Gewerbemiete Und Teileigentum

Beiträge

K. E. Heinz: Der Vertrag

A. Merkel: Die Versöhnung Frankreichs mit Deutschland

A. Voßkuhle: Statements

Wirtschaft und Verbände

K. Schröder: Einführung eines Betreuungsgeldes

W. Schäuble: Finanzhilfen für Spanien

Gewerbemiete

Menschenwürdiges Existenzminimum (BVerfG)

Vertrag mit dem gewollten Vermieter (BGH)

Mietanpassungsklausel (BGH)

Berechtigtes Kündigungsinteresse der Kirche (BGH)

Maklervertrag; Internetanzeige (BGH)

Altrechtliche Markgenossenschaft (BGH)

Strafbarkeit wegen Bankrotts (BGH)

Teileigentum

Verpachtung an Hotelbetreiber (OLG München)

Umbau in Wohnungen (BGH)

Veräußerungsbeschränkung (KG)

Schallschutz vermieteter Eigentumswohnung (BGH)

Aufteilung einer Teileigentumseinheit (BGH)

Wettbewerb

D. Dingeldey: Internet – Umschau Juli 2012

Missbräuchliche Vertragsstrafe; Unionsrecht (BGH)

AGB-Sparkassen und AGB-Banken (BGH)

Besteuerung

Umsatzsteuer; Lieferung von Wasser (BGH)

Nutzungen aus angefochtener Steuerzahlung (BGH)

Magazin

6-7/12

12. Jahrgang
Heft 64
Juni/Juli 2012
S. 213–332
Erscheinungsort Bonn

Prewest • Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH • Bonn

Inhalt

Beiträge

K. E. Heinz,
Der Vertrag
Theorie des verabredeten Handelns **217**

A. Merkel,
Die Versöhnung Frankreichs mit Deutschland
Rede auf der Gedenkveranstaltung zum
50. Jahrestag der Versöhnungsmesse in Reims
am 8. Juli 2012 in Reims **226**

A. Voßkuhle,
Eröffnungsstatement zu den 12. Karlsruher
Verfassungsgesprächen:
„Repräsentative Demokratie und
Bürgerbeteiligung: wie direkt soll – und darf –
Partizipation im Rechtsstaat sein?“ **228**

A. Voßkuhle,
Eingangsstatement zur Urteilsverkündung in
den Verfahren „Negatives Stimmgewicht/
Überhangmandate“ am 25. Juli 2012
– 2 BvF 2/11, 2 BvR 2670/11, 2 BvE 9/11 – **229**

Wirtschaft und Verbände

K. Schröder,
Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines
Betreuungsgeldes
Rede vor dem Deutschen Bundestag
am 28. Juni 2012 in Berlin **230**

W. Schäuble,
Sicherung der Stabilität der Euro-Zone –
Finanzhilfen für Spanien
Regierungserklärung vor den Deutschen
Bundestag am 19. Juli 2012 in Berlin **231**

Gewerbemiete

Menschenrecht und Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums in Deutschland; Ausgestaltung existenzsichernder Leistungen (BVerfG Leits. u.a.) **231**

Bundeswahlgesetz; Überhangmandate; Zusatzmandate; negatives Stimmgewicht (BVerfG Leits. u.a.) **236**

Grundstücksmiete; Vertrag mit dem Grundstückseigentümer als dem übereinstimmend gewollten Vermieter; Zahlungsverzug in nicht entschuldigtem Rechtsirrtum (BGH) **238**

Gewerbemiete; Bootsanleger, Slipanlage und Wasserfläche; Bundeswasserstraße; Segelverein; Mietanpassungsklausel; Leistungsvorbehalt; Transparenzgebot; Leistungsbestimmungsrecht nach billigem Ermessen; Änderung ortsüblicher oder angemessener Miete; Kündigungsrecht des Mieters (BGH) **240**

Raummiete; Auslegung der Schönheitsreparatur-Klausel; flexibler Fristenplan; Transparenzgebot; Unklarheiten-Regel; Streichen der Türen (BGH) **244**

Raummiete; unwirksame Schönheitsreparaturklausel; Verjährung des Bereicherungsanspruchs des Mieters für gezahlten Abgeltungsbetrag; Wohnraum (BGH) **245**

Raummiete; Duldung vermieterseitiger Modernisierungsmaßnahmen; maßgeblicher (Wohnungs-)Zustand vor Modernisierung; Möglichkeit der Energieeinsparung; Ersatz Gasetagenheizung durch Gaszentralheizung (BGH) **246**

Schuldrechtsanpassung; Neue Bundesländer; Erholungsgrundstück; Nutzungsentgelt; Änderung des ortsüblichen Entgelts; Feststellung eindeutigen Betrags; richterliches Schätzungsermessen (BGH) **248**

Wohnraummiete; Mieterhöhung nach Modernisierung mit Mitteln aus öffentlichen Haushalten; Verständnismöglichkeit des durchschnittlichen Vertragspartners (BGH) **250**

Wohnungsbaugenossenschaft; Dauernutzungsvertrag; Wohnungsbindung; Kündigung bei Zahlungsrückstand nach Erhöhung der Kostenmiete; Kündigung gegenüber dem InsO-Treuhänder nach Freigabe- und Enthaftungserklärung; Auslegung einer AVB Formularklausel (BGH) **253**

Raummiete; Studentenwohnheim; Rechtsbegriff; Mieterschutz; Rotationssystem (BGH) **257**

Raummiete; gemischt genutztes Gebäude; Betriebskostenabschlag für Wohnraum; Abrechnungseinheit; Vorwegabzug für Gewerbeeinheiten (BGH) **258**

Wohnraummiete; Anpassung der Betriebskostenvorauszahlung (BGH) **259**

Impressum

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

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

Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreisliste 7/2011.

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

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

Erscheinungsweise: monatlich, darin 2-Monats-Doppelhefte nach Bedarf. Preise (unverbindlich empfohlen): Einzelheft 16,00 €, Doppelheft 25,00 €, jew. inkl. 7% MwSt. zzgl. Porto. Jahresabonnement: 159,43 € einschl. 9,– € Versand und 10,43 € MwSt, zahlbar zu Beginn des 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 Adressummeldung oder Nachsendeantrag bei der Post sind seit 1. 7. 2005 nicht ausreichend. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden.

Wohnraummiete; ordentliche Kündigung des Vermieters; berechtigtes Interesse der Kirche als Vermieter; Raumbedarf zur Erfüllung eigener Zwecke; berechtigtes Interesse juristischer Person des öffentlichen Rechts (BGH) **261**

Maklervertrag; Immobilienverwalter; Verkauf; eindeutiges Provisionsverlangen; Internetanzeige (BGH) **262**

Miete; Leihe; Arbeiten und Wohnen; Atelier; Wohnung und Grundstück; Grundstücksveräußerung; Bruchteilsgemeinschaft; Kündigung des Mietvertrags (BGH) **264**

Abgrenzung Leihe von Miete; Turnierpferd; Anspruch auf Preisgelder (BGH) **265**

Markwald; altrechtliche Markgenossenschaft; Markgenosse; Aufgebotsverfahren (BGH) **265**

Nutzungsrecht am Grundstück; vollständige Bezeichnung des einzutragenden dinglichen Rechts; „Nutzungsrecht“ an einer Wohnung (BGH) **266**

Gewerbemiete; Hotelgrundstück; Bürgschaft des Untermieters für Zahlungsverpflichtungen des Mieters; Auslegung eines Vergleichs aus Inanspruchnahme des Bürgen (BGH) **268**

Prozessrecht

– Rechtliches Gehör; Gewerbemiete; Mangel erforderlicher Stellplätze; Genehmigungsfähigkeit; Mangelkenntnis der Parteien (BGH) **270**

– Kosten des Rechtsstreits; Privatgutachten; „Waffengleichheit“; Raummiete; Mieterhöhung (BGH) **271**

– Ersatzzustellung; Postfach des Adressaten; Zustellungsvertreter; Zwangsversteigerungssache; Zuschlagsbeschwerde (BGH) **271**

– Mietsache; Raummiete; Anhörungsrüge; Fortführung des Verfahrens; reformatio in peius; Begründung des neuen Urteils durch Bezugnahme auf vorausgegangenes Urteil; Substantiierung von Mängeln im Prozess (BGH) **273**

– Rechtsbeschwerde; Zulassung durch den Einzelrichter über Kostenentscheidung nach Erledigung; Mietrechtsstreit (BGH) **274**

– Mietsache; Abstehen vom Urkundenprozess in der Berufungsinstanz; Mietrückstand; Mangel (BGH) **275**

– Räumungs- und Herausgabetitel des Zwangsverwalters gegen einen Mieter; Erteilung auf den Ersteher lautender vollstreckbarer Ausfertigung; Räumungstitel aus dem Zuschlagsbeschluss (BGH) **277**

– Insolvenzverfahren; Zwangsvollstreckungssachen für einzelne Insolvenzgläubiger; eidesstattliche Versicherung; Offenbarungseid (BGH) **278**

Strafbarkeit wegen Bankrotts; Tathandlung des GmbH-Geschäftsführers; Aufgabe der „Interessentheorie“ (BGH) **279**

Kurzfassungen / Leitsätze Gewerbemiete etc. **281**

Teileigentum

Teileigentümergemeinschaft und Verpächtergesellschaft; Publikumsgesellschaft; Beschlussfassungen; Mehrheitsprinzip; Verpachtung an einen Hotelbetreiber (OLG München) **283**

Teileigentum; Wohnungseigentum; Miteigentumsanteil mit zugeordnetem Sondernutzungsrecht; Duplexgarage; Grundbuchsache (BGH) **286**

Teileigentum; Umbau in Wohnungen unter Einbeziehung von Gemeinschaftsflächen und Sondernutzungsrechten; Änderung der sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft (BGH) **287**

Wohnungseigentümergemeinschaft; Bestellung des ersten Verwalters in der Teilungserklärung (KG) **290**

Wohnungseigentum; Sondereigentum; Veräußerungsbeschränkung, ausgenommen Verwandte in gerader Linie; Veräußerung an aus Verwandten als Gesellschaftern bestehende BGB-Gesellschaft (KG) **291**

Wohnungseigentum; Veräußerungsbeschränkung; Abkömmlinge; Erben; Grundbuch; Ausgliederung aufgrund Bescheinigung eines Notars (KG) **292**

Wohnungseigentumsanlage; Schallschutz; Trittschall; Fortgeltung der DIN 4109 bei Gebäudeerrichtung; Beibehaltung normüberschreitenden Schallschutzes bei Fußbodenveränderung; vermietete Eigentumswohnung (BGH) **292**

Teileigentum; Wohngeld-Kostenbefreiung in der Teilungserklärung; Abänderungsbeschluss; Beschlusskompetenz (BGH) **294**

Wohngeld-Haftung werdender Wohnungseigentümer; Erwerb vor Entstehen der Wohnungseigentümergemeinschaft; Auflassungsvormerkung; Abrechnungsspitze; rückständiges Hausgeld (BGH) **296**

Wohngeld; Verjährungsfrist des Zahlungsanspruchs auf Vorschüsse; Erwerberhaftung für rückständiges Wohngeld (BGH) **298**

Auswirkung fehlerhafter Jahresabrechnung auf Einzeljahresabrechnungen und Einzelwirtschaftspläne; Wohnungseigentümerbeschluss (BGH) **300**

Verwaltung der Wohnungseigentümer; Verjährung des Anspruchs auf ordnungsgemäße Verwaltung; Brandschutz; Feuertreppe (BGH) **303**

Verwaltung der Wohnungseigentümer; vollständige Erneuerung der Fenster als Sache der Gemeinschaft; Auslegung der Gemeinschaftsordnung (BGH) **304**

Verwaltung der Wohnungseigentümer; Sanierung eines Altbaus; Übernahme des Winterdienstes (BGH) **305**

Wohnungseigentum; Kopfstimmrecht bei nachträglicher Aufteilung eines Wohnungseigentums und Veräußerung an jeweilige Dritte; Verwalterzustimmung zu Teilveräußerungen (BGH) **306**

Wohnungseigentümerversammlung; Wohnungserbbaurecht; Stimmrechtsausübung durch mehrere Bevollmächtigte; Protokollierung und Protokoll-Unterzeichnungen gemäß Teilungserklärung (BGH) **308**

Verletzung von WEG-Verwalterpflichten; Verletzung des Bauvertrags; alternative Klagehäufung; Wohnungseigentumssache; Nichtzulassungsbeschwerde; Anhörungsrüge (BGH) **310**

Aufteilung einer Teileigentumseinheit; Wohnungseigentumssache; Nichtzulassungsbeschwerde (BGH) **310**

Teileigentum; Zwangsversteigerung; Hausgeldansprüche der Gemeinschaft; Verbrauch des Vorrechts der Zuordnung der Forderung zu Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG; Wohngeld-Zahlungen des Schuldners; Aufrücken weiterer Hausgeldansprüche von Rangklasse 5 in Rangklasse 2; Kostenentscheidung (BGH) **311**

Wettbewerb

D. Dingeldey, Internet – Umschau Juli 2012 **312**

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG; Anwendung auf GmbH-Geschäftsführer (BGH Leits. u.a.) **315**

Wettbewerb; missbräuchliche Vertragsstrafe; Unterlassungsanspruch; Abmahnung; Bestimmungen aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Marktverhaltensregelungen; Unionsrecht (BGH) **315**

Auslagenersatz des Bankkunden nach AGB-Sparkassen und AGB-Banken; Verbraucherschutz (BGH Leits. u.a.) **316**

Kurzfassungen / Leitsätze Wettbewerb etc. **317**

Deutscher Mietgerichtstag e.V.

Einladung zur Vortragsveranstaltung in Bonn am 21. September 2012 von 14:30 Uhr bis 18:00 Uhr

Ort:
Kameha Grand Hotel
Am Bonner Bogen 1 · 53227 Bonn-Oberkassel
Tel. 0228 / 4334 5000 · Fax 0228 / 4334 5005

Themen der Herbstveranstaltung 2012 des Deutschen Mietgerichtstags:

1. Minderungsausschluss bei Baulärm und anderen Emissionen aus der Nachbarschaft

Referent: Prof. Dr. Arnold Lehmann-Richter, Berlin

Bekanntlich mindert sich die Miete auch bei Umwelt- und Umfeldmängeln. Die Bemühungen, hier eine dogmatisch überzeugende Beschränkung vorzunehmen, sind schon sehr alt. In letzter Zeit häufen sich Entscheidungen, die einen Minderungsausschluss damit rechtfertigen, dass der Mieter mit Beeinträchtigungen durch Bautätigkeiten oder Biergärten pp. in einer innerstädtischen Lage rechnen muss, so dass sie zum vertragsgemäßen Zustand gehören. Es stellen sich die Fragen, ob dieser Ansatz zu einer angemessenen Risikoverteilung zwischen Vermieter und Mieter führt und ob es ggf. andere Kriterien gibt, die dogmatisch überzeugender sind.

2. Instandhaltung und Schönheitsreparaturen bei der Gewerberaummiete

Referent: Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht Dr. Walter Fallak, Wiesbaden

Der VIII. Zivilsenat des BGH hat bekanntlich inzwischen den größten Teil der bisher verwandten Schönheitsreparaturklauseln für unwirksam erklärt und beschäftigt sich vor allem mit der Rechtsfolgenseite. Der für die Gewerberaummiete zuständige XII. Zivilsenat hat in einer Entscheidung die Argumentation des VIII. Zivilsenats zur Unwirksamkeit der starren Fristenpläne übernommen. Aber kann man wirklich die Rechtsprechung zu den Schönheitsreparaturen in der Wohnraummiete eins zu eins auf die Geschäftsraummiete übertragen? Muss hier ggf. auch zwischen den einzelnen Marktteilnehmern differenziert werden, und welche Instandhaltungslasten kann der Vermieter in der Gewerberaummiete wirksam auf den Mieter abwälzen? Diese Fragen haben über die dogmatische Bedeutung hinaus eine immense wirtschaftliche Bedeutung.

Die Teilnahme an der Veranstaltung ist für Mitglieder des Deutschen Mietgerichtstags kostenlos.

Von Nichtmitgliedern wird ein Teilnahmebeitrag inkl. Pausengetränke und Abendessen von 50,– EUR erhoben.

Eine Anmeldung ist dringend zu empfehlen, da nur angemeldete Teilnehmer einen Anspruch auf Teilnahme haben.

Anmeldung per e-mail (anmeldung@mietgerichtstag.de) oder Fax 030/22323 46.

Ein kleines Zimmerkontingent im Tagungshaus ist reserviert. Übernachtungswünsche sind, bitte, unmittelbar mit dem Hotel abzustimnmen.

Bescheinigungen nach § 15 FAO für bis zu 3 Stunden können erteilt werden.

Fortsetzung Inhalt

Besteuerung

Umsatzsteuer; Lieferung von Wasser; Legen eines Hausanschlusses; Arbeiten an Wasseranschlüssen; ermäßigter Steuersatz (BGH) **318**

Herausgabe gezogener Nutzungen aus wirksam angefochtener Steuerzahlung; Fiskus (BGH) **320**

Kurzfassungen / Leitsätze Steuerrecht etc. **322**

Magazin

Politik und Recht **323**

Das Register 2010–2011 wird zusammen mit GuT Heft 65 ausgeliefert.

Einbanddecke GuT-Jahrgänge 2010-2011
Preis: 15,00 EUR inkl. Versand zzgl. 7%MwSt

Sonderpreise für GuT-Einbanddecken und zurückliegende Jahrgänge auf Anfrage.

Lieferung solange vorrätig. info@prewest.de

Dokumentation,
Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

Abonnement Jahrgang 2012 159,43 EUR brutto.

Sonderpreise für zurückliegende Jahrgänge auf Anfrage

im Direktbezug vom Prewest Verlag

Download Hefte Nrn. 1–63 und Register

kostenlos bei Besuch unserer Homepage möglich.

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

Gewerbemiete und Teileigentum
12. Jahrgang 2012 Zitat: GuT Heft 64 · Juni / Juli 2012

Dr. jur. utr. Karl Eckhart Heinz, Bonn

Der Vertrag

Theorie des verabredeten Handelns

Vertragliche Regelungen bilden nicht nur die Grundlage des sogenannten „Schuldrechts" und seiner unterschiedlichen Erscheinungsformen[1], sondern auch im Sachenrecht ist der Übergang des Eigentums und die Begründung des Besitzes[2] von vertraglichen Vorgängen abhängig, sowie im Familienrecht zumindest das „Verlöbnis"[3] und die Adoption[4] auf vertraglicher Basis beruhen. Die vielfältige Verwendung des Vertragskonzepts offenbart eine zentrale Bedeutung und sollte deshalb erwarten lassen, dass die Rechtswissenschaft über eine klare Definition des Vertrags verfügt. Dies ist jedoch ebensowenig der Fall, wie man vergeblich in Kodifikationen des Zivilrechts nach einer solchen Definition sucht; weder gibt dazu das deutsche *Bürgerliche Gesetzbuch* noch das österreichische *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch*, das schweizerische *Zivilgesetzbuch* eine Auskunft; der Vertragsbegriff wird jeweils vorausgesetzt oder – wie in art. 1101 des französischen *code civil* – einfach als „verpflichtende Vereinbarung" bezeichnet.

Das Vertragsrecht der modernen Gesetzbücher wurde aus verschiedenen Quellen entwickelt[5] und unterscheidet sich in seiner *grundsätzlichen Formfreiheit* wesentlich von dem formalen Prinzip, das im römischen Recht für die Klagbarkeit aus Verträgen als notwendig angesehen wurde[6]. Die „stipulatio"[7] verlangte die Verwendung eines bestimmten Wortlauts „spondesne" (versprichst du) als Aufforderung zu einer bestimmten Erklärung „spondeo" (ich verspreche), weshalb die Stipulation auch als „sponsio" bezeichnet wurde und die einseitige Verpflichtung des Versprechenden zur Folge hatte. Friedrich Carl von Savigny sah den Vorteil dieser Regel darin, dass einerseits eine klare Trennung zwischen vorbereitenden Verhandlungen und dem endgültigen Vertrag deutlich wurde, und andererseits die Förmlichkeit des Vertragsschlusses für ein Bewusstsein der Tragweite der im Vertrag eingegangenen Verpflichtung sorgte[8]. Das moderne Vertragsrecht enthält dagegen nur noch für bestimmte Verträge *Formvorschriften*[9], um übereilte Verpflichtungen zu verhindern. Im übrigen verlangt das moderne Vertragsrecht aber grundsätzlich immer noch *einander entsprechende Willenserklärungen* – „Angebot" und „Annahme" – oder einen allseits *übereinstimmenden Willen* der Vertragspartner – damit eine vertragliche Verpflichtung entstehen kann[10].

Die Ursache des Entstehens der Verpflichtung aus dem Willen der Vertragspartner darf auch heute – ungeachtet etwa der Regelungen des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs – nicht als geklärt betrachtet werden. Durch den übereinstimmenden Willen der Vertragspartner mag der Gegenstand des Vertrags präzisiert sein, der auch bestimmte Verhaltenserwartungen umfasst; hieraus ergibt sich jedoch nicht ohne weiteres, dass die Verhaltenserwartung eine *verbindliche Regel für das Verhalten des Verpflichteten* darstellt. Das Problem war noch bei der Redaktion des Bürgerlichen Gesetzbuchs streitig und wurde durch eine *normative* Entscheidung gelöst[11]; für das Verständnis der Sache selbst war damit nichts gewonnen, insbesondere konnte diese Entscheidung schwerlich als Ergebnis einer „Naturrechts"-Diskussion ausgegeben werden[12], die als Grundlage jeder vertraglichen Pflicht die *Selbstbindung des Schuldners* betrachtete[13].

Naturgesetze

Wenn das *Corpus Iuris Civilis* des römischen Kaisers Justinian ein *ius naturalis* einerseits und ein *ius gentis vel civilis* andererseits unterschied[14], trennte es die Welt der *Naturgesetze*, nach denen sich die unbelebten Gegenstände und die vom Instinkt abhängigen Kreaturen verhalten, von jener Welt, in der Menschen ihr Verhalten grundsätzlich unter Anwendung ihrer Vernunft und ihres Verstandes gestalten. *Ius naturalis* meint daher nicht etwa ein „Recht", das aus dem menschlichen Wesen – aus der „Natur des Menschen"[15] – oder aus einem göttlichen Auftrag[16] abgeleitet werden könnte, sondern es meint jene Gesetzmäßigkeit, deren Wirken in der Natur beobachtet und zur Errichtung *künstlicher Welten* benutzt werden kann. Solche Naturgesetze lassen sich in *mathematischen Formeln* erklären; die Veränderung einzelner Parameter dieser Formeln führt unmittelbar zur Änderung ihrer übrigen Parameter, sodass das Verhalten von Gegenständen, die den Naturgesetzen unterliegen, auch bei einer Änderung nur eines einzigen Parameters grundsätzlich vorhersehbar ist.

1) Karl Eckhart HEINZ Zur Typologie der persönlichen und der dinglichen Rechtsverhältnisse, RECHTSTHEORIE 2006, 360.
2) Karl Eckhart HEINZ Der Besitz als Rechtsverhältnis, in: *ders.* (Hrsg.) Holzwege der deutschen Zivilistik (Bonn 2008) S. 59.
3) Karl Eckhart HEINZ Das Verlöbnis, RECHTSTHEORIE 1996, 561.
4) Karl Eckhart HEINZ Liebe – Ehe – Familie. Theorie des gesamten Familienrechts (Brüssel o.J.) S. 132.
5) Klaus-Peter NANZ Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert (München 1985; zugl. Diss. Köln 1983) S. 1.
6) NANZ (FN 5) S. 5; Ulrike BABUSIAUX Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozess (München 2006; zugl. Diss. Saarbrücken 2004/2005).
7) NANZ (FN 5) S. 18.
8) NANZ (FN 5.) S. 197.
9) §§ 125 ff. BGB.
10) §§ 145 ff. BGB.
11) NANZ (FN 5) S. 199.
12) NANZ (FN 5) S. 198.
13) NANZ (FN 5) S. 140.
14) Inst. 2.
15) Johannes MESSNER Das Naturrecht (Innsbruck/Wien 1950) S. 52.
16) MESSNER (FN 15) S. 67.

Während Gegenstände der unbelebten Natur zumeist von äußeren Kräften beeinflusst werden – etwa der Schwerkraft, einem Gesteinsdruck oder einer radioaktiven Strahlung – sich aber auch etwa durch eigene Strahlung ändern können, unterliegen die Spezies der *Kreatur* ihren existentiellen Bedürfnissen ebenso wie ihren Begierden, womit sie in *Konkurrenz* zueinander treten, weil die Ressourcen zur Befriedigung dieser Bedürfnisse und Begierden begrenzt sind. Darüber hinaus stehen die meisten Spezies der Kreatur in einer *existentiellen Feindschaft* zu anderen Spezies der Kreatur, deren Verwertung sie zum Erhalt der eigenen Existenz zwingend benötigen und die sie deshalb zum Opfer ihres Handelns machen. In beiden Beziehungen setzt sich der Größere, der Kräftigere oder der Schnellere durch; Konkurrenten wie Feinde stehen somit in *hierarchischen Verhältnissen,* nach denen sich die *Geltung* der Naturgesetze richtet: der Größere oder Kräftigere schlägt den Kleineren, Schwächeren; der Langsamere entkommt nicht dem Schnelleren oder bleibt hinter dem Schnelleren in der Konkurrenz zurück[17]. Hier ist bei Kenntnis der Naturgesetze und bei Berücksichtigung des hierarchischen Verhältnisses das Ergebnis des Handelns der Konkurrenten oder Feinde ähnlich vorhersehbar wie das Verhalten von unbelebten Gegenständen, wenn nur die Parameter dieser Verhältnisse genügend bekannt sind. Solche Verhältnisse werden als „Kampf“ oder „Krieg“ bezeichnet; dabei behandeln die Beteiligten einander als *Objekte,* mit denen sie verfahren, als seien sie unbelebte Gegenstände.

Moral

Die Vorhersehbarkeit eventueller Folgen einer kriegerischen Auseinandersetzung erlaubt auch ein Abwägen des Risikos, das mit kriegerischen Maßnahmen gegen einen feindlichen Angriff verbunden ist. Der Schwächere kann einem Kampf ausweichen oder sich den Ansprüchen des Feindes unterwerfen und vermeidet damit einen Kampf, soweit dies mit seinen existentiellen Bedürfnissen vereinbar ist; in beiden Fällen behält er für den Angreifer einen Objektcharakter, an der Geltung der naturgesetzlichen Regeln zwischen ihnen ändert sich dadurch nichts.

Ist das Risiko eines Kampfes für alle Beteiligten vergleichbar hoch und vermeiden sie deshalb den Kampf, dann müssen sie ihr gegenseitiges Verhalten ändern, um nebeneinander bestehen zu können: sie müssen die Einflussbereiche der Gegner und deren Grenzen achten, womit sie ihre gegenseitigen Subjekt-Objekt-Beziehungen in *Subjekt-Subjekt-Beziehungen* verwandeln, das heißt, sie *anerkennen,* dass ihre Gegner in gleicher Weise wie sie selbst als *Subjekte* über ihre Einflussbereiche bestimmen und nicht länger als Objekte behandelt werden können. Am Verhältnis zwischen den Beteiligten hat sich hierdurch nichts geändert; soweit eine natürliche Ungleichheit zwischen ihnen besteht, die grundsätzlich einen Angriff des Stärkeren zulassen würde, wird diese Überlegenheit angesichts des erkannten Risikos nicht mehr genutzt. Daher gelten in der Subjekt-Subjekt-Beziehung auch nicht mehr die Regeln der Naturgesetze, wie in einer Subjekt-Objekt-Beziehung; zwar müssen sich die Regeln des Verhaltens zwischen den Beteiligten weiterhin an den tatsächlichen Kräfteverhältnissen orientieren – im Verhältnis der Beteiligten tritt nicht etwa eine „Gleichstellung“ ein[18] – doch das gegenseitige Verhalten wird nunmehr von Regeln bestimmt, die eine Provokation als Eingriff in den Einflussbereich eines anderen Beteiligten verhindern sollen. Solche Verhaltensregeln werden im Unterschied zu den Naturgesetzen als „Moralgesetze“ oder als „moralische Regeln“[19] bezeichnet.

Durch ihre gegenseitige Anerkennung als Subjekte bilden die Beteiligten eine (faktische) *Gemeinschaft des friedlichen Zusammenlebens,* die sie von ihren Feinden absondert. In dieser Gemeinschaft werden die Moralgesetze maßgebend für das gegenseitige Verhalten; sie erlangen hierdurch ihre „Geltung“[20].

Obgleich den Moralgesetzen ebenfalls jene tatsächlichen Verhältnisse zugrundeliegen, für die Naturgesetze gelten, beruht die Geltung der Moralgesetze zwar auch auf der naturgesetzlichen Gegebenheit der Kräfteverhältnisse zwischen den Beteiligten; der Zweck eines Moralgesetzes besteht jedoch nicht in der Verwirklichung der naturgesetzlichen Gegebenheiten, die lediglich als vorhanden angenommen werden, sondern im *Vermeiden von Streitigkeiten* zwischen den Beteiligten und damit in der *Aufrechterhaltung des Friedens* zwischen ihnen. Insofern folgen diese Gesetze zwar ebenfalls der mathematischen Logik, enthalten mit der Bestimmung ihres Zwecks jedoch einen weiteren Parameter, der eine *topische Richtung*[21] für das beabsichtigte Handeln angibt. Damit sind die zwischen den Teilnehmern einer Friedensordnung geltenden Verhaltensregeln nicht vom subjektiven Willen der Beteiligten abhängig, sondern dieser Wille muss sich an der unter Berücksichtigung des Friedensziels aus dem konkreten Verhältnis der Beteiligten zueinander *objektiv* herleitbaren Gesetzmäßigkeit ausrichten.

Hieraus ergibt sich, dass die Regeln der Moral keinen subjektiven[22], sondern einen *objektiven* Ursprung haben und insbesondere nicht der Ästhetik[23] zugerechnet werden können[24], dass sie ferner Schädigungen der eigenen Person wie fremder Personen vermeiden sollen und dadurch der Aufrechterhaltung der Friedensordnung dienen; ihre Grundlage ist nicht etwa das „Wesen des Menschen“[25], vielmehr das *Verhältnis zwischen Konkurrenten* (auch im Fall der eigenen Person), das friedlich gestaltet bleiben soll[26].

Damit stellen Moralgesetze *Produkte der menschlichen Vernunft* dar. Zwar lassen sich bei der übrigen Kreatur ähnliche Verhaltensformen beobachten, doch erscheint fraglich, ob auch sie dem Ziel friedlichen Zusammenlebens dienen oder ob sie lediglich Beschädigungen durch die Gewalt eines Stärkeren vermeiden sollen und insoweit auf einer sehr beschränkten Abwägung erlernter Risiken beruhen, ohne hieraus allgemeine Erkenntnisse für die Vorzüge moralischen Verhaltens zu gewinnen.

Solche Regeln können durch *Abstraktion*[27] aus der Lösung von einander ähnlichen konkreten Verhaltensfällen eine *allgemeine Form* annehmen und erhalten hierdurch den Charakter einer sogenannten „Sitte“ im menschlichen Zusammenleben. Es versteht sich, dass auch Regeln der Sitte anhand einer konkreten Ableitung aus der Friedlichkeit des Verhältnisses der Beteiligten stets objektiv überprüfbar sind.

Die sogenannte „bürgerliche Gesellschaft“ beruht daher auf Regeln von Moral und Sitte und stellt als „societas civilis“ keinen „Staat“[28] dar, sondern besteht aus *faktischen* (individualen

17) Karl Eckhart HEINZ Europäische Verfassung. Grundlinien einer allgemeinen Verfassungstheorie und Kritik des europäischen Verfassungsprojekts 2004 (Bonn 2005) S. 13.
18) Immanuel KANT Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (Königsberg 1797) § 46; Takahiro KIRIHARA Verbindung freier Personen. Zum Begriff der Gemeinschaft bei Kant und Scheler (Würzburg 2009; zugl. Diss. Frankfurt/Main 2005) S. 124.
19) Karl Eckhart HEINZ Moral und Recht im System der Philosophie, in: *ders.* (Hrsg.) Holzwege der deutschen Zivilistik (Bonn 2008) S. 198; ähnlich, wenn auch nicht ganz eindeutig, Wedig KOLSTER Eine Kritik der Wissenschaft aus der Anerkennung der Wahrnehmung als Wissen (Berlin 2011) S. 133, doch ist die Herkunft moralischer Regeln aus der „Emotion“ oder „emotionaler Bewertung“ – KOLSTER S. 127 – abzulehnen.
20) Karl Eckhart HEINZ „Geltung“ und „Verbindlichkeit“ im Bereich normativer Ordnungen, ARSP 1969, 355.
21) Theodor VIEHWEG Topik und Jurisprudenz (5. Aufl. 1974).
22) Immanuel KANT Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre (Königsberg 1797) Einleitung XII.
23) HEINZ (FN 19) S. 199.
24) KANT (FN 22) ebd.
25) Johannes MESSNER Das Naturrecht (Innsbruck/Wien 1950) S. 32; *ders.* Moderne Soziologie und scholastisches Naturrecht (Wien 1960) S. 27.
26) HEINZ (FN 19) ebd.
27) Karl Eckhart HEINZ Text und Paraphrase, in: Gerold UNGEHEUER e. a. (Hrsg.) Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen des Instituts für Kommunikationsforschung und Phonetik der Universität Bonn (IKP) (Hamburg 1973) S. 75.
28) KANT (FN 18) ebd.

oder kollektiven) Verhältnissen, in denen sich das *Eigentum* wie auch etwa *Ehe* und *Familie*[29] nach moralischen und sittlichen Regeln entwickeln[30].

Recht

Das Verhalten nach Regeln der Moral oder Sitte, das Übergriffe auf Einflussbereiche Anderer verhindern soll, unterdrückt nicht jene *Interessen*, die gegebenenfalls an bestimmten Teilen fremder Einflussbereiche bestehen. Diese regen die menschliche Vernunft an, nach Wegen zu suchen, auf denen solche Interessen befriedigt werden können, ohne die Regeln der Moralität zu verletzen. Ein solcher Weg ist das Angebot einer *Gegenleistung*, die ein größeres Interesse des Anderen als an dem Teil seines Einflussbereichs weckt und ihn zu einem *Leistungstausch* bewegt. Diese und vergleichbare Verhaltensweisen sind bekannt. Nicht bekannt sind dagegen die theoretischen Grundlagen, die einem solchen Leistungstausch *Dauerhaftigkeit* verleihen und dadurch den Frieden des menschlichen Zusammenlebens bewahren. Denn die Interessen der Beteiligten mögen durch den Leistungstausch befriedigt sein; dies bedeutet jedoch nicht, dass die Beteiligten das Interesse an ihren ursprünglich gehörenden Gegenständen aufgegeben haben und darauf verzichten, sich durch Gewalt wieder in den Gewahrsam der Gegenstände zu bringen, zumal wenn sie faktisch über entsprechende Fähigkeiten verfügen. Hinzu kommt, dass die ursprünglichen Einflussbereiche der Beteiligten moralisch geschützt waren und durch den *gewillkürten* Leistungstausch verändert wurden; deshalb fragt sich, ob solche willkürlich veränderten Einflussbereiche ebenfalls einen Schutz vor gewaltsamen Eingriffen genießen, und auf welche Weise dies geschehen kann.

Grundsätzlich unterliegen auch freiwillig aus dem Bereich Anderer erlangte Gegenstände dem Schutz, den eine nach moralischen Regeln handelnde Gemeinschaft bietet, denn diese Regeln machen keinen Unterschied zwischen Gegenständen, die aus eigener Kraft erlangt sind, und jenen Gegenständen, die im Wege eines Leistungstauschs erworben wurden. Normalerweise sind daher stets die Regeln der Moral in der Friedensordnung anzuwenden.

Etwas anderes gilt jedoch zwischen den Partnern eines Leistungstauschs, denn hier ist der Wille der Partner maßgebend für die Zuordnung eines Gegenstands zum Einflussbereich eines Subjekts. Diese Partner stehen daher in einer besonderen, nicht allein durch ihre gegenseitige Anerkennung bewirkten, sondern in einer von ihrem übereinstimmenden Willen geprägten Gemeinschaft. Die Regeln ihres – friedenswahrenden – Verhaltens orientieren sich daher auch nicht an dem objektiven Verhältnis zwischen ihnen und den Gegenständen ihres natürlichen Einflusses, sondern an dem subjektiven Verhältnis, das mit dem willentlichen Austausch von Leistungen zustandekam. Entscheidend ist hier nicht die Möglichkeit der Gewaltanwendung, um den Einflussbereich zu verteidigen, sondern die Auslegung des *Willens*, dessen Äußerung mit den Gegebenheiten des Einflussbereichs übereinstimmen muss, damit dieser „richtig" ist. Entsprechend der unterschiedlichen Herkunft dieser Verhaltensregeln spricht man hier auch nicht von *Regeln der Moral* oder *Moralgesetzen*, sondern von „Rechtsregeln" oder „Gesetzen des Rechts".

In Friedensordnungen entstehen Rechtsregeln daher durch Vereinbarungen, die als „Verträge" bezeichnet werden. Diese können bei Individualverträgen auf „einseitige" oder „gegenseitige" Leistungen gerichtet sein; bei Kollektivverträgen werden gemeinsame Ziele und die Art und Weise der zum Erreichen der Ziele erforderlichen Beiträge festgelegt. Der einseitige Vertrag gewährt grundsätzlich einem Partner einen *Leistungsanspruch*, dem eine *Leistungspflicht* des anderen Partners gegenübersteht, während der gegenseitige Vertrag Leistungsansprüche für beide Partner wie auch entsprechende Verpflichtungen enthält; insofern stellt der individuale Vertrag eine *Verfassung*[31] dar, die das natürliche Verhältnis zwischen den Beteiligten im Sinn einer gewillkürten – künstlichen – Hierarchie der Anspruchsseite gegenüber der verpflichteten Seite verändert, was beim gegenseitigen Vertrag eine reziproke Abhängigkeit der Beteiligten bedeutet. Ebenso stellt ein Kollektivvertrag eine – künstliche – Verfassung dar, mit der eine Ausrichtung der Beteiligten auf das gemeinsame Ziel erfolgt und zugleich eine hierarchische oder egalitäre Struktur zwischen den Beteiligten festgelegt wird[32]. Aufgrund der Künstlichkeit dieser Verfassungen wandelt sich insoweit die ursprüngliche natürliche Friedensgemeinschaft der Beteiligten in eine künstliche – *rechtliche* – Gemeinschaft.

Während ein Handeln nach Moralgesetzen nicht erzwungen werden darf, weil dieser Zwang einen Eingriff in die natürlichen Gegebenheiten der Einflussbereiche einer Friedensordnung bedeutet und damit die Friedensordnung stört – hier bleibt als Sanktion nur der Ausschluss des Störers aus der Friedensgemeinschaft – dürfen Rechtsregeln zwangsweise durchgesetzt werden, denn jedes Verhalten entgegen einem verbindlich geäußerten Vertragswillen stört die Friedensordnung, sodass die Durchsetzung der Rechtsregel eines Vertrags der Herstellung der Friedensordnung dient. Dies betrifft auch die sogenannten „Leistungsstörungen"[33] und deren Folgen. Freilich muss festgestellt sein, ob und inwieweit die Rechtsregel im konkreten Fall „gilt". Die Geltung der Rechtsregel bestimmt also deren Durchsetzbarkeit, und der „Sanktion eines öffentlichen Gesetzes"[34] bedarf es dafür nicht.

Vertragsschluss

Die Geltung einer vertraglichen Rechtsregel tritt grundsätzlich ein, wenn das *Angebot* für eine willentliche Verpflichtung durch einen Vertragspartner *angenommen* wird. Falls das Angebot von einer Gegenleistung abhängig ist, muss der Annehmende die Gegenleistung anbieten, mit deren Annahme die Verpflichtungen beider Vertragspartner entstehen. Denn die Annahme des Angebots bedeutet jeweils eine Unterwerfung unter den Willen des Vertragspartners im Wege einer künstlichen hierarchischen Verfassung des Verhältnisses zwischen den Vertragspartnern und verschafft Ansprüchen bis zur Höhe des Angebots die *rechtliche Geltung.*

Hieraus folgt, dass eine Übereinstimmung zwischen den Willensäußerungen von Angebot und Annahme nicht genügt, um diese künstliche Verfassung hervorzubringen. Vielmehr muss vor allem der zur Unterwerfung bereite Anbieter *seine Unterwerfung ausdrücklich bekunden*, was in der römischen Stipulation durch den Gebrauch der bestimmten Formel „spondeo" geschah und noch heute etwa beim ländlichen Viehkauf mit dem Ritual des „Handschlags" verbunden ist.

Vermutlich fordert das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch allein deshalb für den Übergang des Eigentums an einem Ge-

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

30) Diese Konzepte gehören daher auch nicht in eine „Rechtslehre", wie KANT (FN 18) §§ 1 ff., 24 ff. annimmt. Ebensowenig vertrauenswürdig ist aber Georg Wilhelm Friedrich HEGEL Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse (Berlin 1821) mit der Behauptung, dass kollektive Strukturen individuale Strukturen an Wert übertreffen. Hegel erkennt zwar, dass das Verhältnis der *Liebe* zwischen Ehepartnern – oder zwischen Eltern und ihren Kindern – moralisch („sittlich"?) geregelt ist (aber – entgegen Hegel § 75 – auch *rechtlich* durch das „Verlöbnis" geregelt werden kann; Karl Eckhart HEINZ Das Verlöbnis, RECHTSTHEORIE 1996, 561), doch dürfen diese – kollektiven! – Verhältnisse nicht mit den *individualen* Verhältnissen „Ehe" oder „Familie" verwechselt werden. Ehe und Familie gehören vielmehr zur *bürgerlichen Gesellschaft* und richten sich als *absolute moralische Verhältnisse* (wie das *Eigentum*) gegen sogenannte „Drittstörer" – HEINZ (FN 29) ebd. – was Hegel (ebenso wie auch Kant) nicht versteht. Zwischen Recht, Moralität und Sittlichkeit gibt es jedenfalls keinen Zusammenhang einer aufsteigenden, läuternden Entwicklung, an deren Spitze etwa das Kollektiv „Staat" steht; Hegels eigensinnige Verwendung der Begriffe „Recht", „Moral" und „Sitte" ist aus rechtstheoretischer Sicht nicht nachvollziehbar.

31) HEINZ (FN 17) S. 19.

32) HEINZ (FN 17) S. 27.

33) Ulrich HUBER Leistungsstörungen, Bde. I und II (München 1999).

34) KANT (FN 18) § 44.

genstand außer der vertraglichen „Einigung“ auch die „Übergabe“ des Gegenstands an den Erwerber (§ 929 BGB). Die deutsche Zivilrechtsdogmatik unterscheidet daher einen „schuldrechtlichen“ und einen „sachenrechtlichen“ Vertrag: ersterer enthalte die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums, letzterer führe zum Übergang des Eigentums. Der französische Code civil kennt dagegen keine solche Trennung; hier wird angenommen, dass das Eigentum bereits mit dem Inkrafttreten des Vertrags auf den Erwerber übergeht[35].

Wenn aber der Schutz des Eigentums bereits ein Ergebnis der errichteten Friedensordnung ist und das Eigentum keineswegs ein „absolutes Recht“ darstellt[36], dann bedarf eine vertragliche Verfügung über Eigentum keiner besonderen Maßnahme im Vergleich mit Verfügungen über andere Werte, wie etwa über Arbeitskraft oder wissenschaftliche Erkenntnis. Das heißt, auf die dogmatische Annahme eines zusätzlichen „sachenrechtlichen Vertrags“ kann überhaupt verzichtet werden[37]. Lässt sich damit über Eigentum bereits im Wege des „schuldrechtlichen Vertrags“ verfügen, so muss zwischen einem schuldrechtlichen und einem sachenrechtlichen Vertrag nicht mehr unterschieden werden; auf den Begriff des „schuldrechtlichen Vertrags“ kann also ebenfalls verzichtet werden.

Wenn das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch für den „Eigentumsübergang“ neben dem Vertrag („Auflassung“) auch eine „Eintragung in das Grundbuch“ verlangt (§ 873 BGB), so wird hier der Umstand berücksichtigt, dass Grund und Boden stets *Eigentum des Staates* sind und daher überhaupt nur ein „Grundbesitz“ – das heißt: eine vom Staat *abgeleitete* Rechtslage – möglich ist[38]. Es versteht sich, dass der Staat deshalb über jeden Wechsel des Besitzes am Grundstück informiert werden muss. Fraglich erscheint allerdings, ob der Staat darüber hinaus verlangen kann, auch über „Belastungen des Grundstücks mit einem Recht“ oder gar über die Belastung solcher Rechte informiert zu werden, ungeachtet, dass solche Einträge im Grundbuch für den Verkehr mit Grundstücken nützlich sind. Auch dies stützt also nicht die notwendige Dogmatik einer besonderen „sachenrechtlichen Vereinbarung“.

Es bleibt aber das Problem, dass der Entschluss zur Vertragsbindung für den Vertragspartner verlässlich erkennbar sein muss. Im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch – das grundsätzlich keine auf dem Willen eines Gesetzgebers beruhende „Normen“, sondern *Regulative,* nämlich rechtswissenschaftliche und judizielle Erkenntnisse, geordnet zusammenfassen sollte[39] – sind deshalb eindeutige *Kriterien* anzugeben, nach denen das *Inkrafttreten eines Vertrags* beurteilt werden kann; jene allgemeine Regel, die noch der Erste Entwurf des BGB enthielt[40], genügt hierfür allerdings nicht.

Kollektivvertrag

Besteht das Wesen des Vertrags im Entwickeln einer *künstlichen Verfassung* zwischen zwei oder mehreren Personen, so führt eine Individualverfassung stets zu einer hierarchischen, durch die Formulierung konkreter „Ansprüche“ sachlich oder zeitlich begrenzten Ordnung zwischen den Beteiligten, die insoweit eine natürlich zwischen ihnen bestehende Ordnung *verändern.* Die individualen Ziele dieser Verfassung werden als „Geschäftsgrundlage“ des Vertrags bezeichnet.

Im Fall einer *Kollektivverfassung* sollen die Beteiligten dagegen für *gemeinsame Leistungen* auf das Erreichen *gemeinsamer* Ziele ausgerichtet werden, die kontinuierlich Entscheidungen hinsichtlich des gemeinsamen Handelns sowie hinsichtlich der Beiträge der Beteiligten zum Erreichen der Ziele erfordern. Das Kollektiv kann hierarchisch oder egalitär geordnet sein; bei einer hierarchischen Ordnung obliegen die Handlungsentscheidungen für das Kollektiv dem „Haupt“ der Hierarchie, während in einer egalitären Ordnung die Beteiligten *gemeinsam* ihre Handlungsentscheidungen treffen müssen.

Ist eine größere Zahl von Beteiligten in einem Kollektiv vorhanden, so leidet die Effektivität der Entscheidungsfindung durch die Vielzahl der Entscheidungsfinder. Die Befugnis zur Entscheidungsfindung kann dann einem Einzelnen oder einer ausgewählten Gruppe der Beteiligten übertragen werden, die entweder ein „Mandat“ oder eine „delegierte Aufgabe“ erhalten. Mandatsträger dürfen Entscheidungen eigenständig finden, sie müssen sich aber gegenüber ihren Befugnisgebern nach Beendigung des Mandats *verantworten;* delegierte Aufgabenträger bleiben unter der *Kontrolle ihrer Befugnisgeber* und können daher nur begrenzt nach eigenem Willen handeln[41]. In beiden Fällen handelt es sich um *sekundäre* Befugnisse, die von den Entscheidungsbefugnissen der Gründer des Kollektivs *abgeleitet* sind und in der Hand des Mandats- oder Aufgabenträgers *konzentrieren.* Zwischen ihm und den Gründern des Kollektivs entstehen also neue Verfassungen, die dieses Verhältnis entweder *individual* (so im Fall des Mandats) oder *kollektiv* (so bei der Delegation) ordnen[42].

Ein Beispiel für die mandative Entscheidungsfindung bildet der *Verein,* dessen „Vorstand“ den Vereinsmitgliedern seinen Willen aufzwingen kann, am Ende seiner Amtszeit jedoch zur Verantwortung für sein Handeln gezogen wird[43]; eine delegative Entscheidungsfindung zeigt dagegen die *Gesellschaft bürgerlichen Rechts,* wenn ein „Geschäftsführer“ bestellt ist[44].

Herrschaftsvertrag

Die vertragliche Herkunft der Herrschaftsverhältnisses wird erstmals von *Thomas Hobbes* in seiner Schrift „Leviathan“ dargestellt und als eine Vereinbarung zwischen der – vertraglich geschaffenen – „Gesellschaft der Bürger“ und dem „Herrscher“ beschrieben, um den Bürgern gegenüber Feinden einen Schutz zu bieten; somit handelt es sich hierbei um ein *kollektives Verhältnis.* Wäre jedoch Herrschaft als eine – mandativ oder delegativ – abgeleitete Form der Befugnisübertragung zu betrachten, so könnte sie keinesfalls jene *absolute Wirkung* entfalten, die mit dem Begriff der Herrschaft untrennbar verbunden ist. Herrschaft kann also nur in der Form der *hierarchischen Vertragsordnung* entstehen, die zwischen dem Herrscher und jedem einzelnen „Untertanen“ – oder auch zwischen dem Herrscher und einem Untertanenverband – vereinbart wird. Somit ist Herrschaft ihrem Wesen nach „absolut“, weil hierarchische Häupter weder zur Verantwortung gezogen werden können noch einer Kontrolle unterliegen[45].

Gleichwohl gewährt auch Herrschaft keine unbegrenzten Befugnisse gegenüber Untertanen; die Kritik der „Monarchomachen“[46] war daher grundsätzlich berechtigt, auch wenn sie nicht theoretisch begründet werden konnte. Dass sich die Grenzen der Herrschaftsbefugnis aus der *Moralität des Herrschaftshan-*

35) Art. 1138, 1385 C.civ. Harm Peter WESTERMANN Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht (1976) S. 10; Karl Eckhart HEINZ Der Besitz, in: *ders.* (Hrsg.) Inhaberschaft – Eigentum – Besitz. Gesammelte Schriften zur Theorie von Gewahrsam, Eigentum und Besitz an Sachen und Informationen einschließlich Patent- und Urheberrecht (Bonn 2003) S. 211.
36) HEINZ (FN 29) ebd.
37) HEINZ (FN 29) ebd.
38) Karl Eckhart HEINZ Das private „Eigentum an Grundstücken“ als öffentlichrechtliches Verhältnis, GuT 2011, 375.
39) Karl Eckhart HEINZ Ursprung und Entwicklung des Zivilrechts, GuT 2011, 129.
40) NANZ (FN 5) S. 201.
41) Karl Eckhart HEINZ Delegation und Mandat. Eine rechts- und verfassungstheoretische Untersuchung, STAAT 1997, 495.
42) HEINZ (FN 41) ebd.
43) Die Vereinsstruktur entspricht also keineswegs einer „Herrschaft“; irrig daher HEINZ (FN 17) S. 90.
44) Karl Eckhart HEINZ Die Partnerschaftsgesellschaft und ihre Haftungsregeln, ZRSoz 1998, 73.
45) Irrtümlich wurde Herrschaft noch als auf einem Mandat beruhend angenommen; HEINZ (FN 17) S. 90. – Zu erinnern ist, dass der „Kaiser“ des Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation grundsätzlich unter der Kontrolle des *Reichstags* stand und insofern keine Herrschaftsbefugnisse im Reich besaß; Karl Eckhart HEINZ Kaiser und Reich. Über die Verfassungsform des Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation, in: *ders.* (Hrsg.) Erläuterung und Kritik deutscher Staatsordnung (Bonn 2008) S. 7.
46) Günter STRICKER Das politische Denken der Monarchomachen. Ein Beitrag zur Geschichte der politischen Ideen im 16. Jahrhundert (Diss. Heidelberg 1967).

delns herleiten[47], sollte ebenso naheliegen wie der Schluss aus dieser Erkenntnis, dass das Überschreiten dieser moralischen Grenzen einen *Widerstand* der Untertanen rechtfertigt. Denn auch der Herrschaftsvertrag steht ausdrücklich oder konkludent unter einer Bedingung: dass der Herrscher die existentiellen Werte der Untertanen achtet; ein Eingriff in diese Werte verletzt deshalb die Geschäftsgrundlage des Herrschaftsvertrags, das Verhältnis zwischen Herrscher und Untertan beruht danach wieder auf der ursprünglichen *Friedensordnung* oder – wenn der Herrscher zu Zwangsmaßnahmen greift – wieder auf dem natürlichen Verhältnis der *Gewaltausübung*, das zwar kein „Widerstandsrecht" begründet – die Gewaltausübung erfolgt nicht in einer Rechtsordnung, sondern in der Ordnung *faktischer* Kräfte – doch der Widerstand wird durch das Gewaltverhalten des Herrschers provoziert und ist infolge der Verletzung der Friedensordnung *moralisch* legitimiert.

