung des Versicherungsnehmers mit Gehalts- und Lohnverbindlichkeiten auch dann als Unterbrechungsschaden im Sinne der §§ 3 Nr. 1, 6 Nr. 1 und 2 FBuB anzusehen, wenn die Arbeitnehmer Insolvenzgeld von der Bundesagentur für Arbeit erhalten und auf diese die Nettolohnansprüche gemäß § 187 Satz 1 SGB III übergehen.

(BGH, Urteil vom 21. 4. 2010 – IV ZR 308/07)

§§ 312d, 346, 355, 357 BGB – Wertersatzpflicht; Widerruf eines Fernabsatzvertrags

Der Verbraucher, der im Fernabsatz ein Wasserbett gekauft hat, schuldet im Falle des Widerrufs keinen Ersatz für die Wertminderung, die dadurch eintritt, dass er die Matratze des Betts zu Prüfzwecken mit Wasser befüllt.

(BGH, Urteil vom 3. 11. 2010 – VIII ZR 337/09)

Hinw. d. Red.: Hierzu lautet die BGH-Pressemitteilung Nr. 210/2010 vom 3. 11. 2010:

»Zur Wertersatzpflicht eines Verbrauchers bei Widerruf eines Fernabsatzvertrags

Der Bundesgerichtshof hat heute eine Entscheidung zur Wertersatzpflicht eines Verbrauchers bei Widerruf eines Fernabsatzvertrags getroffen (Urteil vom 3. 11. 2010 – VIII ZR 337/09).

Im August 2008 schlossen die Parteien per E-Mail einen Kaufvertrag über ein Wasserbett zum Preis von 1265 €. Das Angebot des Beklagten, der die Wasserbetten über das Internet zum Verkauf anbietet, war dem Kläger per E-Mail als angehängte PDF-Datei übersandt worden. Der Text der E-Mail enthält eine Widerrufsbelehrung. Im weiteren Text der E-Mail heißt es:

„Im Hinblick auf die o. g. Widerrufsbelehrung weisen wir ergänzend darauf hin, dass durch das Befüllen der Matratze des Wasserbettes regelmäßig eine Verschlechterung eintritt, da das Bett nicht mehr als neuwertig zu veräußern ist.“

Das Wasserbett wurde gegen Barzahlung beim Käufer angeliefert. Der Käufer baute das Wasserbett auf und befüllte die Matratze mit Wasser. Anschließend übte er sein Widerrufsrecht aus. Nach Abholung des Wasserbetts forderte er den Verkäufer zur Rückzahlung des Kaufpreises auf. Der Verkäufer erstattete

lediglich einen Betrag von 258 € und machte geltend, dass das Bett nicht mehr verkäuflich sei; lediglich die Heizung mit einem Wert von 258 € sei wieder verwertbar.

Das Amtsgericht [Wedding] hat der auf Rückzahlung des restlichen Kaufpreises von 1007 € gerichteten Klage stattgegeben. Das Landgericht [Berlin] hat die Berufung des Verkäufers zurückgewiesen.

Die dagegen gerichtete Revision des Verkäufers hatte keinen Erfolg. Der unter anderem für das Kaufrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass der Käufer trotz des möglicherweise eingetretenen Wertverlusts den vollen Kaufpreis zurückverlangen kann, da er die Ware nur geprüft hat.

Ein fristgerecht erklärter Widerspruch des Verbrauchers beim Fernabsatzvertrag hat zur Folge, dass die empfangenen Leistungen von den Vertragsparteien zurückzugewährt sind. Soweit der empfangene Gegenstand sich verschlechtert hat oder untergegangen ist, muss der Schuldner statt der Rückgabe Wertersatz leisten. Dabei muss der Verbraucher nach § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB auch Wertersatz für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung leisten, wenn er spätestens bei Vertragsschluss in Textform auf diese Rechtsfolge und eine Möglichkeit hingewiesen worden ist, sie zu vermeiden. Die Wertersatzpflicht besteht jedoch nach § 357 Abs. 3 Satz 2 BGB «aF; jetzt Satz 3» dann nicht, wenn die Verschlechterung ausschließlich auf die Prüfung der Sache zurückzuführen ist. Letzteres war vorliegend der Fall. Der Aufbau des Betts und die Befüllung der Matratze mit Wasser stellen lediglich eine Prüfung der Sache dar.

Der Verbraucher soll nach Art. 6 der Richtlinie 97/7/EG (Fernabsatzrichtlinie) und der sie umsetzenden deutschen Regelung grundsätzlich Gelegenheit haben, die durch Vertragsabschluss im Fernabsatz gekaufte Ware zu prüfen und auszuprobieren, weil er die Ware vor Abschluss des Vertrags nicht sehen konnte. Dies schließt die Ingebrauchnahme ein, soweit sie zu Prüfzwecken erforderlich ist, selbst wenn sie zu einer Wertminderung der Ware führt.«

§§ 312d, 356, 357, 346 BGB – Fernabsatz; Kosten der Hinsendung der Ware; Widerruf, Rückgabe der Ware

Im Fall des Widerrufs eines Fernabsatzvertrages sind die Kosten der Hinsendung der Ware vom Unternehmer zu tragen.

(BGH, Urteil vom 7. 7. 2010 – VIII ZR 268/07)

Hinw. d. Red.: Zuvor Vorlagebeschluss an den EuGH vom 1. 10. 2008 – VIII ZR 268/07, GuT 2008, 403 PM einschl. Wiedergabe der EU-Fernabsatzrichtlinie (Auszug). Zum Urteil vom 7. 7. 2010 lautet die Pressemeldung Nr. 139/2010 des BGH vom 7. 7. 2010:

«Keine Belastung des Verbrauchers mit den Kosten für die Hinsendung der Ware bei einem Fernabsatzgeschäft

Der Bundesgerichtshof hat heute entschieden, dass ein Verkäufer von Waren im Fernabsatzgeschäft einen Verbraucher nicht mit den Versandkosten für die Hinsendung der Ware an den Verbraucher belasten darf, wenn dieser von seinem Widerrufs- oder Rückgaberecht Gebrauch macht (Urteil vom 7. 7. 2010 – VIII ZR 268/07).

Der Kläger ist ein Verbraucherverband. Die Beklagte betreibt ein Versandhandelsunternehmen. Sie stellt ihren Kunden für die Zusendung der Ware einen Versandkostenanteil von pauschal 4,95 € pro Bestellung in Rechnung. Der Kläger nimmt die Beklagte auf Unterlassung der Erhebung solcher Kosten nach Ausübung des Widerrufs- oder Rückgaberechts bei Fernabsatzgeschäften in Anspruch. Das Landgericht [Karlsruhe] hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht [Karlsruhe] hat die dagegen gerichtete Berufung zurückgewiesen.

Die Revision des Versandhandelsunternehmens hatte keinen Erfolg. Der VIII. Zivilsenat des BGH hatte das Revisionsver-

fahren ausgesetzt und dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob die Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (Fernabsatz-Richtlinie) dahin auszulegen ist, dass sie einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der die Kosten der Zusendung der Waren auch dann dem Verbraucher auferlegt werden können, wenn er den Vertrag widerrufen hat (Beschluss vom 1. Oktober 2008, Pressemitteilung Nr. 184/2008). Dies hat der EuGH bejaht und zur Begründung ausgeführt, dass mit Artikel 6 der Fernabsatz-Richtlinie eindeutig das Ziel verfolgt wird, den Verbraucher nicht von der Ausübung seines Widerrufsrechts abzuhalten. Deshalb liefe eine Auslegung, nach der es den Mitgliedstaaten der Europäischen Union erlaubt wäre, eine Regelung vorzusehen, die dem Verbraucher im Fall eines solchen Widerrufs die Kosten der Zusendung in Rechnung stellt, diesem Ziel zuwider (EuGH, Urteil vom 15. April 2010 - Rs. C-511/08, NJW 2010, 1941).

Aufgrund dieser für die nationalen Gerichte bindenden Auslegung der Fernabsatz-Richtlinie durch den EuGH ist § 346 Abs. 1 BGB in Verbindung mit §§ 312d, 357 BGB richtlinienkonform dahin auszulegen, dass dem Verbraucher nach dem Widerruf eines Fernabsatzvertrages ein Anspruch auf Rückgewähr geleisteter Hinsendekosten zusteht. Dementsprechend ist es Verkäufern von Waren im Fernabsatzgeschäft – wie der Beklagten im entschiedenen Fall – verwehrt, Verbrauchern die Kosten für die Hinsendung der von ihr vertriebenen Waren auch dann aufzuerlegen, wenn diese von ihrem Widerrufs- oder Rückgaberecht Gebrauch machen.«

§ 110 EnWG – Stromnetz; Objektnetz; Flughafennetz Leipzig/Halle; diskriminierungsfreier Netzzugang

§ 110 Abs. 1 EnWG ist richtlinienkonform dahin auszulegen, dass auf Objektnetze i.S. der Nummer 1 dieser Vorschrift Teil 3 des Energiewirtschaftsgesetzes nur insoweit keine Anwendung findet, als dem nicht der Anspruch auf diskriminierungsfreien Netzzugang entgegensteht.

(BGH, Beschluss vom 24. 8. 2010 – EnVR 17/09)

Hinw. d. Red.: Die Antragstellerin betreibt den Flughafen Leipzig/Halle und unterhält dort auch das Stromnetz. Dieses Stromnetz dient der Eigenversorgung; es sind aber auch weitere 93 Unternehmen angeschlossen. Die Beteiligte ist ein Energieversorgungsunternehmen, das seit Anfang 2004 die DFS Deutsche Flugsicherung GmbH, die auf dem Flughafen Leipzig/Halle angesiedelt ist, mit Strom beliefert.

Die Antragstellerin beantragte bei der zuständigen Landesregulierungsbehörde, das von ihr auf dem Flughafen Leipzig/Halle unterhaltene Netz als Objektnetz (§ 110 EnWG) anzuerkennen. Die Landesregulierungsbehörde erließ daraufhin am 12. Juli 2006 einen Bescheid, in dem in Nummer 1 festgestellt wird, dass das Energieversorgungsnetz der Antragstellerin derzeit die Voraussetzungen für ein Objektnetz nach § 110 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EnWG erfüllt. Hiergegen hat die im Verfahren vor der Regulierungsbehörde Beteiligte Beschwerde eingelegt. Das Beschwerdegericht hat das Verfahren ausgesetzt und den Gerichtshof der Europäischen Union mit Beschluss vom 17. Oktober 2006 um eine Vorabentscheidung ersucht (OLG Dresden, RdE 2007, 125). Dieser hat mit Urteil vom 22. Mai 2008 (C-439/06, Slg. 2008 I-3913 = RdE 2008, 245 - citiworks) die ihm vorgelegten Fragen beantwortet. Daraufhin hat das Beschwerdegericht der Beschwerde der Beteiligten stattgegeben und den Bescheid der Landesregulierungsbehörde in Nummer 1 aufgehoben (OLG Dresden, WuW/E DE-R 2619). Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

Der Kartellsenat des BGH hat beschlossen: Auf die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 10. März 2009 aufgehoben. Die Beschwerde der Beteiligten gegen den Be-

scheid der Landesregulierungsbehörde vom 12. Juli 2006 wird zurückgewiesen. Die Beteiligte trägt die Kosten des gerichtlichen Verfahrens; außergerichtliche Auslagen werden nicht erstattet. Der Wert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 600.000 € festgesetzt.

§ 7 UWG – Wettbewerb; Werbung für Grabmale nach dem Todesfall

Eine Werbung für Grabmale, die zwei Wochen nach dem Todesfall auf dem Postweg erfolgt, stellt keine unzulässige Belästigung der Hinterbliebenen dar.

(BGH, Urteil vom 22. 4. 2010 – I ZR 29/09)

§ 4 UWG; § 284 StGB – Wettbewerb; Bandenwerbung; Haftung des Verpächters von Werbeflächen

1. Bereits mit der Vergabe von Werberechten an der Bandenwerbung in Fußballstadien an einen externen Dienstleister nimmt der Berechtigte eine Wettbewerbshandlung bzw. geschäftliche Handlung zu Gunsten derjenigen (ihm möglicherweise noch unbekannt) Unternehmen vor, die später auf diesen Flächen werbend in Erscheinung treten.

2. Die auf einer Werbefläche herausgestellte isolierte Nennung des Namens eines Unternehmens ist auch dann Werbung im Rechtssinne, wenn dies ohne Anpreisung eines konkreten Angebots geschieht. Dies gilt umso mehr, wenn der Unternehmensname mit dem erweiternden Zusatz einer Top-Level-Domain versehen ist, weil die angesprochenen Verkehrskreise hiermit aufgefordert werden, diese Seite aufzusuchen und sich über das Angebot zu informieren.

3. Der Verpächter von Werbeflächen ist grundsätzlich für ein rechtsverletzendes Verhalten seines Pächters in Bezug auf diese Fläche rechtlich (mit)verantwortlich. Er ist verpflichtet, einen Rechtsverstoß jedenfalls nach dessen Kenntnis durch geeignete Maßnahmen zu unterbinden. Die vertragliche Verpflichtung des Pächters auf die Einhaltung von Rechtsvorschriften reicht hierfür nicht.

4. Ein derartiges Handlungsgebot besteht indes nur dann, wenn aus Sicht des Verpflichteten die Qualität des Handelns als Rechtsverletzung ohne unüberwindbare rechtliche Zweifelsfragen zu beurteilen ist.

5. Bei einer sowohl national-rechtlich als auch europarechtlich sehr komplexen und rechtlich hoch streitigen Materie (hier: Glücksspielrecht) ist es auch einem großen und einflussreichen Verband nicht zuzumuten, auf eine Abmahnung innerhalb einer Frist von weniger als 2 Arbeitstagen die Rechtslage verbindlich einzuschätzen und die behauptete Rechtsverletzung - z. B. durch außerordentliche Kündigung des Vertragsverhältnisses - sofort zu unterbinden.

(OLG Hamburg, Urteil vom 8. 4. 2009 – 5 U 169/07 – n. rkr.)

Hinw. d. Red.: Az. der Revision beim BGH I ZR 73/09. Die Entscheidung des OLG Hamburg kann in einer Übergangszeit bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 7 UWG – Wettbewerb; Abwerbung von Kunden; e-mail- und Telefonwerbung nach Unternehmenswechsel

Wer nach dem Wechsel zu einem anderen Unternehmen Kunden seines ehemaligen Arbeitgebers, die ihm aus seiner früheren Tätigkeit bekannt sind, anruft, um sie von dem Wechsel in Kenntnis zu setzen, verstößt im Allgemeinen nicht gegen § 7 Abs. 1 UWG. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG 2004 erfordert aber die Zulässigkeit einer e-mail-Werbung gegenüber Gewerbetreibenden zumindest die konkludente Einwilligung des Betroffenen.

(BGH, Urteil vom 11. 3. 2010 – I ZR 27/08)

§ 12 UWG – Wettbewerb; Abmahnung; Wiederholungsgefahr; Unterlassungserklärung mit Streichungen

1. Für die Beseitigung der Wiederholungsgefahr in Bezug auf andere, aber gegenüber der beanstandeten Verletzung kerngleiche Verstöße muss nicht stets die Abgabe einer verallgemeinernden Unterlassungsverpflichtungserklärung erforderlich sein.

2. Nimmt der Unterlassungsschuldner allerdings an der ihm vom Unterlassungsgläubiger übersandten, vorformulierten Unterlassungserklärung Änderungen (Streichungen) vor oder über-

mittelt er eine abweichend formulierte eigene Erklärung, können sich daraus nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls vernünftige Zweifel an dem Willen des Schuldners ergeben, die Erklärung nicht nur auf den konkreten Verletzungsfall, sondern auch auf kerngleiche Verstöße zu erstrecken.

(OLG Hamburg, Beschluss vom 27. 7. 2009 – 5 W 76/09)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann in einer Übergangszeit bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

KL-Mitteleiter: RiBGH Wellner, Karlsruhe; die Mitglieder des 5. Zivilsenats des OLG Hamburg.

Besteuerung

Steuern – Umschau September 2010

RiFG i. R. Karl-Christian Callsen, Erfstadt-Liblar †

Verbilligte Vermietung von Immobilien zu Nicht-Wohnzwecken

Die OFD Rheinland hat mit Kurzinformation vom 18. 12. 2009 (DStR 2010,651) ihre Auffassung hinsichtlich der Vermietung von Immobilien zu Nicht-Wohnzwecken veröffentlicht, die von den Finanzämtern in ihrem Bezirk zu vertreten ist. Danach findet § 21 Abs. 2 EStG keine Anwendung, wenn eine Wohnung oder andere Räume zu anderen Zwecken als Wohnzwecken, z. B. gewerblichen Zwecken, vermietet werden.