Die antike griechische Staatsphilosophie betrachtete drei unterschiedliche Herrschaftsformen, nämlich die „Monarchie" als Herrschaft eines *Einzelnen*, die „Aristokratie" als gemeinsame Herrschaft der *Besten* und die „Demokratie" als Herrschaft der *Mehrheit* aller Beteiligten. Es erhellt, dass die sogenannten „Repräsentativdemokratien" zum Modell der *Aristokratie* gehören – zumeist einer Aristokratie der *politischen Parteien* – und nicht dem Modell der Demokratie zugerechnet werden können; das „Staatsvolk" nimmt an der politischen Entscheidungsfindung in der „Repräsentativdemokratie" grundsätzlich nicht teil[48]. Politische *Demonstrationen des Staatsvolks* gegen Entscheidungen der Herrschaft sind *unzulässig*, weil sie die Herrschaftsträger beeinflussen sollen und dem Staatsvolk eine Teilhabe am politischen Entscheidungsprozess ermöglichen, die auch in der Repräsentativdemokratie ausgeschlossen ist; berühren politische Entscheidungen der Herrschaftsträger *existentielle Werte* von Bürgern – deren „Grundrechte"[49] – so muss dies in der Friedensordnung eines Rechtsstaats *gerichtlich* überprüft werden können, um eine gewaltmäßige Auseinandersetzung zu vermeiden[50].

Gesellschafts- oder Unionsvertrag

Im Vergleich mit der Entscheidungsfindung in einem – hierarchischen – Herrschaftsvertrag sind Entscheidungen in *egalitären Kollektiven* sehr viel schwieriger herbeizuführen, weil die Beteiligten sämtlich der Entscheidung zustimmen müssen. Insofern können gemeinsame Ziele nur dann in einer egalitären Kollektivität erfolgreich verwirklicht werden, wenn der Kreis der Teilnehmer überschaubar ist. Solche egalitären Systeme, die als „Gesellschaft" oder „Union" bezeichnet werden, sind für staatliche Bedürfnisse einer größeren Bürgerschaft grundsätzlich ungeeignet[51]. Für Kollektive aber, deren Teilnehmer *Staaten* sind, bieten sie sich an, weil sie dem staatlichen Bedürfnis nach formaler Gleichstellung entgegenkommen und den Beteiligten einen unmittelbaren Einfluss auf die Entscheidungsfindung gewähren.

Aus diesem unmittelbaren Einfluss entstehen allerdings auch die Probleme des Gesellschafts- oder Unionsvertrags, denn wenn jeder Beteiligte einen Entscheidungsvorschlag machen kann, ist eine Wahl unter verschiedenen Vorschlägen ohnehin schwierig, und noch schwieriger ist eine eventuelle Verbindung von Vorschlägen, deren Verwirklichung ihre Urheber eifersüchtig beanspruchen. Die Entscheidungsfindung in einer solchen Gesellschaft ist daher langwierig, falls sie überhaupt zu einem Ergebnis gelangt.

Diese Probleme lassen sich zwar dadurch verringern, dass die Vorbereitung und Bearbeitung von Entscheidungsvorschlägen einer Hilfseinrichtung – „Sekretariat", „Stab"[52] – übertragen wird; weil eine solche Einrichtung aber keine Entscheidungsbefugnis besitzen kann – die bei den Gesellschaftern verbleibt – bestehen diese Probleme grundsätzlich weiter.

Hinzu kommt, dass eine Gesellschaft nur durch alle ihre Mitglieder *gemeinsam handeln* kann und deshalb gegenüber Dritten – mangels einer organisatorischen Gliederung – nicht als handlungsfähige *Einheit* – nämlich als „Person"[53] – in Erscheinung tritt, wodurch auch der Verkehr mit Dritten umständlich und wegen der erforderlichen Abstimmung der Mitglieder untereinander behindert ist, es sei denn, die Mitglieder einigen sich, dass ein gemeinsamer *Vertreter* oder *Bevollmächtigter*[54] ihre Interessen gegenüber Dritten wahrnimmt[55].

Festzuhalten ist, dass die einfache Form der Gesellschaft zwar das Bedürfnis nach einem unbegrenzten Einfluss der Mitglieder bei der Verfolgung gemeinsamer Ziele befriedigt, dies aber mit einer geringen Effektivität des Einsatzes gemeinsamer Kräfte bezahlt werden muss.

Föderations- und Gemeinschaftsvertrag

Eine Gesellschaftsverfassung zwischen *Staaten* wird als „Staatenbund" oder „Konföderation" bezeichnet. Während diese beiden Begriffe durch Abgrenzung gegenüber „Bundesstaat" oder „Föderation" scheinbare Alternativen bilden[56], trifft dies auf den Begriff „Union" nicht zu, der sowohl als Bezeichnung eines *Bundesstaats* – „United States of America" – wie auch als Bezeichnung eines *Staatenbundes* verwendet wird, etwa im Namen der „Europäischen Union" nach dem 1992 vereinbarten *Vertrag von Maastricht*. Auch heute ist deshalb immer noch unklar, welche Verfassungsform bei der „Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik" sowie bei der „Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres" der Europäischen Union tatsächlich vorliegt, die sich offenbar von der Verfassung der „Europäischen Gemeinschaft", insbesondere von den Verfassungen der *Romverträge* aus dem Jahre 1957, unterscheidet. Die formalen Änderungen durch den *Vertrag von Lissabon* haben hieran nichts geändert, denn dieser übertrug der Europäischen Union keine mitgliedstaatlichen Befugnisse, vor allem nicht auf dem Gebiet der Außen- und Sicherheitspolitik[57].

Nachdem die Gesellschaftsverfassung nur eine geringe Effektivität für gemeinsames Handeln entfaltet, sollten künftig alternative Verfassungsmodelle zur Verbesserung der Strukturen der Europäischen Union geprüft werden, hinsichtlich des Staatenbunds also etwa die Verfassung eines „Bundesstaats". Allerdings ist dies schwierig, weil eine *Theorie des Bundesstaats* bisher nicht entwickelt wurde und deshalb nur real existierende Bundesstaaten als Beispiele für eine Untersuchung herangezogen werden können. Hier bieten sich der deutsche und der belgische Bundesstaat an, weil sie entgegengesetzte Modelle verwirklichen: der deutsche Bundesstaat entstand als Staatswesen auf der Grundlage des Staatsgebiets und der Staatsbürger der (west-) deutschen Länder, und er erhielt von diesen Ländern Befugnisse, die selbständig vom Bund ausgeübt werden sollen,

---

47) Karl Eckhart HEINZ Über den Charakter von „Grundrechten" und „Menschenrechten" – ihr Verhältnis zu den Statusgewährungen in den Europäischen Gemeinschaften, DöV 1978, 398.

48) Karl Eckhart HEINZ Demokratie, Föderalismus und die europäische Gemeinschaftsordnung. Die ideologischen Fehler der deutschen Europapolitik, GuT 2009, 374.

49) HEINZ (FN 47) ebd.

50) Etwa durch die „Verfassungsbeschwerde" zum Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 93 Abs. 1 Ziff. 4a GG.

51) Jene Kantone in der Schweiz, in denen die Bürger unmittelbar über gemeinsame Belange abstimmen, stellen keine Gesellschaften dar, sondern sind als (hierarchische) Herrschaftssysteme vom Typus der *Demokratie* zu verstehen, in der jeweils die *Mehrheit* entscheidet.

52) Erich KOSIOL Organisation der Unternehmung (2. durchges. Aufl. 1976) S. 134.

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

54) Karl Eckhart HEINZ Vertretung und Vollmacht aus rechtstheoretischer Sicht, RECHTSTHEORIE 2003, 519.

55) Geht man davon aus, dass der *Deutsche Bund* (1815/1820 – 1866) eine Staatengesellschaft oder Staatenunion darstellte, in der die Präsidialmacht Österreich die Funktion eines „Geschäftsführers" wahrnahm, dann stellte der Deutsche Bund eine arbeitsteilige Struktur (mit „Kopf" und „Gliedern") dar, besaß „Persönlichkeit" und – mit der Anerkennung durch andere Staaten – auch „Subjektivität" und damit *Völkerrechtsfähigkeit*. Diplomaten fremder Staaten konnten daher beim Deutschen Bund akkreditiert sein.

56) HEINZ (FN 17) S. 152.

57) Karl Eckhart HEINZ Die Stellung des Hohen Vertreters der Europäischen Union für Außen- und Sicherheitspolitik (Veröffentlichung in Vorbereitung).

also *mandative* Befugnisse darstellen; dagegen übertrug in Belgien der Zentralstaat des Königreichs seinen Regionen und Gemeinschaften Befugnisse, für die sie „autonom" sind, also ebenfalls *mandative* Befugnisse verantwortlich ausüben. In Deutschland besteht der Zentralstaat daher aus dem Kollektiv der „Bundesbürger", während anzunehmen ist, dass in Belgien heute die Regionen – die einst organisatorische Untergliederungen des Zentralstaats waren – ebenso wie die Sprachgemeinschaften *Kollektive ihrer Bürger* bilden.

Unklar ist, ob der deutsche Bundesstaat in einem Individual- oder einem Kollektivvertrag der Länder entstand. Wie erinnerlich wurde der Staat des Deutschen Grundgesetzes im Jahre 1949 mit *Mehrheit der Länder* gegründet, was einen (demokratischen) *Kollektivvertrag* zwingend voraussetzt[58]; auf welche Weise dieser Vertrag – der keine formalen Bedingungen erfüllen musste – vereinbart wurde, ist als rechtshistorische Frage hier nicht zu untersuchen. Jedenfalls traten die „Neuen Bundesländer" im Jahre 1990 *dieser Kollektivität der deutschen Länder bei,* durchaus nicht etwa dem Staat „Bundesrepublik Deutschland", dem sie lediglich die gleichen Befugnisse wie die alten Bundesländer übertrugen. Weil diese Befugnisse aber als *Mandate* zu betrachten sind – die Gesetzgebung des Bundesstaats kann von den Ländern grundsätzlich nicht verhindert werden – wird die Teilhabe der Bundesländer hieran anders zu interpretieren sein als eine (delegative) „Kontrolle": etwa als sinnvolle Rücksichtnahme auf Bedürfnisse der Länder, die normalerweise die Gesetzgebung des Bundesstaats ausführen sollen; dies erlaubt auch hier die Anwendung des *Mehrheitsprinzips* in der Kollektivität der Bundesländer. Im übrigen versteht es sich, dass der Bundesstaat gegenüber den Ländern für das Handeln im Rahmen seiner Mandate *verantwortlich* ist[59].

Dass es bisher auch nicht gelungen ist, eine Theorie der „Supranationalen Gemeinschaft" zu entwickeln, zeigt die Mängel des Instrumentariums der herrschenden Verfassungslehre. Wenn der *Staatenbund* eine „Gesellschaft mehrerer Staaten" (mit oder ohne Geschäftsführung), der (zentralisierende) *Bundesstaat* aber einen *einheitlichen Staat* darstellt, dem in begrenztem Umfang Befugnisse von „Ländern" – ebenfalls *Staaten* – aufgrund eines zwischen ihnen begründeten Staatenbunds übertragen wurden, dann macht die Erklärung der Supranationalen Gemeinschaft als „Staatenverbund" – angeblich als Stufe einer „Entwicklung" zwischen dem Staatenbund und dem (zentralisierendem) Bundesstaat[60] – wenig Sinn.

Ebenso wie in einem zentralisierenden Bundesstaat (Deutschland) die Länder sich gegenseitig individual oder kollektiv verpflichten, dem Bundesstaat bestimmte Befugnisse zu übertragen, wird auch in der Supranationalen Gemeinschaft zunächst nur davon auszugehen sein, dass die Mitgliedstaaten gegenseitig verpflichtet sind, der Supranationalen Gemeinschaft bestimmte Befugnisse hinsichtlich ihres Staatsgebiets und hinsichtlich ihrer Bürger zu übertragen; das kann individual oder kollektiv geschehen. Man muss also nicht zwingend vermuten, dass das Verhältnis der Mitgliedstaaten zueinander einen *kollektiven* Charakter hat.

Andererseits kann die Supranationale Gemeinschaft nur dann solche Befugnisse empfangen, wenn sie selbst eine „Körperschaft"[61] darstellt, das heißt: einen „Kopf" und „Glieder" besitzt, die ihr den Charakter einer „Person" verleihen. Im deutschen Bundesstaat bilden seine Bürger die *Glieder* und seine politischen Organe den *Kopf*. Aber auch die Europäische Gemeinschaft besitzt von Anbeginn an „Gemeinschaftsbürger", soweit ihre Regelungen direkt die Bürger in den Mitgliedstaaten als Adressaten erfassen; diese stellen damit „Glieder" der Gemeinschaft dar. Die Gewährung einer „Unionsbürgerschaft" durch den Vertrag von Maastricht war also überflüssig; diese Bezeichnung ist auch *falsch,* denn der Staatenbund der Europäischen Union kann nur *Staaten,* nicht aber *Bürger* als Mitglieder haben.

Fraglich ist dagegen, wer in der Europäischen Gemeinschaft den „Kopf" darstellt. Seitdem die Abgeordneten des Europäischen Parlaments direkt von Gemeinschaftsbürgern gewählt sind und Einfluss auf die Bestimmung der Mitglieder der Europäischen Kommission haben, besitzt das Europäische Parlament *Herrschaftsbefugnisse* gegenüber den Gemeinschaftsbürgern, die allerdings nicht ausgeübt werden können, weil die *Europäische Kommission* die europäischen Regelungen bestimmt, ungeachtet dass die Kommission unter der „Aufsicht des Europäischen Parlaments" steht – ein merkwürdiges Verhältnis, besitzt doch die Europäische Gemeinschaft ihre Befugnisse nicht etwa vom Herrschaftssystem des Europäischen Parlaments, sondern von den *Mitgliedstaaten,* die hierbei ihre Bürger *repräsentieren*[62]! Auch insofern ist daneben die Einrichtung einer Herrschaft des Europäischen Parlaments über diese Bürger nicht nur überflüssig, sondern ein *Affront* gegen die nationalen Parlamente und ihre Regierungen.

Seit dem Inkrafttreten der Verträge von Rom haben die Gemeinschaftsverfassungen eine stete Veränderung erfahren, die nicht unbedingt zu ihrem Vorteil gereichte. Ziel von Änderungen war insbesondere die „Demokratisierung" der Europäischen Gemeinschaft, die als „Stärkung der Rechte des Europäischen Parlaments" verstanden wurde und an ähnliche Vorgänge in der Entwicklung des Bismarck-Reichs erinnert[63]. Ursprünglich setzte sich dieses Gremium aus Abgeordneten der nationalen Parlamente der Mitgliedstaaten zusammen und hatte *beratende Aufgaben* beim Erlass von Gemeinschaftsrecht wahrzunehmen, vergleichbar dem Wirtschafts- und Sozialausschuss; das Gremium hieß schlicht „Versammlung" und legte sich später selbst die Bezeichnung „Europäisches Parlament" zu. Die maßgebenden Organe beim Erlass von Gemeinschaftsrecht waren die *Kommission,* die allein Regelungen vorschlagen konnte, und der *Ministerrat,* wobei für den Ministerrat *Mehrheitsentscheidungen* vorgesehen waren. Diese Verfassungsform war so ungewöhnlich, dass es für sie bis heute keine Erklärung gibt. Doch zeigte sich bald, dass Mehrheitsentscheidungen im Ministerrat nicht durchsetzbar waren; seit den Vorgängen um den sogenannten „Luxemburger Kompromiss"[64] war klar, dass souveräne Staaten nicht unter mehrheitliche Entscheidungen gezwungen werden konnten. Andererseits konnten die Mitgliedstaaten die – „unabhängige" – Kommission nicht zwingen, bestimmte Vorschläge zu unterbreiten. Das Verhältnis zwischen Kommission und Ministerrat war also nicht mit dem (mandativen oder delegativen) Verhältnis zwischen *Regierung* und *Parlament* in den „parlamentarischen" Verfassungen der Mitgliedstaaten vergleichbar, auch wenn die Abhängigkeit der Kommission vom Europäischen Parlament heute anscheinend eine ähnliche Struktur darstellt.

Immerhin verfolgten die Gründungsstaaten der europäischen Gemeinschaften das Ziel, „durch gemeinsames Handeln den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt ihrer Länder zu sichern", wie es in der Präambel des EWG-Vertrags hieß; sie waren nicht nur zu einem individualen, aufeinander abgestimmten Handeln entschlossen, sondern sie wollten *gemeinsam* – kollektiv – ihr Ziel einer fortgesetzten Integration ihrer Staaten erreichen. Weil sie aber ihre staatliche Souveränität nicht aufge-

58) Auf diese Weise wurde etwa Bayern mit seiner Ablehnung des Grundgesetzes überstimmt.

59) In Deutschland sind bestimmte Entscheidungen des Bundes allerdings *zustimmungspflichtig,* sodass hier eine *delegative* Form der Befugnisübertragung von den Ländern auf den Bund anzunehmen ist; Karl Eckhart HEINZ Föderalismus, in: *ders.* Erläuterung (FN 45) S. 29. – Die deutsche Verfassungspraxis kennt offensichtlich nicht die *Verantwortlichkeit des Bundes gegenüber den Ländern;* sonst könnten keine „Föderalismuskommissionen" veranstaltet werden, in denen der Bund die Führung übernimmt!

60) BVerfGE 89, 155 („Maastricht").

61) Karl Eckhart HEINZ Körperschaftsbegriff und Religionsgesellschaft, VR 2010, 117.

62) HEINZ (FN 54) ebd.

63) Karl Eckhart HEINZ Europäische Zukunft – Bundesstaat oder Staatengemeinschaft. Das Beispiel des Bismarck-Reichs, DöV 1994, 994.

64) HEINZ (FN 17) S. 165 Anm. 3; der „Kompromiss von Ioannina" besserte hieran leider nichts.

ben wollten, mussten sie eine Form der Organisation finden, die eine effektive Erfüllung ihres gemeinsamen Ziels unter Wahrung ihrer staatlichen Souveränität ermöglichte. Es war die geniale Leistung von *Jean Monnet,* im Wege der Verbindung einer *unabhängigen* Institution mit deren *Kontrolle* durch die Mitgliedstaaten eine Lösung für die erste europäische Gemeinschaft – die „Gemeinschaft für Kohle und Stahl" – zu finden, die ein Vorbild für die *Europäische Wirtschaftsgemeinschaft* und die *Europäische Atomgemeinschaft* wurde. Hierfür mussten der unabhängigen Institution – „Hohe Behörde", „Kommission" – Befugnisse übertragen werden, die keinen mandativen, unkontrollierbaren Charakter tragen durften, sondern unter der Kontrolle der Mitgliedstaaten blieben; dies war gegeben, indem die Mitgliedstaaten ihre Befugnisse im *Delegationsweg* auf die Hohe Behörde (oder Europäische Kommission) übertrugen und damit deren Handeln kontrollieren konnten. Nachdem aber ein Mitgliedstaat bei delegativer Übertragung von Befugnissen eine *Kontrollbefugnis* gegenüber dem Befugnisempfänger erhält, muss auch das Handeln im Ministerrat anders als das Handeln eines mit Mehrheit entscheidenden „Parlaments" verstanden werden: wenn jeder Mitgliedstaat eine ihm eigene Kontrollbefugnis gegenüber einem „Regelungsvorschlag" der Kommission ausüben kann, erscheint der Gedanke, hier sei eine „Mehrheitsentscheidung" möglich, ganz abwegig! Der Luxemburger Kompromiss stellt demnach keine willkürliche Übereinkunft zur Wahrung des mitgliedstaatlichen Friedens dar, sondern erfüllt nur die Logik einer delegativen Übertragung von Befugnissen von den Mitgliedstaaten auf die Europäische Gemeinschaft, wie sie hier stattfindet. Aufgrund der vertraglichen Pflichten sind die Mitgliedstaaten aber zur Mitwirkung am europäischen Integrationsprozess verbunden, sodass eine ordnungsgemäße Ausübung der Kontrolle über Regelungsvorschläge der Europäischen Kommission erzwungen werden könnte, beispielsweise durch eine Entscheidung des *Europäischen Gerichtshofs* unter Abwägung der Argumente der Kommission sowie des seine Mitwirkung verweigernden Mitgliedstaats; in diesem Sinn sollte deshalb das Verfahren des Luxemburger Kompromisses zukünftig weiterentwickelt werden.

Insgesamt ergibt sich, dass das Konzept der „Supranationalen Gemeinschaft" dem Modell des zentralisierenden Bundesstaats insofern entspricht, als Staaten untereinander (individual oder kollektiv) die Übertragung von Befugnissen gegenüber ihren Bürgern auf ein *neugegründetes Kollektiv* vereinbaren, dem sie durch eine Organisation in Kopf und Gliedern Personcharakter – und damit die Möglichkeit der *völkerrechtlichen Anerkennung* – verleihen. Der Unterschied zwischen Supranationaler Gemeinschaft und Bundesstaat besteht in der delegativen Form der Befugnisübertragung im Fall der Gemeinschaft und der mandativen Übertragung im Fall des Bundesstaats. Entsteht durch die Vereinbarung zwischen den Staaten ein *Kollektiv,* dann hat es den Charakter einer (völkerrechtlichen) *Gesellschaft,* die einem *Staatenbund* entspricht.

Ein Staat, der sich um die Aufnahme in eine Gemeinschaft oder in einen Bundesstaat bewirbt, kann also zunächst nur Mitglied dieser *Staatengesellschaft* werden, die als Kollektivbeitrag die Verpflichtung zur delegativen Übertragung von Befugnissen auf den *Gemeinschaftsstaat* oder zur mandativen Übertragung von Befugnissen auf den *Bundesstaat* enthält; sobald diese Verpflichtung erfüllt ist, erlangt der Bewerber seinen Anteil am Gemeinschafts- oder am Bundesstaat. Demnach ist der Begriff „Gemeinschaft" dogmatisch richtig abgeleitet, gilt aber sowohl für den Gemeinschaftsstaat wie für den Bundesstaat. Allein der Bundesstaat erhielt bereits seinen Begriff mit einer eigenen speziellen Bedeutung. Der Begriff „Supranationale *Gemeinschaft*" kommt also nicht von ungefähr, obgleich heute noch umstritten ist, auf welche Weise zwischen *Gesellschaft* und *Gemeinschaft* eine Verbindung besteht[65].

Aber auch der Begriff „supranational" ist sinnvoll gewählt. Zwar erfolgt die Übertragung von Befugnissen auf den Gemeinschaftsstaat wie auf den (zentralisierenden) Bundesstaat im Bereich des *Völkerrechts*[66], doch erlangen der Gemeinschaftsstaat wie der (zentralisierende) Bundesstaat von ihren Befugnisgebern nur *nationale Befugnisse,* die sie „supranational" oder „föderal" *bündeln,* ohne darüber hinaus eigenständige Ziele verfolgen zu können; denn alle übrigen nationalen und internationalen Handlungsbefugnisse liegen bei den befugnisgebenden Staaten und entstehen nicht originär bei der Gemeinschaft oder dem Bundesstaat. Deshalb sind Gemeinschaftswie Bundesstaaten *abhängig* von ihren befugnisgebenden Staaten, ihre *Souveränität*[67] ist insoweit *begrenzt;* volle Souveränität haben allein die befugnisgebenden Staaten (im Fall des zentralisierenden Bundesstaats, wie Deutschland, also die *Bundesländer,* ungeachtet, dass dem Bundesstaat die völkerrechtliche Vertretung übertragen ist).

Es versteht sich, dass die Gesellschaft jener Staaten, die Teil am Gemeinschaftsstaat Europas haben, untereinander *keine Mehrheitsentscheidungen* dulden können, denn die egalitäre Form dieser Gesellschaft duldet keine demokratische Herrschaft! Der Widerstand Frankreichs im Jahre 1965, der zum Luxemburger Kompromiss führte, war daher berechtigt. Diese Staaten können für ihre Gesellschaft jedoch eine *Geschäftsführung* bestellen, womit die Gesellschaft *Personcharakter* erhält und zugleich *völkerrechtsfähig* wird; die „Richtlinienkompetenz" der *Europäischen Kommission* gegenüber den Mitgliedstaaten[68] ist eine solche Geschäftsführung, sodass die Europäische Kommission insoweit *völkerrechtlich für die Mitgliedstaaten handeln* und diese *repräsentieren*[69] kann. Dagegen hat der *Präsident des Rats* auch nach dem Vertrag von Lissabon nur die *Hilfsstellung eines Sekretärs* zur Koordinierung der Mitgliedstaaten im Rat und kann deshalb die Gesellschaft der Mitgliedstaaten nicht repräsentieren.

Auch hinsichtlich des aus Europäischer Kommission und Europäischen Bürgern bestehenden staatlichen Kollektivs – einst „Europäische Gemeinschaft", heute aus unerfindlichen Gründen „Europäische Union" genannt – kommt dem *Präsidenten der Kommission* natürlicherweise die Stellung des *Repräsentanten* zu, nicht dagegen dem Vizepräsidenten und „Außenminister" der Kommission, der trotz seines schönen Titels „Hoher Vertreter" lediglich die *Kommission vertreten*[70], nicht die Gemeinschaft repräsentieren kann.

Berechtigt war also auch, wenn der geniale erste Präsident der Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Walter Hallstein, auf seiner *Gleichstellung* mit den Vertretern der Mitgliedstaaten beharrte – die Medien sprachen damals vom „Anspruch Hallsteins auf einen roten Teppich" – was für Charles de Gaulle ein Ärgernis war und letztlich wohl zur Ursache für Hallsteins Sturz im Jahre 1967 wurde. So hatte der Mangel einer Gemeinschaftstheorie bedauerliche Konsequenzen.

Fehler der europäischen Verträge

Die ursprünglichen Vertragsregeln, die Mehrheitsentscheidungen im Rat vorsahen, sind daher als *Vertragsfehler* – als „verfassungswidriges Verfassungsrecht" – der europäischen Verträge zu bezeichnen. Ebenso wird man aber auch die Beteiligung des Europäischen Parlaments – über eine beratende Funktion hinaus – an europäischen Entscheidungen als unvereinbar mit dem Wesen der europäischen Gemeinschaftsverträge bezeichnen müssen.

Die heutige Konstruktion des Europäischen Gemeinschaftshandelns entspricht zwar deutlich der Konstruktion des Bismarck-Reichs, in dem der *Reichstag* Befugnisse besaß, wie sie dem Europäischen Parlament nunmehr zukommen – der Reichs-

65) Simon BLATH Societas sive communio. Zum Begriff des Personengesellschaftsvertrags vom Humanismus bis zum 19. Jahrhundert (Berlin 2010; zugl. Diss. Würzburg 2009).
66) Der *dezentralisierende* Bundesstaat – wie etwa das heutige Belgien – besitzt allerdings eine „staatsrechtliche" Grundlage!
67) HEINZ (FN 41) ebd.
68) Art. 189 EWG-V.
69) HEINZ (FN 54) ebd.
70) HEINZ (FN 54) ebd.

tag konnte über das Reichshandeln *mitbestimmen* – und ebenso wie das Bismarck-Reich aufgrund des direkten Zugriffs auf die Bürger der Mitgliedstaaten (nicht aufgrund des „gemeinsamen deutschen Indigenats“[71]) eine eigene Staatlichkeit besaß, darf die Europäische Gemeinschaft aufgrund des direkten Zugriffs auf die Bürger ihrer Mitgliedstaaten richtigerweise als *Staat* bezeichnet werden! Allerdings ist eine *Herrschaft des Europäischen Parlaments* auch durch die Kontrolle der Mitgliedstaaten „beschränkt“, wie der Reichstag im Bismarck-Reich durch die Kontrolle der Mitgliedsstaaten im „Bundesrat“ beschränkt war; das änderte sich erst, als das Bismarck-Reich am Ende des Ersten Weltkriegs die Herrschaftsform einer „Parlamentarischen Demokratie“ annahm[72].

Die Väter des Vertrags von Lissabon konnten freilich infolge des Mangels einer „Theorie der Supranationalen Gemeinschaft“ nicht wissen, dass das Handeln des Europäischen Parlaments in die Kontrollbefugnisse der Mitgliedstaaten eingreift und hierdurch die *Verantwortlichkeit der Regierungen der Mitgliedstaaten gegenüber ihren nationalen Parlamenten* untergräbt[73]. Deshalb können die entsprechenden Regelungen des Vertrags von Lissabon – wie ähnliche vorhergehende Regelungen – wohl kaum als „Fortschritt“ bezeichnet werden. Es kommt nicht darauf an, die Kontrolle der deutschen Bundesregierung durch den Deutschen Bundestag zu stärken, wie das deutsche Bundesverfassungsgericht meinte, vielmehr müssen die *Funktionen des Europäischen Parlaments* wegen ihres gefährlichen Einflusses auf die mitgliedstaatlichen Befugnisse dringend korrigiert und auf ihre ursprüngliche beratende Aufgabe zurückgeführt werden[74] – soweit dieser Einrichtung überhaupt noch eine sinnvolle Aufgabe im Rahmen der europäischen Gemeinschaftsverfassung zugewiesen werden kann. Letzteres wäre von den Ideologen einer „europäischen Demokratie“ jedenfalls hinreichend zu begründen, denn ein *Glaubenssatz* genügt hier nicht; insbesondere muss endlich dargelegt werden, warum es für die europäische Wohlfahrt besser sein soll, wenn das europäische Handeln periodisch an die *Willkür von Partei-Aristokraten* ausgeliefert wird, die keine wirkliche Verantwortung – außer vielleicht eine Verantwortung gegenüber ihrer jeweiligen politischen Partei – tragen, anstatt die Gestaltung eines europäischen Handelns der *fachlichen Einsicht jener Experten in der Europäischen Kommission* zu überlassen, die darüber hinaus der scharfen Kontrolle durch die Mitgliedstaaten unterliegen! Die Medien – Zeitung, Radio und Fernsehen – sind selten in der Lage, die Politik der Europäischen Kommission fachlich angemessen zu analysieren, und sie finden deshalb mehr Vergnügen bei der Beobachtung des *politischen Streits im Europäischen Parlament;* doch sollte dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Herstellen und Bewahren der europäischen Wohlfahrt nicht so einfach ist, wie die Medien sie darzustellen geneigt sind.

Im übrigen zeigt die geringe Beteiligung der Bürger an Wahlen zum Europäischen Parlament, dass sich die Erwartung, Direktwahlen würden das Interesse der Bürger an den europäischen Fragen stärken, nicht erfüllt hat. Bismarck konnte seinerzeit die Entwicklung eines *deutschen Nationalgefühls* durch die Indienstnahme des preußischen Monarchen für ein präsidiales Amt der Reichsverfassung erreichen[75], ein Weg, der heute in Europa angesichts zahlreicher aktiver Dynastien ebenfalls zur Integration der Bürger gangbar wäre[76] und beispielsweise durch einen *Wechsel im Turnus der Ratspräsidentschaft zwischen den Dynastien* gestaltet werden könnte. Die unbestreitbar *charismatische Wirkung* europäischer Dynastien würde auf einfache Weise zu einem „immer engeren Zusammenschluss der europäischen Völker“ beitragen und damit zu einem Ziel, das bereits in der Präambel des EGW-Vertrags von 1957 ausdrücklich genannt ist. Die Ideologen der „parlamentarischen Demokratie“ werden ein solches Konzept zwar als „unzeitgemäß“ ablehnen, doch ist dagegen zu fragen, wie zeitgemäß – und wie sinnvoll – das Konzept der *parlamentarischen Demokratie* eigentlich ist.

Jedenfalls ist deutlich darauf hinzuweisen, dass der Vorzug des europäischen Systems in der *Herrschaftsfreiheit* der europäischen Regelungen liegt, vergleicht man dieses System mit den nationalen demokratischen Systemen parlamentarisch-parteipolitischer Herrschaft. Denn weil die Europäische Kommission sich aus *Experten* zusammensetzt – oder zusammensetzen soll – die weder an nationale noch an parteipolitische Vorgaben gebunden sind, sondern Vorschläge auf der Grundlage *rationaler Einsicht in die Bedürfnisse der Regelungsadressaten* entwickeln können, lässt sich der Nutzen dieses Systems für alle Betroffenen kaum besser verwirklichen, zumal auch die Betroffenen gegen eine ungerechte Belastung den Europäischen Gerichtshof anrufen können. Freiheit und Wohlstand in Europa sind das Ergebnis dieses Systems, dessen Attraktivität am Beitrittswunsch vieler weiterer Staaten erkennbar wird.

Die Absicht des Vertrags von Lissabon war, die Ziele des gescheiterten Verfassungsentwurfs aus dem Jahre 2004 möglichst in anderer Form zu verwirklichen, doch blieb die Kritik an diesem Verfassungsentwurf[77] unberücksichtigt. Die Lösungen, die im Vertrag von Lissabon angestrebt wurden, bieten kaum mehr als eine *Zusammenführung der Institutionen* von Europäischer Union und Europäischer Gemeinschaft, ohne auch die Staatenbundstruktur der Europäischen Union in die Struktur der Europäischen Gemeinschaft zu überführen: die Bezeichnung des Sekretärs für Außen- und Sicherheitspolitik als „Hoher Vertreter für Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union“ und die Verbindung mit dem Amt des Vizepräsidenten der Europäischen Kommission ändert natürlich nicht, dass seine Funktion weiterhin die eines *Sekretärs* bleibt; entsprechend gering sind seine Handlungsmöglichkeiten, selbst wenn er als Vertreter oder Bevollmächtigter der Mitgliedstaaten auftreten kann. Noch unglücklicher ist der Versuch, dem Ratspräsidenten die „Vertretung der Europäischen Union“ zu übertragen, denn einerseits muss dies zu kaum vermeidbaren Differenzen mit dem Hohen Vertreter führen, und andererseits ist der Präsident des Rats aufgrund der *Funktionsverteilung zwischen Kommission und Rat* im System der Gemeinschaftsordnung von einer Vertretung der Kommission *grundsätzlich ausgeschlossen;* dass die Amtszeit des Präsidenten der Union unabhängig vom turnusmäßigen Amtswechsel der Mitgliedstaaten im Rat gestaltet wurde, gefährdet darüber hinaus die souveräne Gleichheit der Mitgliedstaaten im Rat[78], was die Väter des Vertrags von Lissabon offensichtlich ignoriert haben.

Hätten sich die Väter des Vertrags von Lissabon mehr um ein Verständnis der Strukturen der Supranationalen Gemeinschaft bemüht, dann wären sie vielleicht in der Lage gewesen, auch die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik *in die Gemeinschaftsordnung zu überführen,* denn angesichts der Kontrollbefugnisse, die mit einer delegativen Befugnisübertragung von den Mitgliedstaaten auf die Gemeinschaft – in Deutschland nach

71) Artikel 3 der Verfassung des Deutschen Reiches von 1871.
72) HEINZ (FN 59) ebd. – Es erhellt, dass das Bismarck-Reich folglich kein „Bundesstaat“ war, wie die heutige Verfassungslehre noch immer behauptet, denn es besaß keine mandativen Befugnisse; vielmehr entsprach es aufgrund seiner *delegierten* Befugnisse dem Verfassungsmodell einer *Supranationalen Gemeinschaft*!
73) Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 30. 6. 2009 – 2 BvE 2/08 („Lissabon“) – das Problem zwar erahnt, aber mangels einer *Theorie der Supranationalen Gemeinschaft* nicht wirklich verstanden und deshalb auch nicht die erforderliche Konsequenz – Ablehnung des Vertrags von Lissabon – daraus ziehen können.
74) HEINZ (FN 41) ebd. – Bismarck erkannte eine ähnliche Entwicklung des Deutschen Reichs und trug sich seit 1890 mit dem Plan eines *Verfassungssturzes*, um diese Entwicklung aufzuhalten, doch kam es wegen seiner Entlassung nicht mehr dazu; HEINZ (FN 59) ebd.; Fritz HELLWIG Carl Ferdinand Freiherr von Stumm-Halberg 1836-1901 (Heidelberg/Saarbrücken 1936) S. 409.
75) Otto Fürst von BISMARCK Gedanken und Erinnerungen (Stuttgart 1898) Kap. 23, 4: „Die Annahme des Kaisertitels ... war ein politisches Bedürfnis, weil er ... ein werbendes Element für Einheit und Zentralisation bildete. ... In dem Ausdrucke ‚Präsidium’ liegt eine Abstraktion, in dem Worte ‚Kaiser’ eine große Schwungkraft“.
76) HEINZ (FN 17) S. 204; *ders.* Adel und Republik. Adelsname und Adelstitel unter den Garantien des deutschen Grundgesetzes (Bonn 2006) S. 213.
77) HEINZ (FN 17) S. 163.
78) HEINZ (FN 17) S. 176.

Artikel 24 GG – entstehen, bleibt die Souveränität der Mitgliedstaaten grundsätzlich unberührt; hierdurch unterscheidet sich das Gemeinschaftssystem sehr vorteilhaft vom System eines Bundesstaats, in dem die Befugnisgeber keinen Einfluss mehr auf den Befugnisempfänger und seinen Gebrauch der übertragenen Befugnis ausüben können[79]. Dies unterstreicht, wie bedeutsam ein theoretisches Instrumentarium für die Lösung praktischer Probleme ist.

Nationale staatliche Gemeinschaft der Bürger

Die Herrschaftsfreiheit des europäischen Gemeinschaftssystems darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass europäische Regelungen zwar einen gewissen objektiven Charakter für sich in Anspruch nehmen können, weil sie von Experten entwickelt werden, die ein sachliches Interesse gegenüber der Regelungsmaterie haben, dass aber die Befugnisse, aus denen diese europäischen Regelungen stammen, von den Mitgliedstaaten abgeleitet sind und die Systeme dieser Mitgliedstaaten heute ausnahmslos eine *politische Herrschaft* verwirklichen; insofern tragen auch die europäischen Regelungen, soweit sie sich an die Bürger richten, grundsätzlich einen *Herrschaftscharakter.*

Dennoch kann jeder Bürger der Mitgliedstaaten der Europäischen Union/Gemeinschaft an der Entwicklung europäischer Regelungen in umfassender Weise dadurch teilnehmen, dass er der Europäischen Kommission Argumente vermittelt, die auf diese Regelungen von Einfluss sein können, wie auch die Europäische Kommission selbst bei der Entwicklung von Regelungen in umfassender Weise durch die Anhörung von Betroffenen, von Interessenverbänden sowie von wissenschaftlichen Einrichtungen versucht, die zu schaffenden Regelungen von unsachlichen Einflussnahmen freizuhalten. Im Unterschied zu Eingaben an die politischen Einrichtungen seines eigenen Staates, für die zwar in der Regel höflich gedankt und deren Berücksichtigung versprochen wird – schließlich ist der Bürger auch *Wähler* und muss deshalb Aufmerksamkeit finden – ohne dass aber eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den übersandten Argumenten erfolgt, erhält der Bürger von der Europäischen Kommission stets eine sachliche Antwort und darf damit rechnen, dass seine Argumente auch in den Entscheidungsprozess der Kommission einfließen. Insofern befreit das europäische Gemeinschaftssystem schon heute den Bürger von politischer Herrschaft, und je mehr staatliche Befugnisse künftig auf die Gemeinschaftsorgane übertragen werden, desto mehr wird der Bürger von staatlicher Herrschaft entlastet.

Früher oder später werden diese Erfahrungen dazu führen, dass auch die politischen Systeme in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union/Gemeinschaft auf ihre Herrschaftsstrukturen verzichten und ihre staatlichen Verfassungen nach den Prinzipien der in Europa entwickelten Gemeinschaftsstrukturen gestalten. Jeder Bürger kann dann mit gewichtigen Argumenten die Weichen für eine bestimmte politische Regelung stellen oder mit der begründeten Ablehnung von Regelungsplänen deren Scheitern verursachen, indem er von seiner Kontrollbefugnis über die Regelungsorgane Gebrauch macht. Für Freunde der Repräsentativdemokratie dürfte diese Vorstellung unannehmbar erscheinen, weil eine solche Kontrolle angeblich die Effektivität des staatlichen Handelns behindert, die man heute nur durch eine parlamentarische, nach dem Mehrheitsprinzip handelnde Herrschaft gewährleistet sieht. Aber die europäische Wirklichkeit zeigt, dass das Gemeinschaftssystem nicht nur allgemeinen Wohlstand erzeugt, sondern dass dieses System zugleich eine größtmögliche Freiheit für den einzelnen Bürger bringt. Deshalb wird die Entwicklung der bestehenden Herrschaftsstaaten zu „Gemeinschaftsstaaten“[80] nicht aufzuhalten sein.

Reform der Vereinten Nationen

Die im Jahre 1945 gegründete *Organisation der Vereinten Nationen* mit heute 193 Staaten als Mitgliedern und zahlreichen Sonderorganisationen[81] soll dazu dienen, den „Weltfrieden“ und die „internationale Sicherheit“ zu wahren[82]; sie verfügt über einen *Gerichtshof* zur friedlichen Beilegung internationaler Streitigkeiten[83] und besitzt durch Aufgabenteilung zwischen einem „Sicherheitsrat“ und der „Generalversammlung“ *Völkerrechtspersönlichkeit;* hierdurch ist sie *völkerrechtsfähig*[84].

Der Sicherheitsrat besteht aus 5 *ständigen* Mitgliedern – China, Frankreich, Großbritannien, Russland und Vereinigte Staaten von Amerika – sowie 10 *nichtständigen* Mitgliedern, die von der Generalversammlung für die Dauer von 2 Jahren gewählt werden. In Verfahrensfragen ist die Zustimmung von 9 Mitgliedern erforderlich; andere Beschlüsse bedürfen der Zustimmung aller ständiger Mitglieder und vier nichtständiger Mitglieder des Sicherheitsrats. Dies erlaubt jedem ständigen Mitglied, durch sein „Veto“ einen handlungsbestimmenden Beschluss des Sicherheitsrats zu verhindern, außer es ist selbst von dem Beschluss betroffen und deshalb nicht mitwirkungsbefugt[85]. Beschlüsse des Sicherheitsrats bedürfen nicht der Zustimmung der Generalversammlung.

Diese Aufgabenverteilung entspricht einer üblichen „Vereinsform“, in der ein „Vorstand“ das Handeln des Vereins bestimmt[86]. Ein solcher Vorstand erhält seine Befugnisse grundsätzlich von den Vereinsmitgliedern – so im Fall der *nichtständigen Mitglieder* des Sicherheitsrats – wobei es sich um *abgeleitete Befugnisse* handelt, doch können solche Befugnisse auch bereits im Wege des *Vertrags* festgelegt sein, wie bei den *ständigen* Mitgliedern des Sicherheitsrats; dennoch liegt hier *keine Herrschaftsvereinbarung* vor, auch *keine Geschäftsführung unter der Kontrolle* der Generalversammlung, sondern eine Führung, für die sich der Sicherheitsrat vor der Generalversammlung durch seine Berichte *verantworten* muss[87].

Das Problem einer solchen Organisationsform liegt in der Gleichzeitigkeit der Mitgliedschaft im Verein und im Vorstand des Vereins, denn hierdurch entsteht leicht ein Interessenkonflikt: ein Vereinsmitglied verfolgt grundsätzlich seine eigenen, *subjektiven* Interessen, während es als Vorstandsmitglied einen *objektiven* Standpunkt im Interesse des Vereins vertreten soll[88]. Sieht man einmal davon ab, dass in der Europäischen Gemeinschaft die Regelungsvorschläge der Europäischen Kommission unter der Kontrolle der Mitgliedstaaten – ausgeübt von deren Vertretern im Europäischen Rat – stehen, so ist die Bestimmung der Kommissionsmitglieder als *unabhängige Experten* ein Vorzug der europäischen Gemeinschaftsordnung, der auch zu einer effektiveren Gestaltung der Organisationsform der Vereinten Nationen beitragen könnte.

Es kommt daher nicht auf eine Vergrößerung des Kreises der Mitglieder des Sicherheitsrates an, um zu sachgerechteren Beschlüssen des Sicherheitsrats zu gelangen. Ebensowenig ist ein ständiger Sitz Deutschlands im Sicherheitsrat das geeignete Mittel, um die *Friedenspolitik* des Sicherheitsrats zu verbessern. Vielmehr kann diese Politik nur durchgeführt werden, wenn die Organisation der Vereinten Nationen im Sinn einer *Gemein-*

79) Dies konnte Walter HALLSTEIN Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse (Düsseldorf 1969) mangels einer Theorie des Bundesstaats nicht erkennen. – In Belgien wäre mit Rücksicht auf die politischen und wirtschaftlichen Differenzen zwischen der Wallonie und Flandern die Wahl einer *Gemeinschaftsform* – mit delegativer Befugnisübertragung – eher zu empfehlen gewesen, um die Interessen des Königreichs zu wahren, als den Autonomiebestrebungen der Flamen mit der Schaffung eines *Bundesstaats* nachzugeben.

80) HEINZ (FN 17) S. 187.

81) Diese selbständigen Organisationen sind mit der Organisation der Vereinten Nationen durch völkerrechtliche Abkommen verbunden; Artt. 57, 63 VN-Charta.

82) Art. 1 Ziff. 1 VN-Charta.

83) Kap. XIV VN-Charta.

84) HEINZ (FN 53) ebd.

85) Art. 27 Abs. 3 VN-Charta.

86) HEINZ (FN 17) S. 46.

87) Artt. 12–15 VN-Charta.

88) Ein solcher Interessenkonflikt wurde zur Ursache der Auseinandersetzungen zwischen Preußen und Österreich im Deutschen Bund; Ernst ENGELBERG Bismarck. Urpreuße und Reichsgründer (Berlin 1985) S. 381; Christian GRAF von KROCKOW Bismarck. Eine Biographie (Stuttgart 1997) S. 85.

schaftsordnung umgestaltet wird, das heißt, im Sinn jener Ordnung, die einst für die Europäischen Gemeinschaften entwickelt wurde: der Sicherheitsrat muss dann von einer *Kommission von Experten* abgelöst werden, in der jeder Mitgliedstaat seinen Experten bestimmen kann, wie es den souveränen Mitgliedern der Vereinten Nationen zusteht, und die Handlungsvorschläge der Kommission müssen der *Kontrolle jedes einzelnen Mitgliedstaats* in der Generalversammlung der Vereinten Nationen unterliegen; verweigert ein Mitgliedstaat seine Zustimmung zu einem Handlungsvorschlag der Expertenkommission, ohne dies hinreichend zu begründen, dann muss die Verweigerung in einem Verfahren vor dem Internationalen Gerichtshof überprüfbar sein,

Die Organisation der Vereinten Nationen kann ihre besonderen Ziele, den Weltfrieden und die internationale Sicherheit zu wahren, aber niemals wirksam verfolgen, wenn sie nicht über die Mittel verfügt, die hierfür erforderlich sind. Ebenso wie die Friedensordnung der Bürgerlichen Gesellschaft nur aufrechterhalten werden kann, wenn die Macht des staatlichen Kollektivs mit Hilfe von *Polizei* und *Militär* für den Frieden innerhalb der Bürgerlichen Gesellschaft und für die Sicherheit dieser Gesellschaft gegenüber äußeren Angriffen sorgt, ist auch ein *Weltfriede* – als Friede zwischen den Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen – und die Sicherheit dieser Staaten gegenüber feindlichen Gruppen außerhalb der Organisation der Vereinten Nationen nur durch eine *kollektive Macht der Vereinten Nationen* zu garantieren. Hierfür bedarf es aber zwingend der *Übertragung des Oberbefehls* über sämtliche militärische und paramilitärische Kräfte der Mitgliedstaaten auf die Organisation der Vereinten Nationen, damit die Streitkräfte dieser Mitgliedstaaten unmittelbar durch die Expertenkommission für die Ziele der Vereinten Nationen eingesetzt werden können. Eine solche Übertragung mitgliedstaatlicher Befugnisse auf die Organisation der Vereinten Nationen bedeutet durchaus keinen „Verzicht auf nationale Souveränität", denn die Mitgliedstaaten erlangen mit der Übertragung ihrer Befugnisse eine *Kontrollbefugnis* über die Entscheidungen der Expertenkommission der Vereinten Nationen und behalten damit einen *rationalen Einfluss* auf den Gebrauch ihrer Streitkräfte[89].

Mitgliedstaaten, die eine Übertragung des Oberbefehls über ihre Streitkräfte auf die Vereinten Nationen ablehnen, müssen damit zugleich auf ihre Mitgliedschaft in den Vereinten Nationen verzichten. Denn der Weltfriede ist nicht erreichbar, solange Staaten ihre Kräfte willkürlich in der Verfolgung ihrer nationalen Interessen gebrauchen; solche Staaten dürfen in der Friedens- und Sicherheitsordnung der Vereinten Nationen niemals einen Platz beanspruchen.

***

Angesichts der Pragmatik, die heute das Denken der Rechtswissenschaft wie das Handeln der Rechtspraxis bestimmt, gibt es allerdings nur wenig Hoffnung für eine Weiterentwicklung des bürgerlichen wie auch des internationalen friedlichen Zusammenlebens. Amerika, China und Russland werden weiterhin ihr willkürliches „Veto" im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen gegen alle Maßnahmen einlegen, die ihren Interessen zuwiderlaufen; Deutschland, Japan und andere Staaten werden weiter nach einem ständigen Sitz im Sicherheitsrat streben, ohne dass ihr Einfluss den Frieden in der Welt fördern könnte; die Europäische Union wird weiter ein wirkungsloser Staatenbund bleiben, die Europäische Gemeinschaft weiter auf den Weg einer irrationalen „Demokratisierung" gebracht werden und hierdurch die rationale Grundlage ihres Wohlstands verlieren, ebenso wie die deutschen Bürger weiter unter den Experimenten eines Zivilrechts leiden, das seit mehr als einhundert Jahren auf der Metaphysik eines *Willens des Gesetzgebers* beruht, weil das Recht angeblich eine Veranstaltung des Staates ist[90], während die Akzeptanz moralischer wie rechtlicher Regeln eine *Einsicht in Geltungszusammenhänge* erfordert und damit die „naturrechtliche" gegen eine „positivistische" Tradition bestätigt[91].

Konservative Gemüter mögen eine Änderung bestehender Traditionen grundsätzlich ablehnen und eine Übernahme neuer Erkenntnisse scheuen; doch sollte bedacht werden, dass sich neue Erkenntnisse oft im Wege der *Revolution* Bahn brechen und der Schaden dann größer ist als die Gefahr, die mit dem Wagnis einer Anwendung neuer Erkenntnisse verbunden sein kann.

89) Nur auf diese Weise kann ein „Ewiger Friede" – KANT (FN 18) § 61; HEGEL (FN 30) § 333 – entstehen.
90) KANT (FN 18) § 8; HEGEL (FN 30) § 211.
91) HEINZ (FN 39) ebd.

Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel, Berlin

Die Versöhnung Frankreichs mit Deutschland*

Rede auf der Gedenkveranstaltung zum 50. Jahrestag der Versöhnungsmesse in Reims am 8. Juli 2012 in Reims

Sehr geehrter Herr Präsident, lieber François Hollande,
sehr geehrte Frau Bürgermeisterin,
sehr geehrter Herr Erzbischof,
meine Damen und Herren,

heute vor 50 Jahren richtete Präsident de Gaulle folgende Worte an den Erzbischof von Reims – ich zitiere: „Exzellenz, Bundeskanzler Adenauer und ich kommen in Ihre Kathedrale, um die Versöhnung Frankreichs mit Deutschland zu besiegeln." Einfache, wenige Worte – und doch an historischer Größe kaum zu übertreffen. Worte, die Geschichte geschrieben haben. Worte, die buchstäblich in Stein gemeißelt wurden. Eine Marmortafel erinnert jeden Besucher der Kathedrale an diesen denkwürdigen Satz.

Die Dimension der historischen Geste de Gaulles und Adenauers in Reims erschließt sich erst vollständig, wenn wir uns den langen und steinigen Weg vor Augen führen, den Frankreich und Deutschland gegangen sind. Eine schier endlose Abfolge von Kriegen und schrecklichem Blutvergießen prägte über Jahrhunderte unsere Nachbarschaft. Vorurteil, Hass und Feindschaft gipfelten schließlich in zwei verheerenden Weltkriegen. Gerade auch die Stadt Reims und der gesamte Norden Frankreichs mussten großes Leid und Elend erdulden. Viele Kriegsgräber in der Region sind uns eine mahnende Erinnerung. Ein Sinnbild für die Sinnlosigkeit von Krieg und Zerstörung war der Beschuss der Kathedrale von Reims durch deutsche Truppen im Ersten Weltkrieg.

Und doch keimte nach Ende dieses Krieges die Hoffnung nach deutschfranzösischer Versöhnung auf. Männer wie Aristide Briand und Gustav Stresemann haben es versucht. Aber es sollte anders kommen – und zwar schlimmer als jemals vorstellbar.

*) Titel der Redaktion GuT

Der von Deutschland entfesselte Zweite Weltkrieg brachte unermessliches Leid über unsere Völker, über Europa und die Welt – Barbarei, Erniedrigung und Entrechtung, Ausbeutung und Vernichtung, den Zivilisationsbruch durch die Shoah.

Frankreich wurde von 1940 bis 1944 von deutschen Truppen besetzt. Der Terror von Gestapo und SS hinterließ tiefe Spuren im Gedächtnis der französischen Nation. Das Verhältnis zwischen unseren Völkern hätte kaum tiefer zerrüttet sein können. Am 8. Mai 1945 schließlich erfolgte die bedingungslose Kapitulation Deutschlands hier in Reims. Frankreich wurde eine der vier Besatzungsmächte in Deutschland. Von deutschem Boden aus sollte nie wieder Unheil in die Welt getragen werden.

Diese Ausgangslage müssen wir uns vergegenwärtigen, wenn wir die historische Leistung de Gaulles und Adenauers ermessen wollen. Kaum eine Familie, die nicht von Tod und Leid durch Krieg und Zerstörung gezeichnet war. Und dennoch legte neu gewonnene Hoffnung in eine gute Zukunft die Saat der Versöhnung.

17 Jahre nach Kriegsende traten Präsident de Gaulle und Bundeskanzler Adenauer zur gemeinsamen Messe in die Kathedrale von Reims. Nach den dunklen Kapiteln der deutsch-französischen Geschichte begannen sie ein neues Kapitel aufzuschlagen. Ja, mehr noch: Diese beiden großen Staatsmänner begannen in dieser Kathedrale ein neues Bauwerk zu errichten – das Bauwerk der deutsch-französischen Freundschaft.

Tief berührt von dieser historischen Stunde sprach der eine von einem Wunder, der andere von einem Geschenk des Himmels. So hob Bundeskanzler Adenauer bei seiner Tischrede am Abend des 8. Juli 1962 hervor – ich zitiere: „Das, was der Himmel unseren Völkern geschenkt hat, wollen wir ehrfürchtig und dankbar pflegen und erhalten." Und in der Tat: Auf den Staatsbesuch von Bundeskanzler Adenauer in Frankreich folgte alsbald ein Gegenbesuch von Präsident de Gaulle in Deutschland. Seine Reise entwickelte sich zu einem wahren Triumphzug. Seine Persönlichkeit und seine Reden begeisterten die Menschen. In Ludwigsburg hielt er vor tausenden jungen Deutschen und Franzosen seine wegweisende Rede an die Jugend.

Aus all diesen Begegnungen heraus nahm schließlich eine politische Vereinbarung Gestalt an, die als Freundschaftsvertrag in die Geschichte einging. Mit Unterzeichnung des Élysée-Vertrags 1963 war das gemeinsame Vermächtnis von Charles de Gaulle und Konrad Adenauer nun auch schriftlich besiegelt. Diesem Vermächtnis haben sich alle ihre Nachfolger verpflichtet gefühlt. Besonders im Gedächtnis bleibt der Händedruck von Präsident Mitterand und Bundeskanzler Kohl über den Gräbern von Verdun. So wie die Schlacht von 1916 Sinnbild für den Wahnsinn des Krieges war, so wurde dieser Händedruck knapp 70 Jahre später Sinnbild für die deutsch-französische Freundschaft.

An diesem Tag denken wir voller Dankbarkeit an all jene, die den Krieg und seine Folgen am eigenen Leib erlitten und trotzdem – oder gerade deshalb – den Weg der Versöhnung gesucht haben. Die Freundschaft unserer Nationen und Völker ist alles andere als selbstverständlich. Sie zeigt sich heute in einer vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen unseren Regierungen, in unserem Miteinander in der Europäischen Union und in der NATO. Sie zeigt sich in vielfältigen Beziehungen zwischen den Bürgerinnen und Bürgern unserer Länder, in hunderten deutsch-französischen Städtepartnerschaften, in Kooperationen zwischen Wissenschaftlern, Künstlern und Unternehmen und nicht zuletzt beim Jugendaustausch.

Es war kein Zufall, dass die Gründungsväter des Élysée-Vertrags als erste neue deutsch-französische Institution ein Jugendwerk geschaffen haben. Seit 1963 haben fast acht Millionen junge Menschen an den Austauschprogrammen teilgenommen. In der Tat wird das kostbare Erbe der deutsch-französischen Freundschaft nicht einfach weitergereicht. Sie muss vielmehr von Generation zu Generation immer wieder aufs Neue belebt werden.

Charles de Gaulle und Konrad Adenauer wussten, dass Freundschaft bedeutet, gerade in schweren Zeiten eng zusammenzustehen und sich gegenseitig zu unterstützen. Damals wie heute gilt: Wenn wir einig sind, dann können wir alle Herausforderungen, vor die wir gestellt werden, bewältigen – zum Wohl unserer beiden Völker und zum Wohl Europas.

Dieser Tage sind wir Zeugen einer großen Bewährungsprobe, die Europa zu bestehen hat. Die europäische Wirtschafts- und Währungsunion, so wie sie vor zwanzig Jahren gegründet wurde, erweist sich als noch nicht stark genug. Daraus muss unsere Generation die richtigen Lehren ziehen. Wir müssen das nachholen, was vor zwanzig Jahren versäumt worden ist; und das ist die politische Vollendung der Wirtschafts- und Währungsunion. Das ist fraglos eine Herkules-Aufgabe. Aber Europa kann diese Herkules-Aufgabe bewältigen. Europa kann stärker aus dieser Krise hervorgehen, als es in sie hineingegangen ist, wenn wir uns bei allen alltäglichen Mühen wieder und wieder bewusst machen: „Wir Europäer sind zu unserem Glück vereint." – So haben wir es 2007 zum 50. Jahrestag der Unterzeichnung der Römischen Verträge formuliert.

Weit mehr als ein halbes Jahrhundert bestehen Frieden zwischen Deutschland und Frankreich, eine einzigartige deutsch-französische Freundschaft, Frieden und Freiheit in Europa. Letztlich ist das nur ein Wimpernschlag in der Geschichte der Menschheit. Dennoch oder genau deshalb ist und bleibt dies Motor und Antrieb unseres Handelns. Denn Europa ist weit mehr als eine Währung. Unverzichtbar dafür sind die deutsch-französischen Beziehungen. Sie haben die europäische Einigung maßgeblich geprägt und vorangebracht – und zwar gerade auch deshalb, weil sie nicht exklusiv sind. Sie schließen niemanden aus, sondern alle sind eingeladen, um gemeinsam als Partner ein starkes Europa zu schaffen – ein Europa, das auf dem Fundament gemeinsamer Werte ein Hort des Friedens und Wohlstands auch in der Welt des 21. Jahrhunderts seinen Platz selbstbewusst einnimmt.

Ich selbst konnte den Weg der Aussöhnung und Freundschaft bis 1989 nur aus einer erzwungenen Ferne verfolgen – von jenseits des Eisernen Vorhangs, der Deutschland und Europa geteilt hat. Umso mehr empfinde ich es auch persönlich als großes Glück, nicht mehr unbeteiligte Beobachterin sein zu müssen, sondern auch selbst an der deutsch-französischen Freundschaft teilhaben und die europäische Einigung mitgestalten zu können.

Deshalb danke ich Ihnen, sehr geehrter Herr Präsident, lieber François, ganz herzlich für diese Einladung. Dass wir gemeinsam der Versöhnungsmesse vor 50 Jahren gedenken, ist ein wunderbares Zeichen des vertrauensvollen Miteinanders unserer Länder und Völker.

So greife ich zum Abschluss auch gerne die Worte von Präsident de Gaulle auf, als er auf seinem Staatsbesuch in Deutschland 1962 den begeisterten Zuhörern zurief: „Es lebe die deutsch-französische Freundschaft! Vive l'amitié franco-allemande!"

Präsident des Bundesverfassungsgerichts Professor Dr. Andreas Voßkuhle, Karlsruhe

Eröffnungsstatement* zu den 12. Karlsruher Verfassungsgesprächen: „Repräsentative Demokratie und Bürgerbeteiligung: wie direkt soll – und darf – Partizipation im Rechtsstaat sein?“

Meine sehr verehrten Damen und Herren,

als Schirmherr der 12. Karlsruher Verfassungsgespräche darf ich Sie sehr herzlich begrüßen. Diese Grüße möchte ich namentlich richten an Herrn Oberbürgermeister Fenrich und Herrn Bürgermeister Obert als Vertreter der Stadt Karlsruhe, in deren Rathaus wir heute zusammengekommen sind. Stellvertretend für die so zahlreich anwesenden Vertreter der Justiz begrüße ich den Präsidenten des Bundesgerichtshofs, Herrn Professor Dr. Tolksdorf, ferner – als Vertreter der Verwaltung – Frau Polizeipräsidentin Gerecke und den Präsidenten der Bundespolizeidirektion Stuttgart, Herrn Holzem.

Im Zentrum der Aufmerksamkeit stehen die Teilnehmer der Karlsruher Verfassungsgespräche. Dem Bundesminister des Innern, Herrn Dr. Friedrich, möchte ich für seine Teilnahme ebenso danken wie dem Ministerpräsidenten des Landes Baden-Württemberg, Herrn Kretschmann, dem Bundesrichter und Präsidenten a.D. des Schweizerischen Bundesgerichts, Herrn Aemisegger, dem Präsidenten des Deutschen Städtetages, Herrn Ude, sowie Herrn Professor Dr. Renn von der Universität Stuttgart.

Meinen Dank möchte ich schließlich richten an Herrn Bundesverfassungsrichter a.D. Professor Dr. Siegfried Broß, der die Tradition dieser Karlsruher Verfassungsgespräche maßgeblich mit geformt hat und heute Abend ebenfalls anwesend ist.

Partizipation ist in! Kein politischer Leitbegriff löst in Deutschland vergleichbaren Enthusiasmus aus. Und umgekehrt: Werden beim missmutigen Souverän akute Politikverdrossenheit und Ohnmachtsgefühle diagnostiziert, steht meist direkte Bürgerbeteiligung auf dem Behandlungsplan. Dass es in Artikel 20 des Grundgesetzes heißt, alle Staatsgewalt werde vom Volke „in Wahlen *und Abstimmungen*“ ausgeübt, empfinden nicht wenige als ein uneingelöstes Versprechen. Eine Folge sind etwa sehnsuchtsvolle Blicke über den Bodensee; Herr Bundesrichter Aemisegger wird uns heute Abend sicher Eindrücke aus der Nähe vermitteln.

Die Organisatoren der Karlsruher Verfassungsgespräche haben ein feines Gespür bewiesen für ein verfassungspolitisches Großthema unserer Zeit. „Wieder einmal“, kann man mit Blick auf das Thema des letzten Jahres – zur Erinnerung, es lautete: „Europa nach Lissabon – quo vadis?“ – getrost ergänzen. Ein Blick auf das divers besetzte Podium verdeutlicht den Anspruch, dass die verfassungspolitische Diskussion kein Vorrecht der Verfassungsjuristin oder des Verfassungsjuristen sein darf. Was gemeint ist, wenn von „Verfassung als öffentlichem Prozess“ die Rede ist, wird auch in Veranstaltungen wie dieser erfahrbar. Es bereitet mir deshalb große Freude, die Karlsruher Verfassungsgespräche als Schirmherr unterstützen zu können.

Falsch wäre es, im Ruf nach direkter Partizipation zugleich einen Abgesang auf die repräsentative Demokratie zu hören. Die Einführung direktdemokratischer Entscheidungsformen bereitet keinen Weg, an dessen Ende die repräsentative Demokratie auf den Müllhaufen der Geschichte zu entsorgen wäre. Direkte Demokratie ist nicht demokratischer als repräsentative. Diese Fehlvorstellung wird durch die Semantik des Direkten und Unmittelbaren sicherlich befördert, scheint doch deren Gegenteil der Umweg, das Umständliche zu sein. Doch der Eindruck täuscht: Was Parlamente können, können nur Parlamente. Im Wahlakt anerkennen wir uns gegenseitig als Bürgerinnen und Bürger gleich an Würde und politischer Freiheit. Mit jeder Wahl begründen wir aufs Neue ein Gemeinwesen, das seinen Herausforderungen nicht fragmentiert, isoliert und schematisch begegnen möchte, sondern vernetzt, ausgewogen und differenziert. Dies leistet das Parlament als der zentrale und öffentliche Ort der politischen Debatte und Entscheidung. Zugleich hat mit dem Abgeordneten jemand einzustehen für die getroffene Entscheidung. Es ist diese Verantwortung, welche die Freiheit jedes Abgeordneten rechtfertigt, „an Aufträge und Weisungen nicht gebunden“ und nur dem eigenen „Gewissen unterworfen“ zu sein, wie es das Grundgesetz nicht frei von Pathos formuliert.

Natürlich: hier wird offensichtlich ein Ideal gezeichnet, hinter dem die Wirklichkeit zurückbleiben kann – und oft auch zurückbleibt. Den Wert des Ideals schmälert das nicht. Es ist kein Konkurrent erkennbar, der an die Stelle des Parlamentes treten könnte, wenn es darum geht, in einer komplexen Welt legitime kollektiv bindende Entscheidungen zu treffen.

Direktdemokratische, sachunmittelbare Demokratie findet ihren Platz also nicht in Konkurrenz zur repräsentativen Demokratie, sondern neben ihr. Es kann nicht darum gehen, eine Fundamentalentscheidung zwischen „direkt“ und „repräsentativ“ zu treffen und das Gemeinwesen auf jeder Ebene nach ihr auszugestalten. Stattdessen muss es darum gehen, Kontexte und Konstellationen zu erkennen, in denen sich direktdemokratische Prozeduren der Entscheidungsfindung bewähren. Direktdemokratische Verfahren sind ein legitimatorischer Baustein, der bestimmte Entscheidungen stabil zu untermauern vermag, andere aber nicht. Anschauungsmaterial zur Diskussion und Evaluation kann dabei den deutschen Landesverfassungen und ihrem Kommunalrecht ebenso entnommen werden wie den Erfahrungen anderer demokratischer Staaten. Den Wert der heutigen „Karlsruher Verfassungsgespräche“ macht dies unmittelbar offensichtlich.

Besonders naheliegend erscheint mir eine Bürgerbeteiligung jenseits des Wahlaktes bei Infrastrukturvorhaben. Derzeit fallen hier regelmäßig die reale und die demokratietheoretische Baustelle in eins. Zwar ist schon das geltende Verwaltungsrecht offen für die Belange von Betroffenen und Interessengruppen. Schaute man aber jüngst über das Panorama des Stuttgarter Schlossgartens, dann zeigte sich drastisch, dass diese Partizipationsmöglichkeiten, wenn vielleicht nicht von Mehrheiten, so doch von großen Minderheiten als unzureichend empfunden werden. Hier zwingt die Evidenz weithin geteilter Unzufriedenheit zur Evaluation etablierter Legitimationsverfahren. Welche Verfahren hier legitimationsstiftend wirken können, skizzierte etwa Herr Professor Renn, den an den Karlsruher Verfassungsgesprächen heute Abend teilnehmen wird.

Drängend wird die Frage nach direkter Partizipation in Gestalt des Plebiszits in Hinblick auf den Platz der Bundesrepublik in Europa. Das Grundgesetz ist offen für Europa. Ausdrücklich erlaubt und gestaltet es die Übertragung von Hoheitsrechten. Das Grundgesetz stellt sich aber Entwicklungen entgegen, die das von ihm konstituierte Gemeinwesen der politischen Bedeutungslosigkeit preisgeben. Die souveräne Staatlichkeit Deutschlands wird durch die sog. Ewigkeitsgarantie des Grundgesetzes in Art. 79 Abs. 3 GG unabänderbar garantiert.

*) 22. Mai 2012, Rathaus am Marktplatz, Karlsruhe

Auch der verfassungsändernde Gesetzgeber darf sie nicht aufgegeben. Wollte man diese Grenze überschreiten – und dies könnte unter bestimmten Umständen politisch durchaus richtig und gewollt sein –, müsste Deutschland sich eine neue Verfassung geben. Dafür wäre ein Volksentscheid nötig. Ohne das Volk geht es nicht!

Mit diesem Loblied auf die repräsentative Demokratie, verbunden mit zwei ganz unterschiedlichen Kontexten, in denen sie herausgefordert wird, mag es an dieser Stelle sein Bewenden haben. Für weitere Zugänge und Perspektiven sind nun die Karlsruher Verfassungsgespräche das richtige Forum. Ich wünsche Ihnen und uns allen einen ertragreichen Austausch!

Präsident des Bundesverfassungsgerichts Prof. Dr. Andreas Voßkuhle – Vorsitzender des Zweiten Senats –, Karlsruhe

Eingangsstatement zur Urteilsverkündung in den Verfahren „Negatives Stimmgewicht/Überhangmandate“ am 25. Juli 2012

– 2 BvF 3/11, 2 BvR 2670/11, 2 BvE 9/11 –

Meine Damen und Herren,

mit Urteil vom 3. Juli 2008 hat das Bundesverfassungsgericht die damaligen Regelungen des Bundeswahlgesetzes, die den sogenannten Effekt des negativen Stimmgewichts bewirkten, wegen Verletzung der Grundsätze der Gleichheit und der Unmittelbarkeit der Wahl für verfassungswidrig erklärt (BVerfGE 121, 266). Trotz einer großzügig bemessenen dreijährigen Frist für den Wahlgesetzgeber, eine verfassungsgemäße Neuregelung zu treffen, ist das Ergebnis – das ist übereinstimmende Auffassung im Senat – ernüchternd. Drei zentrale Elemente des mit dem 19. Änderungsgesetz zum Bundeswahlgesetz (BWG) vom 25. November 2011 neu gestalteten Verfahrens der Zuteilung der Abgeordnetensitze des Deutschen Bundestages verstoßen gegen die Grundsätze der Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl sowie gegen den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien.

Das betrifft:

– die Zuweisung von Ländersitzkontingenten nach der Wählerzahl (§ 6 Absatz 1 Satz 1 BWG), weil sie weiterhin den Effekt des negativen Stimmgewichts ermöglicht,
– die Vergabe von Zusatzmandaten nach § 6 Absatz 2a BWG, weil die damit einhergehende Reststimmenverwertung einem Teil der Wählerstimmen eine weitere Chance auf Mandatswirksamkeit einräumt, sowie
– die ausgleichslose Ermöglichung von Überhangmandaten durch § 6 Absatz 5 BWG, soweit ihr Umfang den Grundcharakter der Bundestagswahl als Verhältniswahl aufheben kann.

Angesichts der Vorgeschichte des neuen Wahlrechts sieht der Senat keine Möglichkeit, den verfassungswidrigen Zustand erneut für eine Übergangszeit zu akzeptieren. Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl sichert die vom Demokratieprinzip vorausgesetzte Egalität der Bürgerinnen und Bürger. In ihm manifestiert sich das Ideal gleicher Freiheit und Würde. Auch die Komplexität der Regelungsmaterie vermag eine dauerhafte Relativierung dieses Grundsatzes daher nicht zu rechtfertigen. Der Senat hat die Vorschriften des § 6 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2a BWG deshalb für nichtig und die Regelung über die ausgleichslose Zuteilung von Überhangmandaten (§ 6 Abs. 5 BWG) für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt. Es fehlt somit gegenwärtig an einer wirksamen Regelung des Sitzzuteilungsverfahrens für die Wahlen zum Deutschen Bundestag. Die zuvor geltenden Bestimmungen leben nicht wieder auf, weil das Bundesverfassungsgericht sie mit dem bereits genannten Urteil vom 3. Juli 2008 ebenfalls für verfassungswidrig und nur für eine – zwischenzeitlich verstrichene – Übergangsfrist für weiter anwendbar erklärt hat.

Der Gesetzgeber ist bei der Neugestaltung des Sitzzuteilungsverfahrens gehalten, den Anfall ausgleichsloser Überhangmandate auf einen Umfang zu beschränken, der dem Grundcharakter der Bundestagswahl noch gerecht wird. Im Hinblick auf die Notwendigkeit, den Wahlen zu den kommenden Bundestagen eine verlässliche rechtliche Grundlage zu geben und dem Risiko einer Auflösung des Parlaments im Wahlprüfungsverfahren zu begegnen, hält der Senat es für geboten, die bestehenden verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertungen in einem handhabbaren Maßstab zusammenzuführen, an den der Gesetzgeber anknüpfen kann. Daraus ergibt sich eine zulässige Höchstgrenze von etwa 15 Überhangmandaten.

Weitere konkrete Ausgestaltungsvorgaben für ein neues Wahlrecht enthält die Entscheidung nicht. Angesichts der überaus zahlreichen Möglichkeiten und Varianten, unter Einhaltung der Gewährleistungen des Grundgesetzes ein neues Wahlrecht zu kreieren, ist es primär Aufgabe der Politik, der Parteien und des Parlaments, hier tätig zu werden. Dass die Zeit bis zur nächsten Bundestagswahl knapp bemessen ist, vermag an diesem Umstand nichts zu ändern.

*) Hinw. d. Red.: Leitsätze, Tenor und BVerfG-Pressemeldung in GuT 2012, 236 (in diesem Heft)

Wirtschaft und Verbände

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

Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Betreuungsgeldes

Rede vor dem Deutschen Bundestag am 28. Juni 2012 in Berlin

Herr Präsident!
Liebe Kolleginnen und Kollegen!

Wir reden heute nicht das erste Mal, aber formell in erster Lesung über den Gesetzentwurf zur Einführung eines Betreuungsgelds. Bereits im Jahr 2008 hatte die damalige Große Koalition von Union und SPD parallel zum Kitaausbau auch die Einführung eines Betreuungsgelds vereinbart und gesetzlich festgeschrieben.

Der Gedanke dahinter war und ist folgender: Alle Eltern sollen dabei unterstützt werden, die Betreuung ihres Kleinkindes so zu organisieren, wie sie es für richtig halten. Für die einen soll eine Sachleistung in Form eines Kitaplatzes zur Verfügung gestellt werden, die anderen, die keinen Kitaplatz wollen oder denen er nicht hilft, sollen eine Geldleistung bekommen, unter anderem, um die Betreuung privat organisieren zu können.

Dieselben Sozialdemokraten, die das damals beschlossen haben, laufen heute dagegen Sturm. Ich frage mich schon: Was ist denn das für ein Politikverständnis, etwas in ein Gesetz zu schreiben und sich dann darüber aufzuregen, dass das auch Wirklichkeit wird?

Seit Monaten führt die Opposition eine Kampagne gegen das Betreuungsgeld. Uns, die Koalition, wollten Sie damit treffen. Tatsächlich haben Sie Hunderttausende von Eltern beleidigt, vor allen Dingen auch solche mit Migrationshintergrund.

Sie haben so getan, als würden Eltern ihren einjährigen Kindern schaden, wenn sie sie nicht in die Kita geben – Stichwort: Bildungsfernhalteprämie. Sie haben so getan, als wären Frauen, die sich dafür entscheiden, sich selbst um ihr einjähriges Kind zu kümmern, nichts anderes als dumme Heimchen – Stichwort: Herdprämie. Sie haben bewusst die Büchse der Pandora geöffnet, mit dem Ergebnis, dass inzwischen jegliche Scham gefallen ist, junge Familien zu beleidigen – Stichwort: Verdummungsprämie.

Es gibt in der Tat viele gewichtige Argumente in der Debatte um das Betreuungsgeld, und Sie können sich sicher sein, dass wir darüber in der Koalition auch sehr intensiv diskutieren. Wenn ich aber Ihren Ton höre und diese Anmaßung spüre, mit der Sie mit vollem Vorsatz den Lebensentwurf von 50 Prozent der Familien in Deutschland herabwürdigen, dann muss ich feststellen: Wir sind in Deutschland mit Vielfalt und Wahlfreiheit und mit Respekt und Toleranz offensichtlich noch lange nicht so weit, wie wir immer dachten.

Liebe Frau Kollegin, zunächst einmal gehe ich davon aus, dass Sie den Generalsekretär der Partei CSU meinten, als Sie eben zitiert haben.

Herr Dobrindt hat in den Mittelpunkt seiner Aussage genau das gestellt, worum es geht, nämlich um die Freiheit, sich selbst zu entscheiden, welche Form der Betreuung man für seine ein- und zweijährigen Kinder wünscht. Das ist der Kern der Debatte. Bei allen Argumenten, die gewichtig sind und gewichtet werden müssen, ist es der eigentliche Punkt, ob wir diese Freiheit der Eltern respektieren oder ob wir immer wieder versteckte Werturteile über bestimmte Lebensentwürfe fällen.

Frau Kollegin Rupprecht, ich gebe Ihnen auf Ihre langen Fragen zwei kurze Antworten.

Zu Ihrer ersten Frage: Alle Familien, die einen staatlich finanzierten Kitaplatz in Anspruch nehmen, bekommen eine erhebliche Unterstützungsleistung des Staates. Jeder Kitaplatz wird nämlich im Durchschnitt mit rund 1.000 Euro im Monat staatlich bezuschusst. Damit bekommen diese Eltern eine erhebliche Sachleistung. Und da ist es nur recht und billig, dem eine Barleistung entgegenzusetzen.

Das Prinzip haben Sie zum Beispiel auch in der Pflegeversicherung. Auch in der Pflegeversicherung gibt es eine Wahlmöglichkeit zwischen einer Sachleistung und einer Barleistung. Und kein Mensch ist jemals auf die Idee gekommen, zu sagen, die Barleistung sei eine Heimprämie für Angehörige, die ihre zu pflegenden Angehörigen betreuen.

Zu Ihrer zweiten Frage, Frau Rupprecht, kann ich nur sagen: Das passiert doch schon alles längst. In Deutschland, gerade in Westdeutschland sind fast 50 Prozent der Tagesmütter privat organisiert. Zum Glück spielen schon heute die Großeltern eine riesige Rolle bei der Betreuung der Enkelkinder. Wollen Sie da jetzt ernsthaft verbindlich über Führungszeugnisse nachdenken? Dieser Generalverdacht gegen Eltern, gegen Betreuer ist wirklich absurd.

Liebe Kolleginnen und Kollegen, wie weit die Respektlosigkeit gegenüber den Familien in der Öffentlichkeit geht, das illustriert diese Anzeige, die die Grünen im Internet verbreiten lassen. Schauen Sie sich diese Anzeige einmal genau an. Sie sehen hier links fröhlich spielende Kinder, die ich auf vier bis fünf Jahre schätze. Auf jeden Fall handelt es sich nicht um ein oder zwei Jahre alte Kinder, um die es beim Betreuungsgeld geht. Hier betreiben die Grünen eine bewusste Falschinformation der Eltern. Sie sehen hier rechts ein einsames Kind, das vor dem Fernseher hockt. Damit unterstellen die Grünen, dass Familien, die sich zu Hause um ihre Kinder kümmern, nichts anderes tun, als sie vor dem Fernseher zu parken. Das ist eine Unverschämtheit gegenüber allen Familien in Deutschland.

Vielleicht können wir das Schlachtfeld des ideologischen Kulturkampfes für einen kurzen Augenblick verlassen. Schauen wir uns doch einmal die Fakten an.

Fakt ist erstens: Es gibt in Deutschland einen großen Konsens, dass fast alle Familien die Betreuung von Kindern unter einem Jahr zu Hause organisieren möchten. 97 Prozent der Eltern beziehen das Elterngeld.

Fakt ist zweitens: Es gibt in Deutschland auch einen großen Konsens, dass fast alle Kinder über drei Jahre vom Kindergarten erheblich profitieren. Es geht in diesem Streit also nur um die Familien mit ein- und zweijährigen Kindern.

In diesen Familien sind die Rahmenbedingungen unterschiedlich. Hier sind die Werthaltungen in den Familien unterschiedlich. Hier sind vor allen Dingen auch die Kinder unterschiedlich. Ist es denn so schwer, zu akzeptieren, dass die Familien unterschiedliche Wege gehen? Ist es denn so schwer, ihnen zuzugestehen, dass der Staat sie auf ihrem Weg unterschiedlich unterstützt?

Das steht schon im Grundgesetz. Das Bundesverfassungsgericht hat dies, wie ich denke, mehrfach sehr eindrücklich formuliert. Es hat festgestellt, dass sich aus der Schutzpflicht des Artikels sechs Absatz eins des Grundgesetzes die Aufgabe des Staates ergibt – ich zitiere –, „die Kinderbetreuung in der jeweils von den Eltern gewählten Form in ihren tatsächlichen Voraussetzungen zu ermöglichen und zu fördern."

Genau darum geht es. Da steht nicht: in der von den Wirtschaftsverbänden gewählten Form, wonach alle Kinder möglichst mit einem Jahr in die Kita gehen sollen, damit die Mütter dem Arbeitsmarkt wieder in Vollzeit zur Verfügung stehen. Da steht auch nicht: in der jeweils von den Regierenden gewollten Form. Vielmehr steht da ganz klar: Unser Auftraggeber sind die Eltern, und maßgebend sind die Entscheidungen, die sie selbst zum Wohle ihrer Kinder treffen.

Unsere Politik orientiert sich an den Bedürfnissen der Familien. Diese sind nun einmal unterschiedlich. Deshalb gehört zur Wahlfreiheit auch der Rechtsanspruch auf einen Kitaplatz ab August 2013. Ich bin mir sicher, diesen Satz würde auch die Opposition sofort unterschreiben. Aber wir machen das eben nicht so, wie das die SPD à la Olaf Scholz will, nämlich „die Lufthoheit über den Kinderbetten" zu erobern. Wir wollen die Familien darin unterstützen, so zu leben, wie sie es wollen. Deshalb brauchen wir beides, den Kitaausbau und das Betreuungsgeld.

Wir strafen all diejenigen Lügen, die behaupten, das Betreuungsgeld würde beim Kitaausbau fehlen. Der Bund zahlt nämlich seinen Anteil. Wie ich angekündigt habe, ist der Bund bereit, für die 30.000 Kitaplätze, die wir mehr brauchen als 2007 gedacht, seinen Anteil zur Verfügung zu stellen. Deshalb werden wir noch über 580 Millionen Euro zusätzlich für Investitionen in die Hand nehmen. Damit zahlt der Bund 4,6 Milliarden Euro an Investitionskosten.

Auch für die Betriebskosten gibt es zusätzliche Bundesmittel. Der Bund zahlt ab 2014 jährlich 845 Millionen Euro. Sie können dann noch die 400 Millionen Euro drauflegen, die wir in die Qualität und in die Sprach- und Integrationsförderung in den Kitas investieren.

Eines ist klar: Wir unterstützen die Länder und Kommunen bei dieser Mammutaufgabe, wo wir können. Dann erwarte ich aber auch, dass die Länder nun ordentlich an Tempo zulegen und ihre Hausaufgaben machen. Wenn manche die gleiche Kraft, die sie für den Kampf gegen zu Hause erziehende Eltern aufbringen, auch für den Kitaausbau aufbringen würden, dann wäre schon viel gewonnen.

Auch diese Botschaft gehört in die heutige erste Lesung des Betreuungsgeldgesetzentwurfs. Denn Kitaausbau und Betreuungsgeld gehören zusammen. Nur beides zusammen ergibt Wahlfreiheit.

Wer sein Kind mit einem Jahr in die Kita gibt, der ist nicht herzlos, und wer sein Kind auch nach dem ersten Geburtstag noch zu Hause erzieht, der ist nicht hirnlos. Alle Eltern verdienen unseren Respekt und unsere Unterstützung. Darin sollten wir uns einig sein.

Hinw. d. Red.: Zu familienpolitischen Vorstellungen der Bundestagsfraktionen Bündnis 90/Grüne und SPD vgl. GuT 2012, 331–332 (in diesem Heft).

Bundesminister der Finanzen Dr. Wolfgang Schäuble, Berlin

Sicherung der Stabilität der Euro-Zone – Finanzhilfen für Spanien

Regierungserklärung vor dem Deutschen Bundestag am 19. Juli 2012 in Berlin

Herr Präsident!
Meine Damen und Herren!

Die wirtschaftliche Lage in Europa und darüber hinaus ist immer noch durch die Verunsicherung auf den Finanzmärkten über die weitere Entwicklung der Euro-Zone belastet. Das kann man an dem Auf und Ab der Börsen und auch des Euro-Kurses, die beide von den realen Geschehnissen zumeist abgekoppelt sind, ablesen.

Wir haben seit Ausbruch der Vertrauenskrise mit umfassenden finanz- und wirtschaftspolitischen Reformmaßnahmen in den betroffenen Ländern und mit der Schaffung leistungsfähiger Strukturen und Kontrollmechanismen für die gemeinsame Finanz- und Wirtschaftspolitik in der Euro-Zone erhebliche Fortschritte gemacht. Das ist unbestritten. Aber die Rückgewinnung verloren gegangenen Vertrauens dauert und kann nur Schritt für Schritt erfolgen.

Deshalb hat die Bundesregierung immer wieder darauf hingewiesen, dass es trotz aller zwischenzeitlichen Erfolge zu weiteren Inanspruchnahmen der europäischen Finanzierungsinstrumente kommen kann, also der Finanzierungsinstrumente, mit denen Mitgliedstaaten der Euro-Zone die für den Erfolg von Reformmaßnahmen notwendige Zeit verschafft werden soll.

Die spanische Regierung hat am 25. Juni einen Antrag auf Finanzhilfe gestellt. Spanien sieht sich aufgrund der hohen Nervosität der Finanzmärkte nicht in der Lage, die aus der Immobilienblase resultierenden Verwerfungen im spanischen Bankensektor alleine zu bewältigen. Diese Einschätzung haben die Europäische Kommission, die Europäische Zentralbank, die Europäische Bankenaufsichtsbehörde, EBA, und der Internationale Währungsfonds bestätigt. Es wird an den Märkten bezweifelt, ob es dem spanischen Staat gelingen kann, die Probleme in seinem Bankensektor zu lösen, ohne dabei seine eigene Zahlungsfähigkeit zu gefährden. Schon der Anschein einer Gefährdung der nachhaltigen Zahlungsfähigkeit des spanischen Staates kann zu gravierenden Ansteckungseffekten im Euro-Raum führen. Dadurch werden die Probleme im spanischen Bankensektor zu einem Problem der Finanzstabilität der Euro-Zone.

Wir haben für solche Fälle im vergangenen Jahr das Instrument der Gewährung von Finanzhilfen der Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität, EFSF, an Staaten zur Restrukturierung und Rekapitalisierung von Banken geschaffen. Die Bundesregierung ist nach sorgfältiger Prüfung zu der Auffassung gekommen, dass die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme dieser Hilfen vorliegen, dass die mit der Hilfe verbundenen Auflagen geeignet sind, das spanische Bankenproblem nachhaltig zu lösen, und dass wir ein starkes Interesse daran haben, Spanien zu ermöglichen, seinen erfolgversprechenden Weg grundlegender wirtschafts- und finanzpolitischer Reformen aus eigenem Antrieb weiterzuverfolgen.

Spanien ist mit seinen Anstrengungen zur Defizitreduzierung und der Umsetzung von tiefgreifenden Strukturreformen insgesamt auf einem guten Weg, wieder zu soliden Staatsfinanzen

und zu einer wettbewerbs- und wachstumsfähigen Wirtschaft zurückzufinden; aber dieser Erfolg ist durch die Unsicherheit im Bankensektor gefährdet.

Das Land hat sich im September vergangenen Jahres neue verfassungsrechtliche Fiskalregeln ähnlich der Schuldenbremse unseres Grundgesetzes gegeben, Regeln, die für alle staatlichen Ebenen grundsätzlich strukturell ausgeglichene Haushalte vorschreiben. In der letzten Woche hat die spanische Regierung ein Konsolidierungspaket mit Ausgabenkürzungen und Einnahmesteigerungen, auch mit einer Anhebung der Mehrwertsteuer von 18 auf 21 Prozent, in einem Volumen von insgesamt 56 Milliarden Euro über die nächsten zweieinhalb Jahre vorgestellt. Mit dieser Hilfe will Spanien die Vorgabe im europäischen Defizitverfahren erfüllen, sein übermäßiges Defizit bis 2014 abzubauen.

Zur Verbesserung seiner Wettbewerbsfähigkeit hat das Land grundlegende Arbeitsmarktreformen ergriffen. Dazu zählen zum Beispiel Maßnahmen zur Verringerung der starken Abschottung zwischen befristeten und unbefristeten Beschäftigungsverhältnissen oder zur Flexibilisierung des Lohnfindungsverfahrens. Bei einer Arbeitslosigkeit von über 20 Prozent und einer Jugendarbeitslosigkeit von mittlerweile über 50 Prozent muss es das vorrangige Ziel sein, allen zu ermöglichen, sich ihren Lebensunterhalt selbst zu erwirtschaften. Auch das Rentensystem wird überholt, zum Beispiel durch die Einschränkung von Frühverrentungen. Es wird eine Reform der Pflegeversicherung mit dem Ziel der Kostenrationalisierung geben.

Diese von Spanien ergriffenen strukturellen Reformen sind richtig, und sie sind notwendig; Spanien kommt an ihnen so wenig vorbei wie andere Staaten, die inmitten von Reformprozessen stehen. Aber das kann nur funktionieren, wenn auch die Probleme im Bankensektor gelöst werden. Da geht es darum, einen Teufelskreis zwischen Staats- und Bankenrisiken zu durchbrechen: Einerseits wird die Stabilität der spanischen Banken infrage gestellt, weil der spanische Staat oftmals für die Lösung der Bankenprobleme als finanziell zu schwach wahrgenommen wird. Andererseits folgt diese Wahrnehmung von angeblicher Finanzschwäche des Staates allein aus der Sorge um mögliche Einstandspflichten bei den Banken.

Um die Unsicherheit zu reduzieren, hat Spanien seinen gesamten Bankensektor einer externen Evaluation unterzogen. Wir wissen aus dieser Evaluation, in welcher Größenordnung Kapitalverstärkungen im Zuge von Restrukturierungen notwendig sein werden. Die Hilfen und die Vorgaben der Restrukturierung des Bankensektors werden vom spanischen Restrukturierungsfonds FROB gemanagt. Hinter diesem Restrukturierungsfonds steckt die spanische Regierung, und das bedeutet: Spanien stellt den Antrag, Spanien bekommt das Geld zur Bankenrekapitalisierung, und Spanien haftet als Staat für die Hilfen aus der EFSF.

Das jetzige Programm ändert nichts daran, dass der spanische Staat seinen eigenen laufenden Finanzierungsbedarf weiter ganz regulär selber am Markt refinanzieren kann und refinanzieren wird. Eine zügige Umstrukturierung der in Schieflage geratenen spanischen Finanzinstitute ist deshalb wichtig, um den Kapitalmarktzugang des spanischen Staates zu tragbaren Zinssätzen sicherzustellen und Ansteckungseffekte auf andere Staaten in der Euro-Zone zu unterbinden.

Die Europäische Kommission, die EZB, die Europäische Bankenaufsichtsbehörde und der IWF kommen in ihrem gemeinsamen Bericht zu dem Ergebnis, dass – ich zitiere – „die Situation des spanischen Bankensektors potenzielle Risiken für andere Länder der Europäischen Union und besonders der Euro-Zone birgt, falls jene Schwächen nicht angemessen und zügig behoben werden."

Aufgrund der Schwäche einiger spanischer Banken ist in einem insgesamt unsicheren Marktumfeld mit hohen Zinssätzen für die staatliche Kreditaufnahme Spaniens die Finanzstabilität der gesamten Euro-Zone gefährdet. Ohne die extreme Verunsicherung der Finanzmärkte wäre Spanien in der Lage, seinen Bankensektor allein in Ordnung zu bringen. Aber wir haben eben eine Ausnahmesituation, und in dieser Ausnahmesituation helfen wir dem spanischen Staat, gegen die übermäßige Nervosität der Finanzmärkte, und wir leisten damit einen Beitrag zum Erhalt der Finanzstabilität der Euro-Zone insgesamt.

Die von diesen europäischen Institutionen mit Spanien vereinbarten Auflagen für eine solche Hilfe – also das Memorandum of Understanding –, über die morgen in der Euro-Gruppe entschieden werden soll, sind detailliert und präzise ausgearbeitet. Ich möchte beispielhaft nennen: Für jede Bank wird von externen Prüfern ein individueller Stresstest durchgeführt. Banken, die als nicht lebensfähig angesehen werden, müssen abgewickelt werden. Für alle Banken mit Kapitalbedarf müssen detaillierte Restrukturierungspläne erstellt und von der Europäischen Kommission nach den Vorgaben des EU-Beihilferechts genehmigt werden. Bevor auf staatliche Mittel zurückgegriffen werden kann, müssen die Anteilseigner der Banken ihren Beitrag leisten. Die Gehälter der Manager solcher Banken werden gedeckelt. Es gibt also klare Vorgaben für das Verfahren, und diese Vorgaben entsprechen in vielen Punkten der in Deutschland beim SoFFin entwickelten Praxis.

Zusätzlich zu diesen Vorgaben für den Finanzsektor verpflichtet sich Spanien bindend, seine Verpflichtungen nach dem europäischen Defizitverfahren, nach dem Europäischen Semester, auch nach den Empfehlungen zur Korrektur makroökonomischer Ungleichgewichte – das ist das europäische Sekundärrecht – umzusetzen.

Die Hilfen werden auf bis zu 100 Milliarden Euro begrenzt. Die EFSF wird kurzfristig eine Tranche von 30 Milliarden Euro in Reserve halten, um in einem Notfall sofort handlungsfähig zu sein. Damit lässt sich schon jetzt ein klares Signal an die Märkte senden, ohne dass wir irgendwelche Abstriche bei der Sorgfalt hinsichtlich der Umsetzung der vereinbarten bankindividuellen Prüfungen machen. Sobald der ESM aktiviert ist, wird das spanische Programm ohne materielle Änderungen in den ESM überführt. In jedem Fall haftet aber der spanische Staat gegenüber der EFSF beziehungsweise künftig auch gegenüber dem ESM für die Rückzahlung der Mittel. Etwas anderes ist nach den geschlossenen Verträgen und Gesetzen gar nicht möglich.

Herr Präsident, liebe Kolleginnen und Kollegen, ich will in diesem Zusammenhang eine Bemerkung machen, die ich bereits gestern im Haushaltsausschuss gemacht habe. Dort habe ich darauf hingewiesen, dass ich die Information bekommen habe, die Republik Zypern habe einen Antrag auf ein sogenanntes Stepping-out gestellt. Stepping-out bedeutet nach den Regeln der EFSF, dass ein Land, das unter vollem Programm ist, beantragen kann, an der Haftungsgarantie für andere Hilfszusagen nicht teilzunehmen. Das habe ich gestern dem Haushaltsausschuss mitgeteilt und dabei hinzugefügt, dass sich, wenn ein solcher Antrag genehmigt würde, der deutsche Anteil an der Haftung, der jetzt, wie im vorliegenden Antrag ausgeführt ist, 29,07 Prozent beträgt, auf 29,13 Prozent erhöhen würde. Ich habe ergänzend zu der Mitteilung im Haushaltsausschuss mitzuteilen – deswegen erwähne ich dies jetzt –, dass Zypern diesen Antrag vorläufig zurückgezogen hat, sodass wir darüber nicht zu entscheiden haben. Aber ich wollte Ihnen diese Information der Vollständigkeit halber geben.

In diesen Tagen sind manchmal zwei Debatten durcheinandergeraten, die wir sauber voneinander trennen sollten.

Das eine ist die Frage der Gewährung von Finanzhilfen an Spanien nach den bestehenden Instrumenten, und das andere ist eine in die Zukunft gerichtete Debatte darüber, dass wir bei einer vergemeinschafteten Geldpolitik im Euro-Raum, in dem eine nicht unbeträchtliche Zahl von Instituten stark mit anderen Banken des europäischen Finanzbinnenmarkts vernetzt ist, ein Mindestmaß an Rechtsvereinheitlichung im Bankensektor und eine durchsetzungsstarke europäische Bankenaufsicht brauchen.

Aber dies ist eine zukünftige Debatte. An dem Vorhaben werden wir in der Zukunft arbeiten. Heute haben wir auf der Grundlage der geltenden Verträge und der geltenden Gesetze zu beraten und zu entscheiden. Das darf man nicht miteinander vermischen.

Eine solche Aufsicht, wenn sie denn geschaffen werden soll, muss mit Kompetenzen ausgestattet werden, die über die Kompetenzen der 2011 geschaffenen Europäischen Bankenaufsichtsbehörde, EBA, weit hinausgehen. Die EBA hat eine koordinierende Funktion für die nationalen Bankenaufsichten. Wir werden eines Tages eine wirkliche europäische Bankenaufsicht brauchen. Dabei geht es dann um einheitliche klare Regelungen für die rechtzeitige Restrukturierung und gegebenenfalls auch Abwicklung notleidender Banken, die dann von einer europäischen Aufsicht im Einzelfall durchgesetzt werden und deren Anwendung sich danach richtet, was der finanziellen Stabilität in ganz Europa geschuldet ist.

Die europäischen Verträge sehen vor, dass der Europäische Rat nach Anhörung des Europäischen Parlaments und der Europäischen Zentralbank einstimmig beschließen kann, der EZB entsprechende Aufsichtsfunktionen zu übertragen. Dabei sind aber noch viele Fachfragen zu klären, etwa der Kreis der einzubeziehenden Banken. Es bedarf auch einer sicheren Abgrenzung des Mandats gegenüber den geldpolitischen Aufgaben der EZB, bei denen die Europäische Zentralbank unabhängig ist. Bei der Bankenaufsicht – wir kennen das aus der Debatte in Deutschland über das Verhältnis von BaFin und Bundesbank – kann sie solch eine Unabhängigkeit natürlich nicht haben.

Es ist vereinbart worden, dass die Europäische Kommission bis zum September ein Modell ausarbeiten soll, über das der Rat dann bis Jahresende entscheiden kann. Eine Zustimmung Deutschlands zu einem solchen Vorschlag wird im Übrigen in jedem Fall einen entsprechenden Rückhalt im Deutschen Bundestag voraussetzen. Erst nach diesen grundlegenden Entscheidungen könnte eine europäische Bankenaufsicht mit wirksamen Durchgriffsrechten auf notleidende Banken aufgebaut und etabliert werden. Erst wenn eine solche europäische Aufsicht unter Beteiligung der Europäischen Zentralbank funktioniert, kann sich die Frage der Finanzierung einer von der europäischen Aufsicht veranlassten Restrukturierung notleidender Banken durch europäische Mechanismen und Institutionen stellen. Hier besteht eben nicht nur ein zeitlicher Zusammenhang, sondern vor allem ein sachlogischer. Nur wer die Aufsicht mit entsprechenden Durchgriffsrechten hat, kann auch die Verantwortung für Kapitalhilfen übernehmen. Deswegen ist das Königreich Spanien, solange es die Aufsicht hat, unser Partner für die Gewährung von Kapitalhilfen.

Im Übrigen ist die Beantwortung der Frage, wie das im Einzelnen technisch auszubuchstabieren sein wird, noch völlig offen. So und nicht anders haben es die Staats- und Regierungschefs der Euro-Zone am 29. Juni beschlossen. Deshalb: Wer jetzt von einem unmittelbar bevorstehenden Einsatz des ESM zur direkten Bankenrekapitalisierung oder gar von einer kollektiven Haftung für die Schulden der Banken des Euro-Systems schwadroniert, der wird dem Ernst der zugrunde liegenden fachlichen und politischen Fragen nicht gerecht.

Bei der Bewältigung der Staatsschuldenkrise im Euro-Raum haben wir gerade auch in den letzten Wochen und Monaten gute Fortschritte erzielt. Vor allem die besonders im Fokus der Finanzmärkte stehenden Länder sind beim Defizitabbau und auch bei den Strukturreformen zur Verbesserung ihrer Wettbewerbsfähigkeit sichtbar vorangekommen. Das gilt für Irland und Portugal, aber auch für andere Länder. Spanien habe ich erwähnt. Auch andere große und kleinere Länder haben bedeutende Reformschritte und -maßnahmen auf den Weg gebracht.

Übrigens hat auch der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung in seinem Sondergutachten vom 6. Juli dargelegt, wie konsequent der Defizitabbau in den europäischen Krisenländern vorangebracht worden ist. Er betont dabei, dass die Erfolge bei der Rückführung der strukturellen Defizite weit über das hinausgehen, was wichtige Industriestaaten außerhalb der Euro-Zone bis heute erreicht haben. Nicht zuletzt arbeitet der Sachverständigenrat heraus, dass an strukturellen Reformen in den Krisenländern kein Weg vorbeiführt. Genau diesen Weg gehen wir in der Euro-Zone seit zwei Jahren konsequent. Der eingeschlagene Weg – das ist wahr – ist nicht bequem, aber er ist gleichermaßen unvermeidlich wie erfolgversprechend.

Auch bei der Schaffung eines neuen institutionellen Rahmens für die Währungsunion, der ihre Stabilität dauerhaft sicherstellt, sind wir erheblich vorangekommen. Als wir die gemeinsame Währung eingeführt haben, konnten wir die notwendigen Elemente einer politischen Union nicht bilden. Heute müssen wir dies schaffen, um die mangelnde Kongruenz zwischen Geldpolitik, die vergemeinschaftet ist, und Finanz- und Wirtschaftspolitik, die in nationaler Zuständigkeit sind, so zu überbrücken, dass der Euro dauerhaft stabil bleibt.

Dazu gehören die Verschärfung des Stabilitäts- und Wachstumspakts und das neue gesamtwirtschaftliche Überwachungsverfahren. Dazu gehören vor allem die am 29. Juni in diesem Haus mit breiter Mehrheit – die erforderliche Zweidrittelmehrheit wurde weit überschritten – beschlossenen Elemente Europäischer Fiskalvertrag und Europäischer Stabilitätsmechanismus, ESM, die derzeit noch vom Bundesverfassungsgericht geprüft werden.