Bei einer verbilligten Vermietung zu Nicht-Wohnzwecken ist in jedem Fall ein WK-Abzug nur im Verhältnis der vereinbarten zur ortsüblichen Miete zulässig. Dieses aus dem Nettoprinzip folgende Aufteilungsgebot bei teilentgeltlicher Nutzungsüberlassung bildet ein allgemeingültiges, aus Gründen der Gleichmäßigkeit der Besteuerung anzuwendendes Rechtsprinzip. In dem Umfang, in dem ein Berechtigter aus privaten Gründen ganz oder teilweise darauf verzichtet, aus einer Vermietung zu Nicht-Wohnzwecken Einnahmen zu erzielen, steht ihm der Abzug von WK nicht zu. In der Höhe des Einnahmeverzichtes dienen die Aufwendungen des Überlassenden nicht, wie es § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG voraussetzt, der Erwerbung, Sicherung oder Erhaltung von Einnahmen.

In der Praxis dürfte das FA nicht so einfach eine angeblich verbilligte Vermietung mit der Folge einer entsprechenden WK-Versagung durchsetzen können. Im Rahmen der individuellen Vertragsfreiheit kann ein Vermieter durchaus auf höhere Mieteinnahmen verzichten z. B. im Hinblick auf eine längere Vermietung oder auf seriöse Mieter, ganz abgesehen davon, dass die ortsübliche, vergleichbare Marktmiete jeweils schwierig festzustellen ist.

Der „blinde“ Rechtsanwalt und das „blinde“ Gericht

Die Klägerin (KI) ist Eigentümerin eines MFH. Von einem Mieter verlangte sie die Zahlung von Nebenkosten (Grundsteuer und Versicherung) für die Jahre 1998 bis 2000, die zwar mietvertraglich nicht vereinbart, aber jahrelang vom Mieter durch widerspruchsfreie Zahlung der Umlagen hingenommen waren. Das AG, vor dem sich die KI selbst vertrat, gab der Klage statt, weil der Mieter durch jahrelange Zahlung der NK einer entsprechenden Änderung des schriftlichen Mietvertrags zugestimmt habe. Das LG jedoch, vor dem sich die KI durch die beklagte RA-Sozietät (Bekl) vertreten ließ, wies die Klage mit Urteil vom 11. 2. 2003 ab, weil vorbehaltlose Zahlungen von Mie-

tern, die auch auf Rechtsirrtum beruhen könnten, nicht zu einer Vertragsänderung führten. Die Klage der Bekl auf Zahlung von Anwalts honorar wurde in zwei Instanzen abgewiesen, weil die Bekl nicht hingewiesen habe auf den BGH-Beschluss vom 29. 5. 2000 (Palandt, 2002, § 535, Rdnr. 87) zur konkludenten Vereinbarung über die Umlegung von NK durch jahrelange Übung. Die nunmehrige Klage der KI gegen die Bekl auf Schadensersatz von € 3647,53 (€ 1969,56 NK zzgl. Gerichts- und RA-Kosten) blieb in zwei Instanzen erfolglos. Da das Gericht ebenfalls den BGH-Beschluss übersehen habe, bestehe zwischen diesem Fehler und dem Schaden kein Zurechnungszusammenhang. Mit ihrer Revision zum BGH (Urteil vom 18. 12. 2008 in DB 2009, 448 = GuT 2009, 43 KL) hatte die KI jedoch Erfolg.

Mit Rücksicht auf das auch bei Richtern nur unvollkommene menschliche Erkenntnisvermögen und die niemals auszuschließende Möglichkeit eines Irrtums ist es Pflicht eines RA, nach Kräften dem Aufkommen von Irrtümern und Versehen des Gerichts entgegenzuwirken. Die Bekl hätte auf den BGH-Beschluss hinweisen müssen, zumal ein mit verkehrsüblicher Sorgfalt arbeitender RA diesen ohne sonderliche Mühe in einem gängigen Kommentar zum BGB hätte finden können. Die Vorinstanz habe zwar in der mündlichen Verhandlung für seine Meinung auf eine herrschende Meinung und zwei LG-Urteile aus 1982 und 1989 hingewiesen. Bei ordnungsgemäßer Vorbereitung hätte die Bekl ggfls. in einem nachgelassenen Schriftsatz auf anderslautende, jüngere Rechtsprechung hinweisen können. Soweit sich jedoch in der gerichtlichen Fehlentscheidung das allgemeine Prozessrisiko verwirklicht, das darin liegt, dass das Gericht bei ordnungsgemäßem Vorgehen trotz des Anwaltsfehlers richtig hätte entscheiden können und müssen, ist dem RA der Urteilsschaden haftungsrechtlich zuzurechnen. Der Schadensbeitrag des Gerichts überwiegt denjenigen des Bekl nicht so weit, dass letzterer dahinter ganz zurücktritt.

Man kann nur staunen, wie ein Rechtsfehler, der dem RA und dem Gericht gleichermaßen unterlaufen ist, voll zu Lasten des RA „gewürdigt“ wird.

Strategieentgelt für Vermögensverwalter: WK oder Anschaffungskosten?

Die Kläger (KI), im Streitjahr 2003 zusammen zu veranlagende Eheleute, zahlten einen Betrag von € 160.000,- an eine GmbH, die auf der Grundlage einer Kombination der Gewinnstrategie I (Investitionen zu 100% in offene Immobilienfonds) und Gewinnstrategie III (Investitionen zu max. 30% in Aktien) diesen Betrag anlegen sollte. Von diesem Betrag zog die GmbH als einmaliges Strategieentgelt 3,5% = € 5600,- ab. Daneben

war für die laufende Verwaltung des anzulegenden Kapitals eine davon unabhängige Gebührenregelung vereinbart. Die Kl begehrt, dieses Strategieentgelt bei ihren Einkünften aus Kapitalvermögen des Streitjahres als WK zu berücksichtigen. Das FA behandelte diesen Aufwand jedoch als (nicht abzugsfähige) Anschaffungsnebenkosten der Kapitalanlage. Das FG Köln (Urteil vom 25. 4. 2007 in EFG 2007,1148) ordnete dieses Entgelt jedoch den sofort abziehbaren WK bei den Einkünften aus Kapitalvermögen zu. Der BFH wiederum (Urteil vom 28. 10. 2009 in BB 2010,882 mit Anm.) rechnete das Strategieentgelt den Anschaffungskosten für den Erwerb der Kapitalanlagen zu. Mit der Erwerbsentscheidung (Beauftragung der GmbH und Überweisung des von ihr anzulegenden Geldbetrags) sind die im Zusammenhang mit diesem Auftrag gezahlten Entgelte der Kl für Makler- und Vermittlungsleistungen den Anschaffungskosten zuzurechnen. Ist der Aufwand wie hier das Strategieentgelt auf die noch zu erwerbenden Kapitalanlagen bezogen, handelt es sich um Anschaffungskosten. Nur wenn der Aufwand ohne Bezug zu den zu beschaffenden Kapitalanlagen seiner Art nach die allgemeine vermögensverwaltende Tätigkeit abgibt, ist er den sofort abziehbaren WK bei den Einkünften aus Kapitalvermögen zuzurechnen.

Es dürfte nunmehr für die Banken und deren Kunden schwierig sein, eine anfängliche Einmalzahlung wie hier für die Anschaffung der Kapitalanlage den sofort abzugsfähigen Werbungskosten zuzuordnen.

Verspäteter Posteingang bei Gericht und Hinweispflichten des Gerichts

Bei verspätetem Posteingang von fristwahrenden Schriftsätzen bei Gericht ist immer wieder festzustellen, dass das Gericht kleinlichst Wiedereinsetzungsanträge prüft und sodann sehr oft die Klage schon als unzulässig abschmettert, um sich nicht weiter inhaltlich mit dieser auseinanderzusetzen zu müssen. Man kann dann nur hoffen, Gehör bei den Obergerichten zu finden.

Die Kläger (Kl) hatten mit ihrem Wiedereinsetzungsantrag geltend gemacht, ihre Berufungsschrift sei am Freitag, den 22. 5. 2009 nach Kanzleischluss um 18. 30 Uhr in den Briefkasten eingeworfen worden; da der Briefkasten an diesem Tag noch um 20. 45 Uhr geleert werde, habe ihr Prozessbevollmächtigter davon ausgehen dürfen, dass die Berufungsschrift am darauffolgenden Montag, dem 25. 5. 2009 und Tag des Ablaufs der Berufungsfrist, beim Berufungsgericht eingehen würde. Der Eingang erfolgte tatsächlich erst am 26. 5. 2009 und damit verspätet. Das OLG hatte den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen, da die Kl nicht substantiiert dargelegt hätten, dass die Berufungsschrift rechtzeitig zur Post gegeben worden sei.

Der BGH führte in seinem Beschluss vom 9. 2. 2010 – IX ZB 34/09 (DStR 2010, Heft 13, S. XII = GuT 2010, 372 KL) aus, das Gericht hätte die Kl nach § 139 ZPO darauf hinweisen müssen, dass es an Angaben zur konkreten Person und zur genauen Uhrzeit des Briefeinwurfs fehlte und den Kl Gelegenheit zur Ergänzung ihres Vortrags geben müssen. Dadurch habe es den Anspruch der Kl auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes und auf rechtliches Gehör verletzt. Die Wiedereinsetzung hätte im Ergebnis nicht abgelehnt werden dürfen.

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!

Abzugsfähiger Bewirtungsaufwand u.a. mit Eigenbelegen?

Der zusammen zu veranlagende Kläger (Kl) war in den Streitjahren 1998 bis 2000 im Bereich Exportberatung von Maschinen gewerblich tätig. Das FA erkannte nach einer Außenprüfung für die Streitjahre in 2003 und 2004 u. a. Bewirtungsaufwand für Geschäftsfreunde von DM 4100,- (1998), DM 8969,- (1999) und DM 15.875,- (2000) nicht als Betriebsausgaben (BA) an, weil hierfür keine amtlichen Vordrucke mit Angabe des Kl als Bewirtenden vorgelegt wurden. Der Kl hatte vielmehr Eigenbelege mit Angaben zu Ort, Tag, Teilnehmern und Anlass der Bewirtung sowie Höhe des Aufwands gefertigt. Letzteren belegte er mit den Belastungen durch Kreditkartenabrechnungen. Das FA erkannte diesen Aufwand nicht als BA an. Nach ablehnender Einspruchsentscheidung hatte der Kl jedoch beim FG Düsseldorf mit Urteil vom 7. 12. 2009 (EFG 2010, 633 mit Anm.; Revision zum BFH unter X R 57/09) mit seiner Klage Erfolg. Die jeweilige Angabe des Kl als Bewirtender könne auch nach der Rechtsprechung des BFH nachgeholt werden. Die Vorlage ordnungsgemäßer Eigenbelege mit den Angaben gem. § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 EStG genüge den Nachweisanforderungen, ebenso habe der Kl seine wirtschaftliche Belastung durch die Kreditkartenabrechnungen belegt.

Es bleibt abzuwarten, ob der BFH als Nachweis für die Anerkennung von Bewirtungsaufwand als BA entsprechende Eigenbelege zulässt oder auf der Vorlage amtlicher Bewirtungsvordrucke besteht.

**§§ 9, 21 EStG
Einkünfteerzielungsabsicht bei Vermietung von Gewerbeobjekten; Leerstand**

Bei der Vermietung von Gewerbeobjekten ist die Einkünfteerzielungsabsicht stets konkret festzustellen.

(BFH, Urteil vom 20. 7. 2010 – IX R 49/09)

Zum Sachverhalt: Der Kläger wurde in den Streitjahren 2002 bis 2005 mit seiner Ehefrau bei dem Beklagten (Finanzamt –FA–) zusammen zur Einkommensteuer veranlagt. Er erzielte u. a. Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit sowie Einkünfte aus der Vermietung und Verpachtung verschiedener Objekte.

Der Kläger ist Eigentümer eines Wohnhauses auf dem ehemaligen Grundstück Flur-Nr. 850i der Gemarkung F sowie seit Juni 1996 eines renovierungsbedürftigen Gewerbegebäudes (Flur-Nr. 850b), Baujahr 1934. Letzteres, gelegen in einem Mischgebiet, verfügt über einen Flur, mehrere Büroräume mit insgesamt ca. 100 qm, einen Arbeitsraum mit Lager von ca. 395 qm, Personalräume mit ca. 50 qm, Kellerräume mit ca. 300 qm und zwei Garagen mit insgesamt ca. 30 qm. Auf dem westlichen Teil des ehemaligen Grundstücks Flur-Nr. 850i, aus dem in den 70er Jahren des vorangegangenen Jahrhunderts zwei Teilflächen (Flur-Nr. 850/1 und Flur-Nr. 850/3) herausgemessen wurden, und einem süd-westlich gelegenen Eckstück des Grundstücks Flur-Nr. 850b verläuft die Z-Straße. Westlich dieser Straße steht eine Garage, die sich nach der Behauptung des Klägers sowohl teilweise auf dem ehemaligen Grundstück Flur-Nr. 850i als auch auf dem Grundstück Flur-Nr. 850b befindet (im Folgenden: Garage).

Im Jahr 1996 war das Gewerbegebäude nicht vermietet. Ab April 1997 bis einschließlich Dezember 1997 vermietete der Kläger das gesamte Gewerbegebäude zu einem monatlichen Mietzins von 500 DM an eine Antiquitäten- und Altwarenhändlerin. Bis Ende Februar 1998 erzielte er aus diesem Mietverhältnis noch 100 DM. Von Oktober 1998 bis Dezember 2001 vermietete der Kläger einen Raum von ca. 30 qm zu einem monatlichen Mietzins von 50 DM. In den Streitjahren war das Gewerbegebäude insgesamt nicht vermietet. In der Zeit von Juni 2006 bis Juni 2008 waren Teile des Gewerbegebäudes (Werk-

statt, Büro, Flur, Toilette) zur Nutzung als Lager und Werkstatt für Kleinreparaturen an Motorrädern für einen monatlichen Mietzins von 100 EUR vermietet.

Die seit dem Jahr 1996 aus der Vermietung des Gewerbegebäudes erzielten Einkünfte stellen sich wie folgt dar:

Jahr	Einnahmen	Werbungskosten	Einkünfte
1996	0 DM	27.306 DM	./ 27.306 DM
1997	4.500 DM	18.450 DM	./ 13.950 DM
1998	250 DM	16.171 DM	./ 15.921 DM
1999	600 DM	12.515 DM	./ 11.915 DM
2000	600 DM	12.514 DM	./ 11.914 DM
2001	600 DM	12.515 DM	./ 11.915 DM
2002	0 EUR	6.458 EUR	./ 6.458 EUR
2003	0 EUR	6.493 EUR	./ 6.493 EUR
2004	0 EUR	6.624 EUR	./ 6.624 EUR
2005	0 EUR	6.635 EUR	./ 6.635 EUR
2006	700 EUR	6.533 EUR	./ 5.833 EUR
2007	1.200 EUR	6.545 EUR	./ 5.345 EUR
2008	600 EUR		

Die erklärten Werbungskosten setzten sich in den Streitjahren und in den Jahren 2006 und 2007 jeweils aus der Absetzung für Abnutzung (AfA) für das Gewerbegebäude in Höhe von 5.624 EUR sowie Grundsteuer und Gebäudeversicherung zusammen, in den Jahren 2004 und 2005 zusätzlich aus Aufwendungen für Zeitungsanzeigen.

Aus der Vermietung der Garage erzielte der Kläger seit 1997 bis 2001 jeweils Einnahmen von 360 DM, im Jahr 2002 184 EUR, im Jahr 2003 92 EUR, im Jahr 2004 335 EUR und im Jahr 2005 300 EUR, wobei er diese Einnahmen bis zum Jahr 2003 den Einkünften aus der Vermietung des Wohnhauses zordnete, ab dem Jahr 2004 den Einkünften aus der Vermietung des Gewerbegebäudes.

Der Kläger unternahm nach seiner Darstellung hinsichtlich des Gewerbegebäudes folgende Vermietungsbemühungen: In den Jahren 1993 bis 1996 bot er das Objekt ergebnislos einer Druckerei sowie dem zahnärztlichen Bezirksverband an, informierte das Gewerbeamt in F über die Immobilie und versuchte, einen Immobilienmakler mit der Vermietung zu beauftragen, der seine Beauftragung mangels Erfolgsaussichten jedoch ablehnte. Auch ein mit der Bewertung des Wohnhauses betrautes Unternehmen sah keine Möglichkeiten für eine Verwertung des Gewerbegebäudes. Im September 1999 beauftragte der Kläger den Verwaltungs- und Immobilienservice L mit der Vermietung der Immobilie, der versichert habe, das Objekt in seine Kartei aufzunehmen und bei Anfragen nach Gewerbegebäuden anzubieten; im Mai 2003 habe L dem Kläger mitgeteilt, dass die Vermarktungsbemühungen weder in der Vergangenheit erfolgreich gewesen seien noch dies in der Zukunft der Fall sein würde. Der Mieter des Wohnhauses habe im Jahr 2003 das Objekt im Auftrag des Klägers einem Elektrohandel angeboten, der das Vermietungsangebot jedoch ablehnte. Darüber hinaus habe es im Jahr 2003 und im Jahr 2004 ergebnislose Gespräche mit einer Familie K gegeben. Im Jahr 2004 lehnte die Freiwillige Feuerwehr F die Anmietung ab; Vermietungsanzeigen über einen Zeitraum von vier Wochen im August und September in der überörtlichen Tagespresse blieben ohne Erfolg, ebenso Vermietungsanzeigen über einen Zeitraum von jeweils zwei Wochen im August und September 2005. Anfang 2006 beauftragte der Kläger erneut ein Immobilienvermittlungs- und -vermietungsunternehmen, das den Auftrag bereits Ende Mai 2006 mangels Erfolgsaussichten zurückgab. Im Juli 2007 lehnte ein weiteres Unternehmen die Anmietung des Objekts ab. Im September 2007 versuchte der Kläger erfolglos, das Objekt 35 Maklerunternehmen in F und Umgebung zur Vermietung anzubieten. Im Jahr 2008 stellte der Kläger die Immobilie in den Monaten Juni und Juli erfolglos auf einer Vermietungsplattform im Internet ein.

Das FA erkannte die geltend gemachten Verluste aus der Vermietung des Gewerbegebäudes in den Jahren 1996 bis 2001 an,

ab dem Jahr 2002 bis 2004 wurden die Verluste nach § 165 der Abgabenordnung nur vorläufig berücksichtigt. Im Einkommensteuerbescheid für 2005 setzte das FA den Verlust wegen fehlender Einkünfteerzielungsabsicht nicht mehr an und berücksichtigte die Verluste in den Einkommensteueränderungsbescheiden für 2002 bis 2004 endgültig nicht mehr. In den Jahren 2004 und 2005 legte es dabei auch die den Einkünften aus der Vermietung des Gewerbegebäudes zugeordneten Einnahmen aus der Vermietung der Garage der Besteuerung nicht mehr zugrunde.

Die nach erfolglosem Einspruchsverfahren erhobene Klage hatte keinen Erfolg. Das Finanzgericht (FG) München entschied mit seinem in Entscheidungen der Finanzgerichte 2010, 216 veröffentlichtem Urteil, das FA habe die streitigen Aufwendungen für die Gewerbeimmobilie mangels steuerlich relevanter Vermietungsbemühungen zu Recht nicht als Werbungskosten bei den Einkünften des Klägers aus Vermietung und Verpachtung berücksichtigt.

Hiergegen richtet sich die Revision des Klägers, mit der dieser die Verletzung materiellen Rechts rügt. Das FG habe die erforderliche Prüfung, ob der Kläger den Entschluss zur Einkünfteerzielung im Zusammenhang mit dem Leerstand des Gewerbeobjekts endgültig aufgegeben habe, nicht vorgenommen, sondern lediglich geprüft, ob er nach Ablauf des anfänglichen Mietverhältnisses für das Gewerbegebäude aus dem Jahr 1997 bis 1998 nachhaltige und ernsthafte Vermietungsbemühungen unternommen habe. Ernsthafte und nachhaltige Vermietungsbemühungen seien aber erst zu prüfen, wenn zuvor besondere objektive Anhaltspunkte festgestellt würden, die Beweisanzeichen für die Aufgabe der Einkünfteerzielungsabsicht darstellten. Dass das Objekt auf dem räumlichen Gewerbeimmobilienmarkt nicht generell zur Vermietung ungeeignet sei, hätten die Vermietung in den Jahren 1997 und 1998 sowie die Teilvermietung bis 2002 und ab 2006 gezeigt. Der Leerstand sei ausschließlich auf das Überangebot von Gewerbeimmobilien im Raum F im Zusammenhang mit der strukturellen Schwäche der Wirtschaft in diesem Gebiet zurückzuführen.

Im Übrigen habe der Kläger aber auch ernsthafte und nachhaltige Vermietungsbemühungen nachgewiesen. Insoweit habe das FG die Anforderungen an das Beweismaß überspannt.

Aus den Gründen: II. Die Revision ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung –FGO–). Zutreffend hat das FG die auf das in den Streitjahren leerstehende Gewerbeobjekt entfallenden Aufwendungen nicht als Werbungskosten berücksichtigt.

1. Hinsichtlich des leerstehenden Gewerbeobjekts fehlte dem Kläger in den Streitjahren die Einkünfteerzielungsabsicht.

a) Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) sind Werbungskosten Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung. Sie sind nach § 9 Abs. 1 Satz 2 EStG bei der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung abzuziehen, wenn sie durch sie veranlasst sind (ständige Rechtsprechung, vgl. z. B. Urteil des Bundesfinanzhofs –BFH– vom 15. Januar 2008 IX R 45/07, BFHE 220, 264, BStBl II 2008, 572 [= GuT 2008, 392 KL]). Dies erfordert, dass der Steuerpflichtige die Absicht hat, auf Dauer aus der betreffenden Einkunftsart – wie hier nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG – einen Einnahmeüberschuss zu erzielen. Nach dem Regelungszweck des § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG ist bei einer auf Dauer angelegten Vermietungstätigkeit grundsätzlich davon auszugehen, dass der Steuerpflichtige beabsichtigt, einen solchen Einnahmeüberschuss zu erwirtschaften (BFH-Urteil vom 30. September 1997 IX R 80/94, BFHE 184, 406, BStBl II 1998, 771). Diese Grundsätze gelten nur für die Vermietung von Wohnungen (auch wenn der Mieter das Objekt nicht zu Wohnzwecken nutzt, BFH-Urteil vom 1. April 2009 IX R 39/08, BFHE 224, 538, BStBl II 2009, 776), nicht indes für die Vermietung von Gewerbeobjekten.

Bei Gewerbeimmobilien hat das FG im Einzelfall festzustellen, ob der Steuerpflichtige beabsichtigt (hat), auf die voraussichtliche Dauer der Nutzung einen Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten zu erzielen (BFH-Urteil vom 19. Dezember 2007 IX R 30/07, BFH/NV 2008, 1300, m.w.N.). Die Feststellung, ob der Steuerpflichtige die Absicht hatte, langfristig Einkünfte aus dem Objekt zu erzielen, hat das FG nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung zu treffen (BFH-Urteil vom 25. März 2003 IX R 56/00, BFH/NV 2003, 1170).

Den Steuerpflichtigen trifft im Zweifel die objektive Beweislast (Feststellungslast) für das Vorliegen der Einkünfteerzielungsabsicht (vgl. BFH-Beschluss vom 30. November 2005 IX B 172/04, BFH/NV 2006, 720). Zeigt sich aufgrund bislang vergeblicher Vermietungsbemühungen, dass für das Objekt, so wie es baulich gestaltet ist, kein Markt besteht und die Immobilie deshalb nicht vermietbar ist, so muss der Steuerpflichtige – will er seine fortbestehende Vermietungsabsicht belegen – zielgerichtet darauf hinwirken, unter Umständen auch durch bauliche Umgestaltungen einen vermietbaren Zustand des Objekts zu erreichen. Bleibt er untätig und nimmt den Leerstand auch künftig hin, spricht dieses Verhalten gegen den endgültigen Entschluss zu vermieten oder – sollte er bei seinen bisherigen, vergeblichen Vermietungsbemühungen mit Einkünfteerzielungsabsicht gehandelt haben – für deren Aufgabe (BFH-Urteil vom 25. Juni 2009 IX R 54/08, BFHE 226, 216, BStBl II 2010, 124).

b) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das FG die Einkünfteerzielungsabsicht des Klägers hinsichtlich des Gewerbeobjekts im Ergebnis in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise verneint und entsprechend die streitigen Aufwendungen nicht zum Werbungskostenabzug zugelassen.

Zwar war im Streitfall die Einkünfteerzielungsabsicht des Klägers originär festzustellen, während das FG prüft, ob der Kläger – nach zunächst vermuteter Einkünfteerzielungsabsicht – diese im Zusammenhang mit dem Leerstand in den Streitjahren aufrechterhalten oder aufgegeben hat. Das Ergebnis dieser Prüfung ist jedoch, dass der Kläger den Fortbestand der Einkünfteerzielungsabsicht nicht hinreichend dargelegt und nachgewiesen hat. Daraus folgt auch die Ablehnung der – ohne vorhergehende typisierende Vermutung – originär festzustellenden Einkünfteerzielungsabsicht. Wenn das FG schon feststellt, dass eine als ursprünglich vorhanden angenommene Einkünfteerzielungsabsicht nicht fortbesteht, dann umfasst dies erst recht die Feststellung, dass eine solche für den relevanten Zeitraum nicht neu gebildet wurde. Das FG hat dabei in seine Würdigung sowohl die geringe Marktgängigkeit des Objekts in Anbetracht seines Zustands, seiner Belegenheit und der wirtschaftlichen Situation in der Region einbezogen als auch Art und Intensität der Vermietungsbemühungen des Klägers. Es hat festgestellt, dass der Kläger sich nicht hinreichend ernsthaft und nachhaltig um eine Anschlussvermietung des gesamten Gewerbegebäudes bemüht hat.

Diese Feststellungen sind im Einzelnen revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, und zwar auch, soweit der Kläger meint, das FG habe nicht darauf abstellen dürfen, wie oft der Makler L tatsächlich die Immobilie angeboten hat. Denn nach den Feststellungen des FG haben sowohl dieser Makler die Unvermietbarkeit mitgeteilt als auch andere Makler die Vermarktung mangels Erfolgchancen überhaupt abgelehnt.

Kurzfassungen/Leitsätze (KL)
Steuerrecht etc.

§ 657 BGB – Umfang der Belehrungs- und Aufklärungspflichten des Steuerberaters

2 1. Das Berufungsgericht hat den Umfang der Aufklärungspflicht des Steuerberaters unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Senats zutreffend beurteilt (vgl. BGH, Ur-

v. 15. Juli 2004 - IX ZR 472/00, ZIP 2004, 2058, 2059 [= GuT 2004, 245 f. KL]). Durch die Entscheidung des Senats vom 1. März 2007 wurde klargestellt, dass dem Mandanten keine vollständige rechtliche Analyse, sondern die Hinweise zu vermitteln sind, deren er in seiner konkreten Situation als notwendige Entscheidungsgrundlage bedarf (BGHZ 171, 261, 264 Rn. 10 [= GuT 2007, 376 KL]). Weitergehende Anforderungen hat das Berufungsgericht nicht gestellt.

3 2. Der konkrete Umfang der Pflichten des rechtlichen Beraters richtet sich nach dem erteilten Mandat. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war es Aufgabe des Beklagten, die Mandanten in die Betriebsprüfung zu begleiten und ergangene Steuerbescheide zu prüfen.

4 Von der dann erforderlichen umfassenden Beratung zur Möglichkeit des Einspruchs durfte der Beklagte nur absehen, soweit der Mandant eindeutig zu erkennen gegeben hatte, dass er des Rates nicht bedarf. Dies wäre nach ständiger Rechtsprechung vom Beklagten zu beweisen gewesen (BGH, Ur. v. 26. Oktober 2000 - IX ZR 289/99, ZIP 2001, 33, 34 m.w.N.). Eine mögliche Weisung des Mandanten, gegen die Steuerbescheide nicht vorzugehen, hätte nur nach ordnungsgemäßer Belehrung Bedeutung erlangen können. Hieran fehlt es.

5 3. Die Grundsätze des Anscheinsbeweises bei beratungsgerechtem Verhalten hat das Berufungsgericht zutreffend zugrunde gelegt. Sollte es sich bei der Anwendung geirrt haben, läge allenfalls ein Subsumtionsfehler vor, der nicht zulassungsrelevant wäre. Er wäre zudem nicht entscheidungserheblich, weil sich das Berufungsgericht gemäß § 287 ZPO unabhängig vom Anscheinsbeweis die erforderliche Überzeugung von der Kausalität verschafft hat.

(BGH, Beschluss vom 18. 3. 2010 – IX ZR 105/08)

§§ 199, 675 BGB; § 68 a. F. StBerG; § 4 UStG; §§ 164, 169, 170 AO – Hinweise des Steuerberaters an den Mandanten zur Rechtslage; Kenntnis-erfordernisse zur BFH-Rechtsprechung; Reaktionserfordernis bei Rechtsprechungsänderung

Der mit der Anmeldung von Umsatzsteuer aus dem Betrieb von Geldspielautomaten betraute Steuerberater braucht den Mandanten auf eine etwaige Gemeinschaftswidrigkeit der Besteuerung erst hinzuweisen, sobald der Bundesfinanzhof dahin lautende Bedenken in einer Entscheidung, die dem Steuerberater bekannt sein muss, äußert.

Ein Steuerberater braucht eine nicht mit einem Leitsatz versehene Entscheidung des Bundesfinanzhofs, die lediglich in einer nicht amtlichen Entscheidungssammlung, aber in keiner der einschlägigen allgemeinen Fachzeitschriften abgedruckt wurde, vorbehaltlich anderer Hinweise nicht zu kennen.

Versäumt es der Steuerberater, im Anschluss an die beratungsfehlerfreie Abgabe von Jahresumsatzsteueranmeldungen auf eine danach bekannt gewordene Rechtsprechungsänderung durch einen Antrag auf Neufestsetzung zu reagieren, so beginnt die Verjährung eines Ersatzanspruchs des Mandanten erst mit dem Ende der Festsetzungsfrist zu laufen.

(BGH, Urteil vom 23. 9. 2010 – IX ZR 26/09)

§ 1 UStG – Umsatzsteuer; Geschäftsveräußerung durch Grundstücksübertragung ohne Übergang eines Mietvertrages

Die Veräußerung eines Grundstücks kann auch dann eine Geschäftsveräußerung im Sinne des § 1 Abs. 1a UStG sein, wenn der Mietvertrag nicht auf den Erwerber übergeht. Dies kann dann der Fall sein, wenn die Beendigung des alten und der Abschluss eines neuen Mietvertrags zur Fortsetzung der bisherigen Vermietungstätigkeit führten und die hierfür maßgeblichen Umstände den an der Grundstücksübertragung beteiligten Personen bekannt waren.

(BFH, Urteil vom 6. 5. 2010 – V R 25/09)

§ 1, 2, 15a UStG – Umsatzsteuer; Geschäftsveräußerung bei Übertragung eines an eine Organgesellschaft vermieteten Grundstücks an den Organträger; Fortsetzung der Unternehmens-tätigkeit

1. Eine Geschäftsveräußerung liegt nur vor, wenn der Erwerber die vom Veräußerer ausgeübte Unternehmenstätigkeit fortsetzt oder dies zumindest beabsichtigt.

2. Ist der Gegenstand der Geschäftsveräußerung ein Vermietungsunternehmen, muss der Erwerber umsatzsteuerrechtlich die Fortsetzung der Vermietungstätigkeit beabsichtigen.

3. Die Übertragung eines an eine Organgesellschaft vermieteten Grundstücks auf den Organträger führt nicht zu einer Geschäftsveräußerung, da der Organträger umsatzsteuerrechtlich keine Vermietungstätigkeit fortsetzt, sondern das Grundstück im Rahmen seines Unternehmens selbst nutzt.

(BFH, Urteil vom 6. 5. 2010 – V R 26/09)

§ 1 UStG; Richtlinie 77/388/EWG – EuGH-Vorlage zu den Voraussetzungen einer nicht steuerbaren Geschäftsveräußerung im Ganzen; vermietetes Ladenlokal

Dem EuGH werden folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Liegt eine „Übertragung“ eines Gesamtvermögens i.S. von Art. 5 Abs. 8 der Richtlinie 77/388/EWG vor, wenn ein Unternehmer den Warenbestand und die Geschäftsausstattung seines Einzelhandelsgeschäfts an einen Erwerber übereignet und ihm das in seinem Eigentum stehende Ladenlokal lediglich vermietet?

2. Kommt es dabei darauf an, ob das Ladenlokal durch einen auf lange Dauer abgeschlossenen Mietvertrag zur Nutzung überlassen wurde oder ob der Mietvertrag auf unbestimmte Zeit läuft und von beiden Parteien kurzfristig kündbar ist?

(BFH, Beschluss vom 14. 7. 2010 - XI R 27/08)

Hinw. d. Red.: Hierzu lautet die Pressemeldung Nr. 81 des BFH vom 22. 9. 2010:

»Der Bundesfinanzhof (BFH) hat durch Beschluss vom 14. Juli 2010 XI R 27/08 dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) Fragen zu den Voraussetzungen der nicht der Umsatzsteuer unterliegenden Geschäftsveräußerung im Ganzen vorgelegt. Die Fragen betreffen Fälle, in denen Warenbestand und Geschäftsausstattung veräußert, die Geschäftsräume aber nur an den Erwerber vermietet werden.

Nach § 1 Abs. 1a des Umsatzsteuergesetzes unterliegen die Umsätze im Rahmen einer Geschäftsveräußerung an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen nicht der Umsatzsteuer. Eine Geschäftsveräußerung liegt vor, wenn ein Unternehmen oder ein in der Gliederung eines Unternehmens gesondert geführter Betrieb im Ganzen entgeltlich oder unentgeltlich übereignet oder in eine Gesellschaft eingebracht wird. Der erwerbende Unternehmer tritt an die Stelle des Veräußerers.

Diese Ausnahmenvorschrift hat ihre unionsrechtliche Grundlage in Art. 5 Abs. 8 der Richtlinie 77/388/EWG (jetzt Art. 19 der Mehrwertsteuersystemrichtlinie 2006/112/EG). Danach können die Mitgliedstaaten die Übertragung des Gesamtvermögens oder eines Teilvermögens, die entgeltlich oder unentgeltlich oder durch Einbringung in eine Gesellschaft erfolgt, so behandeln, als ob keine Lieferung von Gegenständen vorliegt und den Begünstigten der Übertragung als Rechtsnachfolger des Übertragenden ansehen.