Wenn man vor zwei Jahren vorhergesagt hätte, dass alle Länder der Euro-Zone und acht weitere Mitgliedsländer der Europäischen Union, also insgesamt 25 von 27, sich in einem Fiskalvertrag verpflichten, Schuldenbremsen ähnlich der deutschen Regelung in ihre nationalen Rechtsordnungen einzuführen, wäre man allenfalls für einen schlechten Scherz ausgelacht worden. Das ist aber die Wirklichkeit, und das zeigt, wie sehr sich die Einstellungen in Europa verändert haben.

Wir sind auf einem richtigen Weg. Dieser Weg wird Erfolg haben, wenn wir ihn Schritt für Schritt, konsequent, beharrlich und mit Augenmaß weiter beschreiten. Aber – wie gesagt –: Wir brauchen dazu Zeit. Man verliert Vertrauen schnell, und man gewinnt es nur allmählich wieder zurück. Die Situation macht vielen unserer Mitbürgerinnen und Mitbürger große Sorgen.

Ich bin überzeugt, dass wir auf einem guten Weg sind, die Probleme in der EuroZone zu überwinden und die Basis für eine solide Währungsunion mit einem nach außen und innen weiterhin stabilen Euro zu schaffen. Die Aufgabe ist nicht trivial. Es gibt weder schnelle noch einfache Lösungen. Wir wissen, dass unsere Mitbürger in einem hohen Maße durch die ständigen Krisenmeldungen verunsichert sind.

Deshalb müssen wir wieder und wieder erklären, welche großen Vorteile die europäische Integration einschließlich der gemeinsamen Währung für alle Europäer und nicht zuletzt, sondern vor allem für uns Deutsche hat, Vorteile, die unter gar keinen Umständen gefährdet werden dürfen.

Genauso wichtig ist es, dass nicht ständig unrealistische Erwartungen geschürt und anschließend enttäuscht werden, sondern dass wir beharrlich und Schritt für Schritt die notwendigen Maßnahmen umsetzen. Nur so können wir Vertrauen zurückgewinnen. Heute geht es darum, Spanien für die Lösung seiner Bankenprobleme die nötige Zeit zu verschaffen. Dafür bitte ich um Ihre Zustimmung.

Dokumentation,
Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

Gewerbemiete

Art. 1, 20 GG; § 3 AsylbLG
Menschenrecht und Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums in Deutschland;
Ausgestaltung existenzsichernder Leistungen

1. Die Höhe der Geldleistungen nach § 3 des Asylbewerberleistungsgesetzes ist evident unzureichend, weil sie seit 1993 nicht verändert worden ist.

2. Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG garantiert ein Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (vgl. BVerfGE 125, 175 [= GuT 2010, 18 Leits. u. a.]). Art. 1 Abs. 1 GG begründet diesen Anspruch als Menschenrecht. Er umfasst sowohl die physische Existenz des Menschen als auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben. Das Grundrecht steht deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, gleichermaßen zu.

3. Falls der Gesetzgeber bei der Festlegung des menschenwürdigen Existenzminimums die Besonderheiten bestimmter Personengruppen berücksichtigen will, darf er bei der konkreten Ausgestaltung existenzsichernder Leistungen nicht pauschal nach dem Aufenthaltsstatus differenzieren. Eine Differenzierung ist nur möglich, sofern deren Bedarf an existenznotwendigen Leistungen von dem anderer Bedürftiger signifikant abweicht und dies folgerichtig in einem inhaltlich transparenten Verfahren anhand des tatsächlichen Bedarfs gerade dieser Gruppe belegt werden kann.

(BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 18. 7. 2012 – 1 BvL 10/10; 1 BvL 2/11)

In den Verfahren zu der verfassungsrechtlichen Prüfung,

ob § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 sowie § 3 Abs. 2 Satz 3 in Verbindung mit Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 des Asylbewerberleistungsgesetzes (AsylbLG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. August 1997 (BGBl I S. 2022) mit dem Grundgesetz vereinbar sind

– Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Landessozialgerichts Nordrhein- Westfalen vom 26. Juli 2010 – L 20 AY 13/09 –

– 1 BvL 10/10 –,

ob § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und Nr. 3 sowie § 3 Abs. 2 Satz 3 in Verbindung mit Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes (AsylbLG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. August 1997 (BGBl I S. 2022) mit dem Grundgesetz vereinbar sind

– Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Landessozialgerichts Nordrhein- Westfalen vom 22. November 2010 – L 20 AY 1/09 –

– 1 BvL 2/11 –

hat das Bundesverfassungsgericht – Erster Senat – aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Juni 2012 durch Urteil für Recht erkannt:

1. § 3 Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 und § 3 Absatz 2 Satz 3 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 4 Nummer 2 des Asylbewerberleistungsgesetzes sowie § 3 Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 und Nummer 3 und § 3 Absatz 2 Satz 3 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 4 Nummer 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes, jeweils in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. August 1997 (Bundesgesetzblatt I Seite 2022), sind mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Artikel 1 Absatz 1 Grundgesetz in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Artikel 20 Absatz 1 Grundgesetz unvereinbar. Für Leistungszeiträume bis zum 31. Dezember 2010 sind die Vorschriften weiterhin anwendbar.

2. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, unverzüglich für den Anwendungsbereich des Asylbewerberleistungsgesetzes eine Neuregelung zur Sicherung des menschenwürdigen Existenzminimums zu treffen.

Bis zum Inkrafttreten einer Neuregelung wird angeordnet:

a) Die Werte nach § 3 Absatz 2 Satz 2 Nummer 1, Nummer 2 und Nummer 3 des Asylbewerberleistungsgesetzes bemessen sich ab dem 1. Januar 2011 entsprechend den sich aus §§ 5 bis 7 des Gesetzes zur Ermittlung der Regelbedarfe nach § 28 Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch (Bundesgesetzblatt I 2011, Seite 453) für Einpersonen- und Familienhaushalte ergebenden regelbedarfsrelevanten Verbrauchsausgaben für die Abteilungen 1 (Nahrungsmittel, alkoholfreie Getränke), 3 (Bekleidung und Schuhe), 4 (Wohnen, Energie und Wohnungsinstandhaltung) und 6 (Gesundheitspflege). Die regelbedarfsrelevanten Verbrauchsausgaben für die Abteilung 5 (Innenausstattung, Haushaltsgeräte und -gegenstände) bleiben unberücksichtigt.

b) Die Geldbeträge nach § 3 Absatz 1 Satz 4 Nummer 1 und Nummer 2 des Asylbewerberleistungsgesetzes (gegebenenfalls in Verbindung mit § 3 Absatz 2 Satz 3 Asylbewerberleistungsgesetz) bemessen sich ab dem 1. Januar 2011 entsprechend den sich aus §§ 5 bis 7 des Gesetzes zur Ermittlung der Regelbedarfe nach § 28 Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch (Bundesgesetzblatt I 2011, Seite 453) für Einpersonen- und Familienhaushalte ergebenden regelbedarfsrelevanten Verbrauchsausgaben für die Abteilungen 7 (Verkehr), 8 (Nachrichtenübermittlung), 9 (Freizeit, Unterhaltung, Kultur), 10 (Bildung), 11 (Beherbergungs- und Gaststättendienstleistungen) und 12 (Andere Waren und Dienstleistungen).

c) Die Regelbedarfsstufen 1 bis 6 nach § 8 des Gesetzes zur Ermittlung der Regelbedarfe nach § 28 Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch (Bundesgesetzblatt I 2011, Seite 453) finden für die Abgrenzung des jeweiligen von diesen Regelbedarfsstufen erfassten Personenkreises auf Leistungsberechtigte nach dem Asylbewerberleistungsgesetz für die Leistungen nach § 3 Absatz 2 Satz 2 und § 3 Absatz 1 Satz 4 des Asylbewerberleistungsgesetzes entsprechende Anwendung. Für Personen, die der Regelbedarfsstufe 2 oder 3 unterfallen, finden die vorstehend unter a und b getroffenen Anordnungen mit der Maßgabe Anwendung, dass für Personen, die der Regelbedarfsstufe 2 unterfallen, 90 Prozent der Werte und Geldbeträge und für Personen, die der Regelbedarfsstufe 3 unterfallen, 80 Prozent der Werte und Geldbeträge maßgeblich sind.

d) Solange keine Neuermittlung der Regelbedarfe nach § 28 Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch erfolgt, werden die Werte beziehungsweise Geldbeträge in § 3 Absatz 2 Satz 2 und § 3 Absatz 1 Satz 4 des Asylbewerberleistungsgesetzes entsprechend der Veränderungsrate des Mischindexes nach § 138 sowie § 28a Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch fortgeschrieben.

e) Die Regelungen über die Rücknahme eines rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsaktes des § 9 Absatz 3 Asylbewerberleistungsgesetz in Verbindung mit § 44 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch und über die Aufhebung eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung bei Änderung der rechtlichen Verhältnisse zugunsten der Betroffenen des § 9 Absatz 3 Asylbewerberleistungsgesetz in Verbindung mit § 48 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch finden für Leistungszeiträume bis Ende Juli 2012 keine Anwendung.

Gründe: [vom Abdruck wird abgesehen]

Hinw. d. Red.: Hierzu lautet die BVerfG-Pressemitteilung Nr. 56/2012 vom 18. 7. 2012:

»Regelungen zu den Grundleistungen in Form der Geldleistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz verfassungswidrig

Das Bundesverfassungsgericht hat heute sein Urteil über die Vorlagen des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen zu der Frage verkündet, ob die existenzsichernden Geldleistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) verfassungsgemäß sind.

Über den Sachverhalt informiert die Pressemitteilung Nr. 35/2012 vom 30. Mai 2012. Sie kann auf der Homepage des Bundesverfassungsgerichts eingesehen werden.

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat entschieden, dass die Regelungen zu den Grundleistungen in Form der Geldleistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG unvereinbar sind. Die Höhe dieser Geldleistungen ist evident unzureichend, weil sie seit 1993 trotz erheblicher Preissteigerungen in Deutschland nicht verändert worden ist. Zudem ist die Höhe der Geldleistungen weder nachvollziehbar berechnet worden noch ist eine realitätsgerechte, am Bedarf orientierte und insofern aktuell existenzsichernde Berechnung ersichtlich.

Der Gesetzgeber ist verpflichtet, unverzüglich für den Anwendungsbereich des Asylbewerberleistungsgesetzes eine Neuregelung zur Sicherung des menschenwürdigen Existenzminimums zu treffen. Bis zu deren Inkrafttreten hat das Bundesverfassungsgericht angesichts der existenzsichernden Bedeutung der Grundleistungen eine Übergangsregelung getroffen. Danach ist ab dem 1. Januar 2011 die Höhe der Geldleistungen auch im Anwendungsbereich des Asylbewerberleistungsgesetzes entsprechend den Grundlagen der Regelungen für den Bereich des Zweiten und Zwölften Buches des Sozialgesetzbuches zu berechnen. Dies gilt rückwirkend für nicht bestandskräftig festgesetzte Leistungen ab 2011 und im Übrigen für die Zukunft, bis der Gesetzgeber seiner Pflicht zur Neuregelung nachgekommen ist.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

1. Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG garantiert ein Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums. Die Höhe entsprechender Leistungen muss der Gesetzgeber festlegen. Sie darf nicht evident unzureichend sein und muss realitätsgerecht bestimmt werden. Dies war bereits Ausgangspunkt der Entscheidung des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts zum Arbeitslosengeld II im Februar 2010 (BVerfGE 125, 175 [= GuT 2010, 18 Leits. u. a.]).

a) Art. 1 Abs. 1 GG begründet den Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums als Menschenrecht. Dieses Grundrecht steht deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, gleichermaßen zu. Maßgeblich für die Bestimmung entsprechender Leistungen sind die Gegebenheiten in Deutschland, dem Land, in dem dieses Existenzminimum gewährleistet sein muss. Das Grundgesetz erlaubt es nicht, das in Deutschland zu einem menschenwürdigen Leben Notwendige unter Hinweis auf das Existenzniveau des Herkunftslandes von Hilfebedürftigen oder auf das Existenzniveau in anderen Ländern niedriger als nach den hiesigen Lebensverhältnissen geboten zu bemessen. Desgleichen erlaubt es die Verfassung nicht, bei der konkreten Ausgestaltung existenzsichernder Leistungen pauschal nach dem Aufenthaltsstatus zu differenzieren; der Gesetzgeber muss sich immer konkret an dem Bedarf an existenznotwendigen Leistungen orientieren.

Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums umfasst sowohl die physische Existenz des Menschen als auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben; dies sind einheitlich zu sichernde Bedarfe. Art. 1 Abs. 1 GG gibt einen solchen Leistungsanspruch dem Grunde nach vor. Das Sozialstaatsgebot des Art. 20 Abs. 1 GG hält den Gesetzgeber an, seine konkrete Höhe entsprechend der tatsächlichen existenzsichernden Bedarfe zeit- und realitätsgerecht zu bestimmen.

Im Übrigen ist der Gesetzgeber auch durch weitere Vorgaben verpflichtet, die sich aus dem Recht der Europäischen Union und aus Völkerrecht ergeben.

b) Die Leistungen zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz dürfen nicht evident unzureichend sein und müssen zur Konkretisierung des grundrechtlichen Anspruchs folgerichtig in einem inhaltlich transparenten und sachgerechten Verfahren nach dem tatsächlichen und jeweils aktuellen Bedarf, also realitätsgerecht, begründet werden können. Diese Anforderungen beziehen sich nicht auf das Gesetzgebungsverfahren, sondern dessen Ergebnisse. Das Grundgesetz lässt Raum für Verhandlungen und politischen Kompromiss. Es schreibt keine bestimmte Methode zur Ermittlung der Bedarfe und zur Berechnung der Leistungen vor, wodurch der dem Gesetzgeber zustehende Gestaltungsspielraum begrenzt würde. Werden jedoch hinsichtlich bestimmter Personengruppen unterschiedliche Methoden zugrunde gelegt, muss dies sachlich zu rechtfertigen sein. Zudem sind die Leistungen zur Existenzsicherung fortwährend zu überprüfen und weiterzuentwickeln.

Ob und in welchem Umfang der Bedarf an existenznotwendigen Leistungen für Menschen mit nur vorübergehendem Aufenthaltsrecht in Deutschland gesetzlich abweichend von dem gesetzlich bestimmten Bedarf anderer Hilfebedürftiger bestimmt werden kann, hängt folglich allein davon ab, ob wegen eines nur kurzfristigen Aufenthalts konkrete Minderbedarfe gegenüber Hilfeempfangenden mit Daueraufenthaltsrecht nachvollziehbar festgestellt und bemessen werden können. Lassen sich tatsächlich spezifische Minderbedarfe bei einem nur kurzfristigen, nicht auf Dauer angelegten Aufenthalt feststellen, und will der Gesetzgeber das bei der Leistungshöhe berücksichtigen, muss er diese Gruppe so definieren, dass sie hinreichend zuverlässig tatsächlich nur diejenigen erfasst, die sich kurzfristig in Deutschland aufhalten. Eine Orientierung kann der Aufenthaltsstatus sein, doch sind stets die tatsächlichen Verhältnisse zu berücksichtigen. Zudem ist eine Beschränkung auf etwaige Minderbedarfe für Kurzaufenthalte jedenfalls dann nicht mehr gerechtfertigt, wenn der tatsächliche Aufenthalt deutlich länger dauert.

c) Dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Bemessung des Existenzminimums entspricht eine zurückhaltende Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht. Die materielle Kontrolle beschränkt sich darauf, ob die Leistungen evident unzureichend sind; jenseits dieser Evidenzkontrolle überprüft das Bundesverfassungsgericht, ob Leistungen jeweils aktuell auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und schlüssiger Berechnungsverfahren zu rechtfertigen sind.

2. Nach diesen Grundsätzen genügen die vorgelegten Vorschriften den Vorgaben des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums nicht.

a) Die in § 3 AsylbLG festgelegten Geldleistungen sind evident unzureichend. Ihre Höhe ist seit 1993 nicht verändert worden, obwohl das Preisniveau in Deutschland seit diesem Jahr um mehr als 30% gestiegen ist. Der Gesetzgeber hatte damals in § 3 Abs. 3 AsylbLG einen Anpassungsmechanismus vorgesehen, wonach die Leistungssätze regelmäßig an die Lebenshaltungskosten anzugleichen sind. Eine Anpassung ist jedoch nie erfolgt. Dass die Höhe der Geldleistungen heute evident unzureichend ist, zeigt sich beispielsweise auch an den Leistungen für einen erwachsenen Haushaltsvorstand im Vergleich mit der aktuellen Leistungshöhe des allgemeinen Fürsorgerechts des Zweiten und des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch, deren Höhe in jüngster Zeit gerade zur Sicherung des Existenzminimums neu festgelegt wurde. Zwar sind sie nicht unmittelbar vergleichbar, jedoch ergibt sich auch bei einer bereinigten Be-

rechnung eine Differenz von etwa einem Drittel und damit ein offensichtliches Defizit in der Sicherung der menschenwürdigen Existenz.

b) Die Grundleistungen in Form der Geldleistungen sind außerdem nicht realitätsgerecht und begründbar bemessen. Der Bestimmung der Leistungshöhe lagen damals und liegen auch heute keine verlässlichen Daten zugrunde. Die Gesetzgebung hatte sich damals auf eine bloße Kostenschätzung gestützt; auch jetzt sind keine nachvollziehbaren Berechnungen vorgelegt worden oder ersichtlich. Das steht mit den Anforderungen des Grundgesetzes an die Sicherung einer menschenwürdigen Existenz nicht in Einklang.

Den Gesetzesmaterialien lassen sich keine Hinweise auf eine Bemessung der Höhe der Geldleistungen entnehmen. Weder ist ersichtlich, welche Bedarfe bei kurzfristigem Aufenthalt konkret existieren noch ist beispielsweise für minderjährige Leistungsberechtigte nach dem Asylbewerberleistungsgesetz ermittelt worden, welche besonderen kinder- und altersspezifischen Bedarfe bestehen. Die Materialien weisen lediglich die Beträge aus, die nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung ausreichen sollen, um einen unterstellten Bedarf zu decken. Auch die dem Asylbewerberleistungsgesetz ersichtlich zugrunde liegende Annahme, dass eine kurze Aufenthaltsdauer die begrenzte Leistungshöhe rechtfertigt, bleibt ohne hinreichend verlässliche Grundlage. Überdies fehlt es an einer inhaltlich transparenten Darlegung dazu, dass sich die vom Asylbewerberleistungsgesetz erfassten Leistungsberechtigten typischerweise nur für kurze Zeit in Deutschland aufhalten. Der Anwendungsbereich des Gesetzes ist seit 1993 mehrfach erweitert worden und umfasst heute Menschen mit sehr unterschiedlichem Aufenthaltsstatus; sie halten sich überwiegend bereits länger als sechs Jahre in Deutschland auf. Eine kurze Aufenthaltsdauer oder Aufenthaltsperspektive in Deutschland rechtfertigt es im Übrigen auch nicht, den Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums auf die Sicherung der physischen Existenz zu beschränken, denn das Grundgesetz enthält eine einheitliche Leistungsgarantie, die auch das soziokulturelle Existenzminimum umfasst. Die menschenwürdige Existenz muss ab Beginn des Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland gesichert werden.

Auch migrationspolitische Erwägungen, die Leistungen an Asylbewerberinnen und Asylbewerber sowie Flüchtlinge niedrig zu halten, um Anreize für Wanderungsbewegungen durch ein im internationalen Vergleich eventuell hohes Leistungsniveau zu vermeiden, können von vornherein kein Absenken des Leistungsstandards unter das physische und soziokulturelle Existenzminimum rechtfertigen. Die Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren.

3. Aus der Übergangsregelung folgt beispielsweise für einen Haushaltsvorstand jenseits der vorrangigen Versorgung mit Sachleistungen eine deutlich höhere Geldleistung als bisher. Zur Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums ist dann im Jahr 2011 anstelle von Sachleistungen für einen Monat von einer Geldleistung in Höhe von 206 € und einem zusätzlichen Geldbetrag für die persönlichen Bedürfnisse des täglichen Lebens in Höhe von 130 € auszugehen.«

Hinw. d. Red.: Das Urteil (pdf) kann in einer Übergangszeit bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) kostenfrei angefordert werden. – S. dazu Pressemitteilungen der Bundestagsfraktionen sowie des Deutschen Städte- und Gemeindebundes DStGB vom 18. 7. 2012 in GuT 2012, 328 ff. (in diesem Heft).

Art. 21, 38 GG; § 6 BWG
Bundeswahlgesetz; Überhangmandate; Zusatzmandate; negatives Stimmgewicht

1. Die Bildung der Ländersitzkontingente nach der Wählerzahl gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 BWG ermöglicht den Effekt des negativen Stimmgewichts und verletzt deshalb die Grundsätze der Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl sowie der Chancengleichheit der Parteien.

2. a) In dem vom Gesetzgeber geschaffenen System der mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl sind Überhangmandate (§ 6 Abs. 5 BWG) nur in einem Umfang hinnehmbar, der den Grundcharakter der Wahl als einer Verhältniswahl nicht aufhebt.

b) Die Grundsätze der Gleichheit der Wahl sowie der Chancengleichheit der Parteien sind bei einem Anfall von Überhangmandaten im Umfang von mehr als etwa einer halben Fraktionsstärke verletzt.

(BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 25. 7. 2012 – 2 BvF 3/11; 2 BvR 2670/11; 2 BvE 9/11)

In dem Verfahren zur verfassungsrechtlichen Prüfung des Neunzehnten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 25. November 2011 (BGBl 2011 I S. 2313)

Antragsteller: 1. A … , und 144 weitere Mitglieder der Fraktion der SPD im Deutschen Bundestag,

2. A …, und 68 weitere Mitglieder der Fraktion BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN im Deutschen Bundestag,

– Bevollmächtigter: […]

– 2 BvF 3/11 –,

in dem Verfahren über die Verfassungsbeschwerde

1. des Herrn B…, 2. des Herrn C…, 3. der Frau D…, 4. des Herrn E…, 5. des Herrn F…, 6. des Herrn Z…, sowie weiterer 3057 Beschwerdeführer,

– Bevollmächtigter: […]

gegen die gesetzliche Bestimmung des § 6 BWG in seiner am 3. Dezember 2011 in Kraft getretenen Fassung

– 2 BvR 2670/11 –

sowie in dem Verfahren über den Antrag festzustellen, dass der Deutsche Bundestag durch Beschluss des Neunzehnten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 25. November 2011 (BGBl I S. 2313) die Antragstellerin in ihren Rechten aus Artikel 21 Absatz 1 und Artikel 38 Absatz 1 des Grundgesetzes verletzt hat,

Antragstellerin: Partei Bündnis 90 / Die Grünen
– Bundesgeschäftsstelle –
vertreten durch den Bundesvorstand […]

– Bevollmächtigte: […]

Antragsgegner: Deutscher Bundestag,
vertreten durch seinen Präsidenten […]

Sonstige Beteiligte: Nationaldemokratische Partei Deutschlands, vertreten durch den Parteivorsitzenden […], dieser vertreten durch den Leiter der Rechtsabteilung […]

– 2 BvE 9/11 –

hat das Bundesverfassungsgericht – Zweiter Senat – aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 5. Juni 2012 durch Urteil für Recht erkannt:

I. Die Verfahren werden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.

II. 1. § 6 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2a des Bundeswahlgesetzes in der Fassung des Neunzehnten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 25. November 2011 (Bundesgesetzblatt I Seite 2313) sind mit Artikel 21 Absatz 1 und Artikel 38 Absatz 1 Satz 1 des Grundgesetzes unvereinbar und nichtig.

2. § 6 Absatz 5 des Bundeswahlgesetzes in der Fassung des Neunzehnten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 25. November 2011 (Bundesgesetzblatt I Seite 2313) ist nach Maßgabe der Gründe mit Artikel 21 Absatz 1 und Artikel 38 Absatz 1 Satz 1 des Grundgesetzes unvereinbar.

III. 1. Die unter Nummer II. Ziffer 1. und 2. bezeichneten Bestimmungen verletzen die Beschwerdeführer des Verfassungsbeschwerdeverfahrens in dem genannten Umfang in ihren Rechten auf Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl nach Artikel 38 Absatz 1 des Grundgesetzes.

2. Der Deutsche Bundestag hat durch Beschluss des Neunzehnten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 25. November 2011 (Bundesgesetzblatt I Seite 2313) die Antragstellerin des Organstreitverfahrens sowie die dem Organstreitverfahren beigetretene sonstige Beteiligte in dem aus Nummer II. Ziffer 1. und 2. ersichtlichen Umfang in ihren Rechten auf Chancengleichheit nach Artikel 21 Absatz 1 und Artikel 38 Absatz 1 des Grundgesetzes verletzt.

IV. Im Übrigen werden die Anträge im Normenkontrollverfahren und im Organstreitverfahren sowie die Verfassungsbeschwerde zurückgewiesen.

V. Die Bundesrepublik Deutschland hat den Beschwerdeführern des Verfassungsbeschwerdeverfahrens ihre notwendigen Auslagen zu erstatten.

Gründe: [vom Abdruck wird abgesehen]

Hinw. d. Red.: Hierzu lautet die BVerfG-Pressemitteilung Nr. 58/2012 vom 25. 7. 2012:

»Neuregelung des Sitzzuteilungsverfahrens für die Wahlen zum Deutschen Bundestag verfassungswidrig

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat mit seinem heute verkündeten Urteil entschieden, dass das mit der Änderung des Bundeswahlgesetzes (BWG) neu gestaltete Verfahren der Zuteilung der Abgeordnetensitze des Deutschen Bundestages gegen die Grundsätze der Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl sowie der Chancengleichheit der Parteien verstößt. Dies betrifft zunächst die Zuweisung von Ländersitzkontingenten nach der Wählerzahl (§ 6 Abs. 1 Satz 1 BWG), weil sie den Effekt des negativen Stimmgewichts ermöglicht. Darüber hinaus sind die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien auch insoweit verletzt, als nach § 6 Abs. 2a BWG Zusatzmandate vergeben werden und soweit § 6 Abs. 5 BWG das ausgleichslose Anfallen von Überhangmandaten in einem Umfang zulässt, der den Grundcharakter der Bundestagswahl als Verhältniswahl aufhebt.

Der Senat hat die Vorschriften des § 6 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2a BWG für nichtig und die Regelung über die ausgleichslose Zuteilung von Überhangmandaten (§ 6 Abs. 5 BWG) für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt. Es fehlt somit an einer wirksamen Regelung des Sitzzuteilungsverfahrens für die Wahlen zum Deutschen Bundestag. Die zuvor geltenden Bestimmungen leben nicht wieder auf, weil das Bundesverfassungsgericht sie mit Urteil vom 3. Juli 2008 (BVerfGE 121, 266) ebenfalls für verfassungswidrig und nur für eine – zwischenzeitlich verstrichene – Übergangsfrist weiter anwendbar erklärt hat.

Über den Sachverhalt, der den drei miteinander verbundenen Verfahren zugrunde liegt, informiert die Pressemitteilung Nr. 28/2012 vom 7. Mai 2012. Sie kann auf der Homepage des Bundesverfassungsgerichts eingesehen werden.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

I. Effekt des negativen Stimmgewichts

Bei den Wahlen zum Deutschen Bundestag darf die Verteilung der Mandate auf die Parteien entsprechend dem Verhältnis der Summen der Wählerstimmen im Grundsatz nicht dazu führen, dass die Sitzzahl einer Partei erwartungswidrig mit der auf diese oder eine konkurrierende Partei entfallenden Stimmenzahl korreliert (Effekt des negativen Stimmgewichts). Solche widersinnigen Wirkungszusammenhänge zwischen Stimmabgabe und Stimmerfolg beeinträchtigen nicht nur die Wahlrechtsgleichheit und die Chancengleichheit der Parteien, sondern verstoßen auch gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl, da es für den Wähler nicht mehr erkennbar ist, wie sich seine Stimmabgabe auf den Erfolg oder Misserfolg der Wahlbewerber auswirken kann. Ein Sitzzuteilungsverfahren ist mit der Verfassung unvereinbar, soweit es solche Effekte nicht nur in seltenen und unvermeidbaren Ausnahmefällen herbeiführt.

§ 6 Abs. 1 Satz 1 BWG sieht vor, dass jedem Land ein nach der Wählerzahl bemessenes Kontingent von Sitzen zugewiesen wird, um die nur noch die Landeslisten der in dem Land angetretenen Parteien konkurrieren. Die Bildung der Ländersitzkontingente nach der Wählerzahl ermöglicht den Effekt des negativen Stimmgewichts, weil die auf das Land entfallende Sitzzahl nicht von einer vor der Stimmabgabe feststehenden Größe – wie etwa der Bevölkerung oder der Zahl der Wahlberechtigten – bestimmt wird, sondern an die jeweilige Wahlbeteiligung anknüpft. Der Effekt des negativen Stimmgewichts kann immer dann auftreten, wenn sich ein Zuwachs an Zweitstimmen der Landesliste einer Partei nicht auf deren Zahl an Sitzen auswirkt – weil die zusätzlichen Stimmen für die Zuteilung eines weiteren Sitzes nicht ausreichen oder weil der Landesliste aufgrund des Erststimmenergebnisses bereits mehr Wahlkreismandate als Listenmandate zustehen –, wenn jedoch zugleich eine mit dem Zweitstimmenzuwachs einhergehende Erhöhung der Wählerzahl das Sitzkontingent des Landes insgesamt um einen Sitz vergrößert. Dann kann der in diesem Land hinzugekommene Sitz auf eine konkurrierende Landesliste entfallen, oder die Landesliste derselben Partei kann in einem anderen Land einen Sitz verlieren. Entsprechendes gilt umgekehrt, wenn sich der Zweitstimmenverlust der Landesliste einer Partei auf deren Sitzzuteilungsergebnis nicht auswirkt, die damit einhergehende Verringerung der Wählerzahl aber das Sitzkontingent des Landes um einen Sitz verkleinert. Mit dem Eintritt derartiger Effekte ist immer dann zu rechnen, wenn – was mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist – eine Veränderung der Zweitstimmenzahl mit einer entsprechenden Veränderung der Wählerzahl einhergeht, etwa weil Wähler der Wahl fernbleiben.

Der Effekt des negativen Stimmgewichts kann nicht etwa deshalb hingenommen werden, weil er sich nicht konkret vorhersehen lässt und von dem einzelnen Wähler kaum beeinflusst werden kann. Denn bereits objektiv willkürliche Wahlergebnisse lassen den demokratischen Wettbewerb um Zustimmung bei den Wahlberechtigten widersinnig erscheinen. Des Weiteren ist der Effekt des negativen Stimmgewichts keine zwangsläufige Folge einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl in Listenwahlkreisen auf Landesebene unter Verzicht auf bundesweite Listenverbindungen. Der Gesetzgeber ist nicht daran gehindert, diesen Ursachenzusammenhang innerhalb des von ihm geschaffenen Wahlsystems zu unterbinden, indem er zur Bemessung der Ländersitzkontingente statt der Wählerzahl etwa die Größe der Bevölkerung oder die Zahl der Wahlberechtigten als Grundlage für die Bestimmung der Ländersitzkontingente heranzieht.

II. Zusatzmandate

Die Vergabe von Zusatzmandaten nach § 6 Abs. 2a BWG verletzt ebenfalls die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien. Die Regelung zielt darauf ab, Rundungsverluste bei der Zuteilung von Sitzen auf Landesebene im Rahmen einer bundesweiten Verrechnung auszugleichen (sog. Reststimmenverwertung).

An der Vergabe dieser zusätzlichen Bundestagssitze kann nicht jeder Wähler mit gleichen Erfolgschancen mitwirken. Denn durch die Reststimmenverwertung wird einem Teil der Wählerstimmen eine weitere Chance auf Mandatswirksamkeit eingeräumt. Diese Ungleichbehandlung ist nicht gerechtfertigt. Das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel, Erfolgswertunterschiede, die durch die länderinterne Sitzzuteilung entstehen, auszuglei-

chen, ist zwar von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden. Die Regelung ist jedoch zur Erreichung dieses Ziels nicht geeignet. Sie berücksichtigt nur einseitig die Abrundungsverluste der Landeslisten einer Partei und lässt deren Aufrundungsgewinne außer Betracht. Dadurch werden zwar die bislang ohne Stimmerfolg gebliebenen Stimmen unter Umständen mandatswirksam, die vergleichsweise größere Erfolgskraft der bislang übergewichteten Stimmen bleibt jedoch unverändert bestehen. Somit werden Zusatzmandate nicht zur Herstellung von Erfolgswertgleichheit, sondern in Abweichung hiervon vergeben. Die Regelung ist auch nicht geeignet, eine mit den Überhangmandaten verbundene Verzerrung der Erfolgswertgleichheit auszugleichen.

III. Überhangmandate

Die Regelung des § 6 Abs. 5 BWG zu den Überhangmandaten verstößt insoweit gegen die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien, als ausgleichslose Überhangmandate in einem Umfang zugelassen werden, der den Grundcharakter der Bundestagswahl als Verhältniswahl aufheben kann. Dies ist der Fall, wenn die Zahl der Überhangmandate etwa die Hälfte der für die Bildung einer Fraktion erforderlichen Zahl von Abgeordneten überschreitet.

Das vom Gesetzgeber geschaffene Wahlsystem trägt – unbeschadet der Direktwahl der Wahlkreiskandidaten nach dem Verteilungsprinzip der Mehrheitswahl – den Grundcharakter einer Verhältniswahl. Denn durch die Anrechnung der Wahlkreismandate auf die Listenmandate der jeweiligen Partei wird die Gesamtzahl der Sitze so auf die Parteien verteilt, wie es dem Verhältnis der Summen der für sie abgegebenen Zweitstimmen entspricht, während die Erststimme grundsätzlich nur darüber entscheidet, welche Personen als Wahlkreisabgeordnete in den Bundestag einziehen. Übersteigt die Zahl der von einer Partei in den Wahlkreisen errungenen Sitze die ihr nach dem Zweitstimmenergebnis zustehende Sitzzahl, so verbleiben die Sitze der Partei gleichwohl. Die Gesamtzahl der Sitze des Deutschen Bundestages erhöht sich in diesem Fall um die Unterschiedszahl, ohne dass ein erneuter Verhältnisausgleich stattfindet.

Die Zuteilung von Überhangmandaten ohne Ausgleich oder Verrechnung behandelt Wählerstimmen im Sitzzuteilungsverfahren ungleich, weil dadurch neben der Zweitstimme auch die Erststimme Einfluss auf die Sitzverteilung im Bundestag gewinnt. Diese ungleiche Gewichtung der Wählerstimmen ist durch das verfassungslegitime Ziel, dem Wähler im Rahmen einer Verhältniswahl die Wahl von Persönlichkeiten zu ermöglichen, zwar grundsätzlich gerechtfertigt. Jedoch sind in dem vom Gesetzgeber geschaffenen System der mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl Überhangmandate nur in einem Umfang hinnehmbar, der den Grundcharakter der Wahl als einer Verhältniswahl nicht aufhebt.

Bei einem Anfallen von Überhangmandaten im Umfang von mehr als etwa einer halben Fraktionsstärke sind die Grundsätze der Gleichheit der Wahl sowie der Chancengleichheit der Parteien verletzt. Diese Größenordnung orientiert sich zum einen an dem nach der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages für den Fraktionsstatus erforderlichen Quorum von mindestens fünf vom Hundert der Mitglieder des Deutschen Bundestages und berücksichtigt zum anderen den mit der Neuregelung der sog. Berliner Zweitstimmen (§ 6 Abs. 1 Satz 4 letzte Alt. BWG) erneut bekräftigten Willen des Gesetzgebers, den Einfluss der Erststimme auf die Verteilung der Listenmandate möglichst einzudämmen. Im Hinblick auf die Notwendigkeit, den Wahlen zu den kommenden Bundestagen eine verlässliche rechtliche Grundlage zu geben und dem Risiko einer Auflösung des Parlaments im Wahlprüfungsverfahren zu begegnen, hält der Senat es für geboten, die gesetzlichen Wertungen in einem handhabbaren Maßstab zusammenzuführen, an den der Gesetzgeber anknüpfen kann. Daraus ergibt sich eine zulässige Höchstgrenze von etwa 15 Überhangmandaten.

Unter Berücksichtigung der tatsächlichen Entwicklung bei den Überhangmandaten, deren Zahl seit der Wiedervereinigung deutlich zugenommen und zuletzt ein erhebliches Ausmaß erreicht hat, und angesichts der veränderten politischen Verhältnisse, die den Anfall von Überhangmandaten zunehmend begünstigen, ist mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit zu erwarten, dass die Zahl der Überhangmandate den verfassungsrechtlich hinnehmbaren Umfang auf absehbare Zeit regelmäßig deutlich übersteigen wird. Der Gesetzgeber ist daher gehalten, Vorkehrungen zu treffen, die ein Überhandnehmen ausgleichsloser Überhangmandate unterbinden.

Hinw. d. Red.: Das Urteil (pdf) kann in einer Übergangszeit bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) kostenfrei angefordert werden.

§§ 133, 157, 543, 242, 276 BGB
Grundstücksmiete; Vertrag mit dem Grundstückseigentümer als dem übereinstimmend gewollten Vermieter; Zahlungsverzug in nicht entschuldigtem Rechtsirrtum

a) Zur interessengerechten Auslegung eines Mietvertrags bei der Feststellung, wer den Vertrag auf Vermieterseite abgeschlossen hat (wie Senat in GuT 2010, 231).

b) An das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums des Mieters (hier zu den Voraussetzungen seines Zahlungsverzugs) sind strenge Maßstäbe anzulegen. Ein Verschulden des Mieters kann auch ausgeschlossen sein, wenn der Vermieter einen laufenden Mietrückstand über längere Zeit hinnimmt und der Mieter trotz Zahlungsaufforderung an der Mietzinsverringerung festhält.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 11. 4. 2012 – XII ZR 48/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt von den Beklagten die Räumung und Herausgabe einer in der Wochenend- und Ferienhausanlage „D. N." gelegenen Grundstücksparzelle.

2 Mit notariellem Kaufvertrag vom 13. März 2007 erwarb die Klägerin die Grundstücke Gemarkung W., Flur 22, Flurstück 170 und Flurstück 168 in X., von dem Alleineigentümer H. B. und wurde am 4. Oktober 2007 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Auf den Grundstücken betrieb H. B. zusammen mit seiner Ehefrau bis September 2006 unter der Bezeichnung „H. und C. B. GbR" die Wochenend- und Ferienhausanlage „D. N.", die von der Klägerin weiter geführt wird.

3 Die Beklagten nutzen seit 1997 auf diesem Gelände eine Grundstücksfläche, die als Versorgungsparzelle im Bebauungsplan ausschließlich der Nutzung durch den Platzwart vorbehalten ist. Sie errichteten dort ein Platzwartwohnhaus mit Verwaltungsbüro. Bis zur Veräußerung des Grundstücks an die Klägerin war der Beklagte zu 1 zeitweise für die „H. u. C. B. GbR" als Platzwart tätig und schuldete aufgrund dieser Tätigkeit nur eine verminderte Miete.

4 Die Klägerin beabsichtigte, den Beklagten zu 1 weiterhin als Platzwart zu beschäftigen. In diesem Fall sollte sich die monatliche Miete der Beklagten hälftig vermindern. Zum Abschluss eines neuen Platzwartvertrages kam es jedoch nicht.

5 Im März 2007 setzte die Klägerin aufgrund eines entsprechenden Beschlusses ihrer Mitglieder, bei dem auch der Beklagte zu 1 einer Mieterhöhung zugestimmt hatte, die Miete neu fest.

6 Da die Beklagten in der Zeit von September 2007 bis März 2008 monatlich jeweils nur die Hälfte der neu festgesetzten Miete entrichteten, erklärte die Klägerin im April 2008 die fristlose Kündigung des Mietvertrags wegen Zahlungsverzuges.

7 Die Beklagten stützen ihr Nutzungsrecht auf einen schriftlichen Mietvertrag vom 31. Oktober 1997. Dieser Vertrag wurde auf Vermieterseite von H. B. und auf Mieterseite von dem

Beklagten zu 1 unterzeichnet. Im Kopf des schriftlichen Vertrages war angegeben: „D. N. Fam. B., U. Straße 16, X.“. Unter den Unterschriften der Vertragsparteien war vorgedruckt: „D. N. X., Eigentümer und Betreiber: C. und H. B., U. Straße 16, X.“.

8 Die Klägerin ist der Ansicht, sie sei mangels Identität von Veräußerer und Vermieter des Grundstücks nicht gemäß § 566 BGB in den Vertrag mit den Beklagten eingetreten. Jedenfalls habe sie den Mietvertrag aber wirksam fristlos gekündigt, weil sich die Beklagten im Zahlungsverzug befunden hätten.

9 Das Amtsgericht Rheinberg hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landgericht Kleve der Klage stattgegeben. Mit der vom Landgericht zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter.

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

11 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung ausgeführt, die Klägerin könne nach § 985 BGB die Herausgabe und Räumung der Grundstücksparzelle verlangen, weil den Beklagten kein Recht zum Besitz gemäß § 986 BGB zustehe. Zwischen der Klägerin selbst und den Beklagten sei kein Mietvertrag über die genutzte Grundstücksparzelle abgeschlossen worden. Die Klägerin sei auch nicht gemäß den §§ 566, 578 BGB in einen vor ihrem Erwerb der Grundstücke bestehenden Mietvertrag zwischen dem Voreigentümer H. B. und dem Beklagten zu 1 eingetreten. Dabei könne dahinstehen, ob der Beklagte vor dem Grundstückserwerb durch die Klägerin überhaupt einen schriftlichen oder mündlichen Mietvertrag über die Parzelle abgeschlossen habe und ob ein solcher Mietvertrag wirksam gekündigt worden sei. Ein möglicher Mietvertrag sei jedenfalls nicht mit dem Eigentümer H. B., sondern mit der „H. u. C. B. GbR“ abgeschlossen worden. Deshalb seien die Voraussetzungen des § 566 BGB nicht gegeben, da Vermieter und Eigentümer der Grundstücksparzelle nicht identisch seien.

12 Eine analoge Anwendung des § 566 BGB komme nicht in Betracht. Eine Fallgestaltung, in der eine solche ausnahmsweise angenommen werden könne, sei vorliegend nicht gegeben.

13 Ein etwaiger zwischen dem Beklagten zu 1 und der „H. u. C. B. GbR“ abgeschlossener Mietvertrag sei auch nicht durch die Beendigung der Geschäftstätigkeit der GbR im September 2006 auf H. B. übergegangen. Dadurch sei die Gesellschaft nicht erloschen, sondern habe sich nur in eine Abwicklungsgesellschaft umgewandelt.

14 Ein eventuell auf die Klägerin übergegangener Mietvertrag sei jedenfalls durch die fristlose Kündigung der Klägerin vom 7. April 2008 gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB beendet worden. Die Beklagten seien zu diesem Zeitpunkt mit der Zahlung der Miete im Verzug gewesen. Sie hätten ab September 2007 lediglich die Hälfte der geschuldeten Miete bezahlt und sich hierfür auf einen bestehenden Platzwartvertrag mit der Klägerin berufen. Der Beklagte zu 1 habe jedoch den ihm von der Klägerin angebotenen schriftlichen Platzwartvertrag nicht unterschrieben. Dass er mit dem Vorstand der Klägerin einen mündlichen Platzwartvertrag abgeschlossen habe, habe er nicht dargetan. Soweit ein wirksamer Platzwartvertrag des Beklagten zu 1 mit der „H. u. C. B. GbR“ bestanden habe, sei dieser nicht auf die Klägerin übergegangen.

15 Dass der Beklagte zu 1 noch während des laufenden Verfahrens eine Zahlung von 2362,27 € geleistet habe, sei unerheblich, da die Voraussetzungen des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB nicht gegeben gewesen seien.

16 II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision im Ergebnis stand. Die Klägerin kann gemäß § 546 Abs. 1 BGB von den Beklagten die Räumung und Herausgabe der Grundstücksparzelle verlangen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bestand zwischen dem veräußernden Al1leineigentümer H. B. und den Beklagten ein Mietvertrag, in den die Klägerin mit der Eintragung als Eigentümerin im Grundbuch gemäß §§ 578 Abs. 1, 566 Abs. 1 BGB eingetreten ist. Durch die von der Klägerin erklärte fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs ist das Mietverhältnis beendet worden.

17 1. Das Berufungsgericht hat es offen gelassen, ob zwischen den Beklagten und dem früheren Grundstückseigentümer H. B. ein schriftlicher oder mündlicher Mietvertrag bestand. Diese Frage kann auch im Revisionsverfahren dahingestellt bleiben. Da die Beklagten nach den getroffenen und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen die Grundstücksparzelle über viele Jahre hinweg genutzt und ein Entgelt für die Nutzung bezahlt haben, liegen die Voraussetzungen für einen Mietvertrag gemäß § 535 BGB vor. Ob der Vertrag ausdrücklich schriftlich oder mündlich geschlossen wurde, ist für dessen Wirksamkeit unerheblich (vgl. § 550 Satz 1 BGB).

18 2. Bei der Feststellung, wer den Vertrag auf Vermieterseite abgeschlossen hat, hat das Berufungsgericht die sich aus dem Vertrag und den Umständen ergebenden Interessen der Vertragsschließenden nicht hinreichend berücksichtigt und damit gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze verstoßen.

19 a) Der Senat hat nach Erlass des Berufungsurteils für einen schriftlichen Mietvertrag über eine Grundstücksparzelle auf der Wochenend- und Ferienhausanlage „D. N.“, der mit dem von den Beklagten vorgelegten schriftlichen Mietvertrag vom 31. Oktober 1997 weitgehend identisch ist, entschieden, dass bei einer interessengerechten Auslegung der Mietvertrag zwischen dem veräußernden Alleineigentümer H. B. und dem Mieter zustande gekommen ist (vgl. Senatsurteil vom 2. Juni 2010 – XII ZR 110/08 – NZM 2010, 704 f. [= GuT 2010, 231]).

20 b) Im vorliegenden Fall besteht kein Anlass für eine hiervon abweichende Beurteilung der Vertragsbeziehungen.

21 Ebenso wie in dem vom Senat bereits entschiedenen Fall hat das Berufungsgericht bei der Wertung, die Worte „Eigentümer und Betreiber: C. und H. B.“ enthielten lediglich eine Beschreibung der Gesellschafter dieser GbR und könnten nicht dahin verstanden werden, dass Vermieter auch der Eigentümer des Mietgrundstücks werden sollte, für die Beurteilung des Willens der Vertragsschließenden wesentliche Umstände außer Acht gelassen.

22 Der Beklagte zu 1 hatte auf der von ihm gemieteten Parzelle im Oktober 2000 ein Platzwartwohnhaus mit Verwaltungsbüro errichtet. Im Hinblick auf die damit verbundenen Investitionen und erforderlichen Finanzierungen wurde die Mietdauer in der schriftlichen Vertragsurkunde auf 30 Jahre festgelegt und den Beklagten ein anschließendes Optionsrecht für weitere 30 Jahre eingeräumt. Angesichts dieser Umstände ist davon auszugehen, dass die Interessen der Beklagten auf eine gesicherte langfristige Nutzung gerichtet waren. Deshalb kam einem Abschluss des Vertrages mit dem Eigentümer des Grundstücks ein besonderes Gewicht zu. Das langjährige Mietverhältnis wäre nämlich, wenn es nur mit der GbR und nicht mit dem Eigentümer abgeschlossen worden wäre, von den für die Beklagten nicht durchschaubaren Rechtsbeziehungen zwischen der GbR und dem Eigentümer abhängig gewesen. Darüber hinaus hätte die Gefahr bestanden, dass in dem – hier eingetretenen – Fall der Veräußerung des Mietgrundstücks an einen Dritten die Beklagten mangels Rechts zum Besitz einem Herausgabeanspruch des Erwerbers gemäß § 985 BGB ausgesetzt wären. Dies hätte für die GbR einen Schadensersatzanspruch der Beklagten wegen Nichterfüllung des Mietvertrages zur Folge gehabt. Für diesen Schadensersatzanspruch hätte H. B. als Gesellschafter der GbR auch mit seinem Privatvermögen haften müssen. Ein Vertragsabschluss mit dem Eigentümer H. B. lag somit im Interesse aller Beteiligten.

23 Bei Berücksichtigung dieses Interesses der Beteiligten kann dem Wort „Eigentümer“ im schriftlichen Mietvertrag nicht lediglich eine die Gesellschafter beschreibende Wirkung beigemessen werden. Vielmehr lässt es auf den Willen der Beteiligten schließen, dass der Eigentümer H. B. Vertragspartner auf Vermieterseite werden sollte. Dabei ist ohne Belang, ob die Vertragsschließenden versehentlich davon ausgegangen sind, dass

C. und H. B. gemeinsam, sei es in Bruchteils- oder Gesamthandsgemeinschaft, Eigentümer des Grundstücks waren. Denn dies ändert nichts an dem Willen der Vertragsschließenden, dass der (bestimmbare) Eigentümer H. B., der den Vertrag allein als „Verpächter“ unterzeichnet hat, Vertragspartner werden sollte. Es ist deshalb bei interessengerechter Auslegung des Mietvertrages davon auszugehen, dass der Alleineigentümer H. B. Vermieter war.

24 c) Sollte ein Mietvertrag konkludent zustande gekommen sein, ändert dies an der Beurteilung der Vertragsbeziehungen nichts. Die genannten Umstände bei Vertragsschluss, insbesondere das Interesse der Beklagten an einer gesicherten langfristigen Nutzung der Grundstücksfläche, führen auch in diesem Fall dazu, dass bei einer interessengerechten Auslegung des Vertrages der Mietvertrag mit dem Alleineigentümer H. B. geschlossen worden wäre.

25 3. Auf die in der Rechtsprechung und Literatur umstrittene Frage, ob und gegebenenfalls wann § 566 Abs. 1 BGB analog anwendbar ist, wenn es an einer Identität zwischen Vermieter und Veräußerer fehlt (vgl. zum Streitstand: MünchKommBGB/Häublein 6. Aufl. § 566 BGB Rn. 21 mwN) kommt es folglich im vorliegenden Fall nicht an.

26 4. Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen liegen die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 b BGB wegen Zahlungsverzugs vor, so dass ein auf die Klägerin nach §§ 578 Abs. 1, 566 Abs. 1 BGB übergegangenes Mietverhältnis durch die von ihr erklärte Kündigung beendet worden wäre.

27 a) Nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 b BGB liegt ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung eines Mietverhältnisses i. S. v. § 543 Abs. 1 BGB vor, wenn der Mieter in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, mit der Entrichtung der Miete in Höhe eines Betrages in Verzug ist, der die Miete für zwei Monate erreicht.

28 Einen entsprechenden Zahlungsrückstand der Beklagten zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt. Auch die Revision erinnert hiergegen nichts.

29 b) Entgegen der Auffassung der Revision befanden sich die Beklagten auch in Verzug, weil sie die unterbliebenen Mietzahlungen zu vertreten haben.

30 aa) Nach § 286 Abs. 4 BGB kommt der Schuldner nicht in Verzug, solange die Leistung wegen eines Umstands unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat (zur Anwendbarkeit vgl. Emmerich in Emmerich/Sonnenschein Miete 10. Aufl. § 543 BGB Rn. 34; Palandt/Weidenkaff BGB 71. Aufl. § 543 Rn. 26). Zu vertreten hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 1 Satz 1 BGB). Ein Mieter, der mit Mietzahlungen in Rückstand geraten ist, muss daher darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass er ohne Verschulden an der Entrichtung der Miete gehindert war, um das Kündigungsrecht des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 b BGB auszuschließen (Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingsrechts 10. Aufl. Rn. 1007).