Im Streitfall hatte die Klägerin ein Einzelhandelsgeschäft mit Sportartikeln in einem in ihrem Eigentum stehenden Ladenlokal betrieben. Später veräußerte sie den Warenbestand und die Geschäftsausstattung an eine GmbH, der sie das Ladenlokal auf unbestimmte Zeit vermietete. Der Mietvertrag über das Laden-

lokal konnte von jeder Partei spätestens am dritten Werktag eines Kalendervierteljahres zum Ablauf des folgenden Kalendervierteljahres gekündigt werden. Die Klägerin wies in ihrer Rechnung an die GmbH über die Veräußerung des Warenbestands und der Geschäftsausstattung keine Umsatzsteuer aus und unterwarf den Vorgang nicht der Umsatzsteuer, weil sie von einer nicht steuerbaren Geschäftsveräußerung im Ganzen ausging. Dagegen setzte das Finanzamt Umsatzsteuer gegen die Klägerin fest.

Da die Klägerin das Ladenlokal der GmbH nicht ebenfalls veräußert, sondern lediglich vermietet hatte, bestehen nach Auffassung des BFH Zweifel, ob in einem derartigen Fall von einer „Übertragung“ eines Gesamtvermögens i. S. von Art. 5 Abs. 8 der Richtlinie 77/388/EWG ausgegangen werden kann. Diese Frage hat der BFH dem zur Auslegung des Unionsrechts zuständigen EuGH vorgelegt.

Für den Fall, dass im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 8 der Richtlinie 77/388/EWG die Vermietung des Ladenlokals zu berücksichtigen ist, hat der BFH dem EuGH die weitere Frage vorgelegt, ob es dabei darauf ankommt, ob das Ladenlokal durch einen auf lange Dauer abgeschlossenen Mietvertrag zur Nutzung überlassen wurde oder ob der Mietvertrag – wie im Streitfall – auf unbestimmte Zeit läuft und von beiden Parteien kurzfristig kündbar ist.

Diese Frage ist ebenfalls unionsrechtlich nicht geklärt. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BFH kann eine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung auch dann vorliegen, wenn einzelne wesentliche Betriebsgrundlagen nicht mitübereignet worden sind. Voraussetzung ist aber, dass sie dem Unternehmer langfristig zur Nutzung überlassen werden und eine dauerhafte Fortführung des Unternehmens durch den Übernehmer gewährleistet ist.«

§§ 14, 16 InsO – Insolvenzantrag der Finanzbehörde; Glaubhaftmachung der Steuerforderung; anhängiges finanzgerichtliches Verfahren; Vollstreckbarkeit der öffentlich-rechtlichen Forderung

1 Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO in Verbindung mit § 6, 7, 26, 34 Abs. 1 InsO), jedoch unzulässig; weder hat die Sache rechtsgrundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts (§ 574 Abs. 2 ZPO).

2 1. Die von der Rechtsbeschwerde aufgeworfene, als rechtsgrundsätzlich angesehene Frage, ob die den Insolvenzantrag stellende Finanzbehörde den Anforderungen an die Glaubhaftmachung bzw. den Nachweis ihrer Forderungen gegen den Schuldner gemäß § 14 InsO durch Vorlage der Steuerbescheide genügt, wenn über die den Steuerbescheiden zugrundeliegenden Steuerforderungen ein finanzgerichtliches Verfahren anhängig ist, in dem auch über die Frage zu entscheiden ist, ob der Schuldner rechtzeitig Einspruch eingelegt hat, ist nicht klärungsbedürftig.

3 Ebenso wenig ist klärungsbedürftig die von der Rechtsbeschwerde aufgeworfene, als rechtsgrundsätzlich angesehene Frage, ob das Insolvenzgericht einen Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Sinne des § 16 InsO annehmen darf, wenn über die Forderungen, auf die der Eröffnungsantrag gestützt wird, ein finanzgerichtliches Verfahren anhängig ist.

4 Beide Fragen sind geklärt (vgl. BGH, Beschl. v. 14. Januar 2010 - IX ZB 177/09, ZIP 2010, 291, 292 Rn. 6 ff m.w.N.).

5 Nach § 14 Abs. 1 InsO muss der Gläubiger ein rechtliches Interesse an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens haben und seine Forderung sowie den Eröffnungsgrund glaubhaft machen. Eröffnet wird das Verfahren, wenn ein Eröffnungsgrund gegeben ist (§ 16 InsO). Soll der Eröffnungsgrund aus einer einzigen Forderung des antragstellenden Gläubigers abgeleitet werden und ist diese Forderung bestritten, muss sie für die Eröff-

nung des Insolvenzverfahrens bewiesen sein (BGH, Beschl. v. 29. Juni 2006 - IX ZB 245/05, ZIP 2006, 1452, 1453 f Rn. 11; BGH, Beschl. v. 14. Januar 2010 aaO S. 292 Rn. 6).

6 Ist die Forderung des die Eröffnung des Insolvenzverfahrens betreibenden Gläubigers titulierte, muss der Schuldner Einwendungen gegen die Vollstreckbarkeit in dem dafür vorgesehenen Verfahren verfolgen (BGH, Beschl. v. 29. November 2007 - IX ZB 12/07, ZIP 2008, 281, 282 Rn. 9; v. 14. Januar 2010 aaO). Solange die Vollstreckbarkeit nicht auf diese Weise beseitigt ist, braucht das Insolvenzgericht die Einwendungen des Schuldners nicht zu berücksichtigen (BGH, Beschl. v. 17. September 2009 - IX ZB 26/08, ZInsO 2009, 2072 Rn. 5 m.w.N.; v. 14. Januar 2010 aaO).

7 Dies gilt auch für vollstreckbare öffentlich-rechtliche Forderungen (BGH, Beschl. v. 17. September 2009 aaO). Ob hier von bei unstreitigen oder offensichtlichen Sachverhalten eine

Ausnahme zu machen ist, bedarf keiner Klärung, denn der Sachverhalt ist streitig und das Ergebnis des finanzgerichtlichen Verfahrens nicht offensichtlich.

8 Der Schuldner hat nicht dargelegt, dass die Vollziehung der Steuerbescheide, die weder durch die behaupteten Einsprüche (vgl. § 361 Abs. 1 AO) noch durch die (Untätigkeits-) Klage gehemmt worden war (vgl. § 69 Abs. 1 FGO), ausgesetzt worden wäre (§ 361 Abs. 2 AO, § 69 Abs. 2 bis 4 FGO). Er hat nicht einmal entsprechende Anträge dargelegt.

9 2. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Schuldners lag schon deshalb nicht vor, weil das nach seiner Auffassung übergangene Vorbringen - insbesondere die von ihm erhobene Klage vor dem Finanzgericht und sein dortiger Vortrag zur rechtzeitigen Einlegung der Einsprüche - aus den dargelegten Gründen nicht entscheidungserheblich war.

(BGH, Beschluss vom 6. 5. 2010 – IX ZB 176/09)

Magazin

Politik und Recht

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 90/2010 vom 1. 10. 2010

Verfassungsbeschwerde gegen das Zensusgesetz 2011 nicht zur Entscheidung angenommen

Die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat eine gegen das Zensusgesetz 2011 (ZensG) gerichtete Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, weil die Annahmeveraussetzungen nicht vorliegen (Beschluss vom 21. 9. 2010 – 1 BvR 1865/10). Die Verfassungsbeschwerde genügt nicht den Anforderungen, die das Bundesverfassungsgerichtsgesetz an die Begründung einer Verfassungsbeschwerde stellt.

Bei Rechtsnormen reicht es regelmäßig nicht aus, das gesamte Gesetz zum Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde zu machen. Notwendig ist vielmehr die exakte Bezeichnung der mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Bestimmungen. Die Beschwerdeführer wenden sich dagegen mit ihrer Verfassungsbeschwerde zunächst gegen das Zensusgesetz 2011 insgesamt und beantragen, dieses als solches für unvereinbar mit ihren Grundrechten zu erklären, ohne die angegriffenen Regelungen im Einzelnen zu benennen. Soweit sie in ihrer Beschwerdebegründung darüber hinaus ausführen, die im Rahmen des Zensus 2011 vorgesehene Datenerhebung und -zusammenführung nach den §§ 3 bis 9 ZensG seien ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff, reicht die undifferenzierte Nennung dieser Vorschriften angesichts ihres umfangreichen und detaillierten Regelungsgehalts für eine hinreichende Bezeichnung des angegriffenen Hoheitsakts nicht aus.

Des Weiteren lässt die Begründung der Verfassungsbeschwerde auch die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung durch die angegriffenen Regelungen nicht hinreichend erkennen. Die Beschwerdeführer rügen in erster Linie eine Verletzung ihres Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, ohne darzulegen, welche Eingriffe in dieses Grundrecht der Zensus 2011 näher mit sich bringt, d. h. welches Gewicht ihnen im Einzelnen zukommt und aufgrund welcher Auswirkungen diese Eingriffe den Anforderungen der Rechtsprechung oder dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht genügen sollen.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 68/2010 vom 25. 8. 2010

Veragung verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes gegen einen Kostenbescheid für eine polizeiliche Ingewahrsamnahme verfassungswidrig

Am 3./4. März 2001 fand an einem Bahnübergang im Landkreis Lüchow-Dannenberg die gegen den Castor-Transport gerichtete Versammlung „Nacht im Gleisbett“ statt. Diese wurde gegen Abend aufgelöst, als sich ein Teil der Demonstranten den Gleisen näherte. Dabei wurde der Beschwerdeführer in polizeilichen Gewahrsam genommen und für eine Identitätsfeststellung zur Polizeiinspektion in Lüchow gebracht. Eine richterliche Entscheidung über die Zulässigkeit der insgesamt circa fünf Stunden dauernden polizeilichen Maßnahme wurde nicht herbeigeführt. Sechs Monate später wurden dem Beschwerdeführer die Kosten für die polizeiliche Ingewahrsamnahme auferlegt. Seine vor den Verwaltungsgerichten erhobene Klage gegen den Kostenbescheid blieb in allen Instanzen erfolglos. Die Verwaltungsgerichte begründeten dies damit, dass sie im Rahmen der Prüfung des Kostenbescheides zwar die Rechtmäßigkeit der Auflösung der Versammlung, nicht aber inzident die Rechtmäßigkeit der polizeilichen Ingewahrsamnahme prüfen könnten, da für letztere die Zuständigkeit des Amtsgerichts gegeben sei. Es falle in den Risikobereich des Beschwerdeführers, wenn er im Anschluss an die Ingewahrsamnahme von dieser Rechtsschutzmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht habe.

Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seines Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 GG.

Die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung angenommen und die angegriffenen Entscheidungen aufgehoben (Beschluss vom 29. 7. 2010 – 1 BvR 1634/04). Diese werden den verfassungsrechtlichen Anforderungen im Hinblick auf das Gebot einer umfassenden Nachprüfung des Verwaltungshandelns nicht gerecht und verletzen den Beschwerdeführer in seinem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 GG.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

Zwar kann sich der Landesgesetzgeber dafür entscheiden, den Rechtsschutz gegen polizeiliche Ingewahrsamnahmen den Amtsgerichten anzuvertrauen, während er die nachgelagerte Prüfung der Rechtmäßigkeit des auf der Ingewahrsamnahme beruhenden Kostenbescheides bei den Verwaltungsgerichten belässt. Eine solche Rechtswegspaltung hat aber nicht automatisch zur Folge, dass es einem angerufenen Gericht verwehrt ist, Vorfragen zu prüfen, die, wären sie Hauptfrage, in den Zuständigkeitsbereich eines anderen Gerichts fielen. Vielmehr gilt als Ausfluss des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz der Grundsatz, dass das Gericht des zulässigen Rechtsweges den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten entscheidet. Dies bedeutet, dass das Gericht des zulässigen Rechtswegs auch rechtswegfremde, entscheidungserhebliche Vorfragen prüft und über sie entscheidet.

Da das einschlägige Landesrecht die Inzidentprüfung der polizeilichen Ingewahrsamnahme durch die Verwaltungsgerichte im Rahmen der Kontrolle nachgelagerter Hoheitsakte weder ausdrücklich ausschließt noch eine materielle Präklusion der dagegen gerichteten Einwände anordnet, entfaltet der Hoheitsakt der polizeilichen Ingewahrsamnahme für den später erlassenen Kostenbescheid keine Vorwirkung. Dementsprechend muss sich der betroffene Bürger, wendet er sich gegen den später erlassenen Kostenbescheid, nicht entgegenhalten lassen, dass er zuvor von der Rechtsschutzmöglichkeit gegen die polizeiliche Ingewahrsamnahme keinen Gebrauch gemacht hat.

Im Übrigen ging der Hinweis der Verwaltungsgerichte auf eine vorrangige Entscheidung des Amtsgerichts auch ins Leere. Der Rechtsweg zu den Amtsgerichten war nach der damals geltenden Landesnorm nur für den Fall eröffnet, dass die Freiheitsbeschränkung entweder länger als acht Stunden andauerte oder für die Feststellung ein „sonstiges berechtigtes Interesse“ bestand. Dass diese Voraussetzungen hier vorlagen, ist den angegriffenen Entscheidungen nicht zu entnehmen.

Schließlich kann der Verzicht auf die Inzidentprüfung der polizeilichen Ingewahrsamnahme nicht durch die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Auflösung der Versammlung nach dem Versammlungsgesetz des Bundes kompensiert werden. Die polizeiliche Ingewahrsamnahme und die versammlungsrechtliche Auflösung unterfallen von Verfassungs wegen sich gegenseitig ausschließenden Regelungsregimen.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 15. 12. 2010

BAG legt Scheingewerkschaften und schwarzen Schafen der Leiharbeit das Handwerk

Zum gestrigen Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG), mit dem der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften fuer Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) die Tariffähigkeit abgesprochen wurde, erklart die arbeitspolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion Anette Kramme:

Endlich haben wir es schwarz auf weiss: Laut BAG ist die CGZP keine Arbeitnehmervertretung, sondern nur eine Scheingewerkschaft, die die schwarzen Schafe in der Leiharbeitsbranche mit Lohndumping-Tarifvertraegen auf Bestellung versorgte. Damit ist jetzt Schluss. Auch alle in der Vergangenheit geschlossenen Vertraege sind unwirksam.

Frei nach Gertrude Stein steht mit dem Urteil fest: „Eine Gewerkschaft ist eine Gewerkschaft ist eine Gewerkschaft“, und kein Arbeitgebergefälligkeitverein. Das ist eine gute Nachricht fuer serioese Verleihfirmen, die nicht laenger in einen ruinenosen Dumpingwettbewerb getrieben werden.

Vor allem ist es eine gute Nachricht fuer all die Arbeitnehmer, die bisher unter CGZP-Tarif gearbeitet haben. Ihnen steht mit dem Urteil nun auch nachtraeglich der gleiche Lohn zu, den die vergleichbare Stammebelegschaft des Einsatzunternehmens erhalten hat. Damit bekommen die oft fuer einen Bruchteil des normalen Lohns beschaeftigten Leiharbeiter zu-

mindest nachtraeglich ein anstaendiges Gehalt. Einfordern muesen sie die Differenz bei der Verleihfirma. Kann die nicht zahlen, muss der Entleihbetrieb aufkommen. Hoffentlich werden viele Unternehmen, die sich in der Vergangenheit zu Dumpingloehnen Arbeitnehmer geliehen haben, kuenftig bessere Loehne zahlen und serioesere Vertragspartner suchen. Das ist ein wichtiger Beitrag zur Zivilisierung der Zeitarbeitsbranche.

Es bleibt aber die Sorge, dass die CGZP sich umorganisiert und weiter ihr Dumping-Unwesen treibt. Deshalb muss das heutige Urteil als wegweisend fuer die kuenftige Gestaltung der Leiharbeit gesehen werden. Um den neu beschrittenen Weg des BAG konsequent weiterzugehen, fordern wir die Bundesregierung auf, das Arbeitnehmerueberlassungsgesetz (AUeG) weitergehend zu aendern:

- Gleiches Geld fuer Gleiche Arbeit: Leiharbeit soll kuenftig immer mit „Equal-Pay“ verbunden sein. Ein Abweichen soll nur moeglich sein, wenn ein Tarifvertrag des Entleihers, also der Einsatzbranche wie zum Beispiel Metallindustrie, dies vorsieht. Auch dann soll dies nur bei unbefristeten Arbeitsverhaeltnissen fuer eine konkret erforderliche Einarbeitungszeit von hoechstens vier Wochen moeglich sein. Es muss der Gesamtschutz des Leiharbeitnehmers gewahrt werden.
- Ein Platz, ein Jahr: Leiharbeitseinsaetze sollen kuenftig auf maximal ein Jahr im Einsatzbetrieb begrenzt werden. Sollte der Arbeitseinsatz laenger dauern, muss davon ausgegangen werden, dass eine Festanstellung angemessen ist.
- Keine Vertraege von Fall zu Fall: Arbeitsvertraege duerfen nicht laenger fuer die Dauer eines konkreten Arbeitseinsatzes befristet werden. Die frueheren Regelungen zum Synchronisationsverbot, zum besonderen Befristungsverbot fuer Leiharbeiter und zum Wiedereinstellungsverbot sind qualifiziert wieder einzufuehren.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 15. 12. 2010

CGZP verliert Tariffähigkeit – Lohndrückerei in der Leiharbeit gestoppt

Zum Beschluss des Bundesarbeitsgerichts der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) die Tariffähigkeit abzuerkennen, erklart Beate Müller-Gemmeke, Sprecherin für Arbeitnehmerrechte:

Wir begrüßen, dass das Bundesarbeitsgericht deutlich gemacht hat, dass Gewerkschaften, die mit Gefälligkeitstarifverträgen Löhne drücken, keinen Platz in der deutschen Gewerkschaftslandschaft haben. Gewerkschaften, die mangels Durchsetzungskraft nicht einmal dazu in der Lage gewesen wären, auch nur einem einzigen Unternehmen einen Tarifvertrag aufzuzwingen, verdienen diesen Namen nicht.

Die Unternehmen, die mit Hilfe der CGZP die Löhne gedrückt haben, erhalten nun eine teure Rechnung. Sie müssen voraussichtlich Sozialversicherungsbeiträge und eventuell auch Löhne in einem beträchtlichen Ausmaß nachzahlen, wenn die beschäftigten Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter diese einklagen. Das ist die Konsequenz aus einem verantwortungslosen Verhalten gegenüber den Beschäftigten und den Wettbewerbern, die faire Löhne gezahlt haben.

Wir gehen davon aus, dass auch die Vergütungsregelungen in vergangenen Jahren, die sich auf Tarifverträge der CGZP bezogen, nichtig sind. Deswegen muss die Bundesregierung die Deutsche Rentenversicherung anweisen, unverzüglich mittels Betriebsprüfungen die Ansprüche der Beschäftigten vor der Verjährung zu schützen. Das ist ihre Pflicht und das ist sie den Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern schuldig, die jahrelang für Hungerlöhne beschäftigt wurden.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 15. 12. 2010**

**Schlupfloch für Lohndrückerei erkannt und geschlossen
Verhinderung von Missbrauch in der Arbeitnehmerüberlassung**

Das Kabinett hat heute den Entwurf eines Gesetzes zur Verhinderung von Missbrauch in der Arbeitnehmerüberlassung beschlossen. Hierzu erklärt der Vorsitzende der Arbeitnehmergruppe der Unionsfraktion, Peter Weiß:

„Problem erkannt – Problem gebannt“ – dieser Devise folgend hat die Bundesregierung einen Gesetzentwurf zur Bekämpfung des „Drehtüreffekts“ durch Missbrauch von Leiharbeit vorgelegt. Die Initiative der Bundesarbeitsministerin richtet sich gegen die Strategie von Unternehmen, Beschäftigte zu entlassen und dann als Leiharbeitnehmer zu niedrigeren Löhnen wieder im selben Unternehmen oder einem anderen Unternehmen desselben Konzerns zu beschäftigen.

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben ein Recht auf einen fairen Lohn. „Tricksereien“, mit denen sie um ein angemessenes Arbeitsentgelt gebracht werden, dürfen nicht geduldet werden. Damit werden die Beschäftigten geschädigt und ihre Arbeitsleistung missachtet. Zugleich wird der Wettbewerb zu Lasten der großen Mehrzahl der Unternehmen verzerrt, die ihre Mitarbeiter korrekt bezahlen.

Wer mit unanständigen Methoden Löhne drückt, muss wissen, dass er damit nicht durchkommt. Daher hat die Initiative von Bundesarbeitsministerin Ursula von der Leyen unsere volle Unterstützung.“

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 15. 12. 2010**

**Rechte für Beschäftigte in EU-weit tätigen Unternehmen gestärkt
Mitbestimmungsrechte dürfen an Grenzen nicht halt machen**

Das Kabinett hat heute den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der EU-Betriebsräte-Richtlinie beschlossen. Hierzu erklärt der Vorsitzende der Arbeitnehmergruppe der Unionsfraktion, Peter Weiß:

„Die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dürfen an Grenzen nicht halt machen. Da die Zahl europaweit tätiger Unternehmen zunimmt und grenzüberschreitende Unternehmensstrategien auf dem Vormarsch sind, steigt ihre Bedeutung kontinuierlich.

Mit dem Gesetzentwurf der Bundesregierung wird die Position der Beschäftigten europaweit tätiger Unternehmen entsprechend den Vorgaben der EU-Richtlinie weiter verbessert. Er stärkt die Stellung der Europäischen Betriebsräte und das Recht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf länderübergreifende Unterrichtung und Anhörung. Zugleich folgt er dem Grundprinzip, dass Fortschritte auf dem Wege von Verhandlungen zwischen den Sozialpartnern anzustreben sind.“

**SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 16. 12. 2010**

SPD fordert Mindestlohn fuer Generation Praktikum

Zur prekären Situation von jungen Berufseinsteigern erklären die arbeitsmarktpolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion Anette Kramme und die zuständige Berichterstatterin Gabriele Loesekrug-Moeller:

Wir fordern die Bundesregierung auf, gesetzlich eine angemessene Vergütung fuer Praktika festzulegen, soweit es in ihren Zuständigkeitsbereich faellt. Die Mindestvergütung soll 350 Euro brutto monatlich betragen. Dies ist der absolute Mindestlohn, der jeder Praktikantin und jedem Praktikanten bezahlt werden sollte.

Die Generation Praktikum hat in den letzten Jahren traurige Berühmtheit erlangt und ist mittlerweile zum Massenphänomen geworden. Heute muessen bereits ueber 25 Prozent aller Uniabsolventen monatelang als kostenlose Arbeitskraefte arbeiten, bevor sie eine Chance fuer einen soliden Berufseinstieg bekommen. Mit dieser Ausbeutung muss Schluss sein.

Es ist verlogen, dass viele Firmen einen Fachkraeftemangel beklagen, aber gleichzeitig Jahr fuer Jahr qualifizierte und motivierte Menschen in unbezahlte Praktika draengen. Die Fachkraefte von morgen brauchen Schutz und Unterstuetzung fuer einen guten Berufseinstieg - keine wohlklingenden Absichtserklaerungen, die nicht eingehalten werden.

Ministerin von der Leyen weigert sich bisher, dieses Problem ernsthaft anzugehen. Wir fordern die Bundesregierung mit unserem Antrag „Fuer Fairness beim Berufseinstieg - Rechte der Praktikanten und Praktikantinnen staerken“ auf, endlich mittels Gesetzentwurf den Missbrauch einzudaemmen.

- Es ist gesetzlich klarzustellen, dass Arbeitsverhaeltnisse, die irrig als Praktikum deklariert werden, den gleichen Gehaltsanspruch begruenden wie regulaere Stellen. Kuenftig muss der Arbeitgeber im Streitfall beweisen, dass ein tatsaechliches und kein scheinbares Praktikum vorliegt.
- Das BGB ist um einen Verweis auf die Regelungen des Bundesbildungsgesetzes (BBiG) zu ergaenzen, nach dem ein Praktikum angemessen verguetet werden muss (Paragraf 26 i. V. m. Paragrafen 17, 18 BBiG); zusaetzlich ist in das BBiG die Pflicht zur Zahlung einer Mindestverguetung fuer Praktika im Sinne des BBiGs in Hoehe von 350 Euro brutto monatlich aufzunehmen.
- Der Kuendigungsschutz soll durch die Anrechnung der Praktikumszeit verbessert werden.
- Die laut Paragraf 26 BBiG nur fuer Praktika geltende Ausnahme von der Pflicht zum schriftlichen Vertragsabschluss ist zu streichen. Auch Praktikumsvertraege muessen kuenftig schriftlich abgeschlossen werden.

Da diese Regelungen nicht fuer in einer Studienordnung festgeschriebene Pflichtpraktika gelten kann, fordern wir die Bundesregierung weiterhin auf, enger mit den dort zustaendigen Laendern und Hochschulen zusammenzuarbeiten. Nur so kann auch bei Pflichtpraktika sinnlose Ausbeutung ohne Lerneffekt verhindert werden.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 92/2010 vom 12. 10. 2010

Erfolglose Verfassungsbeschwerde einer Tankstellenpächterin gegen das nächtliche Alkoholverkaufsverbot in Baden-Württemberg

Der am 1. März 2010 in Kraft getretene § 3a des Gesetzes über die Ladenöffnung in Baden-Württemberg (LadÖG) untersagt den Verkauf von alkoholischen Getränken in Ladengeschäften aller Art, darunter auch Tankstellenshops, in der Zeit von 22.00 Uhr bis 5.00 Uhr. Ausgenommen von dem Verkaufsverbot sind Hofläden und Verkaufsstellen von landwirtschaftlichen Genossenschaften und Betrieben sowie auf Verkehrsflughäfen. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügt die Beschwerdeführerin, die in Baden-Württemberg eine Tankstelle einschließlich „Tankshop“ gepachtet hat, die Verletzung ihres Grundrechts auf Berufsfreiheit sowie des allgemeinen Gleichheitssatzes.

Die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, weil die Annahmeveraussetzungen nicht vorliegen (Beschluss vom 29. 9. 2010 – 1 BvR 1789/10). Insbesondere verletzt das zeitlich begrenzte Verbot des Alkoholverkaufs die Beschwerdeführerin nicht in ihren Verfassungsrechten.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

Die beschränkende Verkaufsregelung greift zwar in die Berufsfreiheit der Beschwerdeführerin ein. Sie erfüllt aber die Anforderungen der Verfassung an grundrechtsbeschränkende Normen. Als Regelung der Gefahrenabwehr fällt sie in die Zuständigkeit des Landesgesetzgebers und trägt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung. Der Landesgesetzgeber verfolgt mit der Neuregelung die gewichtigen Gemeinwohlziele, einem vor allem während der Nachtzeit zu verzeichnenden Alkoholmissbrauch und dadurch bedingten Straftaten und Ordnungstörungen sowie Gesundheitsgefahren zu begegnen.

Die Annahme des Gesetzgebers, dass die tageszeitliche Einschränkung der Erwerbsmöglichkeiten zu einer Verringerung der mit einem missbräuchlichen Konsumverhalten einhergehenden Gefahren führt, ist nicht zu beanstanden. Es ist nahelegend, dass durch eine Begrenzung der zeitlichen Verfügbarkeit von Alkohol der vermehrte Konsum und die damit einhergehende Entstehung von Szenetreffs, insbesondere an den nicht privilegierten Verkaufsstellen wie Tankstellen und Kiosken, eingedämmt werden kann.

Weder eine Beschränkung des Verkaufsverbots auf bestimmte alkoholische Getränke noch eine Einschränkung des Verbotzeitraums wären mildere Mittel, die die Erforderlichkeit der angegriffenen Regelung entfallen lassen könnten, da sie nicht in gleichem Maße wirksam wären. Dies gilt auch für einzel-fallbezogene polizeirechtliche Maßnahmen, da diese voraussetzen, dass eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung bereits eingetreten ist. Ferner würden lokal begrenzte Alkoholkonsumverbote in Form von Polizeiverordnungen lediglich zu einer örtlichen Problemverlagerung führen.

Angesichts des bezweckten Schutzes hochrangiger Gemeinschaftsgüter steht die angegriffene Regelung in einem angemessenen Verhältnis zu den grundrechtlich geschützten Belangen der Beschwerdeführerin. Etwas anderes ergibt sich - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - auch nicht aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Nichtraucherschutz und der geforderten folgerichtigen Umsetzung des gewählten Schutzkonzepts. Denn die dortige Ausgangssituation ist mit der vorliegenden nicht vergleichbar. Der Landesgesetzgeber hat Ausnahmen vom nächtlichen Verkaufsverbot für bestimmte privilegierte Verkaufsstellen vorgesehen, weil er diesen gerade kein identisches Gefährdungspotential beimäß. Sämtlichen privilegierten Verkaufsstellen ist gemein, dass regelmäßig nicht nur der Erwerb, sondern gerade der Konsum der alkoholischen Getränke in einem Umfeld stattfindet, das durch einen höheren Grad an sozialer Kontrolle und teilweise auch der Kontrolle durch anwesende Ordnungskräfte gekennzeichnet ist. Demgegenüber findet beim Erwerb von Alkoholika in Tankstellen und Supermärkten der Konsum häufig an Örtlichkeiten im öffentlichen Raum an so genannten Szenetreffs statt, an denen sich die Konsumenten gerade keiner derartigen Kontrolle ausgesetzt fühlen.

Vor diesem Hintergrund verletzt das angegriffene Alkoholverkaufsverbot auch nicht den allgemeinen Gleichheitssatz. Ein sachlicher Grund für die vorgenommene Differenzierung von privilegierten und nicht privilegierten Verkaufsstellen liegt gerade in dem nachvollziehbar begründeten unterschiedlichen Potential der Verkaufsstellen, zur Bildung von Szenetreffs und missbräuchlichem Alkoholkonsum sowie den mit diesem verbundenen gefährlichen Begleiterscheinungen beizutragen.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 98/2010 vom 20.10.2010

Bayerisches Rauchverbot auch in Shisha-Bars nicht verfassungswidrig

Das am 1. August 2010 durch einen Volksentscheid beschlossene neue bayerische Gesetz zum Schutz der Gesundheit sieht ein striktes Rauchverbot für alle Gastsätten vor. Die früher geltenden Ausnahmeregelungen für getränkegeprägte kleine

Einraumgaststätten sind ebenso entfallen wie die zur gleichen Zeit geschaffene Möglichkeit, Rauchernebenräume einzurichten.

Der Antragsteller ist Inhaber eines aus einem Raum bestehenden Bistros, in dem er vor allem Wasserpfeifen zum Rauchen anbietet. Er macht im Wesentlichen geltend, durch die strikte Neufassung des Rauchverbots in seiner Berufsfreiheit bzw. allgemeinen Handlungsfreiheit verletzt zu sein. Infolge der Neuregelung sei er aufgrund des besonderen Konzepts seiner Gaststätte zu deren Schließung gezwungen. Zumindest wären eine Übergangsregelung oder ein finanzieller Ausgleich für besonders belastete Gaststätteninhaber geboten gewesen.

Die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat seinen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt, da eine in der Hauptsache zu erhebende Verfassungsbeschwerde unbegründet wäre (Beschluss vom 2.8.2010 – 1 BvQ 23/10). Die strikte Neufassung des Rauchverbots verletzt den Antragsteller nicht in seinen Grundrechten.

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits mit Urteil vom 30. Juli 2008 entschieden, dass der Gesetzgeber von Verfassungen wegen nicht gehindert ist, dem Gesundheitsschutz gegenüber den damit beeinträchtigten Freiheitsrechten, insbesondere der Berufsfreiheit der Gastwirte und der Verhaltensfreiheit der Raucher, den Vorrang einzuräumen und ein striktes Rauchverbot in Gaststätten zu verhängen (vgl. BVerfGE 121, 317 <357 ff.> [= GuT 2008, 253]). Angesichts seines Einschätzungsspielraums ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Landesgesetzgeber auch den beim Rauchen von Wasserpfeifen entstehenden Tabakrauch in der Umgebungsluft als Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung ansieht. Entscheidet sich der Gesetzgeber wegen des hohen Rangs der zu schützenden Rechtsgüter für ein striktes Rauchverbot in allen Gaststätten, so darf er dieses Konzept konsequent verfolgen und muss sich auch nicht auf Ausnahmeregelungen für solche Gaststätten einlassen, bei denen – wie bei so genannten Shisha-Bars – das Rauchen Teil des gastronomischen Konzepts ist.

Auch die besondere Belastung des Antragstellers begründet keine verfassungsrechtlichen Zweifel am strikten Rauchverbot. Denn eine stärkere Belastung von Inhabern bestimmter Arten von Gaststätten – bis hin zur Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Existenz – ist angesichts der ohne Ausnahmen für alle Gaststätten geltenden Regelung durch hinreichende sachliche Gründe gerechtfertigt, weshalb weder Ausnahme- noch Härtere-gelungen erforderlich sind.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 7.12.2010

Übertriebene Bürokratie belastet Kleinstunternehmen

Zur Veröffentlichung der Entwicklung festgesetzter Ordnungsgelder durch die Bundesregierung erklärt Christine Scheel, Mittelstandsbeauftragte:

Die zunehmende Anzahl von Ordnungsgeldern gegen Unternehmen, die ihre Bilanzen nicht offenlegen, ist alarmierend. Der gesetzliche Mindestbetrag für ein Ordnungsgeld in Höhe

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

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

Einzelstücke der Beilage 50a, Umfang 96 Seiten, DIN A5, können zum Preis von 16,00 EUR inkl. 7% MwSt zzgl. Porto bei der Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Fax 0228/470954, info@prewest.de, bezogen werden. Preis bei Mehrbezug auf Anfrage.

von 2500 Euro wurde 2008 gegen circa 23.000 Unternehmen, 2009 gegen 31.000 Unternehmen und 2010 bislang schon gegen 39.000 Unternehmen festgesetzt.

Hierbei zeigt sich allerdings: Der deutliche Anstieg der Strafen ist die logische Folge einer übertriebenen Bürokratie im Bereich der Bilanzierungspflicht. Das gilt in besonderem Maße für Kleinstunternehmen.