31 Ein Verschulden des Mieters kann ausgeschlossen sein, wenn er sich in einem schuldlosen Irrtum über das Bestehen oder den Umfang seiner Zahlungspflicht befindet (Blank in Schmidt-Futterer Mietrecht 10. Aufl. § 543 BGB Rn. 103). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind allerdings an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums strenge Maßstäbe anzulegen. Der Schuldner muss die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten (vgl. BGH Urteil vom 25. Oktober 2006 – VIII ZR 102/06 – NJW 2007, 428 Rn. 13 [=WuM 2007, 24 = GuT 2007, 36 KL] mwN). Entschuldigt ist ein Rechtsirrtum nur dann, wenn der Irrende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte (BGH Urteil vom 12. Juli 2006 – X ZR 157/05 – NJW 2006, 3271 Rn. 19).

32 bb) Diesen Anforderungen haben die Beklagten nicht genügt. Sie handelten zumindest fahrlässig, also unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB), als sie in der Zeit von September 2007 bis März 2008 die monatliche Miete nicht vollständig bezahlten.

33 Die Beklagten wussten, dass die Berechtigung, nur die Hälfte der geschuldeten Miete zu zahlen, an die Fortführung der Tätigkeit des Beklagten zu 1 als Platzwart geknüpft war. Auch wenn der Beklagte zu 1, wie die Revision vorträgt, durchgängig bereit war, die Platzwarttätigkeit weiter auszuüben, kam es jedoch nicht zum Abschluss eines entsprechenden Vertrages. Die Klägerin bot mit Schreiben vom 1. Mai 2007 dem Beklagten zu 1 zwar den Abschluss eines Platzwartvertrages mit dem Hinweis an, dass dann nur die Hälfte der festgesetzten Miete zu zahlen sei. Dieses Angebot nahm der Beklagte zu 1 jedoch ebenso wenig an wie das von der Klägerin mit Schreiben vom 8. Mai 2007 unterbreitete Angebot auf Abschluss eines vorläufigen Platzwartvertrages. Spätestens mit Erhalt des Schreibens der Klägerin vom 29. Oktober 2007, mit dem die Klägerin vorsorglich die Kündigung eines mit der früheren Betreiberin geschlossenen Platzwartvertrages erklärte, hätten die Beklagten bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt erkennen müssen, dass die Voraussetzungen für eine verminderte Mietzahlung nicht vorlagen. Dennoch haben sie bis einschließlich März 2008 die monatliche Miete nur zur Hälfte bezahlt.

34 Entgegen der Auffassung der Revision wird ein Verschulden der Beklagten auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Klägerin erst mit Schreiben vom 30. März 2008 die rückständige Miete angemahnt hat. Die Revision weist zwar zutreffend darauf hin, dass nach der obergerichtlichen Rechtsprechung das Verschulden eines Mieters ausgeschlossen sein kann, wenn der Vermieter eine laufende Mietminderung über längere Zeit hingenommen hat und der Mieter die Minderung trotz zwischenzeitlicher Zahlungsaufforderung des Vermieters fortsetzt (vgl. OLG Köln ZMR 2000, 459). Im vorliegenden Fall hat die Klägerin jedoch nur sechs Monate zugewartet, bevor sie die rückständige Miete bei den Beklagten anmahnte. Die Klägerin hat durch ihr Verhalten auch keine unklare Situation geschaffen, die es rechtfertigen könnte, bis zu einer abschließenden gerichtlichen Klärung das Recht zur außerordentlichen Kündigung auszuschließen (vgl. hierzu Sternel Mietrecht aktuell Rn. XII 127; Blank in Schmidt-Futterer Mietrecht 10. Aufl. § 543 BGB Rn. 103).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 307, 315 BGB
Gewerbemiete; Bootsanleger, Slipanlage und Wasserfläche; Bundeswasserstraße; Segelverein; Mietanpassungsklausel; Leistungsvorbehalt; Transparenzgebot; Leistungsbestimmungsrecht nach billigem Ermessen; Änderung ortsüblicher oder angemessener Miete; Kündigungsrecht des Mieters

In einem gewerblichen Mietvertrag hält eine Klausel, die dem Vermieter ein Leistungsbestimmungsrecht dahingehend einräumt, bei einer Änderung der ortsüblichen oder angemessenen Miete den vom Mieter zusätzlich oder weniger zu zahlenden Betrag nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) festzusetzen, der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 BGB stand.

(BGH, Urteil vom 9. 5. 2012 – XII ZR 79/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt von dem Beklagten – einem Segelverein – die Zahlung eines „Nutzungsentgeltes“ aus einem Vertrag, der den Beklagten berechtigt, eine Steganlage, eine Slipanlage sowie eine Wasserfläche in P. an der Bundeswasserstraße P. H., deren Eigentümerin die Klägerin ist, zu nutzen.

2 Die Parteien schlossen 1998 einen „Nutzungsvertrag“, der für die Zeit ab dem 1. Januar 1996 ein von der Beklagten zu zahlendes jährliches Nutzungsentgelt in Höhe von 2099,00 DM vorsah.

3 Der Vertrag enthielt folgende, von der Klägerin in einer Vielzahl vergleichbarer Verträge verwendete, Vereinbarungen:

4 „§ 3 Vertragsdauer

5 (1) Dieser Vertrag tritt am 01.01.1996 in Kraft.

6 (2) Das Vertragsverhältnis endet am 31.12.2002. Es verlängert sich jeweils um ein Jahr, wenn es nicht drei Monate vor Ablauf eines Kalenderjahres von der WSV oder dem Nutzer schriftlich gekündigt wird. …

…

7 § 5 Nutzungsentgelt und Nebenkosten

…

8 (4) Die WSV prüft nach Ablauf von jeweils drei Jahren, erstmals zum 1. Januar 1999, ob das Nutzungsentgelt noch ortsüblich oder sonst angemessen ist. Bei einer Änderung setzt sie den zusätzlich oder den weniger zu zahlenden Betrag nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) fest und teilt dem Nutzer die Höhe des künftig zu zahlenden Nutzungsentgelts mit.“

9 Nach einer ersten Entgeltanpassung zum 1. Januar 1999, setzte die Klägerin zum 1. Januar 2002 das jährliche Nutzungsentgelt auf 1639,20 € fest, was der Beklagte auch akzeptierte. Mit Schreiben vom 14. Oktober 2002 verlangte die Klägerin von dem Beklagten zum 1. Januar 2005 zunächst eine weitere Entgeltanpassung auf 3197,00 €, die nach Verhandlungen der Parteien von der Klägerin auf jährlich 2049,00 € reduziert wurde.

10 Der Beklagte zahlte in den Jahren 2005, 2006 und 2007 jeweils nur den Betrag, den die Klägerin mit der Erhöhung zum 1. Januar 2002 verlangt hatte (1639,20 €). Die Klägerin macht mit der Klage das nicht gezahlte Nutzungsentgelt der Jahre 2005, 2006 und 2007 in Höhe von je 409,80 €, insgesamt also 1229,40 € geltend.

11 Das Amtsgericht Potsdam hat nach Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens zur Höhe des ortsüblichen Nutzungsentgelts die Klage mit der Begründung abgewiesen, § 5 Abs. 4 des Vertrages sei gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

12 Die Berufung der Klägerin blieb erfolglos. Mit der vom Berufungsgericht [LG Potsdam] zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr erstinstanzliches Klagebegehren in vollem Umfang weiter.

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

14 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung ausgeführt, die Klägerin könne von der Beklagten das erhöhte Nutzungsentgelt nicht verlangen, weil die Regelung in § 5 Abs. 4 des Mietvertrages gegen § 307 Abs. 1 BGB verstoße und daher unwirksam sei. Da die Klausel bezüglich der Preisanpassung darauf abstelle, ob die Miete noch „ortsüblich oder sonst angemessen“ sei, verstoße die Regelung gegen das in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB enthaltene Transparenzgebot. Die Klausel sei unbestimmt, weil aus der Formulierung „sonst angemessen“ die tatsächlichen Voraussetzungen für die Berechtigung der Klägerin zu einer Preisanpassung nicht hinreichend deutlich ersichtlich seien. Die Formulierung könne insbesondere nicht dahingehend ausgelegt werden, dass damit die ortsübliche Miete gemeint sei. Aufgrund der alternativen Formulierung in § 5 Abs. 4 des Vertrages werde die Bezeichnung „ortsüblich“ nicht mit dem Begriff „sonst angemessen“ gleichgesetzt. Wenn beide Begriffe jedoch unterschiedliche Sachverhalte erfassen sollen, sei unklar, welcher Tatbestand unter den Begriff „noch angemessen“ zu subsumieren sei.

15 Die Klausel genüge dem Transparenzgebot auch deshalb nicht, weil der Maßstab, nach dem die Klägerin die Höhe einer neu festzusetzenden Miete bestimmen könne, nicht ersichtlich sei. Die Klägerin sei bei Vorliegen der in der Klausel genannten Voraussetzungen berechtigt, die Miete nach billigem Ermessen gemäß § 315 BGB festzusetzen. Nach welchem Maßstab dies zu erfolgen habe, könne nur anhand der im Vertrag genannten Kriterien der Ortsüblichkeit oder Angemessenheit erfolgen. Es sei aber gerade nicht ersichtlich, was unter der Festsetzung einer angemessenen Miete zu verstehen sei.

16 Die Klausel benachteilige den Vertragspartner auch deshalb unangemessen, weil es der Klägerin frei stehe, die Miete zu Gunsten der Beklagten anzupassen oder dies nicht zu tun. In der Klausel sei nämlich nicht hinreichend deutlich geregelt, ob die Klägerin schon bei Vorliegen nur einer der beiden im Vertrag genannten Voraussetzungen zur Anpassung der Miete verpflichtet sei. Es stünde daher im willkürlichen Ermessen der Klägerin, ob sie eine Anpassung des Nutzungsentgelts vornehme.

17 Schließlich werde der Beklagte durch die Klausel auch deshalb unangemessen benachteiligt, weil die Klägerin aufgrund ihrer faktischen Monopolstellung die Ortsüblichkeit der Preise mittelbar selbst bestimmen könne. Die Anknüpfung an das Kriterium der Ortsüblichkeit benachteilige den Vertragspartner dann, wenn der zur Leistungsbestimmung Berechtigte auf die Entwicklung dieser Preise wesentlichen Einfluss habe, weil er an den Verträgen, die zur Ermittlung des ortsüblichen Preises herangezogen würden, selbst beteiligt sei. Außerdem sehe die Klausel kein Kündigungsrecht für den Beklagten für den Fall vor, dass die Klägerin das einseitige Leistungsbestimmungsrecht wirksam ausgeübt habe.

18 II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand. Unzutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Beklagte durch die Regelung zur Anpassung des Nutzungsentgelts in § 5 Abs. 4 des Nutzungsvertrages unangemessen benachteiligt wird und die Klausel daher gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam ist.

19 1. Durch § 5 Abs. 4 Satz 2 des Nutzungsvertrages wird der Klägerin die Berechtigung eingeräumt, alle drei Jahre, erstmals zum 1. Januar 1999, bei einer Änderung der in Satz 1 der Klausel genannten Voraussetzungen die Höhe der Miete nach billigem Ermessen neu festzusetzen. Die Parteien haben damit zur Wertsicherung der Miete einen sogenannten Leistungsvorbehalt zugunsten der Klägerin vereinbart. Eine Leistungsvorbehaltsklausel liegt vor, wenn dem Bestimmungsberechtigten hinsichtlich des Ausmaßes der Änderung der geschuldeten Miete ein Ermessensspielraum verbleibt, der es ermöglicht, die neue Höhe des zu zahlenden Betrages nach Billigkeitsgrundsätzen festzusetzen (Bartholomäi in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete 2. Aufl. Kap. 10 Rn. 151; Neuhaus Handbuch der Geschäftsraummiete 4. Aufl. Rn. 1212; Gerber/Eckert Gewerbliches Miet- und Pachtrecht 7. Aufl. Rn. 173). Eine solche Wertsicherungsklausel, durch die einem der Vertragspartner ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht gemäß § 315 BGB eingeräumt wird, unterfällt gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 des Gesetzes über das Verbot der Verwendung von Preisklauseln bei der Bestimmung von Geldschulden vom 7. September 2007 (BGBl I S. 2246, nachfolgend: PrKG) zwar nicht dem Preisklauselverbot des § 1 Abs. 1 PrKG. Ist die Leistungsvorbehaltsklausel jedoch in vorformulierten Vertragsbedingungen i. S. v. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB enthalten, unterliegt sie einer Überprüfung am Maßstab des § 307 BGB (BGHZ 179, 186 = NJW 2009, 578 [= WuM 2009, 131] Rn. 13). Eine Inhaltskontrolle nach dieser Vorschrift ist insbesondere nicht durch § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB ausgeschlossen. Denn durch die Einräumung und nähere Ausgestaltung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts, das eine Vertragspartei zu einer Preisanpassung berechtigt, wird von dem Grundsatz abgewichen, dass Leistung und Gegenleistung im Vertrag festzulegen sind (vgl. BGH Ur-

teil vom 24. März 2010 – VIII ZR 178/08 – NJW 2010, 2793 Rn. 20 mwN [= WuM 2010, 323 KL] zu einer Spannungsklausel in einem Erdgassondervertrag).

20 2. Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen sind daher nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten ihrer Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Die Beschreibung muss für den anderen Vertragsteil nachprüfbar und darf nicht irreführend sein (Senatsurteil BGHZ 162, 39 = NJW 2005, 1183, 1184 [= GuT 2005, 124 KL]). Abzustellen ist auf die Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners (Senatsurteil BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 [= GuT 2010, 23] Rn. 22). Dabei dürfen allerdings die Anforderungen an den Verwender nicht überspannt werden (BGHZ 112, 115 = NJW 1990, 2383, 2384).

21 Bei einer Mietanpassungsklausel erfordert das Transparenzgebot eine verständliche Formulierung, die insbesondere den Anlass der Mietänderung, die Bezugsgrößen sowie den Umfang der Mietanpassung umschreibt (vgl. Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rn. 478; Ghassemi-Tabar/Leo AGB im Gewerberaummietrecht I. Teil Rn. 397).

22 a) Diesen Anforderungen an die Klarheit und Verständlichkeit einer vorformulierten Vertragsbestimmung wird die Regelung in § 5 Abs. 4 des Nutzungsvertrages gerecht. Aus dem Wortlaut des § 5 Abs. 4 Satz 1 des Nutzungsvertrages werden für einen Vertragspartner der Klägerin Zeitpunkt und Anlass für eine Mietanpassung hinreichend deutlich erkennbar.

23 aa) Die Regelung bestimmt, dass die Klägerin zur Vornahme einer Anpassung der Miete dann berechtigt ist, wenn zu dem in der Klausel festgelegten Prüfungszeitpunkt die vereinbarte Miete nicht mehr ortsüblich oder sonst angemessen ist. Das Leistungsbestimmungsrecht der Klägerin ist damit an Voraussetzungen gebunden, die für einen Vertragspartner der Klägerin verständlich und nachprüfbar sind. Zur Auslegung des Begriffes der ortsüblichen Miete kann auf die Vorschrift des § 546a Abs. 1 BGB zurückgegriffen werden, der für die Höhe der von einem Mieter zu leistenden Entschädigung bei einer verspäteten Rückgabe der Mietsache ebenfalls auf die Miete abstellt, die für die Vermietung vergleichbarer Sachen ortsüblich ist. Auch der Begriff der angemessenen Miete ist hinreichend bestimmt im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Angemessen ist der orts- und marktübliche Mietzins, worunter derjenige verstanden werden kann, der für vergleichbare Objekte bei einem Neuabschluss üblicherweise gefordert und gezahlt wird (Senatsurteil vom 2. Oktober 1991 – XII ZR 88/90 – NJW-RR 1992, 517, 518 [= WuM 1992, 312]; vgl. auch Senatsurteil vom 3. Juli 2002 – XII ZR 39/00 – NJW 2002, 3016, 3018 [= GuT 2003, 4]; BGH Urteil vom 4. Juni 1975 – VIII ZR 243/72 – NJW 1975, 1557, 1558).

24 bb) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts wird die Klausel auch nicht dadurch intransparent, dass das Recht der Klägerin zu einer Anpassung der Miete davon abhängig gemacht wird, dass das gezahlte Nutzungsentgelt „noch ortsüblich oder sonst angemessen“ ist.

25 Die gewählte Formulierung in § 5 Abs. 4 Satz 1 des Nutzungsvertrages bringt in verständlicher Art und Weise zum Ausdruck, dass die Klägerin nicht nur bei einer Veränderung der ortsüblichen Miete, sondern auch dann zu einer Mietpreisanpassung berechtigt ist, wenn zum Prüfungszeitpunkt die gezahlte Miete keinen ausreichenden Gegenwert mehr für die Nutzung des Mietgegenstands darstellt. Der Begriff des angemessenen Nutzungsentgelts soll dabei erkennbar die Fälle erfassen, bei denen, unabhängig von einer Veränderung der ortsüblichen Miete, das von den Parteien bei Vertragsschluss vorausgesetzte Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung aufgrund von sonstigen Veränderungen, etwa durch die allgemeine Preisentwicklung, nicht mehr gewahrt ist (vgl. BGHZ 189, 131 = NJW 2011, 2501 Rn. 36). Eine genauere Bezeichnung des Anlasses für eine Mietanpassung erfordert das Transparenzgebot nicht.

26 cc) Rechtsfehlerhaft ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts, die Mietanpassungsklausel verstoße deshalb gegen das Transparenzgebot, weil sich aus ihr der Maßstab für die neu festzusetzende Miete nicht klar ergebe.

27 Nach § 5 Abs. 4 Satz 2 des Nutzungsvertrages kann die Klägerin den zusätzlich oder weniger zu zahlenden Betrag nach billigem Ermessen festsetzen. Durch die ausdrückliche Bezugnahme in dieser Klausel auf § 315 BGB wird der Klägerin nicht nur ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht i. S. d. § 315 Abs. 1 BGB eingeräumt, sondern der Ausübung dieses Rechts verbindlich der Maßstab des § 315 Abs. 1 BGB zu Grunde gelegt. Der Klägerin wird durch die Bezugnahme auf § 315 BGB bei der Anpassung der Miete ein Ermessenspielraum eingeräumt, der durch den Begriff der Billigkeit begrenzt wird (vgl. MünchKommBGB/Würdinger 6. Aufl. § 315 Rn. 29). Damit ist der Maßstab für eine mögliche Mietpreisänderung i. S. v. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB hinreichend bestimmt. Der Vertragspartner der Klägerin kann erkennen, dass eine von der Klägerin vorgenommene Mietpreisänderung nur dann von der Mietanpassungsklausel gedeckt ist, wenn die geänderte Miete einer Überprüfung anhand der zu § 315 BGB entwickelten Grundsätzen standhält. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entspricht eine einseitige Preisbestimmung in der Regel dann der Billigkeit i. S. v. § 315 Abs. 1 BGB, wenn das verlangte Entgelt im Rahmen des Marktüblichen liegt und dem entspricht, was regelmäßig als Preis für eine vergleichbare Leistung verlangt wird (vgl. BGH Urteil vom 2. Oktober 1991 – VIII ZR 240/90 – NJW-RR 1992, 183, 184). Eine weitere Konkretisierung des Umfangs einer möglichen Mietanpassung verlangt das Transparenzgebot nicht.

28 b) Die Beklagte wird durch die Mietanpassungsklausel auch nicht aus anderen Gründen i. S. v. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessen benachteiligt.

29 aa) Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine Klausel ist unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn der Verwender die Vertragsgestaltung einseitig für sich in Anspruch nimmt und eigene Interessen missbräuchlich auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein die Interessen seines Partners hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (Senatsurteile vom 8. Februar 2012 – XII ZR 42/10 – GuT 2012, 26 Rn. 20 und vom 19. Dezember 2007 – XII ZR 61/05 – NJW-RR 2008, 818 [= WuM 2008, 139] Rn. 17 mwN [= GuT 2008, 156 KL; 2008, 198 PM]). Bei der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind die Art des konkreten Vertrags, die typischen Interessen der Vertragschließenden und die die jeweilige Klausel begleitenden Regelungen zu berücksichtigen (vgl. BGH Urteil vom 24. März 2010 – VIII ZR 304/08 – NJW 2010, 2793 [= WuM 2010, 323] Rn. 33 mwN).

30 bb) Mietanpassungsklauseln können grundsätzlich im Wege allgemeiner Geschäftsbedingungen vereinbart werden. Dies folgt bereits aus § 309 Nr. 1 BGB, der für Preisanpassungsklauseln ein uneingeschränktes Klauselverbot nur für Bestimmungen über kurzfristige Preiserhöhungen in Verträgen über Warenlieferungen oder Dienstleistungen vorsieht und Dauer-

www.prewest.de

schuldverhältnisse ausdrücklich vom Anwendungsbereich dieser Vorschrift ausnimmt (vgl. BGH Urteil vom 24. März 2010 – VIII ZR 304/08 – NJW 2010, 2793 [=WuM aaO] Rn. 25 f. mwN). Sie unterliegen auch dann der weiteren Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn sie dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB genügen.

31 cc) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellen Preisänderungsklauseln bei langfristigen Vertragsverhältnissen, insbesondere solchen, die auf Leistungsaustausch gerichtet sind, ein geeignetes und anerkanntes Instrument zur Bewahrung des Gleichgewichts von Preis und Leistung dar. Denn sie dienen dazu, einerseits dem Verwender das Risiko langfristiger Kalkulation abzunehmen und ihm seine Gewinnspanne trotz nachträglicher ihn belastender Kostensteigerungen zu sichern, und andererseits den Vertragspartner davor zu bewahren, dass der Verwender mögliche künftige Kostenerhöhungen vorsorglich schon bei Vertragsschluss durch Risikozuschläge aufzufangen versucht (BGH Urteil vom 24. März 2010 – VIII ZR 304/08 – NJW 2010, 2793 Rn. 34 [=WuM aaO]; BGHZ 172, 315 = NJW 2007, 2540 [=WuM 2007, 526] Rn. 22; BGHZ 176, 244 = NJW 2008, 2172 [=WuM 2008, 340 und 2008, 606] Rn. 14 und BGHZ 180, 257 = NJW 2009, 2051 Rn. 23 jeweils mwN).

32 Dabei ist das Interesse des Vertragspartners des Verwenders einer Preisänderungsklausel daran zu berücksichtigen, vor Preisanpassungen geschützt zu werden, die über die Wahrung des ursprünglich festgelegten Äquivalenzverhältnisses hinausgehen (vgl. BGHZ 94, 335 = NJW 1985, 2270; BGHZ 158, 149 = NJW 2004, 1588,1590 jeweils mwN). Der Verwender von in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Preisanpassungsklauseln hat dagegen – insbesondere bei auf Dauer angelegten Geschäftsverbindungen – das ebenfalls anerkennenswerte Bedürfnis, seine Preise den aktuellen Kosten- oder Preisentwicklungen anzupassen (vgl. etwa BGH Urteil vom 12. Juli 1989 – VIII ZR 297/88 – NJW 1990, 115, 116). Andernfalls müssten die zukünftige allgemeine Preisentwicklung oder mögliche Veränderung des Mietmarktes bereits bei der Kalkulation der bei Mietbeginn festgesetzten Miete berücksichtigt werden, was in der Regel zu einer höheren Miete führen würde.

33 Eine Preisanpassungsklausel hält allerdings dann einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht stand, wenn sie dem Vermieter die Möglichkeit bietet, seinen Gewinn einseitig zu Lasten des Mieters zu vergrößern (vgl. BGHZ 185, 96 = NJW 2010, 2789 Rn. 35 zu einer Preisanpassungsklausel in einem Erdgaslieferungsvertrag).

34 dd) Danach hält die Mietanpassungsklausel in § 5 Abs. 4 des Nutzungsvertrages einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB stand.

35 Das in § 5 Abs. 4 des Nutzungsvertrages enthaltene Recht zur Mietanpassung ermöglicht der Klägerin nicht, während der Laufzeit des Vertrages einseitig das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, das die Parteien bei Abschluss des Mietvertrages zugrunde gelegt haben, zu ihren Gunsten zu verändern und dadurch ihren Gewinn nachträglich zu maximieren. Die Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts ist abhängig von einer Änderung der konkret festgelegten Bezugsgrößen des ortsüblichen oder angemessenen Nutzungsentgelts und im Umfang dadurch begrenzt, dass die Mietanpassung nach billigem Ermessen i. S. v. § 315 Abs. 1 BGB erfolgen muss. Durch die Klausel wird sichergestellt, dass die Beklagte als Mieterin nur mit einer Veränderung der Miete rechnen muss, die der allgemeinen Preisentwicklung bei den Bezugsgrößen entspricht. Zudem sieht die Klausel auch die Möglichkeit einer Herabsetzung der Miete vor und berücksichtigt damit nicht nur einseitig die Interessen der Klägerin an einer Mietpreiserhöhung, sondern auch die Interessen des Mieters an einer Herabsetzung der Miete, wenn es aufgrund der allgemeinen Marktentwicklung oder infolge sonstiger Umstände zu einem Absinken der Mietpreise gekommen ist.

36 c) Soweit das Berufungsgericht die Auffassung vertritt, die Klausel benachteilige den Vertragspartner deshalb, weil in ihr nicht geregelt sei, ob die Klägerin bei Vorliegen der im Vertrag genannten Voraussetzungen zur Anpassung der Miete verpflichtet sei, verkennt das Berufungsgericht die Rechtsfolgen, die sich aus der Bezugnahme in § 5 Abs. 4 Satz 2 des Nutzungsvertrages auf § 315 BGB ergeben.

37 Ist dem Gläubiger ein Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 Abs. 1 BGB eingeräumt, so ist er auch verpflichtet, die Bestimmung zu treffen, sofern der Schuldner ein Interesse an der Vertragsanpassung hat (Palandt/Grüneberg BGB 71. Aufl. § 315 Rn. 12). Übt er das Leistungsbestimmungsrecht nicht oder verzögert aus, d. h. nicht innerhalb einer objektiv angemessenen Zeit (vgl. hierzu MünchKommBGB/Würdinger 6. Aufl. § 315 BGB Rn. 46), kann der Schuldner den Bestimmungsberechtigten zwar nicht auf Abgabe einer Bestimmungserklärung gerichtlich in Anspruch nehmen. § 315 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 BGB gibt ihm jedoch die Möglichkeit, eine Klage auf Leistungsbestimmung durch das Gericht zu erheben. Dadurch sind die Interessen eines Vertragspartners der Klägerin ausreichend gewahrt. Sieht er zum Zeitpunkt der Überprüfung die Voraussetzungen für eine Mietanpassung als erfüllt an und nimmt die Klägerin eine Leistungsbestimmung nicht vor, kann er nach Ablauf einer angemessenen Zeitspanne von der Rechtsschutzmöglichkeit des § 315 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 BGB Gebrauch machen und ggf. selbst eine Anpassung der Miete erreichen. Ein Verzug der Klägerin mit der Ausübung ihres Leistungsbestimmungsrechts ist hierfür nicht erforderlich (MünchKommBGB/Würdinger 6. Aufl. § 315 BGB Rn. 46).

38 d) Eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners der Klägerin ergibt sich auch nicht daraus, dass die Klägerin durch ihre faktische Monopolstellung die zur Begründung eines Mieterhöhungsverlangens herangezogene Vergleichsmiete mittelbar selbst bestimmen kann. Zwar ist dem Berufungsgericht zuzugeben, dass für Bundeswasserstraßen allein die Klägerin das Nutzungsentgelt festsetzt und sie damit maßgeblichen Einfluss auf die Höhe des Nutzungsentgelts für vergleichbare Mietobjekte an Bundeswasserstraßen ausübt. Eine Erhöhung der Miete für die Neuvermietung vergleichbarer Mietobjekte führt nach der Regelung des § 5 Abs. 4 des Nutzungsvertrags jedoch nicht zwingend auch zu einer Mieterhöhung bei einem bestehenden Mietvertrag. Hält der Mieter die Mietanpassung für unangemessen, kann er sich auf die Unbilligkeit der Leistungsbestimmung berufen und im Rahmen einer von der Klägerin erhobenen Zahlungsklage die Einrede erheben, die Bestimmung sei unbillig und damit gemäß § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB für ihn unverbindlich (MünchKommBGB/Würdinger 6. Aufl. § 315 BGB Rn. 39). Das mit der Sache befasste Gericht hat dann gemäß § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts gegeben sind und die Mietpreisanpassung der Billigkeit entspricht. Dadurch wird der Mieter ausreichend vor einem Missbrauch des Leistungsbestimmungsrechts geschützt.

39 e) Schließlich wird der Beklagte durch die Klausel auch nicht dadurch unangemessen benachteiligt, dass ihm für den Fall der wirksamen Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts keine Kündigungsmöglichkeit eingeräumt wird. Eine Preisanpassungsklausel muss nicht zwingend die Möglichkeit einer vorzeitigen Kündigung des Vertragsverhältnisses vorsehen. Die Einräumung eines Kündigungsrechts kann bei einer Klausel, die für sich betrachtet eine unangemessene Benachteiligung bewirken könnte, einen Ausgleich darstellen, damit die Klausel der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB standhält (vgl. BGH Urteil vom 15. November 2007 – III ZR 247/06 – NJW 2008, 360 Rn. 13). Wird der Vertragspartner des Verwenders durch eine Preisanpassungsklausel jedoch nicht unangemessen benachteiligt, wird die Klausel nicht deshalb unwirksam, weil sie für den Fall der Ausübung des Preisanpassungsrechts keine Kündigungsmöglichkeit für den anderen Vertragsteil vorsieht.

40 3. Nach alldem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Auf die Revision ist es aufzuheben. Der Senat kann in

der Sache nicht abschließend entscheiden, weil weitere Feststellungen dazu zu treffen sind, ob die von der Klägerin festgesetzte Miete der Billigkeit entspricht. Das Verfahren ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 307, 535, 538 BGB; § 552a ZPO
Raummiete;
Auslegung der Schönheitsreparatur-Klausel;
flexibler Fristenplan; Transparenzgebot;
Unklarheiten-Regel; Streichen der Türen

a) Ein flexibler Fristenplan für die Ausführung der dem Mieter formularvertraglich obliegenden Schönheitsreparaturen muss als solcher für den durchschnittlichen, verständigen Mieter erkennbar sein.

b) Die Auslegung der Formulierung einer Schönheitsreparaturklausel erfolgt aus der Sicht eines verständigen Mieters.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 20. 3. 2012 – VIII ZR 192/11)

1 **Aus den Gründen:** 1. Ein Grund für die Zulassung der Revision liegt nicht vor (§ 552a Satz 1, § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht [LG Braunschweig] hat die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) zugelassen, soweit die Parteien um die Kosten für Schönheitsreparaturen streiten, da sowohl die Frage der Wirksamkeit der hier streitgegenständlichen formularmäßigen Schönheitsreparaturklausel unter Verwendung des Begriffs „regelmäßig“ (im Zusammenhang mit der Zeitspanne, innerhalb derer Schönheitsreparaturen seitens des Mieters durchzuführen sind) als auch die Frage, ob hinsichtlich der verwendeten Klausel von einer Gesamtunwirksamkeit der übrigen Schönheitsreparaturklausel auszugehen ist, grundsätzliche Bedeutung hätten. Diese Erwägungen tragen indessen weder den vom Berufungsgericht genannten Zulassungsgrund noch liegt einer der weiteren im Gesetz genannten Zulassungsgründe vor. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 1 ZPO) oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) erforderlich.

2 Die erste Zulassungsfrage ist durch die Rechtsprechung des Senats bereits geklärt. Auf die zweite Zulassungsfrage kommt es mangels Entscheidungserheblichkeit nicht an.

3 a) Nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats müssen vorformulierte Fristenpläne für die Ausführung von Schönheitsreparaturen, um der Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB standzuhalten, so abgefasst sein, dass der Fristenplan nur den Charakter einer Richtlinie und einer unverbindlichen Orientierungshilfe hat, von der im Einzelfall bei gutem Erhaltungszustand der Mieträume auch nach oben abgewichen werden kann; dies muss für den durchschnittlichen, verständigen Mieter erkennbar sein (Senatsurteil vom 5. April 2006 – VIII ZR 106/05, NJW 2006, 2113 [= WuM 2006, 377] Rn. 12-14 mwN). Dabei spricht nach der Rechtsprechung des Senats für das Vorliegen eines in dem vorstehend genannten Sinne flexiblen Fristenplans, wenn die Klausel eine Einschränkung enthält, wonach die vorgesehenen Fristen etwa – wie hier – lediglich für den Regelfall oder für einen „im Allgemeinen“ entstehenden Renovierungsbedarf gelten sollen (vgl. Senatsurteile vom 5. April 2006 – VIII ZR 106/05, aaO Rn. 13, und VIII ZR 163/05, WuM 2006, 306 Rn. 15; vom 13. Juli 2005 – VIII ZR 351/04, NJW 2005, 3416 [= WuM 2005, 716 = GuT 2005, 259 f. KL] unter II 2; vom 18. Oktober 2006 – VIII ZR 52/06, NJW 2006, 3778 [= WuM 2006, 677] Rn. 17).

b) Der Senat hat sich, was das Berufungsgericht übersehen hat, in diesem Zusammenhang auch schon mit der formularvertraglichen Verwendung des Begriffs „regelmäßig“ bei Fristen für Schönheitsreparaturen befasst (Senatsurteil vom 26. September 2007 – VIII ZR 143/06, NJW 2007, 3632 [= WuM 2007, 684]). Diesem Senatsurteil lag eine Schönheitsreparaturklausel zugrunde, wonach die Schönheitsreparaturen während der Mietzeit „regelmäßig nach Ablauf“ bestimmter, nach Art der Räume gestaffelter Fristen seit Mietbeginn oder nach Durchführung der letzten Schönheitsreparaturen auszuführen waren. Der Senat hat diese Klausel für wirksam erachtet und zur Begründung ausgeführt, sie beinhalte keinen starren Fristenplan für die Renovierung, sondern verpflichte den Mieter lediglich, Schönheitsreparaturen „regelmäßig“ innerhalb der genannten Fristen auszuführen (Senatsurteil vom 26. September 2007 – VIII ZR 143/06, aaO Rn. 12).

5 Der vorliegende Fall weist keinen darüber hinausgehenden Klärungsbedarf auf. Dass das Berufungsgericht in Unkenntnis der vorgenannten Rechtsprechung des Senats und unter Berufung auf ein – diese Rechtsprechung zu eng verstehendes – Urteil des Kammergerichts vom 22. Mai 2008 (KG, WuM 2008, 398) zu der unzutreffenden Beurteilung gelangt ist, § 8 Ziffer 2 Satz 3 des Mietvertrags enthalte eine starre Fristenregelung und sei deshalb unwirksam, verleiht der Rechtssache weder eine grundsätzliche Bedeutung, noch ist eine Zulassung der Revision insoweit zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Denn auf diesem Rechtsfehler beruht die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht. Sie wäre ohne ihn für die Revisionskläger im Ergebnis nicht günstiger ausgefallen (vgl. Senatsurteil vom 17. Februar 2010 – VIII ZR 70/07, NJW-RR 2010, 1289 [insoweit in GuT 2010, 367 nicht abgedruckt] Rn. 31 mwN; MünchKommZPO/Wenzel, 3. Aufl., § 545 Rn. 14).

6 2. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg. Das Berufungsurteil hält im Ergebnis rechtlicher Nachprüfung stand.

7 a) Die Revision hält die Schönheitsreparaturklausel in § 8 Ziffer 1 und 2 des Mietvertrags schon wegen innerer Widersprüchlichkeit und daraus folgender Intransparenz für unwirksam (§ 307 Abs. 1 BGB). Der Klausel könne nicht entnommen werden, wann die Schönheitsreparaturen fällig würden. Zu dieser Intransparenz trage bei, dass gemäß § 19 Ziffer 4 des Mietvertrags alle Renovierungen zu Lasten und auf Risiko des Mieters gingen.

8 Diese Rüge greift nicht durch. Die in § 8 Ziffer 2 Satz 3 des Mietvertrags enthaltene Regelung, wonach eine Erneuerung der Anstriche von Fenstern, Türen, Heizkörpern, Versorgungsleitungen und an Einbaumöbeln regelmäßig nach sechs Jahren erforderlich ist, ist aus der maßgeblichen Sicht des durchschnittlichen, verständigen Mieters auch bei mieterfeindlichster Auslegung so zu verstehen, dass es sich bei ihr um eine im Verhältnis zum Fristenplan speziellere Regelung hinsichtlich bestimmter Gegenstände handelt. Entgegen der Auffassung der Revision führt auch § 19 Ziffer 4 des Mietvertrags nicht zu einer Intransparenz der Schönheitsreparaturklausel. Denn auch als – wie revisionsrechtlich in Ermangelung abweichender Feststellungen des Berufungsgerichts zu unterstellen ist – Allgemeine Geschäftsbedingung führt § 19 Ziffer 4 des Mietvertrags schon deshalb nicht zu einer Intransparenz der Schönheitsreparaturklausel, weil dieser Regelung in Übereinstimmung mit der Beurteilung beider Tatsachengerichte und der auch von den Beklagten noch in der Berufungsinstanz vertretenen Auffassung kein über § 8 des Mietvertrags hinausgehender eigener Regelungsgehalt zukommt.

9 b) Die Revision wendet sich darüber hinaus gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Schönheitsreparaturklausel könne trotz der Unwirksamkeit des § 8 Ziffer 2 Satz 3 des Mietvertrags im Übrigen aufrechterhalten werden.

10 aa) Die Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel (insgesamt) folge bereits daraus, dass in § 8 Ziffer 1 Satz 2 des

Mietvertrags das Streichen der Türen einschränkungslos und damit entgegen der Rechtsprechung des Senats auch hinsichtlich der Außenseite der Wohnungseingangstür verlangt werde.

11 Dieser Angriff bleibt ohne Erfolg. Anders als die Revision meint, ist angesichts der Formulierung des § 8 Ziffer 1 des Mietvertrags auch bei mieterfeindlichster Auslegung nicht davon auszugehen, dass von der Klausel auch das Streichen der Türen von außen umfasst sein soll. Vielmehr geht aus der Klausel mit der erforderlichen Klarheit hervor, dass mit dem Streichen der Türen nur der Innenbereich gemeint ist. Die Formulierung „Streichen der Türen" ist eingebettet in eine Passage, die beginnt mit „Innenanstrich der Fenster" und endet mit „sowie sämtliche anderen Anstriche innerhalb der gemieteten Räume…". Aus der Sicht eines verständigen Mieters sollen daher von der Formulierung „Türen" hier die Innentüren der Wohnung und die Innenseite der nach außen führenden Türen, nicht aber deren Außenseite umfasst sein.

12 bb) Zudem beanstandet die Revision, das Berufungsgericht habe verkannt, dass die von ihm angenommene Unwirksamkeit des § 8 Ziffer 2 Satz 3 des Mietvertrags unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Senats zur Unwirksamkeit der Übertragung der Schönheitsreparaturverpflichtung insgesamt führen müsse.

13 Auch diese Rüge der Revision greift nicht durch. Denn bei richtiger Auslegung der vorliegenden Schönheitsreparaturklausel, insbesondere bei zutreffendem Verständnis der Bedeutung des in diesem Zusammenhang verwendeten Begriffs „regelmäßig" kommt es auf die Frage, ob die Schönheitsreparaturklausel teilweise aufrechterhalten werden kann, nicht an. Demgemäß greift auch der weitere Einwand der Revision, eine Teilunzulässigkeit der Schönheitsreparaturklausel benachteilige den Mieter wegen einer damit teilweise einhergehenden Verkürzung der Renovierungsfristen von sechs auf drei bzw. fünf Jahre, nicht durch.

14 c) Ebenfalls ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Höhe der Klageforderung. Sie meint, die Beklagten seien nach dem Mietvertrag nicht zur Tapezierung der Räume verpflichtet gewesen. Zudem fehle es an einem schlüssigen Vortrag der Klägerin zu den Kosten für die Entfernung von Tapetenresten und für die Neutapezierung. Jedenfalls aber habe es das Erstgericht versäumt, die Beklagten darauf hinzuweisen, dass es das Vorbringen der Klägerin zur Erforderlichkeit einer Tapezierung als unstreitig erachte.

15 Auch diese Angriffe vermögen der Revision nicht zum Erfolg zu verhelfen. Zwar trifft es zu, dass § 8 Ziffer 1 Satz 2 des Mietvertrags neben dem Tapezieren der Wände und Decken auch deren Anstreichen oder Kalken als Möglichkeit der Durchführung von Schönheitsreparaturen vorsieht. Wenn das Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung der Umstände des vorliegenden Falles zu der Beurteilung gelangt ist, dass es hier für eine fachgerechte Renovierung der Wohnung einer Entfernung von Tapetenresten und einer anschließenden Neutapezierung in dem im Kostenvoranschlag ausgewiesenen Umfang bedarf, so ist dies rechtlich nicht zu beanstanden. Soweit die Revision in diesem Zusammenhang zudem die Verletzung des § 531 ZPO rügt, hat der Senat die hierzu vorgebrachten Einwände der Revision geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO).

16 3. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen nach Zustellung dieses Beschlusses.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

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

GuT
Immobilienverwaltung und Immobilienbewirtschaftung

§ 548 BGB
Raummiete; unwirksame Schönheitsreparaturklausel; Verjährung des Bereicherungsanspruchs des Mieters für gezahlten Abgeltungsbetrag; Wohnraum

Zahlt der Mieter aufgrund einer unwirksamen Schönheitsreparaturenklausel an den Vermieter einen Abgeltungsbetrag für nicht durchgeführte Schönheitsreparaturen, so unterliegt der sich hieraus ergebende Bereicherungsanspruch des Mieters der kurzen Verjährung des § 548 Abs. 2 BGB (Bestätigung und Fortführung von BGH, Urteil vom 4. Mai 2011 – VIII ZR 195/10, NJW 2011, 1866 [= WuM 2011, 363]).

(BGH, Urteil vom 20. 6. 2012 – VIII ZR 12/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger war bis zum 31. August 2007 Mieter einer Wohnung der Beklagten in Berlin. Im Mietvertrag vom 18. Januar 1980 ist in den Allgemeinen Vertragsbestimmungen unter Nr. 5 „Erhaltung der überlassenen Räume" ein Fristenplan zur Durchführung der Schönheitsreparaturen enthalten und in Absatz 2 unter anderem folgendes geregelt:

„(2) …

Das Mitglied ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung der Genossenschaft von der bisherigen Ausführungsart abzuweichen…"

2 Mit Schreiben vom 3. Juli 2007 untersagte die Beklagte dem Kläger wegen in der Wohnung anstehender Modernisierungsarbeiten die Durchführung der Schönheitsreparaturen und forderte stattdessen einen Ausgleichsbetrag in Höhe von 7310 €, den der Kläger am 8. August 2007 bezahlte. Mit Schreiben vom 25. November 2009 und vom 9. Dezember 2009 forderte der Kläger die Beklagte erfolglos zur Rückzahlung dieses Betrages auf.

3 Mit der am 23. April 2010 eingereichten und am 15. Juni 2010 zugestellten Klage nimmt der Kläger die Beklagte auf Zahlung von 7310 € nebst Zinsen sowie Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 661,16 € nebst Zinsen in Anspruch. Die Beklagte beruft sich auf Verjährung des geltend gemachten Anspruchs.

4 Das Amtsgericht Berlin-Neukölln hat die Klage abgewiesen. Das Landgericht Berlin hat – nachdem der Kläger die Klage in Höhe von 1775,08 € sowie der geltend gemachten Rechtsanwaltskosten zurückgenommen hatte – auf die Berufung des Klägers der Klage unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils in Höhe von 5534,92 € nebst Zinsen stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

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

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

7 Die Beklagte habe den vom Beklagten nach Klagerücknahme noch geforderten Betrag ohne Rechtsgrund erlangt und sei daher gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zu dessen Rückzahlung verpflichtet. Die vertragliche Regelung über die Schönheitsreparaturen, wonach der Mieter ohne Zustimmung des Vermieters nicht von der bisherigen Ausführungsart habe abweichen dürfe, sei unwirksam.

8 Der Anspruch des Klägers sei entgegen der Auffassung des Amtsgerichts nicht verjährt. Die kurze Verjährungsfrist des § 548 Abs. 2 BGB sei auf die auf Rückzahlung von Abgeltungsbeträgen für nicht ausgeführte Schönheitsreparaturen gerichteten Bereicherungsansprüche nicht anzuwenden. Denn für die Frage, ob die gezahlten Abgeltungsbeträge zurückverlangt werden könnten, spiele der Zustand der Mietsache bei Beendigung des Mietverhältnisses keine Rolle, so dass das zentrale Argument für eine Anwendung des § 548 Abs. 2 BGB entfalle. Dabei werde von der Kammer nicht verkannt, dass Sinn und Zweck

des § 548 Abs. 2 BGB darin liege, die wechselseitigen Ansprüche der Mietvertragsparteien – auch bereicherungsrechtlicher Natur – nach Beendigung des Mietverhältnisses möglichst rasch abzuwickeln, und deshalb § 548 Abs. 2 BGB weit auszulegen sei. Zwar sei der Zustand der Mietsache bei der Festlegung des Abgeltungsbetrags von Bedeutung, nicht jedoch bei der Entscheidung über die Rückforderung desselben. Hier komme es allein auf das Bestehen des Rechtsgrundes an, welcher bei Unwirksamkeit der Renovierungsklausel fehle.

9 Auch dass die Mieter, die einen Abgeltungsbetrag bezahlt hätten, in Folge dieser Entscheidung besser stünden, als die Mieter, die Schönheitsreparaturen aufgrund einer unwirksamen Klausel ausgeführt hätten und nach Erhebung der Verjährungseinrede durch den Vermieter ihre Aufwendungen nach Ablauf der in § 548 Abs. 2 BGB bestimmten Frist nicht mehr mit Erfolg zurückfordern könnten, rechtfertige keine andere Bewertung.

10 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Der vom Kläger geltend gemachte Rückforderungsanspruch ist gemäß § 548 Abs. 2 BGB verjährt.

11 1. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass die in Nr. 5 Abs. 2 des Mietvertrags bestimmte Regelung über die Ausführung von Schönheitsreparaturen den Mieter unangemessen benachteiligt, weil sie dem Mieter auch während des Bestehens des Mietverhältnisses eine bestimmte Ausführungsart vorschreibt (Senatsurteil vom 22. Februar 2012 – VIII ZR 205/11, WuM 2012, 194 [= GuT 2012, 34] Rn. 9 ff. mwN). Damit bestand für die vom Kläger im August 2007 zur Abgeltung der Schönheitsreparaturen geleistete Zahlung – wie das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend erkannt hat – kein Rechtsgrund.

12 2. Die Auffassung des Berufungsgerichts, der aufgrund dessen entstandene Bereicherungsanspruch des Klägers aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB sei nicht gemäß § 548 Abs. 2 BGB verjährt, begegnet indes durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

13 a) Nach der Rechtsprechung des Senats unterliegen sämtliche Ansprüche, die der Mieter wegen der Durchführung von Schönheitsreparaturen gegen den Vermieter erhebt, der kurzen Verjährung nach § 548 Abs. 2 BGB, mithin auch ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (Senatsurteil vom 4. Mai 2011 – VIII ZR 195/10, NJW 2011, 1866 [= WuM 2011, 363] Rn. 13 ff. mwN). Es macht dabei keinen Unterschied, ob der Mieter – jeweils in Verkennung der Unwirksamkeit der Renovierungsklausel – die Schönheitsreparaturen selbst durchführt beziehungsweise durchführen lässt und vom Vermieter anschließend den hierfür aufgewendeten Betrag fordert, oder ob der Mieter an den Vermieter einen Abgeltungsbetrag für die nicht durchgeführten Schönheitsreparaturen zahlt. Sowohl die geldwerte Sachleistung als auch der Abgeltungsbetrag dienen der Verbesserung der Mietsache und sind deshalb als Aufwendungen auf die Mietsache im Sinne des § 548 Abs. 2 BGB anzusehen.

14 Die Auffassung des Berufungsgerichts, die beiden Fallgestaltungen seien hinsichtlich der Verjährung deshalb unterschiedlich zu betrachten, weil es sich bei der Rückforderung eines Abgeltungsbetrags nicht um einen Anspruch handele, der vom Zustand der Mietsache zur Zeit der Rückgabe abhänge, trifft nicht zu. Auch der Bereicherungsanspruch nach rechtsgrundlos durchgeführter Renovierung durch den Mieter selbst ist dem Grunde nach von dem Zustand der Mietsache bei Beendigung des Mietverhältnisses unabhängig. Ungeachtet dessen handelt es sich in beiden Fallgestaltungen um Ansprüche, die im Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache stehen, denn ihnen ist gemeinsam, dass es sich bei dem Geldbetrag, der kondiziert werden soll, um eine Aufwendung des Mieters handelt, die er im Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache erbracht hat. Über den Ersatz solcher Aufwendungen soll nach dem Sinn und Zweck des § 548 Abs. 2 BGB – unabhängig von der (anspruchs-)rechtlichen Einordnung – nach Beendigung des Mietverhältnisses alsbald Klarheit herrschen (Senatsurteil vom 4. Mai 2011 – VIII ZR 195/10, aaO Rn. 14 f.).

15 Auch gibt es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keinen sachlichen Grund, der es rechtfertigen würde, den Mieter, der die Mietsache infolge einer (von ihm unerkannt) unwirksamen Klausel selbst renoviert, hinsichtlich der Verjährung seines Bereicherungsanspruchs anders zu behandeln als den Mieter, der zur Abgeltung einer vermeintlichen Renovierungsverpflichtung an den Vermieter einen Geldbetrag zahlt.

16 b) Das Mietverhältnis der Parteien endete nach den Feststellungen des Berufungsgerichts am 31. August 2007. Die sechsmonatige Verjährungsfrist des § 548 Abs. 2 BGB war daher bei Einreichung der Klage im April 2010 längst abgelaufen. Die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung greift mithin durch.

17 III. Das Berufungsurteil kann nach allem keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da keine weiteren Feststellungen zu treffen sind, hat der Senat in der Sache selbst zu entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Da der geltend gemachte Anspruch verjährt ist, hat die Klage keinen Erfolg. Die Berufung des Beklagten gegen das die Klage abweisende Urteil des Amtsgerichts ist daher zurückzuweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 554 BGB

Raummiete; Duldung vermieterseitiger Modernisierungsmaßnahmen; maßgeblicher(Wohnungs-)Zustand vor Modernisierung; Möglichkeit der Energieeinsparung; Ersatz Gasetagenheizung durch Gaszentralheizung

Ob eine vom Vermieter beabsichtigte Modernisierungsmaßnahme eine Verbesserung der Mietsache darstellt, ist grundsätzlich nach dem gegenwärtigen Zustand der Wohnung einschließlich der vom Mieter vorgenommenen Verbesserungsmaßnahmen zu beurteilen; unberücksichtigt bleiben lediglich etwaige vom (gegenwärtigen) Mieter vertragswidrig vorgenommene bauliche Veränderungen.

(BGH, Urteil vom 20. 6. 2012 – VIII ZR 110/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagten sind seit dem Jahre 1996 Mieter einer Wohnung der Klägerin in Berlin. Die Wohnung verfügt über eine von der Vormieterin mit Zustimmung des früheren Vermieters und Rechtsvorgängers der Klägerin eingebaute Gasetagenheizung, für die die Beklagten der Vormieterin eine Ablösesumme gezahlt haben. Zuvor war die Wohnung mit Kohleöfen beheizt worden.

2 Mit Schreiben vom 21. Mai 2008 kündigte die Klägerin den Beklagten an, deren Wohnung durch eine Modernisierungsmaßnahme gemäß § 554 Abs. 2 BGB zum Zwecke der Energieeinsparung und der Wohnwerterhöhung an die im Haus vorhandene Gaszentralheizung anschließen zu wollen. Die hierdurch entstehenden Kosten bezifferte die Klägerin mit 2145 €, die von den Beklagten insoweit zu tragende monatliche Umlage mit 19,66 € und den nach Anschluss an die Gaszentralheizung neu zu zahlenden Heizkostenvorschuss mit 113,52 € pro Monat. Die Beklagten stimmten der Maßnahme nicht zu.