Mit unserem Antrag „Bürokratieabbau vorantreiben“ (Drucksache 17/3221) haben wir Vorschläge auf den Tisch gelegt, wie die Bürokratie abgebaut werden kann: Wir fordern, dass alle Kleinstunternehmen - egal ob Einzelkaufleute, Personen- oder Kapitalgesellschaften - bis zu einer bestimmten Unternehmensgröße künftig selbst darüber entscheiden können, ob sie eine Bilanz anfertigen wollen oder nicht.

Kleinstunternehmen zahlen bereits für die Erstellung der Bilanz und sie bringt keinen Nutzen. Mit dem Wegfallen der Bilanzierungs- und der Offenlegungspflicht könnten kleine Unternehmen von unsinnigen Regelungen und Bürokratiekosten befreit werden.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 99/2010 vom 3.11. 2010

Vorlage des Bundesfinanzhofs zur „Mindestbesteuerung“ nach dem Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 unzulässig

Nach § 2 Abs. 1 EStG unterliegen der Einkommensteuer nur solche Einkünfte, die sich einer der dort aufgeführten sieben Einkunftsarten zuordnen lassen. Für die Besteuerung ist nach § 2 Abs. 3 EStG die „Summe der Einkünfte“ maßgeblich, das heißt, positive und negative Ergebnisse sind zu saldieren (periodeninterner Verlustausgleich). Soweit die negativen Einkünfte die positiven Einkünfte im jeweiligen Veranlagungszeitraum übersteigen, werden die übrigen Verluste nach § 10d EStG in anderen Veranlagungszeiträumen zum Abzug gebracht (periodenübergreifender Verlustausgleich).

In den neunziger Jahren war ein erheblicher Rückgang des Aufkommens aus veranlagter Einkommensteuer von 41,5 Milliarden DM im Jahr 1992 auf 11,6 Milliarden DM im Jahr 1996 und 5,8 Milliarden DM im Jahr 1997 zu verzeichnen, während das Lohnsteueraufkommen im gleichen Zeitraum nahezu unverändert blieb (247,3 Milliarden DM im Jahr 1992 und 248,7 Milliarden DM im Jahr 1997). Dies wurde insbesondere auf die Inanspruchnahme steuerlicher Gestaltungsmöglichkeiten durch gut verdienende Steuerpflichtige zurückgeführt.

Um dem entgegenzuwirken, führte der Gesetzgeber im Rahmen des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 mit Wirkung ab dem Veranlagungszeitraum 1999 eine allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkung ein. Danach konnte das positive Einkommen, soweit es 100.000 DM überstieg, nur noch zur Hälfte durch gegenläufige Verluste gemindert werden, so dass zumindest die Hälfte des 100.000 DM übersteigenden Betrags der Besteuerung unterlag (sog. Mindestbesteuerung). Danach nicht verrechnete Verluste blieben nach § 2 Abs. 3 EStG n.F. im Jahr ihrer Entstehung unberücksichtigt, konnten aber - nach § 10d EStG n.F. ebenfalls entsprechend begrenzt - in anderen Veranlagungszeiträumen ausgeglichen werden. Der Verlustausgleich war allerdings nur für den Fall beschränkt, dass die Verluste in einer anderen Einkunftsart angefallen waren als die positiven Einkünfte. Innerhalb derselben Einkunftsart war die Verlustverrechnung weiterhin uneingeschränkt möglich. Im Einzelnen führte dies zu einem komplexen Rechenweg, der viele, zum Teil sich wiederholende Einzelschritte umfasste. Mit Wirkung ab dem Veranlagungszeitraum 2004 wurde diese Regelung mit der Begründung wieder abgeschafft, sie habe sich in der Praxis als schwer handhabbar erwiesen.

Die Vorlage des Bundesfinanzhofs betrifft den Veranlagungszeitraum 1999, in dem die Kläger des Ausgangsverfahrens - zusammen veranlagte Ehegatten - nach dem zuletzt während des Revisionsverfahrens geänderten Steuerbescheid insgesamt positive Einkünfte vorwiegend aus Gewerbebetrieb (§ 15

EStG) in Höhe von knapp 1,8 Millionen DM erzielt hatten. Diesen standen Verluste des Ehemanns aus Vermietung und Verpachtung (§ 21 EStG) in Höhe von knapp 1,3 Millionen DM gegenüber, wovon das Finanzamt jedoch in Anwendung von § 2 Abs. 3, § 10d EStG in der Fassung des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 nur knapp 1 Million DM als abzugsfähig anerkannte. Die erhobene Klage führte zur Vorlage durch den Bundesfinanzhof, der die Regelungen über die „Mindestbesteuerung“ in § 2 Abs. 3, § 10d EStG in der Fassung des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 aufgrund ihrer Komplexität und schweren Verständlichkeit wegen fehlender Normenklarheit für verfassungswidrig hält. Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat entschieden, dass die Vorlage unzulässig ist (Beschluss vom 12. 10. 2010 – 2 BvL 59/06).

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

Ein Gericht kann die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Vorschrift nach Art. 100 Abs. 1 GG nur einholen, wenn es ihre Verfassungsmäßigkeit sorgfältig geprüft hat. Das setzt voraus, dass sich das Gericht mit der zur Prüfung gestellten Norm im Einzelnen auseinandersetzt, die in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Auffassungen berücksichtigt und auf unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten eingeht. Die verschiedenen Auffassungen zu den denkbaren Auslegungsmöglichkeiten des einfachen Rechts sind mit Blick auf den zur Entscheidung stehenden Sachverhalt darzulegen, zu erörtern und verfassungsrechtlich zu würdigen. Geht es dabei um die Anforderungen an hinreichende Bestimmtheit und Klarheit der Norm, so hat das vorlegende Gericht insbesondere auch zu begründen, inwiefern eine Entscheidung für eine der dargelegten Auslegungsmöglichkeiten den Rahmen der Aufgabe der Rechtsanwendungsorgane sprengen würde, Zweifelsfragen zu klären und Auslegungsprobleme mit den herkömmlichen Mitteln juristischer Methode zu bewältigen.

Dem wird der Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs nicht gerecht. Der einfachrechtliche Gehalt des § 2 Abs. 3 und des § 10d EStG in der Fassung des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 und die entsprechenden Erörterungen im Schrifttum werden nicht hinreichend aufbereitet.

Vergleichsweise ausführlich befasst sich der Vorlagebeschluss mit den Regelungen zur Einschränkung des individuellen Verlustausgleichs, ohne aber aufzuzeigen, dass diese für sich gesehen besondere Verständnisschwierigkeiten bereiten. Soweit der Bundesfinanzhof in diesem Zusammenhang Bedenken gegen einzelne Begriffe formuliert, handelt es sich um lediglich stilistische Mängel, die nicht ohne weiteres zur Unklarheit über den Inhalt dieser Begriffe führen. Zu den erheblichen Klarheitsproblemen der Vorschriften über den ehelichenübergreifenden Verlustausgleich sowie der Verweisungen auf diese Vorschriften im Rahmen des Verlustvortrags und Verlustrücktrags aus anderen Veranlagungszeiträumen beschreibt der Vorlagebeschluss Aspekte der Komplexität jedoch im Wesentlichen nur allgemein auf einer abstrakten Ebene. Obwohl die Vorschriften - wie die Erörterungen im Schrifttum zeigen - einer systematischen Aufbereitung zugänglich sind, fehlt es an einem Versuch, deren Regelungsgehalt konkret zu erschließen. Diejenigen Stimmen, die die Normen für insgesamt auslegungsfähig und daher verfassungsgemäß halten und insofern auch konkrete, in sich schlüssig zu nennende Vorschläge unterbreitet haben, bleiben unberücksichtigt. Insgesamt geht der Vorlagebeschluss auf die - im Wege der Auslegung durchaus zu ermittelnde - rechen-systematische Grundstruktur nicht in der gebotenen Weise ein, obwohl erst auf dieser Grundlage eine sachgerechte Prüfung der Klarheitsproblematik möglich ist. Zwar bezeichnet er mit der unübersichtlichen Verweisungstechnik und der Vielzahl der durchzuführenden Rechenschritte weitere Gesichtspunkte, die im Hinblick auf die Problematik der Normenklarheit von Bedeutung sein können. Die systematische Aufbereitung des einfachen Rechts in Auseinandersetzung mit den im Schrifttum vertretenen Auslegungen wird dadurch aber nicht ersetzt.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 112/2010 vom 3. 12. 2010**Verfassungsbeschwerden von Erblässern gegen Regelungen des Erbschaftsteuerrechts nicht zur Entscheidung angenommen**

Die drei Beschwerdeführer wenden sich mit ihren Verfassungsbeschwerden gegen die unterschiedlichen Steuersätze, Freibeträge und Steuerbefreiungen nach dem Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz in der Fassung des Erbschaftsteuerreformgesetzes vom 24. Dezember 2008, durch die sie als Erblasser unmittelbar in der Ausübung ihrer Testierfreiheit betroffen seien. Die Beschwerdeführer sind Eigentümer erheblichen, vererbaren Vermögens - darunter Wohn- bzw. Gewerbeimmobilien sowie ein mittelständisches Produktionsunternehmen -, das nach ihrem Vorbringen nicht unter die Steuerbefreiung bzw. die steuerlichen Vergünstigungen nach dem ErbStG fällt. Sie machen im Wesentlichen geltend, dass die gesetzliche Ausgestaltung der Steuerbefreiung von Familienheimen sowohl gegenüber sonstigem Vermögen als auch im Hinblick auf die Wohnflächenbegrenzung gleichheitswidrig sei. Diskriminierend sei es ferner, dass das Familienheim zwar für Ehegatten und gleichgeschlechtliche Lebenspartner, nicht hingegen für verwandtschaftliche Einstandsgemeinschaften steuerfrei gestellt werde. Die Erbschaftsteuer stelle einen Anreiz dar, Betriebe oder Immobilien vor dem Erbfall zu veräußern und das Vermögen ins erbschaftsteuerfreie Ausland zu verlagern.

Die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen (Beschluss vom 30. Oktober 2010 – 1 BvR 3196/09, 1 BvR 3197/09, 1 BvR 3198/09). Sie sind unzulässig, weil sie die erforderliche Selbstbetroffenheit der Beschwerdeführer durch das neue Erbschaftsteuergesetz nicht hinreichend erkennen lassen.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

Richtet sich eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen eine gesetzliche Vorschrift oder einen sonstigen Hoheitsakt, muss der Beschwerdeführer darlegen, durch die angegriffene Norm selbst, gegenwärtig und unmittelbar in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt zu sein.

Dieses Erfordernis der Selbstbetroffenheit ist hier nicht erfüllt, da nicht erkennbar ist, dass die Beschwerdeführer als Erblasser von dem Erbschaftsteuergesetz in den als verletzt gerügten Grundrechten, namentlich der Testierfreiheit (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 2. Alt GG), selbst betroffen werden.

Die Erbschaftsteuer belastet die Bereicherung des Erben; der Nachlass als solcher ist nicht Besteuerungsgegenstand. Steuerpflichtiger ist allein der Erbe, nicht der Erblasser. Der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. GG umfasst, soweit er den Erblasser betrifft, lediglich dessen Recht zu vererben, d. h. die Testierfreiheit als Verfügungsbefugnis über den Tod hinaus, die auch durch eine ausschließlich an den Erben adressierte Erbschaftsteuer nicht ausgehöhlt werden darf. Jedoch vermag nicht schon jeder durch ökonomische Günstigkeitserwägungen veranlasste Einfluss auf die Testierentscheidung des Erblässers im Hinblick auf einen künftigen Erbfall eine die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde rechtfertigende Selbstbetroffenheit durch das Erbschaftsteuerrecht zu begründen.

Die von den Beschwerdeführern angegriffenen Regelungen des Erbschaftsteuerrechts lassen die Testierfreiheit des Erblässers unberührt. Es ist allen potentiellen Erblässern weiterhin unbenommen, als Erben einzusetzen, wen sie wollen, und frei über die Zuwendung ihrer Vermögensgegenstände zu entscheiden. Die Beschwerdeführer tragen auch nicht plausibel vor, dass in ihrem Fall die angefochtenen Regelungen zu einer Aushöhlung der Testierfreiheit führen oder dass aufgrund der angefochtenen Vorschriften das Vererben für sie wirtschaftlich sinnlos erscheint. Soweit sie sich auf die negative finanzielle Anreizfunktion der Erbschaftsteuer berufen, ist ihrem Vorbringen nicht konkret zu entnehmen, dass sie bei einer anderen rechtlichen Ausgestaltung der Erbschaftsteuer in anderer Weise testieren

würden. Zudem haben die Beschwerdeführer als testierende Erblasser keinen entscheidenden Einfluss darauf, ob die Erben letztlich mit Erbschaftsteuer belastet werden oder in den Genuss der durch bestimmte testamentarische Gestaltungen angebotenen Steuervergünstigungen kommen. Denn Erben können vorversterben, das Erbe ausschlagen oder sich gar zum Beispiel aufgrund einer erst nach dem Erbfall bekannt gewordenen Verfehlung gegenüber dem Erblasser als erbunwürdig erweisen.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 107/2010 vom 19. 11. 2010**Rückwirkende Neuregelung zur Besteuerung von Wohnmobilen verfassungsgemäß**

Für die Bemessung der Kraftfahrzeugsteuer gab es bis zum 30. April 2005 nur die Fahrzeugkategorien Personenkraftwagen und „andere Fahrzeuge“, zu denen insbesondere Lastkraftwagen zählen. Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs wurden in Analogie zu § 23 Abs. 6a StVZO, der die Zuordnung von sog. Kombinationskraftwagen regelt, als Personenkraftwagen solche Wohnmobile eingeordnet, deren zulässiges Gesamtgewicht 2,8 t nicht überschreitet. Ein Wohnmobil mit einem zulässigen Gesamtgewicht von mehr als 2,8 t stufte der Bundesfinanzhof dementsprechend als „anderes Fahrzeug“ ein. § 23 Abs. 6a StVZO a. F. wurde mit Wirkung ab 1. Mai 2005 aufgehoben, so dass ein Lückenschluss im kraftfahrzeugsteuerrechtlichen Regelungsgefüge durch eine analoge Anwendung dieser Vorschrift nicht mehr möglich war. Nach einer Absprache der obersten Finanzbehörden der Länder wurde in den Bundesländern jedoch im Hinblick auf eine zu erwartende gesetzliche Neuregelung die bisherige Besteuerung zunächst „übergangsweise“ fortgeführt.

Mit dem am 28. Dezember 2006 verkündeten Dritten Gesetz zur Änderung des Kraftfahrzeugsteuergesetzes hat der Gesetzgeber Wohnmobile als eine eigenständige Fahrzeugkategorie in das Kraftfahrzeugsteuergesetz aufgenommen und hierfür die Steuer mit einem eigenen Tarif nach dem Gewicht und nach Schadstoffemissionen bemessen. Das 3. Kraftfahrzeugsteueränderungsgesetz trat mit Wirkung vom 1. Mai 2005 in Kraft. Nach einer Übergangsregelung waren Wohnmobile bis zum 31. Dezember 2005 nach der bisherigen Rechtspraxis zu besteuern.

Der Beschwerdeführer ist Halter eines im August 2002 zugelassenen Wohnmobils. Nachdem das Finanzamt die Kraftfahrzeugsteuer für das Fahrzeug zunächst nach dem für „andere Fahrzeuge“ geltenden Tarif bemessen hatte, setzte es durch Änderungsbescheid vom 9. Juli 2007 entsprechend der Neuregelung die Kraftfahrzeugsteuer für den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2005 wie bisher nach dem zulässigen Gesamtgewicht auf 198 € jährlich und ab dem 1. Januar 2006 nach dem neuen Tarif für Wohnmobile auf 310 € jährlich fest. Der hiergegen erhobene Einspruch des Beschwerdeführers sowie seine Klage vor den Finanzgerichten blieben ohne Erfolg.

Die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die gegen das Urteil des Bundesfinanzhofs gerichtete Verfassungsbeschwerde, mit der der Beschwerdeführer im Wesentlichen einen Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot rügt, nicht zur Entscheidung angenommen (Beschluss vom 30. 10. 2010 – 1 BvR 1993/10).

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

Die Voraussetzungen für eine Annahme der Verfassungsbeschwerde liegen nicht vor. Es bestehen keine durchgreifenden Bedenken, dass der Bundesfinanzhof den Bedeutungsgehalt des Rechtsstaatsprinzips bei der Auslegung und Anwendung der Neuregelung zur Besteuerung von Wohnmobilen grundsätzlich verkannt hat. Diese entfaltet zwar eine echte Rückwirkung, da sie auch für bereits abgeschlossene Veranlagungszeiträume anwendbar ist, die vor dem Zeitpunkt der Verkündung der Norm liegen. Dies gilt sowohl für den Zeitraum vom 1. Mai bis 31.

Dezember 2005 als auch in Bezug auf den hier einschlägigen Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Dezember 2006, weil durch die am 28. Dezember 2006 verkündete Neuregelung die bereits am 1. Januar 2006 entstandene Steuerschuld rückwirkend modifiziert wurde.