3 Die Klägerin hat daraufhin mit der vorliegenden Klage die Verurteilung der Beklagten zur Duldung des Anschlusses an die Gaszentralheizung begehrt. Das Amtsgericht Berlin-Mitte hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landgericht Berlin das Urteil des Amtsgerichts abgeändert und die Beklagten antragsgemäß verurteilt. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstreben die Beklagten die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

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

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

6 Die Klägerin habe gegen die Beklagten einen Anspruch gemäß § 554 Abs. 1 BGB (gemeint: § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB) auf Duldung des Anschlusses der von ihnen innegehaltenen Wohnung an die Gaszentralheizung, da es sich hierbei um eine Modernisierungsmaßnahme handele. Modernisierungsmaßnahmen seien bauliche Veränderungen der Mietsache, die deren Gebrauchswert erhöhten und eine bessere Nutzung gegenüber dem vom Vermieter zur Verfügung gestellten Zustand ermöglichten. Dies sei vorliegend der Fall, da der vom Vermieter zur Verfügung gestellte Zustand derjenige ohne Sammelheizung, mithin die Ausstattung mit Kohleöfen sei. Demgegenüber stelle der Anschluss an die Gaszentralheizung eine Modernisierungsmaßnahme dar.

7 Maßgebend für die Beurteilung einer Verbesserung des Gebrauchswerts sei grundsätzlich der vom Vermieter zur Verfügung gestellte, nicht der vom Mieter, sei es auch mit Genehmigung des Vermieters, geschaffene Zustand. Vertragsgemäß sei vorliegend die Ausstattung mit einer Ofenheizung. Hierfür spreche schon die Regelung in § 3 der Anlage I des Mietvertrags, wonach der Mieter die Überprüfung und Wartung der Öfen und/oder Gasgeräte regelmäßig auf seine Kosten vornehmen solle. Darüber hinaus hätten die Beklagten selbst eine Quittung der Vormieterin vorgelegt, nach deren Inhalt sie die Gasetagenheizung von dieser direkt gegen Zahlung einer Abstandssumme übernommen hätten. Die Gasetagenheizung sei daher nicht vom Vermieter gestellt worden.

8 Die darüber hinaus vorgebrachten Einwendungen der Beklagten griffen nicht durch. Insbesondere lägen keine sozialen Härtegründe vor, denn die Beklagten wendeten lediglich ein, sie müssten nun erhöhte Vorschüsse zahlen. Dass dies im Verhältnis zu ihrem Einkommen oder zu den bisher getätigten Aufwendungen auf die Heizung eine Härte darstelle, hätten sie nicht dargelegt.

9 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Klägerin auf Duldung des Anschlusses der Wohnung an die im Haus vorhandene Gaszentralheizung nicht bejaht werden.

10 1. Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht den von der Klägerin auf der Grundlage der von der Revision nicht beanstandeten Modernisierungsankündigung geltend gemachten Duldungsanspruch unter dem Gesichtspunkt des Vorliegens einer Modernisierungsmaßnahme gemäß § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB geprüft. Das Berufungsgericht hat jedoch bei der Beurteilung, ob mit der angekündigten Modernisierungsmaßnahme eine – von ihm alleine in den Blick genommene – Wohnwertverbesserung gemäß § 554 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB verbunden ist, rechtsfehlerhaft den von der Klägerin erstrebten Anschluss der Wohnung an die im Haus vorhandene Gaszentralheizung mit einer vor Beginn des streitgegenständlichen Mietverhältnisses gegebenen Ausstattung der Wohnung mit Kohleöfen verglichen.

11 a) In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur wird allerdings überwiegend die Auffassung vertreten, dass das Vorliegen einer Modernisierungsmaßnahme gemäß § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB nach der beabsichtigten Veränderung des vom Vermieter geschuldeten Zustandes zu beurteilen sei. Maßgeblich hierfür sei allein der vom Vermieter zur Verfügung gestellte Zustand, so dass Verbesserungsmaßnahmen des Mieters auch dann außer Betracht zu bleiben hätten, wenn sie mit Zustimmung des Vermieters erfolgt seien (so etwa LG Berlin, GE 2011, 57 f.; GE 2010, 1273; Urteil vom 4. Dezember 2007 – 63 S 130/07, juris Rn. 5; GE 2004, 236; jeweils zu § 554 BGB; LG Berlin, NZM 1999, 1036; GE 1998, 616; LG Hamburg, ZMR 1984, 60; jeweils zur Vorgängerregelung in § 541b BGB aF; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2011, § 554 Rn. 23; Emmerich in Emmerich/Sonnenschein, Miete, 10. Aufl., § 554 Rn. 11; Kinne in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Aufl., § 554 BGB Rn. 55; Schmid, Mietrecht, 2006, § 554 Rn. 20; Sternel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., Rn.IV 326 f.; ders. in Huff, Neues Mietrecht, 2001, S. 89, 102 f.; Erman/Lützenkirchen, BGB, 13. Aufl., § 554 Rn. 24; jurisPKBGB/Heilmann, 5. Aufl., § 554 Rn. 9).

12 Nach anderer Ansicht ist hingegen bei der Beurteilung der Frage, ob es sich bei der vom Vermieter geplanten Maßnahme um eine Modernisierung handelt, auf den gegenwärtigen Zustand der Wohnung einschließlich der vom Mieter vorgenommenen Verbesserungsmaßnahmen abzustellen (AG Hamburg, WuM 1993, 41, 42; so wohl auch LG Berlin, MM 2003, 193 ‹vgl. hierzu KG, WuM 2008, 597›; AG Münster, WuM 1996, 268 f.; Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 554 Rn. 41).

13 b) Der Senat hat die vorstehend genannte Frage bisher nicht entschieden. Er hat sie im Senatsurteil vom 24. September 2008 (VIII ZR 275/07, NJW 2008, 3630 [= GuT 2008, 359 = WuM 2008, 667 = WuM 2009, 40] Rn. 33 f.) mangels Entscheidungserheblichkeit offen lassen können. Er entscheidet sie nunmehr im Sinne der letztgenannten Auffassung. Bei der Frage, ob die vom Vermieter beabsichtigte Maßnahme eine Verbesserung der Mietsache darstellt, ist grundsätzlich auf den gegenwärtigen Zustand der Wohnung abzustellen; unberücksichtigt bleiben lediglich etwaige vom (gegenwärtigen) Mieter vertragswidrig vorgenommene bauliche Veränderungen.

14 aa) Der Verpflichtung des Mieters, Modernisierungsmaßnahmen des Vermieters zu dulden, liegt die Zielsetzung des Gesetzgebers zugrunde, volkswirtschaftlich und ökologisch sinnvolle Modernisierungsmaßnahmen und damit zugleich die Verbesserung der allgemeinen Wohnverhältnisse zu fördern (vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 2 und 36; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 10. Aufl., § 554 BGB Rn. 5); zudem soll der Vermieter in die Lage versetzt werden, den objektiven Gebrauchs- und Substanzwert der Räume oder Gebäudeteile im Interesse einer besseren Vermietbarkeit zu erhöhen (vgl. Senatsurteile vom 13. Februar 2008 – VIII ZR 105/07, NJW 2008, 1218 [= WuM 2008, 219] Rn. 21; vom 28. September 2011 – VIII ZR 326/10, NJW 2011, 3514 [= WuM 2011, 625] Rn. 23; jeweils mwN; Blank in Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 554 Rn. 1). Unter Berücksichtigung dieser Zwecke ist es nicht gerechtfertigt, bei der Frage, ob eine vom Vermieter beabsichtigte Maßnahme zu einer Verbesserung der Mietsache führt, auf einen fiktiven Zustand unter Außerachtlassung genehmigter Mieterinvestitionen abzustellen. Vielmehr verhielte sich der Vermieter widersprüchlich, wenn er einerseits dem Mieter erlaubte, die Mietsache auf eigene Kosten zu modernisieren, und andererseits bei einer späteren eigenen Modernisierung den auf diese Weise vom Mieter geschaffenen rechtmäßigen Zustand unberücksichtigt lassen wollte. Erst recht gilt dies, wenn – wie hier – eine Verbesserung in Form des Einbaus einer Gasetagenheizung durch einen früheren Mieter durchgeführt und somit bei Beginn des aktuellen Mietverhältnisses schon vorhanden war.

15 bb) Die Dispositionsbefugnis des Vermieters wird insoweit nicht unzulässig eingeschränkt. Denn der Mieter hat grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass der Vermieter ihm gestattet, selbst bauliche Veränderungen an der Wohnung mit dem Ziel einer Modernisierung oder Erhöhung des Wohnkomforts vorzunehmen (Senatsurteil vom 14. September 2011 – VIII ZR 10/11, NZM 2012, 154 [= WuM 2011, 571] Rn. 11 mwN). Erteilt der Vermieter die Zustimmung zu baulichen Maßnahmen des Mieters, hat er es zudem in der Hand, diese an Bedingungen zu knüpfen und so sicherzustellen, dass die vom Mieter vorgenommenen Maßnahmen sich mit den von ihm beabsichtigten Investitionen in Übereinstimmung bringen lassen und – falls vom Vermieter gewünscht – dauerhaft in der Wohnung verbleiben. Selbst wenn aber die Vertragsparteien eine Vereinbarung über den dauerhaften Verbleib der Mieterinvestition in der Wohnung nicht getroffen haben, wird der Vermieter eine Ausübung des Wegnahmerechts des Mieters (§ 539 BGB) in der Regel nach § 552 BGB abwenden können.

16 cc) Entgegen der überwiegend vertretenen Auffassung sind die vom Mieter bereits getätigten Aufwendungen nach dem Ge-

setzeswortlaut nicht lediglich im Rahmen der die Duldungspflicht ausschließenden Härte gemäß § 554 Abs. 2 Satz 2 BGB zu berücksichtigen (so aber bereits Schmidt-Futterer/Blank, Wohnraumschutzgesetze, 6. Aufl., Rn.C 166 g). Der Gesetzgeber wollte mit der Aufnahme der vom Mieter getätigten Verwendungen als Grund für eine Härte zwar sicherstellen, dass vorausgegangene eigene Verwendungen des Mieters auf die Mietsache bei der Abwägung, ob ein Duldungsanspruch ausgeschlossen ist, zu berücksichtigen sind (BT-Drucks. 9/2079, S. 12). Hieraus folgt aber nicht, dass bei der Frage, ob überhaupt eine Modernisierung vorliegt, der vom Mieter geschaffene Zustand außer Betracht zu bleiben hätte. Insoweit ist allein entscheidend, ob durch die geplante Maßnahme objektiv der Gebrauchs- oder Substanzwert der gemieteten Räume oder des Gebäudes erhöht beziehungsweise eine Einsparung von Energie oder Wasser erreicht wird (vgl. BT-Drucks. 9/2079, S. 12). Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, etwa weil die vom Vermieter geplante Modernisierung über das hinausgeht, was der Mieter zur Verbesserung der Mietsache unternommen hat, ist im Rahmen der dann grundsätzlich bestehenden Duldungspflicht des Mieters zu prüfen, ob die Duldung der Modernisierungsmaßnahmen – etwa wegen der vom Mieter auf eigene Kosten vorgenommenen Umbau- und Verbesserungsmaßnahmen – eine unzumutbare Härte darstellt.

17 2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich auch nicht aus einem anderen Grund als richtig (§ 561 ZPO).

18 Die Ersetzung einer älteren Gasetagenheizung durch eine moderne Gaszentralheizung wird zwar häufig (jedenfalls) eine – in der Modernisierungsankündigung der Klägerin auch angesprochene – Maßnahme zur Energieeinsparung gemäß § 554 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB sein. Dies kann jedoch nicht losgelöst von den Umständen des Einzelfalls beurteilt werden. Das Berufungsgericht hat – von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig – keine Feststellungen dazu getroffen, ob der in der Revisionserwiderung wiederholte, unter Sachverständigenbeweis gestellte Vortrag der Klägerin zutrifft, die moderne Gaszentralheizung, an die alle Wohnungen des Hauses mit Ausnahme derjenigen der Beklagten angeschlossen seien, sei erheblich energiesparender als die in der Wohnung der Beklagten vorhandene Gasetagenheizung. Diese Feststellungen werden nachzuholen sein.

19 III. Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist, da der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die erforderlichen Feststellungen getroffen werden können (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 20 SchuldRAnpG

Schuldrechtsanpassung; Neue Bundesländer; Erholungsgrundstück; Nutzungsentgelt; Änderung des ortsüblichen Entgelts; Feststellung eindeutigen Betrags; richterliches Schätzungsermessen

a) Eine Anpassung des Nutzungsentgelts kann gemäß § 20 Abs. 3 SchuldRAnpG verlangt werden, wenn sich das ortsübliche Entgelt seit der jeweils letzten Anpassung um mehr als zehn Prozent geändert hat. Gegenüberzustellen sind somit das ortsübliche Entgelt im Zeitpunkt der letzten Entgeltanpassung und das ortsübliche Entgelt, das durch die seitdem bis zum Zeitpunkt des neuen Anpassungsverlangens getroffenen Pachtvereinbarungen (Neuvertragspachten und geänderten Bestandspachten) gebildet wird.

b) Außer Betracht bleiben diejenigen Vertragsabschlüsse, die in dem Dreimonatszeitraum zwischen dem Anpassungsverlangen und dessen Wirksamwerden (§ 20 Abs. 3 Satz 4 SchuldRAnpG) erfolgen.

c) Das ortsübliche Nutzungsentgelt kann nicht in Gestalt einer ortsüblichen Entgeltspanne ermittelt werden, sondern ist vom Tatrichter mit einem eindeutigen Betrag festzustellen.

d) Bei der Ausübung seines Schätzungsermessens ist der Tatrichter nicht an schematische Vorgaben gebunden. Je nach den Umständen des Einzelfalls kann entweder die Bildung eines Durchschnittswerts der Vergleichsentgelte, eine Orientierung an der Häufigkeitsverteilung der Vertragsabschlüsse oder etwa eine Höhergewichtung der zuletzt abgeschlossenen Verträge angebracht sein.

(BGH, Urteil vom 13. 6. 2012 – XII ZR 49/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt eine Erhöhung des Pachtzinses nach dem Schuldrechtsanpassungsgesetz.

2 Mit Vertrag vom 1. Januar 1982 überließ der D. A. der DDR dem Beklagten in der Wochenendsiedlung „B. S." die Parzelle S. 12 zur Bebauung mit einem Wochenendhaus. Die Nutzung war unentgeltlich.

3 Am 12. Mai 1999 trafen die Landeshauptstadt Magdeburg als Verpächterin und der Beklagte als Pächter folgende Vereinbarung:

„Der bestehende Vertrag vom 01. 01. 1982 für … wird fortgesetzt unter Berücksichtigung des Schuldrechtsanpassungsgesetzes (SchuldRÄndG) vom 21. 09. 1994.

Der Pachtzins beträgt rückwirkend ab 01. 01. 1996 lt. eines erstellten Gutachtens über den ortsüblichen Pachtzins 1,20 DM/m².

Nach den vorliegenden und bestätigten Vermessungsunterlagen beträgt der Zins für Parz. 12 für 298 m² × 1,20 DM und somit 357,60 DM/Jahr.

…

Eine zukünftige Anpassung an den Pachtzins bleibt vorbehalten."

4 Mit Zuordnungsbescheid vom 13. Dezember 2000 wurde festgestellt, dass die Klägerin Eigentümerin des Grundstücks geworden ist.

5 Der Gutachterausschuss für Grundstückswerte für den Bereich des Katasteramtes Magdeburg ermittelte zum Wertermittlungsstichtag 19. Juni 2002 ein ortsübliches Nutzungsentgelt von 1,20 €/m². Am 16. Oktober 2002 schrieb das Bundesvermögensamt Magdeburg an den Beklagten:

„… mit Wirkung vom 01. Januar 2003 erhöhe ich das Nutzungsentgelt für die von Ihnen am B. S. genutzte Parzelle 12 auf 1,20 €/m²/Jahr.

Bei einer Parzellengröße von 298 m² ergibt sich ein jährliches Nutzungsentgelt von 1,20 €/m²/Jahr × 298 m² = 357,60 €/Jahr.

Mit der Erhöhung wird das ortsübliche Entgelt nicht überschritten.

…

Der Gutachterausschuss ist bei der Ermittlung des ortsüblichen Entgeltes von einer Verzinsung des Bodenwertes ausgegangen, da ortsübliche Entgelte in vergleichbaren Gemeinden für Grundstücke vergleichbarer Art, Größe, Beschaffenheit und Lage nicht ermittelt werden konnten (§ 3 Abs. 3 Nutzungsentgeltverordnung). Dabei hat der Gutachterausschuss einen Pachtzinssatz von 3,5% p. a. angesetzt. Das Gutachten des Gutachterausschusses kann im Bedarfsfall hier im Hause eingesehen werden.

Ab 01. Januar 2003 ist von Ihnen daher ein Nutzungsentgelt in Höhe von 357,60 €/Jahr zu zahlen."

6 Der Beklagte zahlte für das Jahr 2003 weiterhin 182,84 € (= 357,60 DM).

7 Das Amtsgericht Magdeburg hat die Klage auf Zahlung von 178,80 € abgewiesen. Die zugelassene Berufung, mit der die

Klägerin nach teilweiser Rücknahme noch (357,60 € –182,84 € =) 174,76 € geltend macht, ist zunächst ohne Erfolg geblieben. Auf die vom Landgericht zugelassene Revision der Klägerin hat der Senat das damalige Berufungsurteil aufgehoben und den Rechtsstreit an das Landgericht Magdeburg zurückverwiesen (Senatsurteil vom 19. September 2007 – XII ZR 3/05 – NJW-RR 2008, 499 [= GuT 2007, 384 KL = WuM 2007, 631]). Nach erneuter Verhandlung und Beweisaufnahme über die Ortsüblichkeit des von der Klägerin geltend gemachten Entgelts hat das Landgericht den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 91,32 € nebst Zinsen zu zahlen, und die weitergehende Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Hiergegen richten sich die vom Landgericht erneut zugelassenen Revisionen beider Parteien.

8 **Aus den Gründen:** Hinsichtlich der von der Klägerin beanspruchten Mahnkosten ist die Revision unzulässig, da sie insoweit nicht begründet wurde. Im Übrigen haben beide Revisionen Erfolg und führen zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

9 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Nach § 20 Abs. 3 SchuldRAnpG könne eine Entgeltanpassung verlangt werden, wenn das Nutzungsentgelt die ortsübliche Höhe erreicht habe, das Nutzungsentgelt seit einem Jahr nicht geändert worden sei und das ortsübliche Entgelt sich seitdem um mehr als zehn Prozent verändert habe. Nach den Ausführungen des Sachverständigen liege der durchschnittliche Pachtzins am Nordufer des B. S. bei jährlich 0,76 €/qm, unter Anwendung der Zwei-Drittel-Methode bei jährlich 0,73 €/qm, und damit mehr als zehn Prozent über dem bisherigen ortsüblichen Pachtzins von jährlich 0,61 €/qm.

10 Das Anpassungsverlangen führe jedoch nicht zu der begehrten Zahlungsverpflichtung von jährlich 1,20 €/qm, sondern nur in Höhe von jährlich 0,92 €/qm, weil dieser Betrag der ortsüblichen Pacht zum Zeitpunkt des Wertermittlungsstichtags entspreche. Abzustellen sei auf den Zeitpunkt des Zugangs des Anpassungsverlangens, da die Anpassung sich nur auf eine Erhebung oder Begutachtung stützen könne, die vor diesem Zeitpunkt durchgeführt worden sein müsse. Auf den Fälligkeitszeitpunkt könne nicht abgestellt werden, da sonst beim Bestreiten der Ortsüblichkeit stets eine weitere Erhebung oder Begutachtung auf den Fälligkeitszeitpunkt erforderlich werde, was nicht praktikabel sei. Dass der Sachverständige als Vergleichsobjekte auf die mit der Klägerin weiter bestehenden Pachtverhältnisse zurückgegriffen habe, obgleich auch diese nicht frei verhandelt worden seien und daher keinen marktgerechten Preis widerspiegelten, entspreche dem durch das Schuldrechtsanpassungsgesetz intendierten Schutz und sei nicht zu beanstanden.

11 Von den erhobenen Pachtwerten, die sich in einem Bereich von jährlich 0,61 €/qm bis 1,20 €/qm bewegten, sei wie bei der Erstellung von Mietspiegeln eine Zwei-Drittel-Spanne durch Kappen von jeweils einem Sechstel der Fälle am oberen und unteren Ende der Pachtskala zu bilden. Der Mittelwert der dann von 0,61 €/qm bis 0,92 €/qm reichenden Spanne betrage jährlich 0,73 €/qm. Die Klägerin könne jedoch eine Pachterhöhung nicht nur bis zum Mittelwert, sondern bis zum Höchstwert der Zwei-Drittel-Spanne verlangen, mithin auf jährlich 0,92 €/qm.

12 II. Diese Ausführungen halten der revisionsgerichtlichen Überprüfung nicht stand.

13 Im Ausgangspunkt geht das Berufungsgericht zu Recht davon aus, dass gemäß § 20 Abs. 3 SchuldRAnpG eine Anpassung des Nutzungsentgelts verlangt werden kann, nachdem dieses die ortsübliche Höhe erstmals erreicht hatte, wenn das Nutzungsentgelt seit einem Jahr nicht geändert worden ist und das ortsübliche Entgelt sich seitdem um mehr als zehn Prozent verändert hat. Allerdings sind die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht die Höhe des ortsüblichen Nutzungsentgelts für das vom Beklagten genutzte Pachtgrundstück ermittelt hat, nicht frei von Rechtsfehlern.

14 1. Die Höhe des ortsüblichen Nutzungsentgelts festzustellen ist Aufgabe des Tatrichters, dem für eine Ermittlung des konkreten ortsüblichen Nutzungsentgelts ein Schätzungsermessen (§ 287 ZPO) einzuräumen ist. Das Revisionsgericht ist auf die Prüfung beschränkt, ob die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete auf grundsätzlich falschen oder offenbar unrichtigen Erwägungen beruht, ob wesentliche, die Entscheidung bedingende Tatsachen außer Betracht gelassen worden sind oder ob die Entscheidung auf sonstigen Verfahrensverstößen beruht. Im Rahmen seines Schätzungsermessens muss der Tatrichter alle wesentlichen Gesichtspunkte, die Erfahrungssätze und die Denkgesetze beachtet haben (vgl. Senatsurteil vom 7. Oktober 2009 – XII ZR 175/07 – NJW-RR 2010, 812 [= GuT 2010, 127 KL = WuM 2010, 38] Rn. 17).

15 2. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung auf das eingeholte Gutachten des Sachverständigen A. gestützt. Dabei hat es – dem Gutachter folgend – für die Entscheidung wesentliche Gesichtspunkte unbeachtet gelassen.

16 a) Wie der Senat bereits entschieden hat, ist das ortsübliche Entgelt, bis zu dessen Höhe Nutzungsentgelte nach § 20 Abs. 1 Satz 2 SchuldRAnpG angehoben werden können, in § 3 Abs. 2 NutzEV definiert. Danach sind ortsüblich die Entgelte, die nach dem 2. Oktober 1990 in der Gemeinde oder in vergleichbaren Gemeinden für vergleichbar genutzte Grundstücke vereinbart worden sind (Senatsurteil vom 7. Oktober 2009 – XII ZR 175/07 – NJW-RR 2010, 812 [= WuM 2010, 38] Rn. 20).

17 b) Der Begriff des ortsüblichen Entgelts nach § 20 Abs. 3 SchuldRAnpG stimmt, was den Vergleichsmaßstab der in der Gemeinde oder in vergleichbaren Gemeinden für vergleichbar genutzte Grundstücke vereinbarten Pachten betrifft, mit dem Begriff des ortsüblichen Entgelts nach § 3 Abs. 2 NutzEV im Ansatz überein. Denn die Regelung des § 20 Abs. 3 SchuldRAnpG stellt eine Abänderungsmöglichkeit wegen geänderter Verhältnisse, nämlich eines geänderten ortsüblichen Entgelts dar. Das setzt einen identischen Vergleichs- und Bezugsmaßstab voraus.

18 Unterschiedlich ist allerdings die Zeitspanne, aus der die Vergleichsentgelte herangezogen werden. Für das erstmalige stufenweise Heranführen an das ortsübliche Pachtniveau sind diejenigen Entgelte heranzuziehen, die nach dem 2. Oktober 1990 vereinbart worden sind (§ 3 Abs. 2 NutzEV). Ist das dadurch bestimmte Pachtniveau einmal erreicht, richtet sich die weitere Anpassung nach § 20 Abs. 3 SchuldRAnpG. Nach dieser Regelung muss sich das ortsübliche Entgelt seitdem, also seit der letztmaligen Anpassung des Nutzungsentgelts, um mehr als zehn Prozent verändert haben.

19 Gegenüberzustellen sind somit das ortsübliche Entgelt im Zeitpunkt der letzten Entgeltanpassung und das ortsübliche Entgelt auf der Grundlage der seitdem getroffenen Pachtvereinbarungen. Denn mit dem Maßstab der ortsüblichen Vergleichspacht wird ein repräsentatives Angebot an vergleichstauglichen Objekten vorausgesetzt, bei denen sich das festzustellende ortsübliche Nutzungsentgelt an marktwirtschaftlichen Grundsätzen orientiert. Die dynamische Entwicklung des Marktes führt dabei zu einer Anpassung der für bestehende Nutzungsverhältnisse zu zahlenden Entgelte (vgl. Senatsurteil vom 7. Oktober 2009 – XII ZR 175/07 – NJW-RR 2010, 812 [= WuM aaO] Rn. 32).

20 Den Neuvertragspachten gleichzusetzen sind die während des Betrachtungszeitraums auf der Basis des Schuldrechtsänderungsgesetzes angepassten Bestandspachten.

21 c) Somit kann die Anpassung an ein ortsübliches Entgelt verlangt werden, welches sich aus den Vertragsabschlüssen seit der letzten Anpassung an das seinerzeit ortsübliche Entgelt bis zum Zeitpunkt des neuen Anpassungsverlangens ergibt. Eine dem § 558 Abs. 2 BGB vergleichbare Regelung, wonach die vereinbarten Neuvertragspachten und geänderten Bestandspachten

der letzten vier Jahre oder aus einem anderen Zeitraum als dem seit der letzten Anpassung zu berücksichtigen wären, enthält das Schuldrechtsanpassungsgesetz nicht.

22 Außer Betracht bleiben diejenigen Vertragsabschlüsse, die in dem Dreimonatszeitraum zwischen dem Anpassungsverlangen und dessen Wirksamwerden (§ 20 Abs. 3 Satz 4 SchuldRAnpG) erfolgen. Das folgt bereits aus dem Wortlaut des § 20 Abs. 3 Satz 2 SchuldRAnpG, welcher voraussetzt, dass sich das ortsübliche Entgelt im Zeitpunkt des Anpassungsverlangens bereits verändert hat. Nur die zu dem Zeitpunkt bereits eingetretene Marktentwicklung bildet die Grundlage der durch das Anpassungsverlangen ausgelösten Gestaltungwirkung. Die durch § 20 Abs. 3 Satz 4 SchuldRAnpG bestimmte Dreimonatsfrist bewirkt keine Verlängerung des Betrachtungszeitraums der heranzuziehenden Vergleichsentgelte, sondern nur einen Aufschub des Wirksamwerdens der Anpassung, um dem Nutzer Gelegenheit zu geben, sich auf die Veränderung einzustellen.

23 d) Aus den im Betrachtungszeitraum vereinbarten Vergleichspachten ist das ortsübliche Entgelt als eindeutiger Betrag festzustellen. Nicht ausreichend ist – anders als im Wohnraummietrecht – die Feststellung einer ortsüblichen Entgeltspanne. Das folgt zwingend aus der Regelung des § 20 Abs. 3 SchuldRAnpG, wonach – abweichend vom Wohnraummietrecht – jede Partei bis zum Ablauf der Kündigungsschutzfrist eine Entgeltanpassung verlangen kann. Würde man das ortsübliche Nutzungsentgelt nur als Spanne bestimmen, könnte der Verpächter eine Anpassung im oberen Bereich der Spanne und der Pächter eine Anpassung im unteren Bereich der Spanne verlangen, was sich gegenseitig ausschließt.

24 Dem steht auch nicht das Senatsurteil vom 7. Oktober 2009 (XII ZR 175/07 – NJW-RR 2010, 812 [= WuM 2010, 38] Rn. 17) entgegen, in dem ausgeführt ist, dass dem Tatrichter eine „punktgenaue" Ermittlung des ortsüblichen Entgelts regelmäßig gar nicht möglich sei. Dies bezieht sich auf die regelmäßig fehlende Möglichkeit, ein ortübliches Entgelt mit mathematischer Eindeutigkeit festzustellen, und eröffnet somit dem Tatrichter bei der Feststellung des ortsüblichen Nutzungsentgelts ein Schätzungsermessen (§ 287 ZPO).

25 e) Den vorstehenden Grundsätzen wird das Berufungsurteil nicht gerecht. Das Berufungsgericht hat sich bei der Ermittlung der zum Wertermittlungsstichtag bestehenden Ortsüblichkeit nicht auf die seit der letzten Anpassung vereinbarten Nutzungsentgelte für Vergleichsobjekte beschränkt, sondern die Vergütungen sämtlicher bestehender Nutzungsverhältnisse herangezogen und dabei insbesondere auch diejenigen Entgeltvereinbarungen einbezogen, die vor oder gleichzeitig mit der letzten Anpassung der Pacht des Beklagten auf Basis des § 3 Abs. 2 NutzEV vollzogen wurden. Damit hat es die dynamische Entwicklung des Marktes nur unzureichend nachvollzogen. Um das zum Wertermittlungsstichtag ortsübliche Nutzungsentgelt nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen zu ermitteln, dürfen, wie dargelegt, nur diejenigen Entgelte herangezogen werden, die zeitlich nach der letzten Anpassung bis zum Zeitpunkt des neuen Anpassungsverlangens als Neuvertragspachten oder geänderte Bestandspachten vereinbart wurden.

26 Außerdem hat das Berufungsgericht das ortsübliche Entgelt nicht als eindeutigen Betrag, sondern lediglich als Entgeltspanne festgestellt. Damit fehlt es an der methodisch erforderlichen Eindeutigkeit des Vergleichswertes, auf den beide Parteien sich als einheitlichen Anpassungsmaßstab berufen können müssen.

27 Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden, da das ortsübliche Entgelt anhand des zutreffenden Vergleichsmaterials durch den Tatrichter festzustellen ist.

28 3. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

29 Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen liegen die seit der letzten Anpassung vereinbarten Neuvertragspachten und geänderten Bestandspachten am Nordufer des B. S. im Bereich zwischen jährlich 0,61 €/qm und 1,20 €/qm, wobei die Mehrzahl der zu berücksichtigenden Verträge mit einer Pacht von jährlich 0,92 €/qm abgeschlossen wurde. Aus diesem Vergleichsmaterial, das keine vorab auszuscheidenden Ausreißer enthält (vgl. dazu Senatsurteil vom 7. Oktober 2009 – XII ZR 175/07 – NJW-RR 2010, 812 [= WuM aaO] Rn. 23 f.), ist das ortsübliche Nutzungsentgelt durch tatrichterliche Schätzung als ein Fixbetrag festzustellen.

30 Bei der Ausübung seines Schätzungsermessens ist der Tatrichter an schematische Vorgaben nicht gebunden. Je nach den Umständen des Einzelfalls kann entweder die Bildung eines Durchschnittswerts der Vergleichsentgelte, eine Orientierung an der Häufigkeitsverteilung der Vertragsabschlüsse oder etwa eine Höhergewichtung der zeitlich zuletzt abgeschlossenen Verträge geboten sein.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 558, 558a BGB
Wohnraummiete; Mieterhöhung nach Modernisierung mit Mitteln aus öffentlichen Haushalten; Verständnismöglichkeit des durchschnittlichen Vertragspartners

a) Drittmittel, die von öffentlichen Haushalten für Modernisierungsmaßnahmen gewährt wurden, sind in einem Mieterhöhungsverlangen nur dann anzugeben, wenn sie bei der Berechnung der neuen (erhöhten) Miete anzurechnen sind.

b) Die Anrechnungspflicht von Drittmitteln, die von öffentlichen Haushalten für Modernisierungsmaßnahmen gewährt wurden, endet zwölf Jahre nach der mittleren Bezugsfertigkeit des geförderten Objekts (im Anschluss an BGH, Urteile vom 25. Februar 2004 – VIII ZR 116/03, NJW-RR 2004, 947 [= WuM 2004, 283]; vom 23. Juni 2004 – VIII ZR 283/03, juris).

(BGH, Urteil vom 13. 6. 2012 – VIII ZR 310/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagte ist seit dem 1. April 1995 Mieterin einer Wohnung der Klägerin in Berlin.

2 Hinsichtlich des Hauses, in dem die vermietete Wohnung gelegen ist, schlossen das Land Berlin und die Klägerin Ende des Jahres 1993 einen vom Land Berlin vorformulierten „Förderungsvertrag über die Durchführung von Modernisierungs- und Instandsetzungsmaßnahmen". Die Klägerin verpflichtete sich in diesem Vertrag, dort näher bezeichnete Baumaßnahmen durchzuführen; das Land Berlin verpflichtete sich, diese Maßnahmen durch einen Baukostenzuschuss, Eigenkapitalersatzmittel und Aufwendungszuschüsse zu fördern.

3 In dem Vertrag ist unter anderem folgendes geregelt:

„§ 2 – Grundlagen

Vertragsbestandteile sind folgende, dem Vertrag als Anlagen beiliegende Unterlagen:

1.–5. …

6. Auflistung der wohnungsbezogenen Modernisierungs-Baukostenzuschüsse.

…

§ 7 – Mieten

(1) Der Eigentümer verpflichtet sich, für die Wohnflächen des Objekts im 1. Jahr nach Abschluss der geförderten Baumaßnahmen keine höhere Nettokaltmiete (Kaltmiete ohne Betriebskosten) als folgende zu verlangen (Einstiegsmiete):

– bei Abschluß der Maßnahmen im Jahre 1993: 4,50 DM/qm/monatlich;
– bei Abschluß der Maßnahmen im Jahre 1994: 5,00 DM/qm/monatlich.

Bei Abschluß der Maßnahmen nach dem Jahr 1994 gelten für jedes weitere Kalenderjahr 0,25 DM/qm/monatlich erhöhte Einstiegsmieten.

Betriebskosten (§ 4 MHG) dürfen daneben verlangt werden.

(1a) …

(1b) …

(2) Im Bindungszeitraum der Förderung (§ 10) dürfen für Wohnraum ab dem 2. Jahr nach Abschluss der geförderten Maßnahmen Mieterhöhungen nach §§ 2 und 3 des Gesetzes zur Regelung der Miethöhe (MHG) verlangt werden. Bei Erhöhungsverlangen nach § 2 MHG ist von der ortsüblichen Miete des jeweils gültigen Mietspiegels auszugehen. Mieterhöhungen nach §§ 2 und 3 MHG dürfen einschl. Mieterhöhungen aus Abbau von Aufwendungszuschüssen (§ 4 Abs. 2 Nr. 3) zusammen jährlich höchstens bis 0,20 DM/qm monatlich verlangt werden; ab dem 11. Jahr dürfen höhere Mieterhöhungen als 0,20 DM/qm monatlich verlangt werden, soweit der dann im sozialen Wohnungsbau (1. Weg) maßgebliche Förderungsabbau (der bis 1981 0,17 DM/qm monatlich und derzeit 0,20 DM/qm monatlich beträgt) geändert wird. Höhere Mieterhöhungsbeträge dürfen ab dem 11. Jahr auch verlangt werden, soweit Berlin dies gemäß Absatz (4) in Verbindung mit Nummer 5 Abs. 5 der ModInstRL 90 zuläßt. Freie Mietenvereinbarungen und Staffelmietverträge nach § 10 MHG sowie Erhöhungen nach § 5 MHG sind im Bindungszeitraum ausgeschlossen. Für ein Mieterhöhungsverlangen nach § 2 MHG gelten die gewährten Baukostenzuschüsse (§ 4 Abs. 2 Nr. 1.) im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 2 MHG soweit als Baukostenzuschüsse für Modernisierungsmaßnahmen, wie unter Berücksichtigung der anfänglichen Aufwendungszuschüsse die Mieterhöhungen nach § 3 MHG zu einer Überschreitung der für das 1. Jahr vereinbarten Miete führen würden. Die danach auf die einzelnen Wohnungen entfallenden Modernisierungs-Baukostenzuschüsse sind in der Anlage zu § 2 Nr. 6 aufgelistet. Hinsichtlich der Betriebskosten gilt § 4 MHG.

(3) Bei … neuen Mietverträgen darf im Bindungszeitraum der Förderung (§ 10) der vereinbarte Mietzins nach Absatz (1), dem Erhöhungen nach Absatz (2) hinzugerechnet werden dürfen, nicht überschritten werden. …

…

§ 10 – Geltungsdauer der Verpflichtungen

Die Verpflichtungen nach §§ 7 bis 9 gelten bis zum Ablauf von 20 Jahren nach mängelfreier Schlußabnahme der vereinbarten Baumaßnahmen (§ 1 Abs. 1).

…“

4 Die mängelfreie Schlussabnahme der Baumaßnahmen erfolgte am 16. März 1995.

5 Die Klägerin forderte die Beklagte mit Schreiben vom 26. Oktober 2009 auf, einer Erhöhung der Nettokaltmiete zum 1. Januar 2010 um 30,01 € von 189,42 € auf 219,43 € (= 4,17 €/qm/monatlich) zuzustimmen. Sie bezog sich dabei auf den Berliner Mietspiegel 2009 und erläuterte die Erhöhung im Einzelnen durch Einordnung der Wohnung in das Mietspiegelfeld D2 anhand der nach dem Mietspiegel maßgeblichen Kriterien (Wohnfläche, Altersklasse, Ausstattung und Wohnlage). Weitere Angaben enthält das Schreiben nicht. Die Beklagte stimmte der Mieterhöhung nicht zu. Sie ist der Auffassung, das Mieterhöhungsverlangen entspreche nicht den formellen Anforderungen, da es sich nicht zu den gemäß § 558 Abs. 5 BGB aufzuführenden Kürzungsbeträgen, die sich die Klägerin aufgrund der von dem Land Berlin erhaltenen Fördermittel anrechnen lassen müsse, und den zugrunde liegenden Berechnungspositionen verhalte.

6 Mit ihrer Klage nimmt die Klägerin die Beklagte auf Zustimmung zu der im Schreiben vom 26. Oktober 2009 geforderten Mieterhöhung in Anspruch. Das Amtsgericht hat der Klage zunächst mit im schriftlichen Vorverfahren ergangenem Versäumnisurteil (zugestellt an die Beklagte am 1. Juni 2010) stattgegeben. Nach Einspruch der Beklagten hat das Amtsgericht Berlin-Tempelhof-Kreuzberg das Versäumnisurteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht [LG Berlin – 67 S 568/10] zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Zustimmungsbegehren weiter.

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

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

9 Das Mieterhöhungsverlangen der Klägerin entspreche nicht den Anforderungen der §§ 558, 558a BGB, weil es sich nicht dazu verhalte, inwieweit sich die Klägerin nach § 558 Abs. 5 BGB Kürzungen aufgrund erhaltener Drittmittel gefallen lassen müsse.

10 Gemäß § 558a Abs. 1 BGB sei das Mieterhöhungsverlangen nach § 558 BGB dem Mieter in Textform zu erklären und zu begründen. Habe der Vermieter – wie hier – Drittmittel für die Modernisierung im Sinne des § 559a Abs. 1 BGB erhalten, entspreche ein Mieterhöhungsverlangen nur dann den formellen Anforderungen, wenn der Vermieter die sich hieraus ergebenden Kürzungsbeträge einschließlich der Berechnungsgrundlagen darstelle. Im Streitfall habe sich die Klägerin in § 7 des Förderungsvertrags mit dem Land Berlin verpflichtet, Mieterhöhungen wegen Modernisierungsmaßnahmen nach §§ 2, 3 des Gesetzes zur Regelung der Miethöhe (MHG; jetzt: § 558 Abs. 5, §§ 559 f. BGB) nur in dem vertraglich gestatteten Umfang vorzunehmen. Ob diese Vorgaben, aus denen den Mietern der Klägerin ein unmittelbarer Anspruch gemäß § 328 BGB erwachse, eingehalten worden seien, könne nicht nachvollzogen werden, weil die Klägerin weder im Mieterhöhungsverlangen noch im Prozess mitgeteilt habe, ob sie auch Zuschüsse für die Modernisierung der an die Beklagte vermieteten Wohnung erhalten habe. Dazu hätte zwar die Anlage zu § 2 Nr. 6 des Förderungsvertrags Auskunft geben können; diese habe die Klägerin jedoch auch nach gerichtlicher Aufforderung nicht vorgelegt. Mit der schlichten Angabe, der Modernisierungsanteil für die an die Beklagte vermietete Wohnung habe „gegen Null“ tendiert und sei nicht bezifferbar, habe es die Klägerin nicht bewenden lassen dürfen. Nur wenn die Anlage zu § 2 Nr. 6 des Förderungsvertrags ergeben hätte, dass die in Bezug auf die an die Beklagte vermietete Wohnung gewährten Förderungsmittel ausschließlich Instandsetzungsmaßnahmen betroffen hätten, hätte keine gesetzliche Verpflichtung bestanden, dies als negative Feststellung in das Mieterhöhungsverlangen aufzunehmen.

11 Auch wenn der durch den Förderungsvertrag eröffnete Spielraum für eine Mieterhöhung nach § 558 BGB eingehalten werde und die sich dann ergebende neue Miete in jedem Fall unter dem Betrag liege, der sich ergeben würde, wenn die erhaltenen Drittmittel bei der Berechnung der ortsüblichen Vergleichsmiete abgezogen würden, ändere dies nichts daran, dass die zwingenden formellen Voraussetzungen für ein Mieterhöhungsverlangen nach §§ 558, 558a BGB erfüllt sein müssten, die eine Darstellung der Drittmittel vorschrieben.

12 Entgegen der Auffassung der Klägerin seien Drittmittel auch dann anzugeben, wenn die Modernisierung bereits vor Abschluss des Mietvertrages stattgefunden habe und der das Erhöhungsverlangen beanstandende Mieter damit in eine bereits modernisierte Wohnung eingezogen sei. Denn dem Gesetz könne eine Einschränkung nicht entnommen werden, dass Drittmittel nur dann anzugeben seien, wenn die Modernisierung während eines bestehenden Mietverhältnisses vorgenommen worden sei.

13 Die Notwendigkeit der Angabe von Drittmitteln sei im Streitfall auch nicht deshalb entbehrlich gewesen, weil der Abschluss der geförderten Baumaßnahmen mehr als zwölf Jahre zurückliege. Denn die Klägerin müsse sich an den Regelungen festhalten lassen, denen sie sich gegenüber dem Land Berlin unterworfen habe. Die Klägerin habe sich in § 10 des Fördervertrages verpflichtet, die in § 7 des Vertrages enthaltenen Beschränkungen für Modernisierungsmieterhöhungen für 20 Jahre, beginnend mit der die Mängelfreiheit feststellenden Schluss-

abnahme, einzuhalten. Da die Schlussabnahme im Streitfall am 16. März 1995 erfolgt sei, ende die vertragliche Bindungsfrist erst am 15. März 2015.

14 II. Diese Beurteilung des Berufungsgerichts hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

15 Der Angabe der vom Land Berlin erhaltenen Fördermittel in dem Mieterhöhungsverlangen vom 26. Oktober 2009 bedurfte es nicht, weil diese Mittel zu diesem Zeitpunkt bei der Berechnung der neu verlangten Miete nicht mehr anzurechnen waren.

16 1. Nach der Rechtsprechung des Senats erfordert die Wirksamkeit eines auf Zustimmung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete (§ 558 BGB) gerichteten Mieterhöhungsverlangens nach § 558a BGB, dass der Vermieter Kürzungsbeträge auf Grund der Inanspruchnahme öffentlicher Fördermittel zum Zwecke der Wohnungsmodernisierung einschließlich der zugrundeliegenden Berechnungspositionen in das Mieterhöhungsverlangen aufnimmt. Ohne diese Angaben ist der Mieter nicht in der Lage, die Berechtigung des Mieterhöhungsverlangens zu überprüfen, denn nach § 558 Abs. 5 BGB in Verbindung mit § 559a Abs. 1 BGB sind Kosten für Modernisierungsmaßnahmen, die durch Zuschüsse öffentlicher Haushalte gedeckt werden, bei der Berechnung der erhöhten Miete in Anrechnung zu bringen (Senatsurteil vom 19. Januar 2011 – VIII ZR 87/10, NJW-RR 2011, 446 [= WuM 2011, 110] Rn. 16 mwN). Von dieser Rechtsprechung ist auch das Berufungsgericht zutreffend ausgegangen.

17 2. Von Rechtsfehlern beeinflusst ist hingegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe auch noch mehr als 14 Jahre nach der mängelfreien Schlussabnahme der geförderten Baumaßnahmen in dem an die Beklagte gestellten Mieterhöhungsverlangen vom 26. Oktober 2009 die vom Land Berlin erhaltenen Drittmittel und die sich daraus ergebenden Kürzungsbeträge angeben müssen.

18 Das Begründungserfordernis des § 558a Abs. 1 BGB, insbesondere die sich nach der Rechtsprechung des Senats hieraus ergebende Obliegenheit des Vermieters, für die Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen erhaltene Drittmittel anzugeben, ist kein Selbstzweck. Es dient vielmehr dem berechtigten Informationsbedürfnis des Mieters. Er soll mit den aus dem Mieterhöhungsverlangen ersichtlichen Angaben in die Lage versetzt werden, dessen Berechtigung zu überprüfen. Ausgehend von diesem Zweck, sind erhaltene Drittmittel in dem Mieterhöhungsverlangen nur dann anzugeben, wenn sie bei der Ermittlung der neuen (erhöhten) Miete anzurechnen sind (vgl. Senatsurteil vom 25. Februar 2004 – VIII ZR 116/03, NJW-RR 2004, 947 [= WuM 2004, 283] unter II 2 a).

19 Daran fehlt es im Streitfall. Weder aus dem Gesetz noch aus dem mit dem Land Berlin im Jahr 1993 geschlossenen Förderungsvertrag lässt sich eine noch 14 Jahre nach mängelfreier Schlussabnahme der Baumaßnahmen bestehende Anrechnungspflicht begründen.

20 a) Der Senat hat über die Frage, wann die gesetzlich in § 559a Abs. 1, § 558 Abs. 5 BGB bestimmte Anrechnungspflicht von Drittmitteln, die für Modernisierungsmaßnahmen aus öffentlichen Haushalten gewährt wurden, endet, bisher nicht abschließend entschieden. Er hat jedoch bereits ausgesprochen, dass er es im Hinblick auf die Eigentumsgarantie in Art. 14 GG für geboten hält, die gesetzliche Anrechnungspflicht in verfassungskonformer Auslegung der genannten Vorschriften auf einen bestimmten Zeitraum zu begrenzen (Senatsurteile vom 25. Februar 2004 – VIII ZR 116/03, aaO unter II 2 b; vom 23. Juni 2004 – VIII ZR 283/03, juris Rn. 8 f.) und dass er es für sachgerecht hält, diesen Zeitraum mit zwölf Jahren, beginnend ab der mittleren Bezugsfertigkeit des geförderten Objekts, zu bemessen (Senatsurteil vom 25. Februar 2004 – VIII ZR 116/03, aaO). Daran hält der Senat fest.

21 Eine Anrechnungspflicht kann jedenfalls dann nicht mehr bestehen, wenn die Fördermittel aufgezehrt sind, da der Eigentümer/Vermieter ansonsten auf Dauer gehindert wäre, sein Eigentum wirtschaftlich zu verwerten. Auch würde der Vermieter, der Drittmittel erhalten hat, unbegrenzt schlechter gestellt als der Vermieter, der die Modernisierung aus eigenen Mitteln durchgeführt hat. Schließlich besteht bei einer zeitlich unbegrenzten Anrechnungspflicht die Gefahr, dass der Zweck der Förderung – die Schaffung zeitgemäßen Wohnraums – verfehlt wird, weil der Vermieter in diesem Fall auf eine staatliche Förderung verzichten würde (Senatsurteil vom 25. Februar 2004 – VIII ZR 116/03, aaO unter II 2 a).

22 Bei der Bemessung der maximal zulässigen Anrechnungsfrist ist von § 558 Abs. 5 BGB (früher § 2 Abs. 1 Satz 2 MHG), § 559a Abs. 1 BGB (früher § 3 Abs. 1 Satz 6 MHG) in Verbindung mit § 559 Abs. 1 BGB (früher § 3 Abs. 1 Satz 1 MHG) auszugehen. Danach ist bei verlorenen Zuschüssen die Erhöhung der jährlichen Miete um 11% des auf die jeweilige Wohnung entfallenden Förderbetrags zu kürzen. Der Gesetzgeber hat somit eine Regelung geschaffen, die dazu führt, dass der gewährte Zuschuss nach etwas über neun Jahren durch die verminderte Mieterhöhung aufgezehrt ist. Unter Berücksichtigung einer angemessenen Verzinsung des Zuschussbetrags ergibt sich mithin ein Anrechnungszeitraum von zwölf Jahren (vgl. Senatsurteil vom 25. Februar 2004 – VIII ZR 116/03, aaO unter II 2 b).

23 Für den Streitfall bedeutet dies, dass für die Klägerin jedenfalls 14 Jahre nach mängelfreier Schlussabnahme der geförderten Baumaßnahmen eine gesetzliche Anrechnungspflicht der vom Land Berlin erhaltenen Fördermittel nicht mehr bestand, so dass sich das Mieterhöhungsverlangen der Klägerin vom 26. Oktober 2009 dazu nicht verhalten musste.

24 b) Aus dem mit dem Land Berlin geschlossenen Förderungsvertrag aus dem Jahr 1993 lässt sich eine zeitlich über das Gesetz hinausgehende Anrechnungspflicht nicht herleiten.

25 aa) Wie das Berufungsgericht in der Begründung seiner Zulassungsentscheidung ausgeführt hat, wurden aufgrund gleichlautender Förderungsverträge zahlreiche Wohnungen in Berlin modernisiert. Bei den in Rede stehenden Regelungen des Förderungsvertrags handelt es sich der Sache nach somit um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die der Senat selbst auslegen kann, weil formularmäßig gestaltete Vertragsbedingungen der uneingeschränkten revisionsrechtlichen Nachprüfung unterliegen und weitere tatrichterliche Feststellungen nicht zu erwarten sind (vgl. Senatsurteile vom 21. September 2011 – VIII ZR 184/10, NJW 2011, 3709 Rn. 16; vom 21. Oktober 2009 – VIII ZR 244/08, NJW 2010, 293 [= WuM 2010, 27] Rn. 11; jeweils mwN). Die Auslegung hat dabei nach dem objektiven Inhalt und typischen Sinn der Regelung unter Beachtung der Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zu erfolgen (Senatsurteil vom 24. März 2010 – VIII ZR 122/08, NJW-RR 2010, 1436 Rn. 19). Danach sieht der Förderungsvertrag in zeitlicher Hinsicht keine über das Gesetz hinausgehende Anrechnungspflicht vor.

26 bb) Das Berufungsgericht entnimmt § 7 Abs. 2 Satz 6 Förderungsvertrag die Verpflichtung der Klägerin, sich die gewährten Baukostenzuschüsse – unabhängig von deren tatsächlicher Verwendung – als Baukostenzuschüsse für Modernisierungsmaßnahmen im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 2 MHG (jetzt § 558 Abs. 5 BGB) anrechnen zu lassen, soweit unter Berücksichtigung der anfänglichen Aufwendungszuschüsse die Mieterhöhungen nach § 3 MHG (jetzt § 559a BGB) zu einer Überschreitung der für das 1. Jahr im Förderungsvertrag vereinbarten Einstiegsmiete führen würden. Ausgehend von dieser Vereinbarung seien Zuschüsse zu Modernisierungsmaßnahmen während der in § 10 Förderungsvertrag bestimmten Laufzeit von 20 Jahren bei einer Mieterhöhung anzurechnen und deshalb auch bei einem Mieterhöhungsverlangen innerhalb dieser Zeitspanne anzugeben.

27 cc) Dies trifft nicht zu. Das Berufungsgericht verkennt bei seiner Betrachtung, dass § 10 Förderungsvertrag hinsichtlich der in § 7 Förderungsvertrag enthaltenen Regelungen zur Miethöhe nichts über die zeitliche Dauer der Anrechnungspflicht von Drittmitteln aussagt, sondern lediglich bestimmt, dass „die Ver-

pflichtungen nach §§ 7 bis 9 Förderungsvertrag bis zum Ablauf von 20 Jahren nach mängelfreier Schlussabnahme der vereinbarten Baumaßnahmen“ gelten sollen. Der die zulässige Miethöhe regelnde § 7 des Förderungsvertrags, an den die Klägerin nach § 10 Förderungsvertrag 20 Jahre gebunden ist, verhält sich indes zur Dauer der Anrechnungspflicht nicht. Insbesondere kann auch der Regelung in § 7 Abs. 2 Satz 6, 7 Förderungsvertrag hierzu nichts entnommen werden. Diese Bestimmungen enthalten lediglich Aussagen dazu, welche Fördermittel (§ 7 Abs. 2 Satz 6) in welcher Höhe (§ 7 Abs. 2 Satz 7 i.V.m. der Anlage zu § 2 Nr. 6) für die einzelne Wohnung anzurechnen sind, setzen mithin eine (noch bestehende) gesetzliche Anrechnungspflicht voraus, die für das streitgegenständliche Erhöhungsverlangen – wie dargestellt – nicht mehr gegeben war.

28 III. Nach allem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da keine weiteren tatsächlichen Feststellungen zu treffen sind, hat der Senat in der Sache selbst zu entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Das Zustimmungsverlangen der Klägerin vom 26. Oktober 2009 entspricht den formellen Anforderungen des § 558a BGB. Da dessen materielle Berechtigung zwischen den Parteien nicht im Streit ist, erweist es sich auch als begründet. Auf die Berufung der Klägerin ist das Urteil des Amtsgerichts somit dahin zu ändern, dass das dem Zustimmungsverlangen stattgebende Versäumnisurteil des Amtsgerichts aufrechterhalten wird.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Im Wesentlichen ebenso Parallelverfahren BGH VIII ZR 311/11, Berufungsgericht LG Berlin – 67 S 548/10.

Das in WuM 2012, 382 veröffentlichte Urteil des Berufungsgerichts LG Berlin – 67 S 29/11 in einem weiteren Parallelverfahren ist rechtskräftig; die zugelassene Revision wurde nicht eingelegt.

§§ 543, 569 BGB; § 10 WoBindG; § 11 HmbWoBindG

Wohnungsbaugenossenschaft; Dauernutzungsvertrag; Wohnungsbindung; Kündigung bei Zahlungsrückstand nach Erhöhung der Kostenmiete; Kündigung gegenüber dem InsO-Treuhänder nach Freigabe- und Enthaftungserklärung; Auslegung einer AVB Formularklausel

§ 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB ist auf Anpassungen der Kostenmiete bei preisgebundenem Wohnraum nicht entsprechend anzuwenden.

(BGH, Urteil vom 9. 5. 2012 – VIII ZR 327/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin, eine Wohnungsbaugenossenschaft, überließ der Beklagten als ihrem Mitglied durch Dauernutzungsvertrag vom 4. März 2005 aus ihrem Bestand eine öffentlich geförderte preisgebundene Wohnung in Hamburg. In § 4 des von der Klägerin gestellten Formularvertrages heißt es:

„(1) Das Nutzungsverhältnis wird für unbestimmte Zeit abgeschlossen.

(2) Der Vertrag kann vom Mitglied bis zum dritten Werktag eines Kalendermonats für den Ablauf des übernächsten Kalendermonats schriftlich gekündigt werden. Die fristlose Kündigung richtet sich nach den gesetzlichen Vorschriften.

(3) Das Recht zur Nutzung der Genossenschaftswohnung ist an die Mitgliedschaft bei der Genossenschaft gebunden. Scheidet das Mitglied bei Lebzeiten aus der Genossenschaft aus, so ist die Genossenschaft berechtigt, das Nutzungsverhältnis zum nächstzulässigen Termin unter Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen zu kündigen.

(4) Während des Fortbestehens der Mitgliedschaft wird die Genossenschaft von sich aus das Nutzungsverhältnis grundsätzlich nicht auflösen. Sie kann jedoch in besonderen Ausnahmefällen das Nutzungsverhältnis schriftlich unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen kündigen, wenn wichtige berechtigte Interessen der Genossenschaft eine Beendigung des Nutzungsverhältnisses notwendig machen.“

2 Eine mit „Fristlose Kündigung“ überschriebene Bestimmung in Nr. 8 der in den Dauernutzungsvertrag einbezogenen Allgemeinen Vertragsbestimmungen (AVB) der Klägerin, die bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Möglichkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung vorsieht und als Beispiel für einen solchen wichtigen Grund unter anderem den in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB beschriebenen Zahlungsverzug benennt, ist durchgestrichen.

3 Die monatlich im Voraus fällige Nutzungsgebühr belief sich im Dezember 2008 auf 528,93 € und setzte sich aus einer Grundnutzungsgebühr von 338,93 €, einer Betriebskostenvorauszahlung von 140 € sowie einer Heizkostenvorauszahlung von 50 € zusammen. Mit der für 2007 erteilten Betriebskostenabrechnung vom 13. November 2008, deren Positionen zwischen den Parteien teilweise streitig sind, setzte die Klägerin für die Zeit ab Januar 2009 einen um 30,50 € höheren Vorauszahlungsbetrag fest. Ferner erhöhte sie mit Schreiben vom 10. Juni 2009 die Grundnutzungsgebühr für die Zeit ab Juli 2009 um 9,75 € auf 348,68 €. Die Beklagte zahlte von Januar bis September 2009 lediglich den bisherigen Betrag von 528,93 €, wobei die von ihr für den Monat Juli erst am 11. Juli 2009 veranlasste Zahlung bei der Klägerin am 14. Juli 2009 einging.

4 Über das Vermögen der Beklagten war zwischenzeitlich durch Beschluss des Amtsgerichts Hamburg vom 8. Mai 2009 das Insolvenzverfahren eröffnet und der frühere Beklagte zu 2 zum Treuhänder bestellt worden. Dieser gab unter dem 26. Mai 2009 gegenüber der Klägerin eine Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO ab. Mit Schreiben vom 7. Juli 2009 kündigte die Klägerin, die im März 2009 wegen der nach ihrer Auffassung bestehenden Mietrückstände einen Mahnbescheid gegen die Beklagte erwirkt hatte, gegenüber dem Treuhänder das Dauernutzungsverhältnis wegen Zahlungsverzugs mit der Miete für Juli 2009, Rückständen bei den Betriebskostenvorauszahlungen für die Monate Januar bis Juni 2009 von jeweils 30,50 € sowie eines Mietrückstands für Februar 2008 von 38,46 € fristlos, hilfsweise fristgerecht. Weitere Kündigungen sprach sie gegenüber der Beklagten unter dem 20. Juli 2009, 21. Juli 2009 und 1. Oktober 2009 aus; diese Kündigungen stützte sie auf einen Rückstand mit denjenigen Beträgen, welche für Mai und Juni 2009 in Höhe von 30,50 € monatlich und ab Juli 2009 in Höhe von 40,25 € monatlich hinter der von ihr festgesetzten erhöhten Nutzungsgebühr zurückgeblieben waren.

5 Die gegen die Beklagte gerichtete Klage auf Räumung der Wohnung nebst Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten hatte in den Vorinstanzen [AG Hamburg-Barmbek; LG Hamburg] keinen Erfolg. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

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

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

8 Die Klägerin sei selbst im Falle eines gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a, § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB relevanten Zahlungsverzugs nicht zur Kündigung des Mietverhältnisses berechtigt gewesen. Der Wirksamkeit sämtlicher ausgesprochener Kündigungen stehe § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB entgegen. Diese Bestimmung sei auch bei preisgebundenem Wohnraum entsprechend anwendbar, so dass die Klägerin sich vor einer abschließenden gerichtlichen Klärung, ob die von ihr einseitig vorgenommenen Erhöhungen der Miete und der Nebenkostenvorauszahlungen berechtigt gewesen seien, vor Ablauf der anschließenden Sperrfrist nicht auf den eingetretenen Rückstand berufen könne. Zwar beruhe die Forderung der Klägerin auf erhöhte Nebenkostenvorauszahlungen, die neben der Julimiete überhaupt erst einen relevanten Rückstand hätten herbeiführen können, nicht auf dem in § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB in Bezug genommenen § 560 BGB, sondern wegen der Preisgebundenheit

des Wohnraums auf § 11 des Hamburger Wohnungsbindungsgesetzes. Insoweit liege aber eine planwidrige Regelungslücke vor. Es sei weder ersichtlich noch nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber einen Vermieter preisgebundenen Wohnraums gegenüber einem Vermieter von preisfreiem Wohnraum für diese Fallgestaltung habe privilegieren wollen. Außerdem sei die Interessenlage gleich, da es auch bei preisgebundenem Wohnraum dem Vermieter zumutbar sei, den Streit über die Wirksamkeit der Mieterhöhung gerichtlich klären zu lassen. Andernfalls würde ihm die Möglichkeit eröffnet, einen Mieter durch den Druck einer drohenden Kündigung zur Anerkennung von Mieterhöhungen zu bewegen, die möglicherweise nicht geschuldet seien. Für eine solche Bevorzugung bestehe kein Anlass, zumal dadurch besonders die regelmäßig sozial schwächer gestellten und deshalb eher schutzbedürftigen Mieter preisgebundenen Wohnraums benachteiligt würden.

9 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann die Wirksamkeit der von der Klägerin ausgesprochenen Kündigungen des Dauernutzungsverhältnisses und demgemäß die Berechtigung des von der Klägerin gemäß § 546 Abs. 1 BGB erhobenen Räumungsverlangens nicht verneint werden.

10 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass es sich bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Dauernutzungsvertrag der Sache nach um einen Mietvertrag handelt und deshalb die Frage, ob die Klägerin wegen des nach ihrer Auffassung eingetretenen Mietzahlungsverzugs der Beklagten ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Nutzungsverhältnisses hatte, nach den dafür im Wohnraummietrecht vorgesehenen Kündigungsbestimmungen, insbesondere § 543 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a, § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB, zu beurteilen ist, soweit die Parteien nicht in zulässiger Weise Abweichendes vereinbart haben (vgl. Senatsurteile vom 10. September 2003 – VIII ZR 22/03, WuM 2003, 691 unter II; vom 14. Oktober 2009 – VIII ZR 159/08, WuM 2009, 744 Rn. 9; vom 24. März 2010 – VIII ZR 177/09, BGHZ 185, 114 [= WuM 2010, 296] Rn. 8).

11 Dies greift die Revision ebenso wenig an wie die weitere Annahme des Berufungsgerichts, dass sich bei dem hier gegebenen preisgebundenen Wohnraum eine Erhöhung der Nutzungsgebühr und der Nebenkostenvorauszahlungen nicht nach §§ 558, 560 BGB, sondern nach dem mit § 10 WoBindG übereinstimmenden § 11 des Gesetzes zur Sicherung der Zweckbestimmung von Sozialwohnungen in der Freien und Hansestadt Hamburg (Hamburgisches Wohnungsbindungsgesetz – HmbWoBindG) vom 19. Februar 2008 (HmbGVBl. S. 305) bestimmt. Danach kann der Vermieter dem Mieter gegenüber schriftlich erklären, dass das vom Mieter gezahlte Entgelt und die gezahlten Umlagen um einen bestimmten Betrag bis zur Höhe des zulässigen Entgelts erhöht werden sollen, wenn der Mieter nur zur Entrichtung eines niedrigeren als des nach diesem Gesetz (§§ 8 ff., § 29 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 Buchst. a HmbWoBindG i.V.m. § 4 Abs. 7, 8, § 20 NMV 1970, § 27 II. BV) zulässigen Entgelts verpflichtet ist. Da die Erklärung des Vermieters gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 HmbWoBindG die Wirkung hat, dass von dem Ersten des auf die Erklärung folgenden Monats an das erhöhte Entgelt an die Stelle des bisher zu entrichtenden Entgelts tritt, und das Berufungsgericht keine Feststellungen zur Berechtigung der Erhöhungsverlangen der Klägerin getroffen hat, ist für das Revisionsverfahren davon auszugehen, dass die Beklagte der Klägerin die jeweiligen Erhöhungsbeträge schuldete und bei Ausspruch der Kündigung vom 7. Juli 2009 für die Monate Juni und Juli 2009 mit einem gemäß § 556b Abs. 1 BGB bis zum dritten Werktag eines jeden Monats zu entrichtenden und die Miete für einen Monat übersteigenden Betrag in Verzug geraten war.

12 2. Zu Recht beanstandet die Revision jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin sei an einer wirksamen Kündigung bereits durch § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB gehindert gewesen. Nach dieser Vorschrift kann der Vermieter, wenn der Mieter rechtskräftig zur Zahlung einer erhöhten Miete nach den §§ 558 bis 560 BGB verurteilt worden ist, das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs des Mieters nicht vor Ablauf von zwei Monaten nach rechtskräftiger Verurteilung kündigen, wenn nicht die Voraussetzungen der außerordentlichen fristlosen Kündigung schon wegen der bisher geschuldeten Miete erfüllt sind.

13 a) Ob § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB, der nach seinem Wortlaut nur Mieterhöhungen und Veränderungen von Betriebskosten gemäß §§ 558 bis 560 BGB und damit nur Entgeltveränderungen bei preisfreiem Wohnraum erfasst, auf Anpassungen der Kostenmiete bei preisgebundenem Wohnraum nach Maßgabe von § 10 WoBindG und entsprechender landesrechtlicher Vorschriften – hier § 11 HmbWoBindG – entsprechend anzuwenden ist, ist umstritten.

14 Teilweise wird eine analoge Anwendung des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB wegen Fehlens einer gleichwertigen Regelung im Preisbindungsrecht für geboten erachtet. Denn die Interessenlage bei Mieterhöhungen nach § 10 WoBindG sei nicht anders als bei denjenigen nach §§ 558 ff. BGB. Zudem seien die Mieter von preisgebundenem Wohnraum besonders schutzbedürftig, da sie im Zweifel zu den sozial schwächeren Bevölkerungsschichten zählten und nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Gesetzgeber diese Mieter von dem mit § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB bezweckten Schutz habe ausnehmen wollen (LG Köln, WuM 1995, 593; AG Hamburg-Harburg, ZMR 2011, 558, 559; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. XII 147; jurisPK-BGB/Mössner, 5. Aufl., § 569 Rn. 188).

15 Die Gegenansicht verweist auf den für eindeutig erachteten Wortlaut der Norm, der Mieterhöhungen nach Maßgabe von Rechtsvorschriften außerhalb des BGB gerade nicht erfasse (Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 569 Rn. 46; MünchKommBGB/Häublein, 6. Aufl., § 569 Rn. 35; Bamberger/Roth/Wöstmann, BGB, 2. Aufl., § 569 Rn. 19; AnwK-BGB/Hinz, 2005, § 569 Rn. 53; Franke in Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, Stand Januar 2011, § 569 Anm. 9. 1). Ferner verweist sie darauf, dass der Gesetzgeber in § 10 Abs. 3 Nr. 1 MHG bereits die § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB entsprechende Vorgängerbestimmung des § 9 Abs. 2 MHG ausdrücklich von einer Anwendung auf preisgebundenen Wohnraum ausgenommen habe und auch die Neufassung des Gesetzes nach der Mietrechtsreform nur das private Wohnraummietrecht habe erfassen sollen (Lammel, aaO, § 569 Rn. 46 Fn. 74).

16 b) Mit der zuletzt genannten Auffassung hält der Senat die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB auf preisgebundenen Wohnraum für nicht gegeben. Dazu fehlt es entgegen der Sichtweise des Berufungsgerichts bereits an der erforderlichen Regelungslücke. Abgesehen davon, dass schon der Ausnahmecharakter dieser Vorschrift im Gesamtzusammenhang der Kündigungsbestimmungen für eine restriktive Handhabung der Vorschrift und damit gegen eine Analogiefähigkeit spricht (vgl. Senatsurteil vom 16. Februar 2005 – VIII ZR 6/04, WuM 2005, 250 unter II 2 c), macht die Entstehungsgeschichte der Norm deutlich, dass die vom Berufungsgericht für geboten erachtete Analogie auszuscheiden hat.

17 aa) Eine dem § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB entsprechende Regelung findet sich erstmals in § 3 Abs. 5 des Gesetzes über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum vom 25. November 1971 (BGBl. I S. 1839 – WKSchG), die ursprünglich allerdings nur auf die heute in § 558 BGB geregelte Mieterhöhung bezogen war und die heute in § 560 BGB und damals in § 3 Abs. 6 WKSchG geregelte Betriebskostenerhöhung noch nicht mit erfasst hatte. Durch § 3 Abs. 5 WKSchG wollte der Gesetzgeber sichergestellt wissen, dass wegen derjenigen Erhöhungsbeträge, die während des Klageverfahrens auf Durchsetzung des Zustimmungsanspruchs des Vermieters zur Mieterhöhung gemäß § 3 Abs. 3 WKSchG eventuell aufgelaufen waren, nicht alsbald nach Rechtskraft des Urteils eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs (§ 554 BGB aF) erfolgen konnte. Gleichzeitig war jedoch in § 3 Abs. 7 WKSchG bestimmt worden, dass die Regelungen des § 3 WKSchG nicht für preisgebundenen Wohnraum gelten. Dies ist damit begründet worden,

dass bei preisgebundenem Wohnraum die Obergrenzen für die Miethöhe wie auch die Möglichkeit für die Durchsetzung einer Mieterhöhung besonders geregelt seien, so dass Absatz 7 klarstelle, dass die Absätze 1 bis 6 für Mietverhältnisse über solchen Wohnraum nicht gelten sollten (BT-Drucks. VI/2421, S. 4).

18 bb) Daran hat sich durch den in Art. 3 des Zweiten Gesetzes über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum vom 18. Dezember 1974 (BGBl. I S. 3603) geschaffenen § 9 Abs. 2 des Gesetzes zur Regelung der Miethöhe (Miethöhegesetz – MHG) nichts geändert. Hierdurch ist zwar die bisherige Regelung in § 3 Abs. 7 WKSchG unter anderem auf die den heutigen §§ 559, 560 BGB entsprechenden Regelungen der §§ 3 f. MHG erweitert worden, weil es für notwendig erachtet worden ist, diese Schutzvorschrift für den Mieter etwa auch auf Mieterhöhungen bei Modernisierungen nach § 3 MHG auszudehnen, zumal in diesen Fällen die Mieterhöhung durch die Erklärung des Vermieters automatisch wirksam werde (BT-Drucks. 7/2011, S. 13). Gleichzeitig ist jedoch für preisgebundenen Wohnraum die bisherige Regelung beibehalten und in § 10 Abs. 3 Nr. 1 MHG lediglich dahin angepasst worden, dass die Vorschriften der §§ 1 bis 9 MHG nicht für Mietverhältnisse über preisgebundenen Wohnraum gelten sollten (vgl. BT-Drucks. 7/2011, S. 14). Ein noch weitergehender Regelungsvorschlag des Bundesrates, dem preisgebundenen Wohnraum denjenigen Wohnraum gleichzustellen, für den aufgrund anderer Rechtsvorschriften oder vertraglicher Vereinbarungen höchstens die Kostenmiete nach den für preisgebundenen Neubauwohnraum geltenden Vorschriften gefordert werden darf, ist nicht in das Gesetz übernommen worden (vgl. BT-Drucks. 7/2011, S. 18, 20; ferner bereits BR-Drucks. 391/71 ‹Beschluss›, S. 5).

19 cc) An dieser Rechtslage hat der Gesetzgeber bei Schaffung des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB im Zuge des Gesetzes zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts (Mietrechtsreformgesetz) vom 19. Juni 2001 (BGBl. I S. 1149), durch dessen Art. 10 Nr. 1 zugleich das Miethöhegesetz aufgehoben worden ist, festgehalten. Die nunmehr auf die §§ 558 ff. BGB bezogene Übernahme des § 9 Abs. 2 MHG in § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB hat der Gesetzgeber damit begründet, dass diese Regelung systematisch zu den Regelungsgegenständen des § 569 BGB gehöre und in dieser Bestimmung leichter aufzufinden sei als bei den Regelungen der §§ 558 ff. BGB über die Mieterhöhung (BT-Drucks. 14/4553, S. 64).

20 Gleichzeitig ist in der Gesetzesbegründung zum Verhältnis des privaten Wohnraummietrechts zum öffentlichen Wohnungsrecht klargestellt worden, dass der in dieser Form dann auch umgesetzte Entwurf das private Wohnraummietrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch zusammenfasse. Das betreffe in erster Linie die Vorschriften über die Erhöhung der Miete bei nicht preisgebundenen Wohnungen aus dem Miethöhegesetz; die hierin enthaltenen Vorschriften seien in das BGB eingearbeitet worden. Dagegen sei das öffentliche Wohnungsrecht (Zweites Wohnungsbaugesetz, Wohnungsbindungsgesetz, Neubaumietenverordnung, Zweite Berechnungsverordnung) nicht einbezogen worden. Gleiches gelte für die privatrechtlichen Ergänzungsvorschriften für den öffentlich geförderten Wohnungsbau, da sie nicht in das System des privaten Mietrechts passten und das Bürgerliche Gesetzbuch auch unnötig mit zahlreichen komplizierten Vorschriften überfrachten würden, die nur für einen verhältnismäßig kleinen Teil des Wohnungsbestandes gelten würden und stark an den differenzierten Anforderungen der verschiedenen Arten der Wohnungsbauförderung ausgerichtet seien (BT-Drucks. 14/4553, S. 35).

21 Diese Erwägungen schließen zugleich die Annahme aus, der Gesetzgeber, der bis dahin die Mieter preisgebundenen Wohnraums aufgrund der gesetzlichen Vorschriften zur Kostenmiete nicht für in gleicher Weise schutzbedürftig erachtet hat wie die Mieter preisfreien Wohnraums (vgl. BT-Drucks. 7/2011, S. 20), habe im Zuge der Aufhebung des Miethöhegesetzes den Anwendungsbereich des bisherigen § 9 Abs. 2 MHG bei der Übernahme in § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB über seinen Wortlaut hinaus um den bisher ausdrücklich ausgeschlossenen preisgebundenen Wohnraum erweitern oder sonst die vereinzelt in andere Richtung gehende, dabei jedoch dem eindeutigen Gesetzeswortlaut widersprechende Instanzrechtsprechung billigen wollen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts liegt deshalb bereits keine durch Analogie zu schließende Regelungslücke vor, die es zuließe, den Anwendungsbereich des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB über seinen Wortlaut hinaus auf Miet- und Betriebskostenerhöhungen nach Maßgabe des § 10 WoBindG und entsprechender landesrechtlicher Kostenmietbestimmungen auszudehnen.

22 3. Soweit es die Kündigung vom 7. Juli 2009 anbelangt, bei deren Zugang die Voraussetzungen für einen wichtigen Grund zur außerordentlichen fristlosen Kündigung im Sinne von § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB nach den revisionsrechtlich zu unterstellenden Mietrückständen – anders als bei den späteren Kündigungen – allein gegeben waren, erweist sich das Berufungsurteil auch nicht aus anderen Gründen als richtig.

23 a) Das Berufungsgericht hat es dahinstehen lassen, ob der Auslegung des Amtsgerichts zu folgen sei, nach der § 4 Abs. 4 des Dauernutzungsvertrags auch die Möglichkeiten der Klägerin zur außerordentlichen Kündigung eingeschränkt habe, wofür – so das Berufungsgericht – immerhin spreche, dass es sich bei diesem Vertrag um einen zu Lasten der Klägerin auszulegenden Formularvertrag handele. Einer solchen Auslegung, die ein auf § 543 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a, § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB gestütztes Recht der Klägerin zur Kündigung aus wichtigem Grund ausschließen würde, kann aber entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht gefolgt werden. Diese Auslegung, die der Senat selbst vornehmen kann, weil formularmäßig gestaltete Vertragsbedingungen der uneingeschränkten revisionsrechtlichen Nachprüfung unterliegen und weitere tatrichterliche Feststellungen nicht zu erwarten sind (vgl. Senatsurteile vom 21. Oktober 2009 – VIII ZR 244/08, WuM 2010, 27 Rn. 11; vom 24. März 2010 – VIII ZR 122/08, WPM 2010, 1283 Rn. 19; vom 6. Juli 2011 – VIII ZR 293/10, NJW 2011, 3510 Rn. 11), ergibt vielmehr, dass der von der Klägerin verwendete Formularvertrag die nach § 543 BGB bestehenden gesetzlichen Möglichkeiten der Klägerin zur Kündigung des Dauernutzungsvertrages aus wichtigem Grund nicht einschränkt.

24 aa) Die Vertragsbestimmung in § 4 Abs. 4 des Dauernutzungsvertrages, die sich in inhaltsgleicher Form häufig in den von Wohnungsgenossenschaften verwendeten Vertragsformularen findet (Lützenkirchen, WuM 1994, 5, 9), wird in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum dahin verstanden, dass sie lediglich darauf abzielt, das Recht des Vermieters zur ordentlichen Kündigung nach § 564b BGB aF beziehungsweise § 573 BGB einzuschränken. Danach beschreibe die genannte Vertragsbestimmung im Gegensatz zur gesetzlichen Regelung, nach der zur Wirksamkeit der (ordentlichen) Kündigung bereits ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses im Sinne eines vernünftigen, billigenswerten Erlangungsinteresses von nicht ganz unerheblichem Gewicht genüge, die Unauflöslichkeit des Mietverhältnisses durch ordentliche Kündigung während der Mitgliedschaft des Mieters in der Genossenschaft als Regelfall. Nur in besonderen Ausnahmefällen solle eine solche Kündigung zulässig sein, wenn wichtige berechtigte Interessen der Genossenschaft eine Beendigung notwendig machten. Das habe insbesondere zur Folge, dass die Möglichkeiten des Vermieters, das Mietverhältnis von sich aus aufzulösen, ohne dass eine Vertragsverletzung des Mieters vorliege, erheblich eingeschränkt würden (OLG Karlsruhe, NJW-RR 1986, 89, 90 [= RE WuM 1985, 77]; LG Frankenthal, Urteil vom 27. Juli 2005 – 2 S 119/05, juris Rn. 5; LG Berlin, GE 2012, 65). Allerdings wird die genannte Vertragsbestimmung nicht zugleich dahin verstanden, dass sie auch Kündigungen ausschließt, für die etwa aufgrund eines vertragsverletzenden Verhaltens des Mieters nach den gesetzlichen Voraussetzungen ein wichtiger Grund im Sinne von § 543 BGB besteht; eine hierauf gestützte Kündigung wird von einem auf

berechtigte wichtige Interessen beschränkten Kündigungsrecht vielmehr als mit umfasst angesehen (vgl. OLG Karlsruhe, aaO; LG Frankenthal, aaO; ferner OLG Karlsruhe, NJW 1984, 2584 [= RE WuM 1984, 43]; jurisPK-BGB/Mössner, aaO, § 573 Rn. 20; Palandt/Weidenkaff, BGB, 71. Aufl., § 573 Rn. 40). Dem ist zu folgen.

25 bb) Formularvertragliche Klauseln sind als 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 Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zu Grunde zu legen sind (Senatsurteile vom 24. März 2010 – VIII ZR 122/08, und vom 21. Oktober 2009 – VIII ZR 244/08, jeweils aaO).

26 (1) § 4 Abs. 4 des Dauernutzungsvertrages lässt nach seinem Wortlaut nicht erkennen, dass die Klägerin – dem vorstehend aufgezeigten gängigen Verständnis entsprechend – sich über eine Einschränkung der Voraussetzungen für eine ordentliche Kündigung hinaus auch ihrer gesetzlichen Kündigungsmöglichkeiten aus wichtigem Grund begeben wollte. Das gilt namentlich dann, wenn der Kündigungsgrund – wie hier revisionsrechtlich zu unterstellen ist – in einem nach der gesetzlichen Wertung des § 543 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB als erheblich anzusehenden Mietzahlungsverzug und damit in einer Vertragsverletzung von Gewicht besteht. Auch ein verständiger und redlicher Vertragspartner kann unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise die Formularklausel, wonach die Klägerin das Nutzungsverhältnis nur kündigen kann, wenn wichtige berechtigte Interessen der Genossenschaft eine Beendigung des Nutzungsverhältnisses notwendig machen, billigerweise nicht dahin verstehen, dass die Klägerin sich selbst für diesen Fall ihres gesetzlichen Kündigungsrechts begeben und die Vertragsverletzung insoweit sanktionslos stellen wollte. Dabei ist nicht nur zu berücksichtigen, dass jedenfalls § 543 Abs. 1 BGB ein allgemeines und auch nicht abdingbares Recht beider Vertragsparteien normiert, das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund fristlos zu kündigen (BT-Drucks. 14/4553, S. 43; vgl. ferner BGH, Urteil vom 5. Juni 1992 – LwZR 11/91, BGHZ 118, 351, 355; MünchKommBGB/Bieber, aaO, § 543 Rn. 74; Bamberger/Roth/Ehlert, aaO, § 543 Rn. 61), so dass von einer freiwilligen Einschränkung dieses für ein Dauerschuldverhältnis elementaren Rechts jedenfalls nicht ohne Weiteres ausgegangen werden kann. Zusätzlich ist auch in Rechnung zu stellen, dass ein Verzicht auf Rechte im allgemeinen nicht zu vermuten ist, sofern nicht eindeutige Anhaltspunkte vorliegen, die der Vertragspartner als Aufgabe des Rechts – hier des Kündigungsrechts aus wichtigem Grund gemäß § 543 BGB – verstehen darf (BGH, Urteile vom 25. November 1998 – VIII ZR 259/97, WPM 1999, 868 unter III 2 a; vom 7. Januar 2003 – X ZR 94/00, BGHReport 2003, 646, 647).

27 (2) Solche eindeutigen Anhaltspunkte, die einen Willen der Klägerin erkennen lassen, ohne jeden Vorbehalt ein für allemal auf ihr Kündigungsrecht nach § 543 BGB zu verzichten, liegen aus der Sicht eines verständigen und redlichen Vertragspartners nicht vor. Sie ergeben sich insbesondere auch nicht daraus, dass die mit „Fristlose Kündigung“ überschriebene Bestimmung in Nr. 8 der in den Dauernutzungsvertrag einbezogenen Allgemeinen Vertragsbestimmungen (AVB) der Klägerin gestrichen worden ist. Denn die Klägerin hat in § 4 Abs. 4 des Dauernutzungsvertrages unmissverständlich klargestellt, dass sie sich ungeachtet eines dem Mieter im Vergleich zu üblichen Mietverhältnissen zugebilligten erhöhten Bestandsschutzes jedenfalls für den Fall einer – wie hier – gegebenen schwerwiegenden Vertragsverletzung gerade nicht ihres gesetzliches Kündigungsrechts aus wichtigem Grund begeben wollte.

28 (3) Vor diesem Hintergrund kommt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch eine Anwendung der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten der Klägerin nicht in Betracht. Denn diese Regel ist nicht schon dann anzuwenden, wenn Streit über die Auslegung besteht. Voraussetzung ist vielmehr, dass nach Ausschöpfung der in Betracht kommenden Auslegungsmethoden ein nicht behebbar Zweifel bleibt und mindestens zwei Auslegungsmöglichkeiten rechtlich vertretbar sind (BGH, Urteile vom 6. März 1996 – IV ZR 275/95, NJW-RR 1996, 857 unter 3 a; vom 5. Mai 2010 – III ZR 209/09, BGHZ 185, 310 Rn. 14). Außer Betracht zu bleiben haben dabei allerdings Verständnismöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fern liegend sind und für die an solchen Geschäften typischerweise Beteiligten nicht ernsthaft in Betracht kommen (BGH, Urteile vom 15. November 2007 – III ZR 247/06, WPM 2008, 308 Rn. 28; vom 5. Mai 2010 – III ZR 209/09, aaO). Das ist hier – wie vorstehend ausgeführt – hinsichtlich eines Verzichts der Klägerin auf die Möglichkeit zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 543 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a, § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB der Fall.

29 b) Die Wirksamkeit der Kündigung vom 7. Juli 2009 scheitert auch nicht von vornherein daran, dass sie gegenüber dem Treuhänder und nicht gegenüber der Beklagten ausgesprochen worden ist. Zwar muss eine Kündigung, um wirksam zu sein, gegenüber dem anderen Vertragsteil erklärt werden und ihm zugehen (Staudinger/Rolfs, BGB, Neubearb. 2011, § 542 Rn. 36; Erman/Lützenkirchen, BGB, 13. Aufl., § 542 Rn. 14; jurisPK-BGB/Münch, aaO, § 542 Rn. 9). Der Treuhänder war jedoch am 7. Juli 2009 der richtige Kündigungsadressat.

30 aa) Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Beklagten ist ihr Recht, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen, gemäß § 80 Abs. 1 InsO auf den Insolvenzverwalter, hier gemäß § 313 Abs. 1 Satz 1, § 304 Abs. 1 Satz 1 InsO auf den Treuhänder übergegangen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juli 2003 – IX ZR 333/00, NZI 2003, 666 unter I 2). Dementsprechend hat der Dauernutzungsvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten, der trotz der in § 109 Abs. 1 Satz 2, 3 InsO für Wohnungsmietverhältnisse getroffenen Sonderregelungen nicht vom Massebeschlag ausgenommen war (Pape, NZM 2004, 401, 410; Eckert, NZM 2006, 803, 804 f.; Uhlenbruck/Wegener, Insolvenzordnung, 13. Aufl., § 108 Rn. 30, § 109 Rn. 21; jeweils mwN; aA Marotzke, KTS 1999, 269 ff.), gemäß § 108 Abs. 1 InsO mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortbestanden und ist der Treuhänder mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens anstelle der Beklagten in den vor Verfahrenseröffnung geschlossenen Vertrag eingetreten. Dieser Stellung des Treuhänders entsprechend war die Kündigung der Klägerin an den Treuhänder zu adressieren (vgl. Flatow, NZM 2011, 607, 613; Uhlenbruck/Wegener, aaO, § 109 Rn. 21).

31 bb) Hieran hat bei Ausspruch der Kündigung vom 7. Juli 2009 auch der Umstand nichts geändert, dass der Treuhänder gegenüber der Klägerin zuvor am 26. Mai 2009 eine Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO abgegeben hatte, wonach Ansprüche des Vermieters aus dem Wohnungsmietverhältnis, die nach Ablauf der in Satz 1 genannten, auf das Monatsende bezogenen Frist von drei Monaten fällig werden, nicht im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können. Zwar ist umstritten, ob diese Enthaftungserklärung, die dazu dient, die Enthaftung der Masse für Ansprüche aus dem Mietverhältnis herbeizuführen, der sie durch den in § 108 Abs. 1 InsO angeordneten Fortbestand des Mietverhältnisses ausgesetzt ist (dazu BGH, Urteile vom 19. Juni 2008 – IX ZR 84/07, WPM 2008, 1510 [= WuM 2008, 507] Rn. 22; vom 13. April 2011 – VIII ZR 295/10, WuM 2011, 282 Rn. 15 f.), zur Folge hat, dass der Mietvertrag freigegeben und auf den Schuldner übergeleitet wird und dadurch wieder vollständig dem Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Schuldners unterliegt, der in diesem Fall auch alleiniger Kündigungsadressat wird, oder ob sich die Bedeutung der Erklärung darauf beschränkt, dass die Masse nicht mehr für die später fällig werdenden Verbindlichkeiten haftet, der Treuhänder aber Vertragspartei bleibt und deshalb nur ihm gegenüber wirksam gekündigt werden kann (zum Meinungsstand Flatow, aaO, S. 609 f.; Cymutta, WuM 2008, 582, 584 f. mwN).

32 Es bedarf allerdings keiner Entscheidung, ob die vom Treuhänder abgegebene Enthaftungserklärung, der der Gesetzgeber die Wirkung beilegen wollte, dass dadurch der Mietvertrag nicht beendet, sondern vom Schuldner fortgesetzt wird (BT-Drucks. 14/5680, S. 27), im Ergebnis zu der beschriebenen Freigabewirkung geführt hat. Zwar wird für diesen Fall vereinzelt vertreten, dass bereits nach Abgabe der Enthaftungserklärung eine Kündigung des Vermieters nur noch gegenüber dem Mieter und nicht mehr gegenüber dem Verwalter zu erklären sei (Tintelnot in Kübler/Prütting, Kommentar zur Insolvenzordnung, Stand November 2011, § 109 Rn. 21). Ganz überwiegend wird aber der Eintritt einer Freigabe- oder Enthaftungswirkung erst mit dem – hier bei Abgabe der Kündigungserklärung vom 7. Juli 2009 noch nicht erfolgten – Ablauf der dreimonatigen Kündigungsfrist gemäß § 109 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 InsO angenommen (Uhlenbruck/Wegener, aaO, § 109 Rn. 19; Andres/Leithaus, Insolvenzordnung, 2. Aufl., § 109 Rn. 14; Dahl, NZM 2008, 585, 586; Tetzlaff, NZI 2006, 87, 91; AG Göttingen, NZM 2009, 617 f.).

33 Letztgenannte Auffassung trifft zu. Denn auch der Gesetzgeber wollte, wie zugleich im Wortlaut des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO hinreichend zum Ausdruck gekommen ist, die Wirkung der Enthaftungserklärung erst nach Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist – hier des 31. August 2009 – eintreten lassen (BT-Drucks. 14/5680, aaO). In der Zeit davor war deshalb eine Kündigung des Nutzungsvertrages durch die Klägerin an den Treuhänder zu adressieren.

34 III. Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist, da der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die erforderlichen Feststellungen zu den jeweils bestehenden Zahlungsrückständen der Beklagten und einem sich daraus ergebenden Kündigungsgrund getroffen werden können (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 549 BGB
Raummiete; Studentenwohnheim; Rechtsbegriff; Mieterschutz; Rotationssystem

Zum Begriff des Studentenwohnheims im Sinne des § 549 Abs. 3 BGB.

(BGH, Urteil vom 13. 6. 2012 – VIII ZR 92/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger (ursprünglich O. S., nach dessen Tod seine Erben) nimmt den Beklagten auf Räumung eines möblierten Wohnheimzimmers in Anspruch. Die Parteien streiten darüber, ob es sich dabei um Wohnraum in einem Studentenwohnheim im Sinne des § 549 Abs. 3 BGB handelt und deshalb der soziale Kündigungsschutz (§ 573 BGB) keine Anwendung findet.

2 Das Anwesen des Klägers, in dem der Beklagte seit dem 1. März 2004 ein Zimmer bewohnt, verfügt über 67 Zimmer, von denen mindestens vier nicht an Studenten vermietet sind. Die Baugenehmigung wurde 1972 für ein Studentenwohnheim erteilt. 63 Zimmer wurden aus Landesmitteln zur Förderung von Studentenwohnheimen öffentlich gefördert; die Preisbindung ist inzwischen entfallen. Die vermieteten Zimmer sind etwa 12 qm groß. Küche, Sanitäranlagen und Waschräume sind als Gemeinschaftsräume ausgeführt. Die gegenwärtige monatliche Teilinklusivmiete des Beklagten beträgt 190 €.

3 Die mit den Mietern abgeschlossenen Verträge sind regelmäßig auf ein Jahr befristet und verlängern sich jeweils um ein Semester, wenn nicht drei Monate vor Semesterende eine Kündigung erfolgt. Viele Mieter bleiben nur ein bis zwei Semester in dem Wohnheim des Klägers, einige – wie der Beklagte – auch viele Jahre. Am 27. Dezember 2008 kündigte der Kläger dem Beklagten schriftlich unter Hinweis auf „Hetzereien und Reibereien gegenüber uns und Dritten“ zum 31. März 2009.

4 Das Amtsgericht Heidelberg hat den Beklagten antragsgemäß zur Räumung und Herausgabe verurteilt. Die dagegen gerichtete Berufung des Beklagten ist erfolgreich gewesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

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

6 I. Das Berufungsgericht (LG Heidelberg, WuM 2011, 167) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

7 Dem Kläger stehe mangels wirksamer Kündigung kein Anspruch auf Räumung und Herausgabe des möblierten Zimmers zu. Die Vorschrift des § 573 Abs. 3 Satz 1 BGB, wonach der Vermieter die Gründe für ein berechtigtes Interesse in dem Kündigungsschreiben anzugeben hat, sei vorliegend anwendbar, da die Voraussetzungen des § 549 Abs. 3 BGB zum Vorliegen eines Studentenwohnheims nicht erfüllt seien.

8 Dass sich sein Zimmer in einem als „Studentenwohnheim“ bezeichneten Gebäude befinde, dessen Errichtung als solches öffentlich gefördert gewesen sei und das die typische Aufteilung eines Wohnheims aufweise und überwiegend von Studenten bewohnt werde, genüge nicht, um das Tatbestandsmerkmal des Studentenwohnheims im Sinne des § 549 Abs. 3 BGB zu erfüllen.

9 Es komme vielmehr entscheidend darauf an, ob Wohnraum in einem hierfür bestimmten und geeigneten Gebäude an Studenten auf der Grundlage eines institutionalisierten sozialen Förderkonzepts vermietet werde. Die Wohnungsnot der Studenten solle nach dem Willen des Gesetzgebers gerade dadurch gelindert werden, dass durch einen planmäßigen zügigen Bewohnerwechsel eine möglichst gleichmäßige Versorgung der Studentenschaft mit Wohnheimplätzen verwirklicht werde. Dieses Förderkonzept müsse sich mit hinreichender Deutlichkeit aus Rechtsnormen (z. B. § 2 Abs. 2 Studentenwerksgesetz i. V. m. der jeweiligen Satzung des Studentenwerks), entsprechender Selbstbindung (Stiftungs- oder Vereinssatzung, Gesellschaftsvertrag) oder einer konstanten tatsächlichen Übung ergeben.

10 Hieran fehle es beim Wohnheim des Klägers. Der Ausschluss des Kündigungsschutzes rechtfertige sich gerade aus dem Rotationssystem, das den sozialen Mieterschutz der Bewohner hinter die nicht minder wichtige soziale Gleichbehandlung aller potenziellen Bewohner zurücktreten lasse. Vorliegend fehle es vor allem, möge es auch zu einem häufigen Mieterwechsel kommen, am Rotationsprinzip. Die Rotation müsse nach abstrakt-generellen Kriterien vom Träger gefordert und gehandhabt werden. Dies sei beim Wohnheim des Klägers nicht ersichtlich. Letztlich liege es bei den Studenten, ob sie nur kurzzeitig im Hause des Klägers verblieben oder dort längere Zeit wohnten.

11 II. Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist.

12 Das Berufungsgericht hat die Kündigung vom 27. Dezember 2008 zu Recht für unwirksam gehalten. Denn das Anwesen, in dem sich das an den Beklagten vermietete Zimmer befindet, ist nicht als Studentenwohnheim im Sinne des § 549 Abs. 3 BGB zu qualifizieren; eine Kündigung ist deshalb nur möglich, wenn der Vermieter ein – hier vom Kläger nicht dargelegtes – berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses hat (§ 573 Abs. 1 BGB).

13 1. Gemäß § 549 Abs. 3 BGB gilt die Kündigungsschutzvorschrift des § 573 BGB nicht für Wohnraum in einem Studentenwohnheim. Bei derartigem Wohnraum kann der Vermieter das Mietverhältnis mithin durch eine ordentliche Kündigung beenden, ohne dass es auf ein berechtigtes Interesse (§ 573 Abs. 1 BGB) des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses ankommt.

14 2. Das Gesetz führt nicht näher aus, unter welchen Voraussetzungen ein Wohngebäude als Studentenwohnheim im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist. Überwiegend wird ange-

nommen, dass der Begriff des Studentenwohnheims restriktiv auszulegen ist, weil studentische Mieter im Vergleich zu anderen Mietern nicht weniger schutzbedürftig seien (Sieweke, WuM 2009, 86, 88; vgl. auch Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 10. Aufl., § 549 BGB Rn. 34; Bamberger/Roth/Ehlert, BGB, 2. Aufl., § 549 Rn. 23).

15 a) Uneinigkeit besteht allerdings hinsichtlich der Frage, welche Kriterien zur Einschränkung heranzuziehen sind.

16 Vielfach wird eine Eignung und „Widmung" des Gebäudes als Studentenwohnheim gefordert (LG Konstanz, WuM 1995, 539; AG München, WuM 1992, 133; Bamberger/Roth/Ehlert, aaO; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. XI 385; Weitemeyer in Emmerich/Sonnenschein, Miete, 10. Aufl., § 549 Rn. 26; Schmidt-Futterer/Blank, aaO). Teilweise wird daneben auf einen im Vergleich zur ortsüblichen Miete günstigeren Mietzins abgestellt (LG Konstanz, aaO; AG München, aaO; Sieweke, aaO; Sternel, aaO; Bamberger/Roth/Ehlert, aaO; Erman/Lützenkirchen, BGB, 13. Aufl., § 549 Rn. 8; aA Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl., § 549 Rn. 10).

17 Andere Stimmen gehen davon aus, dass ein Studentenwohnheim jedenfalls nicht vorliegt, wenn der Vermieter mit Gewinnerzielungsabsicht handelt (Schmidt-Futterer/Blank, aaO Rn. 34 f.; Weitemeyer in Emmerich/Sonnenschein, aaO; Palandt/Weidenkaff, BGB, 71. Aufl., § 549 Rn. 20; Feldhahn/Schmid in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 7. Aufl., § 549 Rn. 8; Bamberger/Roth/Ehlert, aaO; Herrlein/Kandelhard/Both, Mietrecht, 3. Aufl., § 550 BGB Rn. 25; vgl. auch OLG Bremen, NJW-RR 1989, 266 [= RE WuM 1989, 122]; AG Freiburg, WuM 1987, 128; AG München, aaO; aA MünchKommBGB/Bieber, 6. Aufl., § 549 Rn. 30; Soergel/Heintzmann, aaO). Teilweise wird zudem oder alternativ darauf abgestellt, ob die Vergabepraxis des Vermieters darauf ausgerichtet ist, eine Vielzahl von Studenten mit Wohnraum zu versorgen (LG Konstanz, aaO; Sternel, aaO; Soergel/Heintzmann, aaO; vgl. auch Erman/Lützenkirchen, aaO; aA MünchKommBGB/Bieber, aaO).

18 b) Der Senat folgt der vom Berufungsgericht vertretenen Auffassung. Aus der Entstehungsgeschichte des § 549 Abs. 3 BGB ergibt sich, dass der Gesetzgeber die Einschränkung im Bereich des sozialen Mieterschutzes nur vor dem Hintergrund des als höher gewichteten Ziels für gerechtfertigt gehalten hat, möglichst vielen Studierenden das Wohnen in einem Studentenwohnheim zu ermöglichen und dabei alle Bewerber gleich zu behandeln; diese Zielrichtung muss sich, wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, in einem entsprechenden Belegungskonzept niederschlagen.

19 aa) Die Vorschrift geht zurück auf die Regelung in § 564b Abs. 7 Nr. 3 BGB aF, die durch das Gesetz zur Erhöhung des Angebots an Mietwohnungen vom 20. Dezember 1982 (BGBl. I S. 1912) eingeführt wurde. Hintergrund der Novellierung war, dass es den Trägern von Studentenwohnheimen nicht mehr lösbare rechtliche Schwierigkeiten bereitete, die Mietverträge mit den Studenten zeitlich zu begrenzen und so eine möglichst große Zahl von Bewerbern in den Genuss eines günstigen Wohnheimplatzes zu bringen (sog. Rotationsprinzip). Die Fluktuation der Belegung wurde jedoch vom Gesetzgeber im Hinblick auf den zu geringen Bestand an Wohnheimplätzen aus Gründen der Gleichbehandlung als notwendig angesehen (BT-Drucks. 9/2079, S. 11).

20 bb) Der vom Gesetzgeber gewollte zügige Bewohnerwechsel bei gleicher Behandlung der Interessenten kann nur erreicht werden, wenn der Vermieter in dem Wohnheim ein Belegungskonzept praktiziert, das an studentischen Belangen ausgerichtet ist und im Interesse der Versorgung vieler Studenten mit Wohnheimplätzen eine Rotation nach abstrakt-generellen Kriterien praktiziert. Die Dauer des Mietverhältnisses muss dazu im Regelfall zeitlich begrenzt sein und darf nicht den Zufälligkeiten der studentischen Lebensplanung oder dem eigenen freien Belieben des Vermieters überlassen bleiben. § 549 Abs. 3 BGB dient nicht dazu, dem Vermieter eine im Einzelfall gewollte Vertragsbeendigung mit ihm nicht genehmen Mietern zu ermöglichen. Die für Studentenheime vorgesehene Ausnahme vom sozialen Kündigungsschutz dient allein dem sozialen Zweck, eine Fluktuation zu ermöglichen und den frei werdenden Wohnraum wiederum anderen Studenten unter Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zur Verfügung zu stellen.

21 Das der Rotation zugrundeliegende, die Gleichbehandlung aller Bewerber wahrende Konzept des Vermieters muss sich dabei – worauf das Berufungsgericht ebenfalls zu Recht abstellt – mit hinreichender Deutlichkeit aus Rechtsnormen, entsprechender Selbstbindung oder jedenfalls einer konstanten tatsächlichen Übung ergeben.

22 cc) Die Höhe der Miete allein ist hingegen – anders als die Revision meint – kein hinreichendes Kriterium, auch wenn Zimmer in Studentenwohnheimen in der Regel deutlich günstiger sind als vergleichbarer anderweitiger Wohnraum (vgl. Martinek, NZM 2004, 6, 10). Abgesehen davon, dass die Frage, ob Wohnraum „preiswert" ist oder nicht, schwer zu beurteilen ist, kann allein mittels einer günstigen Miete die vom Gesetzgeber gewollte Fluktuation nicht erreicht werden. Vielmehr verhält es sich so, dass bei einer besonders günstigen Miete die Studenten möglichst lange in dem Wohnheim verbleiben werden und so andere Interessenten gerade keine Möglichkeit haben, in den Genuss eines Wohnheimplatzes zu kommen. Umgekehrt steht nicht jeder erzielte Gewinn der Einstufung eines Anwesens als Studentenwohnheim entgegen, sofern der Vermieter dennoch ein Konzept praktiziert, bei dem durch einen planmäßigen zügigen Bewohnerwechsel eine möglichst gleichmäßige Versorgung der Studentenschaft mit Wohnraumplätzen verwirklicht wird.