Ein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot oder allgemeine Vertrauensschutzgesichtspunkte liegt jedoch nicht vor. Das Rückwirkungsverbot gilt nur für belastende Regelungen. Die Neuregelung für Wohnmobile stellt demgegenüber eine begünstigende Regelung dar. Denn infolge der Übergangsregelung beschränkt sich der Rückwirkungszeitraum auf den Zeitraum ab dem 1. Januar 2006. Ohne die Neuregelung wären Wohnmobile ab dem 1. Januar 2006 aufgrund des Wegfalls des § 23 Abs. 6a StVZO als Personenkraftwagen nach dem Hubraum und damit höher zu besteuern, so dass der für sie eingeführte Sondertarif eine Begünstigung darstellt.

Des Weiteren ist das Vertrauen des Beschwerdeführers auf den Fortbestand der alten Rechtslage auch nicht in einer verfassungsrechtlich nicht mehr hinnehmbaren Weise enttäuscht worden. Denn zum einen ist die allgemeine Erwartung des Bürgers, das geltende Recht werde unverändert fortbestehen, verfassungsrechtlich nicht geschützt. Auch der Steuerpflichtige kann nicht darauf vertrauen, dass der Gesetzgeber steuerliche Vergünstigungen, die er bisher - insbesondere aus konjunkturpolitischen Erwägungen - gewährt hat, immer uneingeschränkt auch für die Zukunft aufrechterhält. Zum anderen konnte hier kein Vertrauen in den Fortbestand der bisherigen Besteuerung entstehen, da die frühere Veranlagungspraxis nur vorläufig gelten sollte und Steuerfestsetzungen unter dem Vorbehalt der Nachprüfung im Hinblick auf die anstehende Neuregelung erfolgen, also verfahrensrechtlich jederzeit änderbar bleiben sollten.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 105/2010 vom 12. 11. 2010

Verfassungsbeschwerden gegen die Heranziehung glaubensverschiedener Ehegatten zur Kirchensteuer nicht zur Entscheidung angenommen

Die Beschwerdeführer leben in sogenannten glaubensverschiedenen Ehen, die sich durch den Umstand auszeichnen, dass lediglich einer der beiden Ehepartner einer steuerberechtigten Kirche angehört. Sie wenden sich gegen Entscheidungen der Fachgerichte, durch die ihre Heranziehung zur Kirchensteuer bzw. ihre Heranziehung zum besonderen Kirchgeld als einer Erscheinungsform der Kirchensteuer bestätigt worden ist.

Die 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen sechs Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen, da die Annahmeveraussetzungen nicht vorliegen (Beschluss vom 28. 10. 2010 – 2 BvR 591/06, 2 BvR 1689/09, 2 BvR 2698/09, 2 BvR 2715/09, 2 BvR 148/10, 2 BvR 816/10). Die für die Entscheidung maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen sind bereits durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geklärt. Danach kann zwar nicht das einkommensteuerrechtlich ermittelte Einkommen des nicht einer Kir-

che angehörenden Ehegatten, wohl aber der Lebensführungsaufwand des kirchenangehörigen Ehegatten den Gegenstand der Besteuerung bilden (vgl. BVerfGE 19, 268 <282>). Wenn angesichts der Schwierigkeiten der Bestimmung des Lebensführungsaufwandes als Indikator der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des kirchenangehörigen Ehepartners dieser Aufwand nach dem gemeinsamen Einkommen der Ehegatten bemessen wird, ist hiergegen verfassungsrechtlich nichts einzuwenden.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 116/2010 vom 15. 12. 2010

Direktorin beim Bundesverfassungsgericht wird Vizepräsidentin des Karlsruher Instituts für Technologie

Die Direktorin beim Bundesverfassungsgericht Frau Dr. Elke Luise Barnstedt folgt nach zwölfjähriger Amtszeit im Bundesverfassungsgericht einem Ruf des Karlsruher Instituts für Technologie und wird dort zum 1. Januar 2011 das Amt der Vizepräsidentin antreten.

Elke Luise Barnstedt wurde am 18. Februar 1956 in Dernbach geboren. Sie ist verheiratet und hat zwei Kinder. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Göttingen und dem 1980 abgelegten Ersten Staatsexamen war Frau Dr. Barnstedt bis 1983 wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Landwirtschaftsrecht der Universität Göttingen. 1985 legte sie nach dem Referendariat im Bezirk des Oberlandesgerichts Celle das Zweite Juristische Staatsexamen ab und war anschließend als Akademische Rätin an der Universität Osnabrück tätig. 1988 wurde sie zur Regierungsassessorin an der Universität Karlsruhe ernannt; im selben Jahr erfolgte die Promotion. Nachdem Frau Dr. Barnstedt als Regierungsrätin an der Universität Karlsruhe zunächst die Hauptabteilung Akademische Angelegenheiten geleitet hatte, nahm sie ab 1990 die Aufgaben der Stellvertretung des Kanzlers wahr und wirkte als Leiterin der Hauptabteilung Personal und Haushalt. 1991 erfolgte ihre Ernennung zur Oberregierungsrätin. Nach einer mehrmonatigen Tätigkeit als Referentin für Beamten-, Laufbahn- und Besoldungsrecht im Ministerium für Wissenschaft und Forschung in Baden-Württemberg wurde sie im Dezember 1992 zur Stellvertreterin des Kanzlers der Universität Karlsruhe und im folgenden Jahr zur Regierungsdirektorin ernannt. Von 1994 bis 1998 war Frau Dr. Barnstedt Kanzlerin der Universität Konstanz.

Am 1. Januar 1999 wurde sie zur Direktorin des Bundesverfassungsgerichts ernannt. Während Ihrer Amtszeit hat Frau Dr. Barnstedt mit unermüdlichem Einsatz und großem Organisationstalent die Geschicke des Bundesverfassungsgerichts wesentlich geprägt. So ist es ihr dank umsichtiger Planung und Personalpolitik gelungen, das Haushaltsvolumen des Gerichts deutlich zu steigern und mehr als 20 neue Stellen zu schaffen. Außerdem setzte sie neben zahlreichen Beförderungen die angesichts des stetigen Anstiegs der Verfahrenseingänge notwendige Erhöhung der Zahl der wissenschaftlichen Mitarbeiter um 14 auf nunmehr 64 durch, so dass jedem Richterdezernat nun vier wissenschaftliche Mitarbeiter zugeteilt sind. Sowohl die gelungene Planung und Durchsetzung des Erweiterungsbaus des Bundesverfassungsgerichts im Botanischen Garten als auch die erfolgreiche Organisation der 50-Jahr-Feier des Bundesverfassungsgerichts sind vornehmlich dem Einsatz seiner Direktorin zu verdanken. Als letztes großes Projekt übernahm sie effektiv die aufwendige Planung der im kommenden Jahr beginnenden Grundsanierung des Gerichtsgebäudes und die dadurch erforderliche Einrichtung eines Ausweichamtssitzes des Bundesverfassungsgerichts in der General-Kammhuber-Kaserne in der Karlsruher Waldstadt.

Elke Luise Barnstedt übt außerdem mehrere Neben- und Ehrenämter aus. Neben ihrer Tätigkeit als ehrenamtliche Richterin, seit 1999 als Arbeitgebervertreterin beim Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, gehörte sie von 2000 bis 2004 dem Universitätsrat der Universität Mannheim an und war von 2002 bis 2008 Mitglied der Synode der evangelischen Landeskirche

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

Mario H. Kraus,

**Konfrontation, Kooperation, Kommunalmediation?
Stellenwert einvernehmlicher Streitbeilegung
in städtischen Siedlungsräumen**

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

Baden. Seit 2008 bekleidet sie das Amt der Vorsitzenden des Haushalts- und Personalausschusses der Evangelischen Kirche in Karlsruhe. Zudem ist sie seit 2001 Mitherausgeberin der juristischen Fachzeitschrift „Verwaltungsarchiv“.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 76/2010 vom 14. 9. 2010

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerden eines Gasversorgungsunternehmens gegen die Feststellung der Unwirksamkeit von Preiserhöhungsklauseln

Die Beschwerdeführerin ist ein Gasversorgungsunternehmen, das in Berlin rund 650.000 Haushalte und Kleingewerbekunden mit Gas beliefert. Ihr Preissystem sah sowohl variable Tarife mit einer Preisanpassungsklausel als auch fixe Tarife mit einem Festpreis vor. In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beschwerdeführerin für verschiedene variable Tarife war eine Klausel enthalten, wonach der Gaspreis den an den internationalen Märkten notierten Ölpreisen folgen sollte. Insofern sollte die Beschwerdeführerin berechtigt sein, die Gaspreise auch während der laufenden Vertragsbeziehungen an ihre geänderten Gasbezugskosten anzupassen, wobei die Preisänderungen sowohl Erhöhung als auch Absenkung einschließen sollten.

Zum 1. Oktober 2005 und zum 1. Januar 2006 erhöhte die Beschwerdeführerin den Gaspreis in ihren variablen Tarifen jeweils um 0,5 Cent/kWh. Daraufhin klagten mehrere Kunden auf Feststellung der Unwirksamkeit dieser Erhöhungen.

In den Ausgangsverfahren, die den beiden Verfassungsbeschwerden zugrunde lagen, war der Bundesgerichtshof davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin zu den Preiserhöhungen nicht befugt gewesen sei, weil sie sich die Preisänderungen in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht wirksam vorbehalten habe. Da die Kläger nicht Tarifkunden im Sinne der zur Zeit der Preiserhöhungen noch geltenden Allgemeinen Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden (AVBGasV), sondern Normsonderkunden seien, könne sich die Beschwerdeführerin nicht unmittelbar auf die Möglichkeit zur Preisänderung nach § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV berufen. In ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen habe sich die Beschwerdeführerin ein Preisänderungsrecht nicht wirksam vorbehalten, weil die beanstandete Klausel die Kunden unangemessen benachteilige und daher der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB nicht standhalte. Die Preisanpassungsklausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beschwerdeführerin habe nicht lediglich das Preisänderungsrecht nach § 4 AVBGasV übernommen, sondern weiche - jedenfalls bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung - zum Nachteil der Kunden davon ab und sei deshalb unwirksam. § 4 AVBGasV ermögliche nämlich die Weitergabe von gestiegenen Bezugspreisen an Tarifkunden nur insoweit, als die Kostensteigerung nicht durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen ausgeglichen werde. Die von der Beschwerdeführerin verwendete Preisanpassungsklausel sehe aber die uneingeschränkte Weitergabe von Bezugskostensteigerungen vor und ermögliche damit eine Preiserhöhung wegen gestiegener Gasbezugskosten auch dann, wenn sich ihre Kosten insgesamt nicht erhöht hätten. Außerdem enthalte die Klausel auch keine Pflicht der Beschwerdeführerin zur Preisanpassung, wenn dies für den Kunden günstig sei.

Die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die gegen beide Entscheidungen des Bundesgerichtshofs gerichteten Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen (Beschluss vom 7. 9. 2010 – 1 BvR 2160/09, 1 BvR 851/10). Zwar gehört zur Garantie der freien Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) auch die Freiheit, das Entgelt für berufliche Leistungen frei mit den Interessenten auszuhandeln, dieses Grundrecht wurde aber durch die angegriffenen Entscheidungen nicht verletzt. Angesichts dieses spezielleren Grundrechts scheidet eine Missachtung der durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Privatautonomie aus.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

Soweit die Beschwerdeführerin in einem der beiden Verfahren gerügt hat, der Bundesgerichtshof habe ihr Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG dadurch verletzt, dass er die - wegen drohender Rückforderungen durch eine Vielzahl von Kunden - existenzbedrohenden wirtschaftlichen Auswirkungen seiner Entscheidung missachtet habe, ist die Verfassungsbeschwerde unzulässig, weil sie dem Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nicht gerecht wird. Das Kammergericht und der Bundesgerichtshof haben in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass es hierzu an einem hinreichend konkreten Tatsachenvortrag der Beschwerdeführerin im fachgerichtlichen Verfahren gefehlt habe.

Im Übrigen hat die Kammer Bedenken gegen die Grundrechtsfähigkeit der Beschwerdeführerin, an der ausländische Staaten mittelbar beteiligt sind, dahinstehen lassen und eine Verletzung der geltend gemachten Grundrechte nicht feststellen können.

Nach den Grundsätzen der beschränkten verfassungsgerichtlichen Überprüfbarkeit fachgerichtlicher Entscheidungen sind die Auslegung und Anwendung des einfachen Gesetzesrechts Aufgabe der Fachgerichte und der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht weitgehend entzogen. Das Bundesverfassungsgericht überprüft - abgesehen von Verstößen gegen das Willkürverbot - nur, ob die fachgerichtlichen Entscheidungen Auslegungsfehler enthalten, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des betroffenen Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs, beruhen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin hat der Bundesgerichtshof mit den angegriffenen Entscheidungen Bedeutung und Tragweite der Berufsfreiheit nicht verkannt.

Die hier von der Freiheit der Berufsausübung umfasste Privatautonomie setzt auch als Grundlage für das freie Aushandeln einer Vergütung zwischen den Vertragsparteien voraus, dass die Bedingungen der Selbstbestimmung des Einzelnen tatsächlich gegeben sind. Vor diesem Hintergrund ist die Inhaltskontrolle von Formularverträgen nötig, weil es Allgemeine Geschäftsbedingungen der anderen Partei regelmäßig verwehren, eine abweichende Individualvereinbarung zu treffen. Die gerichtliche Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen kompensiert die mangelnde Verhandlungsmacht des Vertragspartners des Verwenders. Deshalb ist sie als solche auch dann verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Verwender sich auf die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit berufen kann. Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen zeichnet sich gerade dadurch aus, dass sie der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der jeweils grundrechtlich geschützten Privatautonomie des Verwenders wie der anderen Vertragspartei dient.

Auch die Feststellung des Bundesgerichtshofs, dass die umstrittene Preisanpassungsklausel die Kunden der Beschwerdeführerin entgegen dem Gebot von Treu und Glauben unangemessen benachteilige (§ 307 Abs. 1 BGB), ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Bundesgerichtshof hat die grundrechtlich geschützte Vertragsfreiheit der Beschwerdeführerin nicht etwa übersehen, sondern sie - wie auch die Vertragsfreiheit der Gaskunden - zum Ausgangspunkt seiner Prüfung gemacht. Bei der gebotenen Abwägung der widerstreitenden grundrechtlichen Schutzgüter hat der Bundesgerichtshof die Vertragsfreiheit der Beschwerdeführerin hinreichend berücksichtigt. Sowohl bei der Herleitung seines Prüfungsmaßstabs als auch bei der Würdigung der konkreten Klausel hat er die Interessen der Beschwerdeführerin in nicht zu beanstandender Weise einbezogen. Bei der Würdigung der umstrittenen Preisanpassungsklausel macht er gerade das vertraglich vereinbarte Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zum Ausgangspunkt seiner Prüfung. Die Beanstandung der Klausel beruht darauf, dass sie nach Auffassung des Bundesgerichtshofs eine einseitige Verschiebung dieses durch die vertragliche Vereinbarung gefundenen Äquivalenzverhältnisses ermöglicht. Diese fachgerichtliche Würdigung des zugrunde liegenden Lebenssachverhalts, insbesondere die vom Bundesge-

richtshof angenommene Abweichung der Klausel vom Leitbild des § 4 AVBGasV zum Nachteil der Gaskunden, lässt eine Verletzung von spezifischem Verfassungsrecht nicht erkennen.

Auch dass der Beschwerdeführerin vom Bundesgerichtshof ein Preisanpassungsrecht entsprechend § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV im Wege ergänzender Vertragsauslegung versagt worden ist, begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Diese Auffassung entspricht vielmehr den Vorgaben der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist. Insbesondere kann die Beschwerdeführerin nicht mit Erfolg einwenden, dass die angegriffenen Entscheidungen das vertraglich vereinbarte Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung beseitigten. Zwar führen die Entscheidungen dazu, dass aus - von beiden Vertragsparteien als solche vereinbarten - variablen Tarifen faktisch Fixtarife werden. Dieser Eingriff in das vertragliche Äquivalenzverhältnis, der sich faktisch zugunsten der Kunden auswirkt, ist aber nur die Reaktion auf die verfassungsrechtlich nicht zu beanstandende Feststellung des Bundesgerichtshofs, dass die umstrittene Preisanpassungsklausel ihrerseits eine unzulässige Verschiebung des vereinbarten Äquivalenzverhältnisses in die umgekehrte Richtung, nämlich zugunsten der Beschwerdeführerin bewirkt hätte.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 11. 6. 2010

Ohne raschen Netzausbau werden Erneuerbare Energien scheitern Wir gehen den Weg in das Zeitalter der regenerativen Energien

Zur Notwendigkeit des raschen Ausbaus der Stromnetze erklärt der Stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Christian Ruck MdB:

Wir gehen den Weg in das Zeitalter der regenerativen Energien – diese wegweisende Festlegung im Koalitionsvertrag hat Konsequenzen nicht nur für den weiteren Ausbau der Erneuerbaren Energien, sondern auch für den notwendigen Aus- und Umbau der Stromnetze.

Ein wachsender Teil unseres Stromes wird zukünftig aus dem Norden unseres Landes kommen. Besonders die Offshore-Windenergie wird hierzu beitragen, deren forcierter Ausbau eines der wichtigsten energie- und klimapolitischen Ziele ist. Dieser Strom muss abtransportiert und in die Hauptverbrauchszentren im Westen und Süden der Republik oder in Stromspeicher gebracht werden. Die Übertragungsnetze spielen beim Erreichen der energie- und klimapolitischen Ziele eine Schlüsselrolle.

Die zunehmende Entwicklung dezentraler Stromerzeugung – etwa in Fotovoltaik-Dachanlagen – muss sich ebenfalls in der Struktur der Netze – hier der Verteilnetze – niederschlagen. Wir brauchen ein Gesamtkonzept, um die Entwicklung sinnvoll vorantreiben zu können.

Die Unterstützung des Netzausbaus sollte daher im Energiekonzept der Bundesregierung eine zentrale Rolle spielen. Die vorhandenen rechtlichen Grundlagen müssen überprüft und ggfs. weiterentwickelt werden. Die regulatorischen Rahmenbedingungen müssen so beschaffen sein, dass sie deutliche Anreize für massive Investitionen setzen und für lange Zeiträume Planungs- und Rechtssicherheit geben.

Wenn wir die Stromnetze auf allen Ebenen nicht zügig um- und ausbauen, werden sie zum Flaschenhals für die Erneuerbaren Energien werden. Wir dürfen nicht riskieren, dass unsere Investitionen für das Zeitalter der regenerativen Energien zu einem gigantischen Schildbürgerstreich werden.

www.prewest.de

über 407 000 Zugriffe seit Februar 2007

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 16. 11. 2010

Die Stromnetze dürfen nicht zum Flaschenhals für die erneuerbaren Energien werden Es wird Zeit, dass die Protagonisten der „Nein-Bewegung“ endlich die Fakten zur Kenntnis nehmen

Die neue Netzstudie der Deutschen Energie Agentur (dena) wird Berichten zufolge einen Bedarf von 3600 Kilometern neuer Hochspannungsleitungen ausweisen. Kaum bekannt, werden die Zahlen der dena z. B. von der Naturschutzorganisation BUND schon bestritten. Hierzu und zur Notwendigkeit des raschen Netzausbaus erklärt der Stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Christian Ruck:

Wir gehen den Weg in das Zeitalter der regenerativen Energien. Dass dies den Aus- und Umbau der Stromnetze erfordert, ist mittlerweile Allgemeingut. Dass dies aber auch vielfältige Anstrengungen nach sich zieht und konstruktives Mitwirken aller Beteiligten, ist offensichtlich nicht in allen Köpfen angekommen. Erneuerbare Energien zu fordern, gleichzeitig an allem und jedem in puncto Netzausbau rumzukritteln und wo es nur geht, Sand ins Getriebe streuen, ist jedenfalls nicht konstruktiv. Lange Verzögerungen beim Netzausbau können wir uns nicht leisten, wenn wir das Ziel nicht gefährden wollen. Es wäre ein gigantischer Schildbürgerstreich, wenn wir mit viel Geld der Bürger die erneuerbaren Energien ausbauen und wenn dann die Netze zum Flaschenhals werden. Ein wachsender Teil unseres Stromes wird zukünftig aus dem Norden unseres Landes kommen. Besonders die Offshore-Windenergie wird hierzu beitragen, deren forcierter Ausbau eines der wichtigsten energie- und klimapolitischen Ziele ist. Dieser Strom muss abtransportiert und in die Hauptverbrauchszentren im Westen und Süden der Republik oder in Stromspeicher gebracht werden. Die Übertragungsnetze spielen beim Erreichen der energie- und klimapolitischen Ziele eine Schlüsselrolle. Die zunehmende Entwicklung dezentraler Stromerzeugung – etwa in Photovoltaik-Dachanlagen und aus Biomasse – muss sich ebenfalls in der Struktur der Netze niederschlagen. Das Energiekonzept der christlich-liberalen Koalition sieht deshalb eine ganze Reihe von Maßnahmen vor, die den Netzaus- und -umbau vorantreiben und beschleunigen. So wird unter anderem die Bundesregierung für das Übertragungsnetz einen Bundesnetzplan vorlegen, an dem die Länder und die anderen Beteiligten in einem gesetzlich geregelten und transparenten Verfahren frühzeitig beteiligt werden. Und auch die Mär, dass angeblich der Ausbau der erneuerbaren Energien durch hocheffiziente neue Kohlekraftwerke und durch die Verlängerung der Laufzeiten der Kernkraftwerke verzögert würde, wird nicht allein dadurch wahr, dass sie z. B. von BUND ständig wiederholt wird. Es gibt keinen Zielkonflikt. Mehrere Sachverständige haben dies bei der Anhörung im Bundestag zum Energiekonzept und zu den Energiegesetzen bestätigt, weil die erneuerbaren Energien wegen der gesetzlich vorgeschriebenen Einspeisegarantie immer vorrangig ans Netz gehen. Es wird Zeit, dass die Protagonisten der „Nein-Bewegung“ endlich die Fakten zur Kenntnis nehmen und die Notwendigkeiten einer modernen Industriegesellschaft anerkennen.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 23. 11. 2010

Ohne Netzausbau kein Ausbau erneuerbarer Energien Beschleunigte Genehmigungsverfahren ermöglichen

Die Deutsche Energie-Agentur hat heute die Netzstudie II vorgestellt. Dazu erklärt der Koordinator für Energiepolitik der CDU/CSU-Bundestagsfraktion Thomas Bareiß:

„Mit der von der Deutschen Energie-Agentur heute vorgestellten Netzstudie II bestätigt sich die Dringlichkeit des Ausbaus und der Optimierung unseres Stromnetzes. So müssen bis zum Jahr 2020 3.600 Kilometer Höchstspannungstrassen neu gebaut werden. Die Tatsache, dass von dem in der Netzstudie I

geforderten Ausbau von 850 Kilometern bis 2015 gerade einmal rund 90 Kilometer fertiggestellt wurden, sollte uns Warnung genug sein. Wenn wir in diesem Tempo fortfahren, wird uns der notwendige Ausbau nicht einmal in den nächsten 50 Jahren gelingen. Eine wichtige Aufgabe liegt daher unter anderem darin, beschleunigte Genehmigungsverfahren zu ermöglichen. Mit dem kürzlich verabschiedeten Energiekonzept haben wir diese und andere wichtige Punkte aufgegriffen, um den Anforderungen beim Stromnetzausbau gerecht zu werden. Wichtig ist auch, dass die Politik und die Energiewirtschaft gemeinsam für mehr Akzeptanz sorgen und darstellen, warum der Ausbau des Stromnetzes unumgänglich ist, wenn wir es ernst meinen mit dem Ausbau erneuerbarer Energien und unseren Klimaschutzzielen. Mit unserem Energiekonzept und den darauf aufbauenden Maßnahmen packen wir im Gegensatz zu Rot-Grün die energiepolitischen Herausforderungen wie den Netzausbau konsequent an. Denn ohne Netzausbau wird es keinen Ausbau erneuerbarer Energien geben. Dies hat die dena Netzstudie II unmissverständlich bestätigt.“

Hintergrund: Mit der Netzstudie II stellt die Deutsche Energie-Agentur dar, wie das deutsche Stromsystem bis zum Zeitraum 2020/2025 ausgebaut werden muss. Um der Integration des steigenden Anteils an Strom aus regenerativen Energiequellen ins Stromnetz gerecht zu werden, bedarf es sowohl eines Ausbaus als auch einer qualitativen Optimierung des Stromnetzes.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 23. 11. 2010

Netzausbau schnell, innovativ und buergerfreundlich gestalten

Zu der heutigen Vorstellung der dena-Netzstudie II erklärt der zuständige Berichterstatter fuer Erneuerbare Energien der SPD-Bundestagsfraktion Dirk Becker:

Ein Um- und Ausbau des deutschen Stromnetzes ist notwendig - nicht allein aufgrund des Ausbaus der Erneuerbaren Energien sondern auch aufgrund der staerkeren europaeischen Vernetzung, der Schaffung eines europaeischen Energieeinnenmarktes und der Integration in Bau befindlicher Grosskraftwerke.

Die Deutsche Energie-Agentur (dena) zeigt mit ihrer heute vorgestellten Netzstudie II den maximal noetigen Ausbaubedarf in Hoehe von rund 3600 Kilometer bis zum Jahre 2020 auf. Gleichzeitig kann dieser Ausbaubedarf aber durch die intelligente Verwendung, Verknuepfung und Kombination von neuen Technologien und Betriebsfuehrungsarten (Hochtemperaturleiterseile, Temperaturseile) auf ein Drittel des Bedarfs, also auf rund 1200 Kilometer, gesenkt werden. Durch den Einsatz von Erdkabeln kann die Akzeptanz in der Bevoelkerung und somit auch das Tempo beim Netzausbau erhoehet werden.

Im Rahmen der Anreizregulierung gilt es nun, Mittel zur Forschung und Entwicklung neuer Uebertragungstechnologien staerker in Ansatz bringen zu koennen, damit es fuer die Netzbetreiber Anreize zur Entwicklung und zum Einsatz innovativer Technologien gibt. Gleichzeitig muss der bisherige Auftrag der Bundesnetzagentur zur Kostenregulierung der Netze um den Aspekt des notwendigen Systemumbaus erweitert werden.

Die Bundesregierung muss sich schnellstmoeglich dem Thema Netzausbau und auch den damit zusammenhaengenden Fragen der Netz- und Systemintegration der Erneuerbaren Energien zuwenden, damit der Umbau unseres Energiesystems hin zu einer auf Erneuerbaren Energien basierenden Versorgung nicht durch den vermeintlichen „Flaschenhals des Netzbaus“ gebremst wird.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 7. 9. 2010

Gründung einer deutschen Rohstoffagentur ist wichtiges Signal an die Industrie Deutsche Unternehmen brauchen einen freien Zugang zu Rohstoffen

Zur Ankündigung des Bundeswirtschaftsministers Rainer Brüderle, eine deutsche Rohstoffagentur zu gründen, erklären der außenpolitische und der wirtschaftspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Philipp Mißfelder und Dr. Joachim Pfeiffer:

„Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion begrüßt ausdrücklich die heutige Ankündigung des Bundeswirtschaftsministers Rainer Brüderle, eine deutsche Rohstoffagentur zu gründen. Denn die Bundesrepublik Deutschland besitzt nicht die notwendigen Rohstoffquellen, um unsere exportorientierte Industrie zu versorgen, auf der ein wesentlicher Teil unseres wirtschaftlichen Erfolges beruht. Deshalb ist neben den bereits stark beachteten Fragen der Energiesicherheit auch die ausreichende Versorgung mit nichtenergetischen Rohstoffen eine zentrale Herausforderung für die Zukunft.

Deutsche Unternehmen brauchen einen freien Zugang zu Rohstoffen. Zwar ist die Rohstoffbeschaffung in erster Linie Aufgabe der Unternehmen, Deutschland und die EU müssen sich aber verstärkt dafür einsetzen, Handels- und Wettbewerbsverzerrungen bei Rohstoffen weltweit auf allen politisch sich bietenden Wegen entgegenzuwirken.

Die deutsche und europäische Politik sind jetzt gefordert, den eigenen Bedarf an strategischen Bodenschätzen zu definieren und gemeinsam mit der deutschen Rohstoffagentur eine gemeinsame Strategie zu entwickeln. Es ist unabdingbar, dass Deutschland als Exportnation seine Rohstoffinteressen wahr.

Darüber hinaus bedarf es zukünftig der öffentlichen Unterstützung eines direkten, strategischen Zugriffs deutscher Unternehmen auf wichtige Rohstoffe.“

Hintergrund: Alle Bedarfsprognosen zeigen, dass bei Rohstoffen wie Kupfer, Titan, Kobalt oder dem Leichtmetall Lithium, das unter anderem für Batterien in Elektroautos benötigt wird, der Bedarf bald das Angebot übersteigen wird. Die Versorgungsrisiken sind dabei gerade bei Hochtechnologiemetallen viel höher als bei den energetischen Ressourcen wie Öl und Gas. Das hat zum einen mit nur wenigen Lagerstätten dieser Metalle und zum anderen mit deren Vorkommen in instabilen Regionen zu tun.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 8. 12. 2010

Russland in die WTO Beitritt zur Welthandelsorganisation eröffnet neue Chancen für wirtschaftliche Entwicklung und Modernisierung

Die EU und Russland haben am Dienstag eine Vereinbarung unterzeichnet, die Hindernisse für einen Beitritt des Landes zur Welthandelsorganisation (WTO) ausräumt. Dazu erklärt der außenpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Philipp Mißfelder:

„Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion begrüßt die Einigung zwischen der EU und Russland. Das Abkommen über den Abbau von Handelshemmnissen, das EU-Präsident Herman van Rompuy, EU-Kommissionspräsident José Manuel Barroso und der russische Präsident Dmitri Medwedew vor ihrem Gipfeltreffen unterzeichnet haben, ebnet den Weg Russlands in die WTO.

Russland ist die größte Volkswirtschaft, die noch nicht Mitglied der Welthandelsorganisation ist. Wir unterstützen den Beitritt unseres strategischen Partners Russland: Er eröffnet neue Chancen für wirtschaftliche Entwicklung und Modernisierung.

GuT

G 58438

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

Am 26. November hat Ministerpräsident Wladimir Putin in Berlin mit seiner Idee einer europäisch-russischen Freihandelszone eine Zukunftsvision über den WTO-Beitritt hinaus präsentiert. Wir sollten diese Idee aufgreifen und schon heute daran arbeiten. Rechtssicherheit, Schutz geistigen Eigentums und Abbau bürokratischer Handelshemmnisse sind dabei unsere Herausforderungen.“

Hintergrund: Nach der Unterzeichnung des Abkommens könnte Russland schon 2011 der WTO beitreten. Im Oktober hatten bereits die USA grünes Licht für den Beitritt gegeben. In den ersten neun Monaten des Jahres 2010 war Russland nach den USA und China der drittgrößte Handelspartner der 27 EU-Länder.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 12. 8. 2010**

Vereinbarkeit von Familie und Beruf wichtiger denn je Umfrage der Bertelsmann Stiftung zur Frauenförderung

Anlässlich einer repräsentativen Umfrage der Bertelsmann Stiftung zur Frauenförderung erklärt die Stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Ingrid Fischbach MdB:

Die Ergebnisse der Umfrage, dass vor allem Frauen durch die Familie im Beruf benachteiligt sind, sind nicht neu, aber in dieser Deutlichkeit ein Alarmzeichen. Eine Gesellschaft, die auf die Fähigkeiten ihrer Bürger in der Arbeitswelt setzt, kann nicht hinnehmen, dass jede zweite Frau ihre beruflichen Karriere Wünsche wegen der eigenen Familie ändert oder ganz aufgibt. Kinder und Familie dürfen für Frauen kein Karrierehindernis darstellen. Insbesondere in Anbetracht der demographischen Entwicklung und des absehbaren Fachkräftemangels in der Wirtschaft müssen Hindernisse beseitigt werden. Dazu gehört ganz entscheidend die Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf - für Frauen und Männer. Der Ausbau der Kinderbetreuung spielt eine zentrale Rolle und muss weiter vorangetrieben werden. Deswegen ist es richtig, dass Bundesfamilienministerin Kristina Schröder trotz der erforderlichen Sparmaßnahmen an diesem Ziel hartnäckig festhält. Der Ausbau der Kinderbetreuung ist aber auch Aufgabe der Unternehmen. Nur so wird es möglich sein, dass Frauen ihr Potenzial im Berufsleben einbringen und sich nicht automatisch gegen Kinder entscheiden.

Hinw. d. Red.: Vgl. Pressemitteilung der SPD-Bundestagsfraktion vom 5. 5. 2009 „Vereinbarkeit von Familie und Dienst immer wichtiger fuer Attraktivitaet der Bundeswehr“ in GuT 2009, 153.

*Dokumentation,
Analyse, Entwicklung*

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

Abonnement Jahrgang 2011 159,43 EUR brutto.

Sonderpreise für zurückliegende Jahrgänge auf Anfrage
im Direktbezug vom Prewest Verlag

www.prewest.de info@prewest.de

www.gut-netzwerk.de

www.gmbbl.de

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH
Postfach 30 13 45, 53193 Bonn, Fax: 02 28 / 47 09 54

Die Einbanddecke GuT-Jahrgänge 2008–2009
Preis: 15,00 EUR inkl. Versand zzgl. 7% MwSt

Die drei Einbanddecken
2001–2003, 2004–2005, 2006–2007
Paketpreis: 40,00 EUR inkl. Versand zzgl. 7% MwSt
Einzelpreis je 15,00 EUR inkl. Versand zzgl. 7% MwSt

Die vier Einbanddecken
2001–2003, 2004–2005, 2006–2007, 2008–2009
Paketpreis: 50,00 EUR inkl. Versand zzgl. 7% MwSt
Lieferung solange vorrätig.

Bestellungen an
Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH
Postfach 30 13 45, 53193 Bonn
Tel 02 28 / 47 63 78, Fax 02 28 / 47 09 54, info@prewest.de



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