23 4. Gemessen an den vorgenannten Voraussetzungen handelt es sich bei dem klägerischen Anwesen nicht um ein Studentenwohnheim im Sinne des § 549 Abs. 3 BGB. Denn es ist nicht ersichtlich, dass in dem vom Kläger betriebenen Wohnheim ein abstrakt-generellen Kriterien folgendes soziales Rotationssystem praktiziert worden wäre. Die in den Mietverträgen enthaltene Befristung auf ein Jahr mit Verlängerungsoption für jeweils ein weiteres Semester stellt entgegen der Auffassung der Revision noch kein „soziales Rotationssystem" dar. Denn es ist nicht ersichtlich, dass die vertragliche Verlängerungsoption vom Kläger zumindest im Rahmen einer beständigen Praxis nach einem bestimmten, auf die gleichmäßige Berücksichtigung aller Studenten gerichteten Fluktuationsmodus ausgeübt worden wäre.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 259, 535, 556 BGB; § 552a ZPO
Raummiete; gemischt genutztes Gebäude; Betriebskostenabschlag für Wohnraum; Abrechnungseinheit; Vorwegabzug für Gewerbeeinheiten

a) Zu den nach ständiger Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats in die Betriebskostenabrechnung bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten regelmäßig aufzunehmenden Mindestangaben gehören Informationen, aus welchen Gebäuden die der Abrechnung zugrunde gelegte Abrechnungseinheit besteht, nicht.

b) Werden die Wasserkosten nach dem durch Zähler festgestellten Verbrauch der Wohneinheiten und der Gewerbeeinheiten abgerechnet, ist für einen Vorwegabzug kein Raum.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 14. 2. 2012 – VIII ZR 207/11)

1 **Aus den Gründen:** 1. Ein Grund für die Zulassung der Revision besteht nicht. Die vom Berufungsgericht [LG Itzehoe] als Zulassungsgrund genannte Rechtsfrage ist nicht grundsätzlicher Natur, sondern lässt sich anhand der – vom Berufungsgericht auch zutreffend angewendeten – Rechtsprechung des Senats ohne weiteres beantworten.

2 2. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg. Der Klägerin stehen die geltend gemachten Nachforderungen aus den Heiz- und Betriebskostenabrechnungen für die Zeiträume 2003/2004 bis 2006/2007 zu.

3 a) Entgegen der Auffassung der Revision sind die Abrechnungen nicht wegen unzureichender Angaben zur Zusammensetzung der Abrechnungseinheit aus formellen Gründen unwirksam. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist eine Betriebskostenabrechnung formell ordnungsgemäß, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht, also eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthält. Soweit keine besonderen Abreden getroffen sind, sind in die Abrechnung bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten regelmäßig folgende Mindestangaben aufzunehmen: eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und – soweit zum Verständnis erforderlich – die Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug der Vorauszahlungen des Mieters (Senatsurteile vom 11. August 2010 – VIII ZR 45/10, NJW 2010, 3363 [=WuM 2010, 627 = GuT 2010, 371 KL] Rn. 10; vom 19. November 2008 – VIII ZR 295/07, NZM 2009, 78 [=WuM 2009, 42] Rn. 21; vom 28. Mai 2008 – VIII ZR 261/07, NJW 2008, 2260 [=WuM 2008, 407 = GuT 2008, 371 KL] Rn. 10; vom 9. April 2008 – VIII ZR 84/07, NJW 2008, 2258 [=WuM 2008, 351] Rn. 15; st. Rspr.). Zu diesen Mindestanforderungen gehören Informationen, aus welchen Gebäuden die der Abrechnung zugrunde gelegte Abrechnungseinheit besteht, nicht. Auch ohne diese zusätzlichen Informationen kann der Mieter anhand der aus der Abrechnung ersichtlichen Gesamtkosten, der angesetzten Gesamtfläche sowie der in die Abrechnung eingestellten eigenen Wohnfläche gedanklich und rechnerisch nachvollziehen, wie der ihm in Rechnung gestellte Kostenanteil ermittelt worden ist. Der von der Revision herangezogenen Senatsentscheidung vom 8. Dezember 2010 (VIII ZR 27/10, NJW 2011, 1867 [=WuM 2011, 101]) lag demgegenüber eine Abrechnung zugrunde, die – anders als die hier streitigen Abrechnungen der Klägerin – den verwendeten Umlageschlüssel nicht erkennen ließ und deshalb nicht den an eine Betriebskostenabrechnung in formeller Hinsicht zu stellenden Mindestanforderungen entsprach.

4 b) Entgegen der Auffassung der Revision sind die Abrechnungen der Klägerin auch nicht wegen eines unterbliebenen Vorwegabzugs für die Gewerbeeinheiten materiell unrichtig. Es kann dahinstehen, ob die von der Revision angeführten Gewerbeeinheiten (Friseur, Gaststätte, Atelier) pro Quadratmeter Fläche deutlich mehr Wasser verbrauchen als die Wohneinheiten. Denn die Klägerin rechnet die Wasserkosten nach dem durch Zähler festgestellten Verbrauch ab, so dass ein etwaiger höherer Verbrauch der Gewerbeeinheiten bereits auf diese Weise berücksichtigt wird und für einen Vorwegabzug kein Raum ist.

5 3. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Gerichts: Das Revisionsverfahren ist durch Zurückweisungsbeschluss erledigt worden.

§ 560 BGB
Wohnraummiete; Anpassung der Betriebskostenvorauszahlung

Die Anpassung von Vorauszahlungen setzt eine formell und inhaltlich korrekte Abrechnung voraus (Änderung der bisherigen Senatsrechtsprechung, zuletzt Senatsurteil vom 16. Juni 2010 – VIII ZR 258/09, NZM 2010, 736 [=WuM 2010, 490] Rn. 26).

(BGH, Urteil vom 15. 5. 2012 – VIII ZR 246/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Beklagte ist seit 1993 Mieter einer 85,68 qm großen Wohnung in E. Der Kläger ist durch Erwerb des Anwesens in den Mietvertrag eingetreten.

2 Die Grundmiete beträgt seit 2005 192,93 €. Daneben haben die Parteien Vorauszahlungen auf die Betriebskosten vereinbart, die bis Juli 2005 40 € monatlich betrugen. Jeweils im Anschluss an die Abrechnung von Betriebskosten erhöhte der Kläger die Vorauszahlungen ab August 2005 auf 70 €, ab Januar 2008 auf 80 € sowie ab Juni 2008 auf 90 €; mit der Abrechnung für 2008 passte er sie ab 1. Januar 2010 auf wiederum 70 € monatlich an. Der Beklagte entrichtete durchgehend nur die ursprünglichen Vorauszahlungen von monatlich 40 € und erhob jeweils konkrete Einwendungen gegen die Abrechnungen. Bezüglich der nach Wohnfläche abzurechnenden Kosten für Wasser und Abwasser fehle es schon an einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung, weil ein Teil der Gesamtkosten als „Festbetrag“ in Rechnung gestellt worden sei, ohne einen Umlageschlüssel zu benennen. Hausmeisterkosten seien nicht umlagefähig, weil die Mieter die Reinigung von Treppenhaus und Hof sowie die Pflege der Parkflächen entsprechend der mietvertraglichen Regelung selbst vornähmen und nicht ersichtlich sei, dass der Hausmeister überhaupt umlagefähige Arbeiten ausführe.

3 Die Nachforderung des Klägers aus der Betriebskostenabrechnung für 2005 wurde in einem Vorprozess mit Urteil vom 19. Januar 2010 (rechtskräftig) mit der Begründung abgewiesen, die Wasserkosten seien mit einem unzulässigen „Festbetrag“ berechnet und der Kläger habe im Übrigen nicht dargelegt, wofür die angesetzten Hausmeisterkosten angefallen seien; bei Streichung dieser Kostenpositionen ergebe sich keine Nachforderung des Klägers.

4 Die Hausverwaltung des Klägers kündigte das Mietverhältnis mit Schreiben vom 11. November 2009 wegen eines behaupteten Zahlungsrückstands für den Zeitraum Januar bis November 2009 in Höhe 2881,72 € fristlos, hilfsweise fristgemäß. Mit Schreiben vom 26. März 2010 wiederholte der Kläger die Kündigung, wobei er sich auf Rückstände in Höhe von (nur noch) insgesamt 1040 € für den Zeitraum Juni 2008 bis März 2010 berief. Außerdem stützte der Kläger die Kündigung vom 26. März 2010 darauf, dass der Beklagte in der Zeit von 2006 bis 2008 die erhöhten Vorauszahlungen nicht entrichtet habe.

5 Das Amtsgericht Hoyerswerda hat die Räumungsklage abgewiesen, das Landgericht Bautzen hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

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

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

8 Das Mietverhältnis zwischen den Parteien bestehe fort, weil der Kläger zur fristlosen oder fristgerechten Kündigung nicht berechtigt gewesen sei. Der Wirksamkeit der Kündigung wegen nicht gezahlter Erhöhungsbeträge stehe bereits die Kündigungssperre des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB entgegen, weil der Vermieter danach wegen derartiger Rückstände erst dann kündigen könne, wenn er den Mieter deswegen auf Zahlung verklagt habe und seit der rechtskräftigen Verurteilung zwei Monate abgelaufen seien.

9 Die Kündigung vom 11. November 2009 sei lediglich auf die bis zu diesem Zeitpunkt im Jahr 2009 aufgelaufenen Rückstände gestützt. Die vom Kläger beanspruchten erhöhten Vorauszahlungen hätten ihm jedoch nicht zugestanden. Hinsichtlich der Kosten für Wasser und Abwasser seien die Abrechnungen des Klägers bereits aus formellen Gründen unwirksam. Hinsichtlich der Hausmeisterkosten seien die Abrechnungen inhaltlich unrichtig, weil der Kläger trotz eines entsprechenden gerichtlichen Hinweises nichts dazu vorgetragen habe, welche umlagefähigen Arbeiten der Hausmeister überhaupt ausgeführt habe. § 560 Abs. 4 BGB erlaube dem Vermieter nur eine An-

passung der Vorauszahlungen auf eine angemessene Höhe. Dies verbiete es, eine Abrechnung mit groben inhaltlichen Fehlern zugrunde zu legen, die den Abrechnungssaldo deutlich zu Lasten des Mieters verschieben würden. Bei Abzug der Hausmeisterkosten und Korrektur der Wasserkosten verbleibe in den Abrechnungen für 2007 und 2008 kein Saldo zum Nachteil der Beklagten, so dass für eine Anpassung der Vorauszahlungen auch kein Raum gewesen sei.

10 Auch die Kündigung vom 26. März 2010 sei unwirksam. Soweit sich der Kläger darin auf rückständige Vorauszahlungen aus den Jahren 2006 bis 2008 berufen habe, fehle es schon deshalb an einem Verzug im Zeitpunkt der Kündigung, weil der Anspruch auf Vorauszahlungen mit dem Eintritt der Abrechnungsreife erloschen sei. Zwar könne eine ordentliche Kündigung auch auf in der Vergangenheit liegende abgeschlossene Vertragsverletzungen wie verspätete Mietzahlungen gestützt werden. Eine Vertragsverletzung in Form nicht rechtzeitig entrichteter Vorauszahlungen liege indes nicht vor, denn auch die vom Kläger mit den Abrechnungen für 2005 und 2006 vorgenommenen Anpassungen seien wegen der inhaltlichen Fehler bei den Kosten für Wasser und Hausmeister unwirksam.

11 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung jedenfalls insoweit stand, als das Berufungsgericht eine Verpflichtung der Beklagten zur Leistung erhöhter Betriebskostenvorauszahlungen verneint hat. Die Revision ist daher zurückzuweisen. Dem Kläger steht ein Anspruch auf Räumung der vom Beklagten gemieteten Wohnung nicht zu, weil die Kündigungen vom 11. November 2009 und vom 26. März 2010 mangels Pflichtverletzung des Beklagten das Mietverhältnis der Parteien nicht beendet haben. Der Beklagte war nicht verpflichtet, die vom Kläger verlangten erhöhten Betriebskostenvorauszahlungen zu entrichten. Die vom Kläger vorgenommenen Erhöhungen sind von vornherein unwirksam, soweit sie auf Positionen (Frisch- und Abwasser) gestützt sind, die schon wegen formeller Mängel nicht ordnungsgemäß abgerechnet worden sind.

12 Im Übrigen ist dem Berufungsgericht auch darin beizupflichten, dass der Vermieter auch nach einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung zur Erhöhung von Vorauszahlungen insoweit nicht berechtigt ist, als die zugrunde gelegte Abrechnung inhaltliche Fehler aufweist, die das Abrechnungsergebnis zu Lasten des Mieters verschieben und bei deren Korrektur sich ergibt, dass die bisherigen Vorauszahlungen weiterhin angemessen sind.

13 1. Gemäß § 560 Abs. 4 BGB kann jede Partei nach einer Abrechnung der Betriebskosten durch Erklärung in Textform eine Anpassung der Vorauszahlungen auf eine angemessene Höhe vornehmen. Hierfür genügte nach der (bisherigen) Rechtsprechung des Senats allerdings eine formell ordnungsgemäße Abrechnung; auf die inhaltliche Richtigkeit kam es nicht an (Senatsurteile vom 28. November 2007 – VIII ZR 145/07, NZM 2008, 121 [= WuM 2008, 31] Rn. 15, 18; vom 25. November 2009 – VIII ZR 322/08, NZM 2010, 315 [= WuM 2010, 156] Rn. 16 sowie vom 16. Juni 2010 – VIII ZR 258/09, NZM 2010, 736 [= WuM 2010, 490] Rn. 26). Hieran hält der Senat nicht fest.

14 Die bisherige Rechtsprechung des Senats beruhte auf der Überlegung, dass über die Anpassung der Vorauszahlungen alsbald nach einer Abrechnung Klarheit herrschen sollte und deshalb möglicherweise aufwendige Streitigkeiten über die Richtigkeit der Abrechnung nicht in diesem Rahmen ausgetragen werden sollten, zumal es lediglich um vorläufige Zahlungen geht, über die im Rahmen der späteren Jahresrechnung ohnehin noch Rechenschaft abzulegen ist.

15 Allerdings wird bei dieser Sichtweise der mit der Anpassung der Vorauszahlungen verfolgte Zweck nicht hinreichend berücksichtigt. Durch die Anpassung soll eine möglichst realistische Bemessung der Vorauszahlungen erreicht werden, so dass bei der späteren Abrechnung weder ein großes Guthaben des Mieters noch eine hohe Nachforderung des Vermieters entstehen. Aus diesem Grund dürfen nach der Rechtsprechung des Senats bereits absehbare Kostensteigerungen bei der Anpassung berücksichtigt werden, während ein abstrakter Sicherheitszuschlag nicht zulässig ist (Senatsurteil vom 28. September 2011 – VIII ZR 294/10, NZM 2011, 880 [= WuM 2011, 686] Rn. 25). Blieben inhaltliche Fehler, die das Abrechnungsergebnis zu Lasten des Mieters verändern, bei der Anpassung unberücksichtigt, hätte das zur Folge, dass die Vorauszahlungen nicht mehr – wie geboten – ausschließlich anhand des voraussichtlichen Abrechnungsergebnisses für die nächste Abrechnungsperiode bemessen würden. Vielmehr eröffnete eine solche Verfahrensweise dem Vermieter die Möglichkeit, aufgrund einer fehlerhaften Abrechnung Vorauszahlungen in einer Höhe zu erheben, die ihm bei korrekter Abrechnung nicht zustünden.

16 Hinzu kommt, dass der Vermieter zur Erstellung einer korrekten Abrechnung verpflichtet ist und es nicht hingenommen werden kann, dass eine Vertragspartei aus der Verletzung eigener Vertragspflichten Vorteile zieht. Dies wäre aber der Fall, wenn der Vermieter die Anpassung jeweils auf der Basis der letzten Abrechnung auch dann vornehmen dürfte, wenn inhaltliche Fehler das Abrechnungsergebnis zum Nachteil des Mieters verschieben. Besonders gravierende Konsequenzen für den Mieter könnten sich ergeben, wenn sich aus den Erhöhungen der Vorauszahlungen ein kündigungsrelevanter Mietrückstand aufbaut. In letzter Konsequenz könnte dies bedeuten, dass der Vermieter das Mietverhältnis wegen Mietrückständen beenden könnte, zu denen es überhaupt nur kommen konnte, weil er selbst eine fehlerhafte Abrechnung erstellt hatte, die den Mieter unberechtigt mit zu hohen Betriebskosten belastete. Ein solches Ergebnis wäre mit dem durch Artikel 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Besitzrecht des Mieters an der von ihm gemieteten Wohnung als dem Mittelpunkt seiner privaten Existenz (vgl. BVerfGE 89, 1, 5 ff. [= WuM 1993, 377]; BVerfG NJW 2000, 2658, 2659 [= WuM 2000, 298] sowie NZM 2004, 186 [= WuM 2004, 80]) nicht vereinbar. Eine Anpassung der Vorauszahlungen gemäß § 560 Abs. 4 BGB ist daher nur insoweit wirksam, als sie auf einer auch inhaltlich korrekten Abrechnung beruht; an der bisherigen gegenteiligen Auffassung hält der Senat, wie bereits ausgeführt, nicht fest. Die damit verbundene Konsequenz, dass der Streit über die inhaltliche Richtigkeit einer Abrechnung auch in einem Rechtsstreit über eine Klage auf Zahlung erhöhter Vorauszahlungen oder eine auf Nichtzahlung derartiger Beträge gestützte Räumungsklage geklärt werden muss und diesen gegebenenfalls verlängert, ist hinzunehmen.

17 2. Im vorliegenden Fall waren die Abrechnungen des Klägers für die Jahre 2005 bis 2008 nach den insoweit von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts bezüglich einzelner Positionen (Hausmeister) unrichtig und verblieb nach Korrektur dieser Fehler jeweils kein Saldo zum Nachteil des Beklagten. Eine Erhöhung der Vorauszahlungen wäre daher nur insoweit möglich gewesen, als dies durch bereits absehbare Kostensteigerungen geboten war. Dies wird vom Kläger nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich.

18 3. Die weitere vom Berufungsgericht erörterte Frage, ob der Wirksamkeit der vom Kläger erklärten Kündigungen außerdem die Vorschrift des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB entgegensteht, bedarf deshalb keiner Entscheidung.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Im Ergebnis ebenso BGH, Urteil vom 15. 5. 2012 – VIII ZR 245/11.

Einbanddecke GuT-Jahrgänge 2010-2011

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

Sonderpreise für GuT-Einbanddecken und zurückliegende Jahrgänge auf Anfrage.

Lieferung solange vorrätig. info@prewest.de

§ 573 BGB
Wohnraummiete; ordentliche Kündigung des Vermieters; berechtigtes Interesse der Kirche als Vermieter; Raumbedarf zur Erfüllung eigener Zwecke; berechtigtes Interesse juristischer Personen des öffentlichen Rechts

a) Der generalklauselartige Kündigungstatbestand in § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB ist gleichgewichtig mit den in § 573 Abs. 2 BGB genannten Kündigungsgründen (im Anschluss an BVerfG, NJW 1992, 105, 106 [= WuM 1991, 661] zu § 564a BGB aF; BGH, Urteile vom 23. Mai 2007 – VIII ZR 122/06, NJW-RR 2007, 1460 Rn. 13 [= GuT 2007, 315 KL = WuM 2007, 457] und VIII ZR 113/06, WuM 2007, 459 Rn. 13).

b) § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB verwehrt es dem Vermieter nicht, auch Umstände aus dem Interessenbereich dritter Personen insoweit zu berücksichtigen, als sich aus ihnen aufgrund eines familiären, wirtschaftlichen oder rechtlichen Zusammenhangs auch ein eigenes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses ergibt.

c) Auch bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts kann ein dem Kündigungsgrund des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB „artverwandtes" Interesse vorhanden sein.

(BGH, Urteil vom 9. 5. 2012 – VIII ZR 238/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Beklagte hatte vom ursprünglichen Kläger, dem Gesamtverband der Evangelischen Kirchengemeinden in Düsseldorf, im Jahr 1999 eine in einem Mehrfamilienhaus gelegene Zwei-Zimmer-Wohnung in Düsseldorf angemietet. Im Verlauf des Rechtsstreits ist der Gesamtverband mit Wirkung zum 31. Mai 2010 aufgehoben worden; an dessen Stelle ist der nunmehrige Kläger, der Evangelische Kirchenkreis Düsseldorf, getreten.

2 Mit Schreiben vom 23. Januar 2009 kündigte der Rechtsvorgänger des Klägers das Mietverhältnis ordentlich. Dabei machte er geltend, das gesamte Anwesen, einschließlich der vom Beklagten genutzten Wohnung, für die Unterbringung der von der Diakonie in Düsseldorf e.V. betriebenen Beratungsstelle für Erziehungs-, Ehe- und Lebensfragen zu benötigen. Der Beklagte hat das Vorliegen eines berechtigten Interesses im Sinne des § 573 Abs. 1 BGB bestritten.

3 Das Amtsgericht Düsseldorf hat der Räumungsklage des Rechtsvorgängers des Klägers stattgegeben. Das Landgericht Düsseldorf hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Klagabweisungsbegehren weiter.

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

5 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, ausgeführt:

6 Das Kündigungsschreiben vom 23. Januar 2009 genüge den formellen Anforderungen des § 573 Abs. 3 BGB. Die Kündigung sei auch berechtigt. Denn der Kläger benötige den Wohnraum zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben und habe daher ein berechtigtes Interesse (§ 573 Abs. 1 BGB) an der Beendigung des Mietverhältnisses. Beim Kläger handele es sich um eine öffentlich-rechtliche Körperschaft, zu deren Aufgaben die Durchsetzung der mit der Kündigung verfolgten Ziele gehöre. Die vom Kläger beabsichtigte Nutzung der Räumlichkeiten für eine Beratungsstelle für Erziehungs-, Ehe- und Lebensfragen in der Altstadt überwiege das Interesse des Beklagten am Fortbestand des Mietverhältnisses. Es sei gerichtsbekannt, dass in diesem Stadtteil wegen der zum Teil problematischen Sozialstruktur Bedarf für ein entsprechendes Beratungszentrum bestehe.

7 Dem berechtigten Interesse des Klägers an der Beendigung des Mietverhältnisses stehe auch nicht entgegen, dass er die geplante Beratungsstelle nicht selbst unterhalten werde, sondern das Gebäude der Diakonie Düsseldorf e.V. zum Betrieb der Beratungsstelle überlassen wolle. Die Diakonie Düsseldorf e.V. sei nämlich in die Evangelische Kirche im Rheinland eingegliedert, zu der auch der Kläger als Dachverband der 24 Kirchengemeinden Düsseldorfs gehöre. Damit sei die rechtliche Situation mit der in § 573 Abs. 2 BGB eigens geregelten Eigenbedarfskündigung vergleichbar. Die genannte Vorschrift belege, dass ein berechtigtes Interesse an der Kündigung auch darin liegen könnte, dass die Mietwohnung von einer dem Vermieter nahestehenden Person benötigt werde. Diese Wertung lasse sich auch auf den vorliegenden Fall übertragen, in der die Umsetzung des verfolgten öffentlichen Interesses durch eine dem Vermieter „nahestehende" juristische Person erfolgen solle. Es könne letztlich keinen Unterschied machen, ob das beabsichtigte kirchliche Beratungszentrum vom Kläger selbst oder von einer anderen juristischen Person betrieben werde, die ebenfalls zum Gesamtkomplex der Evangelischen Kirche im Rheinland gehöre. Jedes andere Verständnis würde dazu führen, dass die Einrichtung einer – gewichtige öffentliche Interessen erfüllenden – Beratungsstelle vereitelt würde.

8 II. Die Beurteilung des Berufungsgerichts hält rechtlicher Nachprüfung stand; die Revision des Beklagten ist daher zurückzuweisen. Der Kläger hat nach § 546 Abs. 1 BGB Anspruch auf Räumung der vom Beklagten angemieteten Wohnung, denn das zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis ist durch die Kündigung vom 23. Januar 2009 beendet worden.

9 1. Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen genügt das Kündigungsschreiben vom 23. Januar 2009 den Begründungserfordernissen des § 573 Abs. 3 Satz 1 BGB. Dies stellt auch die Revision nicht in Frage.

10 2. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht nicht das Vorliegen eines Kündigungsgrunds nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB („Eigenbedarf") bejaht, sondern die Berechtigung des Klägers (bzw. seines Rechtsvorgängers) zur ordentlichen Kündigung ausschließlich am Maßstab des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB geprüft. Dabei hat es rechtsfehlerfrei ein – von dieser Bestimmung vorausgesetztes – berechtigtes Interesse des Klägers an der Beendigung des Mietverhältnisses mit dem Beklagten bejaht. Die Beantwortung der Frage, ob ein berechtigtes Interesse im Sinne dieser Vorschrift gegeben ist, erfordert eine umfassende Würdigung der Umstände des Einzelfalls. Sie obliegt in erster Linie dem Tatrichter und kann vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob sie auf einer rechtsfehlerfrei gewonnenen Tatsachengrundlage beruht, alle maßgeblichen Gesichtspunkte berücksichtigt worden sind und der Tatrichter den zutreffenden rechtlichen Maßstab angewandt hat (Senatsurteile vom 23. Mai 2007 – VIII ZR 122/06, NJW-RR 2007, 1460 [= WuM 2007, 457] Rn. 11 und VIII ZR 113/06, WuM 2007, 459 Rn. 11, jeweils mwN). Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer Prüfung anhand dieses Maßstabs stand.

11 a) Nach den vom Berufungsgericht getroffenen, von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen ist der Kläger – wie auch sein Rechtsvorgänger – als Dachverband der Düsseldorfer Kirchengemeinden eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Die Revision zieht auch nicht in Zweifel, dass ein berechtigtes Interesse des Klägers an der Auflösung des Mietvertrags anzuerkennen wäre, wenn er selbst Träger der diakonischen Beratungsstelle wäre, für deren Unterbringung die Räumlichkeiten benötigt werden. Sie meint aber, ein solches Interesse sei ausgeschlossen, wenn – wie hier – die Beratungsstelle nicht vom Kläger selbst, sondern von einer rechtlich selbständigen juristischen Person wie der Diakonie Düsseldorf e.V. betrieben werde. Der Kläger könne sich nicht auf den Nutzungsbedarf dieses Dritten berufen.

12 b) Diese Ansicht teilt der Senat nicht. Es ist seit langem anerkannt, dass ein berechtigtes Interesse an der Beendigung eines Mietverhältnisses vorliegen kann, wenn eine öffentlich-rechtliche Körperschaft (vor allem eine Gemeinde) die von ihr vermietete Wohnung zur Umsetzung von Aufgaben benötigt, an deren Erfüllung ein gewichtiges öffentliches Interesse besteht (vgl. BayObLG, NJW 1981, 580, 582 ff. [= RE WuM 1981, 32];

OLG Frankfurt am Main, NJW 1981, 1277 f. mwN [= RE WuM 1981, 126]; LG Hamburg, NJW-RR 1991, 649 mwN; LG Flensburg, ZMR 2001, 711; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 10. Aufl., § 573 BGB Rn. 202). Teilweise wird allerdings verlangt, dass die juristische Person des öffentlichen Rechts die von ihr vermietete Wohnung zur Erfüllung eigener öffentlich-rechtlicher Aufgaben oder jedenfalls zur Wahrung solcher öffentlich-rechtlicher Drittinteressen benötigt, zu deren Durchsetzung sie rechtlich verpflichtet ist (so LG Kiel, WuM 1992, 129 f.; Erman/Lützenkirchen, BGB, 13. Aufl., § 573 Rn. 14; Staudinger/Rolfs, BGB, Neubearb. September 2010, § 573 Rn. 195).

13 Diese Sichtweise, die Drittinteressen nur bei einer rechtlichen Verpflichtung des Vermieters zu deren Wahrnehmung berücksichtigen will, verengt den Anwendungsbereich des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessen. Sie lässt außer Acht, dass der generalklauselartige Kündigungstatbestand in § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB gleichgewichtig ist mit den in § 573 Abs. 2 BGB genannten Kündigungsgründen (vgl. BVerfG, NJW 1992, 105, 106 [= WuM 1991, 661] zu § 564a BGB aF; Senatsurteile vom 23. Mai 2007 – VIII ZR 122/06, und VIII ZR 113/06, jeweils aaO Rn. 13). Für die Frage, ob ein Interesse als berechtigt nach § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB anzusehen ist, kommt es allein darauf an, ob es ebenso schwer wiegt wie die in § 573 Abs. 2 BGB beispielhaft aufgeführten Kündigungsgründe (BayObLG, aaO, S. 582 mwN zu § 564b BGB aF). Wie der Tatbestand des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB belegt, kann sich ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Auflösung des Mietverhältnisses aber nicht nur aus rechtlichen Beziehungen zu anderen Personen, sondern auch aus familiären oder wirtschaftlichen Beziehungen ergeben.

14 In dieser Regelung wird der Wohnbedarf von Familienangehörigen oder Haushaltsangehörigen des Vermieters dem Bedarf des Vermieters gleichgesetzt. Es ist kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, bei § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB einen strengeren Maßstab anzulegen und Drittinteressen nur dann dem Vermieter als eigenes Interesse zuzuordnen, wenn dieser rechtlich verpflichtet ist, auch solche Fremdinteressen zu wahren. Die genannte Vorschrift verwehrt es dem Vermieter daher nicht, auch Umstände aus dem Interessenbereich dritter Personen insoweit zu berücksichtigen, als sich aus ihnen aufgrund eines familiären, wirtschaftlichen oder rechtlichen Zusammenhangs auch ein eigenes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses ergibt (BayObLG, aaO). Diese Grundsätze gelten – anders als das Landgericht Kiel (aaO) meint, das die vom Bayerischen Obersten Landesgericht angestellten Erwägungen missverstanden hat – nicht nur für private Vermieter, sondern auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts. Auch bei diesen kann ein dem Kündigungsgrund des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB „artverwandtes" Interesse vorhanden sein (AG Göppingen, WuM 1979, 122 f. mwN; vgl. auch BayObLG, aaO).

15 c) Gemessen an diesen Maßstäben dient die ausgesprochene Kündigung des Mietverhältnisses mit dem Beklagten nicht nur der Verwirklichung fremder Interessen, sondern auch der Durchsetzung eigener Interessen des Klägers. Entscheidend ist, dass sowohl der Kläger als auch die Betreiberin der Beratungsstelle, die Diakonie Düsseldorf e.V., zum Gesamtkomplex der Evangelischen Kirche im Rheinland gehören und im gleichen örtlichen Wirkungskreis, nämlich in Düsseldorf, kirchliche Aufgaben wahrnehmen. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts führt die Diakonie Düsseldorf e.V. für die Düsseldorfer Kirchengemeinden diakonische Aufgaben – darunter auch die Unterhaltung von Beratungsstellen – durch. Es handelt sich damit bei ihr um eine juristische Person, die – wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat – dem Kläger „nahesteht". Diese Zusammenhänge begründen nicht nur ein – im Rahmen des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB unbeachtliches – Drittinteresse an der Erlangung geeigneter Räumlichkeiten für eine Beratungsstelle in der Düsseldorfer Altstadt, sondern vielmehr ein eigenes berechtigtes Interesse des Klägers an der Beendigung des Mietverhältnisses.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 652 BGB
Maklervertrag; Immobilienverwalter; Verkauf; eindeutiges Provisionsverlangen; Internetanzeige

Zur Frage des eindeutigen Provisionsverlangens eines gewerblichen Immobilienmaklers, der ein zum Verkauf stehendes Objekt mittels einer Internetanzeige (hier unter „Immobilienscout24") mit dem Hinweis „Provision 7,14%" anbietet.

(BGH, Urteil vom 3. 5. 2012 – III ZR 62/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin, eine gewerbliche Immobilienmaklerin, veröffentlichte im Internet-Portal „Immobilien-Scout24" eine Anzeige für den Kauf eines Baugrundstücks mit Angabe unter anderem der Grundstücksgröße und des Kaufpreises sowie mit dem Hinweis „Provision 7,14%". Der Beklagte zu 2 nahm am 7. April 2008 telefonischen Kontakt zur Klägerin auf und äußerte sein sowie das Interesse seiner Ehefrau, der (früheren) Beklagten zu 1, am Erwerb dieses Grundstücks. Die für die Klägerin tätige Zeugin T. nannte ihm dabei die Adresse des Objekts sowie die Kontaktdaten des Verkäufers. Bei der Besichtigung des Grundstücks am nächsten Tag unterschrieb der Beklagte zu 2 ein ihm von dieser Zeugin vorgelegtes Formular mit der Überschrift „Objektnachweis und Maklervertrag mit Kaufinteressenten". Darin war die Verpflichtung des Käufers enthalten, bei Vertragsabschluss für den Nachweis oder die Vermittlung eine Maklerprovision von 7,14% einschließlich Mehrwertsteuer vom Kaufpreis und etwaigen Nebenleistungen zu zahlen. Mit notariellem Kaufvertrag vom 29. April 2008 erwarben die Beklagten dieses Objekt. Daraufhin stellte die Klägerin ihnen eine Maklerprovision von 60.690 € in Rechnung.

2 Die Beklagten, die mit Schreiben vom 18. Juni 2008 den Maklervertrag wegen Irrtums und arglistiger Täuschung angefochten hatten, behaupten, die Zeugin T. habe die Unterschrift unter das Formular erschlichen; sie, die Zeugin, habe erklärt, die Unterschrift diene lediglich dem Nachweis der Vermittlung und nicht dem Abschluss eines Maklervertrags.

3 Die auf Zahlung des geltend gemachten Maklerlohns gerichtete Klage hat das Landgericht Potsdam nach Durchführung einer Beweisaufnahme gegen die Beklagte zu 1 abgewiesen; den Beklagten zu 2 hat es dagegen antragsgemäß verurteilt. Nach erneuter Zeugenvernehmung hat das Berufungsgericht [OLG Brandenburg] das Rechtsmittel der Klägerin gegen die Abweisung der Klage bezüglich der Beklagten zu 1 zurückgewiesen, während es auf die Berufung des Beklagten zu 2 auch die gegen ihn gerichtete Klage abgewiesen hat.

4 Mit ihrer, vom Senat insoweit zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin den Maklerlohnanspruch gegen den Beklagten zu 2 weiter.

5 **Aus den Gründen:** Die Revision der Klägerin führt, soweit das Berufungsgericht die gegen den Beklagten zu 2 (im Folgenden: der Beklagte) gerichtete Klage abgewiesen hat, zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

6 I. Das Berufungsgericht hat die Auffassung vertreten, ein Maklervertrag zwischen der Klägerin und dem Beklagten sei nicht dadurch zustande gekommen, dass dieser am 8. April 2008 das Formular „Objektnachweis und Maklervertrag" unterschrieben habe. Denn er habe nachweisen können, dass bei der Unterschriftsleistung ausdrücklich vereinbart worden sei, es solle kein Maklervertrag geschlossen und keine Provisionsvereinbarung getroffen werden. Dem stehe der vorgerichtliche Schriftwechsel nicht entgegen. Ein Anerkenntnis, 7,14% Provision zu schulden, sei von dem Beklagten nicht erklärt worden. Soweit er in dem auf den 30. Dezember 2007 datierten Schreiben und gegenüber Zeugen zum Ausdruck gebracht habe, eine Provision

nur in geringerer Höhe zahlen zu wollen, sei diese Äußerung allenfalls als ein Vergleichsangebot anzusehen. Bei dieser Sachlage sei auch für die Anwendung des § 653 BGB kein Raum.

7 Zwischen den Parteien sei auch kein konkludenter Maklervertrag zustande gekommen, etwa weil die Beklagten in Kenntnis des Provisionsverlangens Maklerleistungen der Klägerin entgegengenommen hätten. Es sei nicht bewiesen, dass die Beklagten bis zur Erörterung bei der Unterschrift unter das Formular der Klägerin am 8. April 2008 mit der Forderung nach einer Käuferprovision konfrontiert worden seien. Der Internetauftritt der Klägerin enthalte zwar den Hinweis „Provision 7,14%". Dies habe jedoch auch dahin verstanden werden können, dass der Makler vom Verkäufer in entsprechender Höhe entlohnt werde. Aus dem Inhalt des ersten Telefonats zwischen dem Beklagten zu 2 und der Zeugin T. ergebe sich nichts anderes. Dass dabei eine Verpflichtung der Käufer zur Zahlung dieser Provision deutlich geworden oder das Grundstück ausdrücklich durch die Angabe des Kaufpreises mit dem Zusatz „zuzüglich Maklercourtage" identifiziert worden wäre, habe die Klägerin ebenfalls nicht bewiesen. Da das den Beklagten übersandte Exposé nicht vor dem Besichtigungstermin zugegangen sein könne, sei ihnen erstmals durch das Vorhalten des Formulars das Provisionsverlangen bekannt geworden; das darin enthaltene schlüssige Angebot auf Abschluss eines Maklervertrags hätten sie jedoch nicht angenommen. Nach diesem Zeitpunkt habe die Klägerin keine weiteren Maklerleistungen erbracht, so dass insgesamt kein Maklerlohn verlangt werden könne.

8 II. Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision nicht stand.

9 1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts rechtfertigen die tatsächlich festgestellten Umstände die Annahme, dass die im Internet unter „Immobilienscout24" veröffentlichte Anzeige der Klägerin ein eindeutiges Provisionsverlangen enthält, das Grundlage eines zwischen den Parteien zustande gekommenen Maklervertrags sein kann.

10 a) Eine Provisionsabrede nach § 652 BGB kann stillschweigend auch durch schlüssiges Verhalten getroffen werden. Die Rechtsprechung stellt hieran indes strenge Anforderungen (vgl. Senatsurteil vom 22. September 2005 – III ZR 393/04, NJW 2005, 3779, 3780 [= WuM 2005, 731 = GuT 2005, 260 KL] mwN). Derjenige, der sich an einen Makler wendet, der mit „Angeboten" (vgl. zum Begriff BGH, Urteil vom 28. September 1982 – IVa ZR 12/82, WPM 1983, 1287, 1289) werbend im geschäftlichen Verkehr auftritt, erklärt damit noch nicht schlüssig seine Bereitschaft zur Zahlung einer Maklerprovision für den Fall, dass ein Vertrag über das angebotene Objekt zustande kommt. Der Interessent darf, soweit ihm Gegenteiliges nicht bekannt ist, davon ausgehen, dass der Makler das Objekt von dem Verkäufer an die Hand bekommen hat und deshalb mit der angetragenen Weitergabe von Informationen eine Leistung für den Anbieter erbringen will. Ohne weiteres braucht der Kaufinteressent in einem solchen Fall nicht damit zu rechnen, dass der Makler auch von ihm eine Provision erwartet. Selbst die Besichtigung des Verkaufsobjekts zusammen mit dem Makler reicht bei dieser Sachlage für einen schlüssigen Vertragsschluss nicht aus (vgl. Senatsurteil vom 16. November 2006 – III ZR 57/06, NJW-RR 2007, 400, 401 [= WuM 2007, 27 = GuT 2007, 37 KL] Rn. 12). Anderes gilt nur dann, wenn der Makler den Kaufinteressenten unmissverständlich auf eine von ihm im Erfolgsfall zu zahlende Käuferprovision hingewiesen hat. Ein Kaufinteressent, der in Kenntnis des eindeutigen Provisionsverlangens, beispielsweise in einem ihm übersandten Objektnachweis oder Exposé, die Dienste des Maklers in Anspruch nimmt, gibt damit grundsätzlich in schlüssiger Weise zu erkennen, dass er den in dem Provisionsbegehren liegenden Antrag auf Abschluss eines Maklervertrags annehmen will (ständige Rspr.; vgl. Senatsurteile vom 16. November 2006, aaO, Rn. 13, vom 6. Dezember 2001 – III ZR 296/00, NJW 2002, 817, sowie vom 17. September 1998 – III ZR 174/97, NJW-RR 1999, 361, 362). Um die daran anknüpfenden Rechtsfolgen zu vermeiden, muss er ausdrücklich vor Inanspruchnahme der Maklerdienste deutlich machen, solche Willenserklärungen nicht abgeben zu wollen (vgl. BGH, Urteil vom 4. Oktober 1995 – IV ZR 163/94, NJW-RR 1996, 114, 115).

11 b) Ein Angebot auf Abschluss eines Maklervertrags ist grundsätzlich noch nicht in einer Zeitungs- oder Internetanzeige des Maklers, wie hier der Klägerin im Internetportal „ImmobilienScout24", zu sehen. Ein Vertragsschluss kommt deshalb regelmäßig noch nicht dadurch zustande, dass ein Makler mit Zeitungs- oder Internetanzeigen werbend im geschäftlichen Verkehr auftritt und sich der Interessent daraufhin von sich aus an ihn wendet. Es handelt sich bei solchen Inseraten lediglich um eine invitatio ad offerendum, denn damit wendet sich der Makler an einen unbestimmten Kreis von potentiellen Interessenten (vgl. BGH, Urteile vom 25. September 1985 – IVa ZR 22/84, BGHZ 95, 393, 395, und vom 21. Mai 1971 – IV ZR 52/70, WPM 1971, 1098, 1099, MünchKommBGB/Roth, 5. Aufl. § 652, Rn. 47, 51; Staudinger/Reuter, BGB, Neubearbeitung 2010, §§ 652, 653, Rn. 11; Fischer NJW 2009, 3210). Eine dadurch veranlasste Kontaktaufnahme des Interessenten mit dem Makler kann aber dann zum Abschluss eines Maklervertrags führen, wenn der Makler sein Provisionsverlangen im Inserat bereits ausdrücklich und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat. Weist er in einem Zeitungs- oder im Internetinserat eindeutig auf die fällig werdende Maklerprovision hin, so dass der Interessent von einer eigenen Provisionspflicht ausgehen kann, und erhält dieser auf seine daraufhin erfolgte Anfrage Namen und Anschrift des Verkäufers, löst dies den Anspruch auf Zahlung der Provision aus (vgl. MünchKommBGB/Roth, aaO, Rn. 51). Die Bezugnahme des Interessenten auf diese Anzeige bestimmt dabei den Inhalt des Nachweis- oder Vermittlungsersuchens so, dass der Makler von einem Angebot auf Abschluss eines solchen Maklervertrags ausgehen kann, nachdem er sein Provisionsverlangen zunächst ohne Preisgabe der Vertragsgelegenheit in seinem Inserat hinreichend deutlich geäußert hatte (vgl. MünchKommBGB/Roth, aaO, Rn. 47; Fischer, aaO S. 3211; aA der 12. Zivilsenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts, NJW-RR 2009, 1145, 1146).

12 aa) Diesen Grundsätzen widerspricht die Bewertung des Berufungsgerichts, die vorliegende Internetanzeige der Klägerin enthalte keinen ausreichend deutlichen Hinweis auf die im Falle des Abschlusses eines Kaufvertrags zu zahlende Maklerprovision von 7,14% durch den Käufer, und die Beklagten seien erstmals am Tag der Besichtigung mit einem solchen Verlangen konfrontiert worden. Ein ausdrückliches Provisionsverlangen kann auch in einer Zeitungsanzeige oder einem Internetinserat enthalten sein, sofern der Hinweis so gestaltet und geeignet ist, dem durchschnittlichen Interessenten die entstehende Provisionspflicht unzweideutig vor Augen zu führen. Wie das unmissverständliche Provisionsbegehren erklärt wird, ist dabei grundsätzlich gleichgültig; der entsprechende Hinweis in einer Zeitungs- oder Internetanzeige genügt jedenfalls gegenüber den Kunden, die sich auf diese Anzeige melden, wobei die Umstände des jeweiligen Einzelfalls für die Bewertung der Eindeutigkeit des Provisionsverlangens ausschlaggebend sind (vgl. MünchKommBGB/Roth, aaO, Rn. 48, 51; Staudinger/Reuter, aaO, Schwerdtner/Hamm, Maklerrecht, 6. Aufl., Rn. 100; Fischer, aaO und NZM 2002, 480 f).

13 bb) Da im Streitfall die maßgebenden Umstände festgestellt sind und weiterer Vortrag nicht zu erwarten ist, kann der Senat den Inhalt des Internetinserats der Klägerin selbst dahin auslegen, dass es gegenüber potentiellen Interessenten ein hinreichend deutliches Provisionsverlangen enthält. Dabei drückt die Angabe: „Provision 7,14%" direkt unter der Angabe der Vermarktungsart (Kauf) und des Kaufpreises ein solches eindeutiges Provisionsverlangen gegenüber dem Kaufinteressenten aus. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts lässt sich dies nicht (auch) als bloßer Hinweis darauf missverstehen, dass der Makler im Erfolgsfalle von dem Verkäufer eine Provision in entsprechender Höhe zu beanspruchen habe. Dies umso weniger, als, wie die Revision zu Recht anführt, nicht ersichtlich ist, welches Interesse ein Makler daran haben könnte, dem Kaufinter-

essenten – ohne dass hierzu eine rechtliche Verpflichtung besteht – zu offenbaren, ob und in welcher Höhe er eine Provisionsvereinbarung mit dem Verkäufer getroffen hat. Vielmehr ist bei einer solchen, auf den wesentlichen Inhalt eines Maklervertrags beschränkten Anzeige ohne weiteres erkennbar, dass der Makler auch und gerade mit demjenigen in vertragliche Beziehungen treten will, der sich als Kaufinteressent an ihn wendet (zur vergleichbaren Auslegung eines Objektnachweises als Provisionsverlangen: Senatsurteil vom 4. November 1999 – III ZR 223/98, NJW 2000, 282, 283). Eine abweichende Annahme wäre nur dann gerechtfertigt, wenn etwa sonstige Umstände oder Hinweise in der Anzeige die Vermutung nahe legten, es sei nicht an das Provisionsverlangen des Maklers gegenüber den möglichen Käufern gedacht. Daran fehlt es jedoch vorliegend. Es entspricht danach allgemeinem Verständnis und lag auch aus Sicht des Beklagten auf der Hand, einen auf einer derart gestalteten Internetseite enthaltenen Hinweis auf die Fälligkeit einer Maklergebühr bei Zustandekommen eines notariellen Kaufvertrags nicht als bloße Mitteilung über eine bereits getroffene Provisionsvereinbarung mit dem Verkäufer anzusehen. Der bloße Umstand, dass der Makler bereits in vertraglicher Beziehung mit dem Verkäufer steht, wie dies auch hier offenbar der Fall war, genügt dabei nicht (vgl. Senatsurteil vom 4. November 1999, aaO).

14 2. Danach konnte das Berufungsurteil, soweit die Klage auch gegen den Beklagten zu 2 abgewiesen worden ist, keinen Bestand haben.

15 Ausgehend davon, dass in der Internet-Anzeige ein eindeutiges Provisionsverlangen der Klägerin enthalten war, wird das Berufungsgericht erneut zu prüfen haben, ob zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 2 ein Maklervertrag zustande gekommen ist; dabei wird es sich gegebenenfalls auch mit dem von dem Beklagten erhobenen Einwand der Vorkenntnis zu befassen haben.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 535, 566, 741 BGB
Miete; Leihe; Arbeiten und Wohnen; Atelier; Wohnung und Grundstück; Grundstücksveräußerung; Bruchteilsgemeinschaft; Kündigung des Mietvertrags

Wird ein Haus zur Nutzung als Wohnraum und Atelier vermietet und mit weiteren Grundstücksparzellen zur Bewirtschaftung überlassen, ist dem Vortrag und Beweisantrag des Gebäudemieters zum Vorliegen eines einheitlichen Mietverhältnisses nachzugehen. Wird eine Grundstücksparzelle veräußert, ist eine Kündigung des einheitlichen Mietvertrags von den Bruchteilsgemeinschaftern nur gemeinsam zu erklären.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 26. 4. 2012 – V ZR 276/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Aufgrund eines Vertrages aus dem Jahre 1984 mit der D. nutzt der Beklagte ein Gebäude als Atelier und als Wohnung sowie das umliegende Gelände, darunter das Flurstück 667, als „Gartenausstellungsgelände“. Im Mietvertrag wird das Objekt als „Gebäude … 128 m²“ beschrieben. Im Jahre 1987 kam es einvernehmlich zu einer Erweiterung der genutzten Außenfläche. Ende 1991 kündigte die D. das Mietverhältnis, unterlag mit ihrer Räumungsklage aber vor dem AG Ratingen, das den Vertrag als Wohnungsmietvertrag wertete.

2 2004 erwarb eine GmbH das Eigentum an dem Flurstück 667. Sie kündigte das ihrer Auffassung nach hinsichtlich des Grundstücks bestehende Leihverhältnis; dem Räumungsbegehren kam der Beklagte nicht nach.

3 2007 verkaufte die GmbH das Flurstück 667 an die klagende Stadt, welche sich auf die Kündigung durch die GmbH bezog und Räumung und Herausgabe verlangte. Mit Schreiben vom 26. März 2008 kündigte sie auch selbst noch einmal außerordentlich ein eventuell bestehendes Leihverhältnis und ordentlich einen eventuell bestehenden Mietvertrag u. a. unter Berufung auf den Kündigungsgrund einer angemessenen wirtschaftlichen Verwertung.

4 Am 16. Dezember 2008 wurde die Klägerin als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen.

5 In dem sich anschließenden Räumungs- und Herausgabeprozess ist es vor allem um die Frage gegangen, ob über Haus und Gelände ein einheitliches Mietverhältnis besteht oder ob nur das Gebäude gemietet wurde und das Grundstück leihweise genutzt wird.

6 Das Landgericht Düsseldorf ist von einem einheitlichen Mietvertrag ausgegangen, den die Klägerin wirksam gekündigt habe. Anzuwenden seien die Vorschriften über die Wohnraummiete. Als Kündigungsgrund hat es § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB angenommen; ein berechtigtes Interesse sei im Hinblick auf den öffentlichen Bedarf an der Fläche zu bejahen. Es hat auf Räumung und Herausgabe erkannt.

7 Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat nur die Herausgabeverurteilung bestätigt, ist dabei aber nicht von einem einheitlichen Mietvertrag ausgegangen, sondern davon, dass nur das Gebäude vermietet, das Gelände hingegen leihweise genutzt worden sei.

8 Gegen die Nichtzulassung der Revision wendet sich der Beklagte mit der Beschwerde.

9 **Aus den Gründen:** II. Die Beschwerde führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, weil das Berufungsgericht den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat, § 544 Abs. 7 ZPO.

10 1. Der Beklagte hat erstinstanzlich unter Bezugnahme auf das Zeugnis des damals zuständigen Sachbearbeiters der D. (J.) vorgetragen, dass nach den Absprachen mit der D. nicht nur das Gebäude, sondern auch die umliegenden Flächen von dem Mietvertrag erfasst werden sollten. Das Gelände sei nämlich ziemlich heruntergekommen und verwildert gewesen, und dem Beklagten sei es daher zu dem Zweck überlassen worden, es zu kultivieren und zu verschönern.

11 Diesen Vortrag hat das Berufungsgericht, wie der Beklagte zu Recht rügt, übergangen. Es durfte den Vortrag nicht deswegen unbeachtet lassen, weil ihn der Beklagte in der zweiten Instanz nicht ausdrücklich wiederholt hat. Denn das Landgericht war seiner Auffassung, dass es sich um einen einheitlichen Mietvertrag über Haus und Garten handele, gefolgt. Das Berufungsgericht hätte daher einen Hinweis erteilen müssen, dass es in diesem Punkt anderer Ansicht sei, und dem Beklagten Gelegenheit geben müssen, Vortrag und Beweisantrag hierzu zu wiederholen (vgl. BGH, Urteil vom 4. Oktober 2004 – II ZR 356/02, NJW-RR 2005, 39, 40).

12 Der Vortrag war auch nicht deswegen unerheblich, weil sich aus dem Mietvertrag klar ergeben hätte, dass nur das Gebäude Gegenstand des Vertrages war. Zwar heißt es dort und darauf stellt das Berufungsgericht entscheidend ab , dass das „Gebäude Am O. 3, R.“ in einer Größe von „128 m²“ vermietet werde. Der Vertrag enthält indes eine Reihe von Hinweisen, die es erlauben, den Vertrag auch dahin auszulegen, dass eine Fläche mit vermietet werden sollte, so etwa die Gestattung, das Gelände durch einen Zaun einzufrieden, ferner die Verpflichtung des Beklagten, „die Grenzen der Mietsache sichtbar zu halten“, sowie die Obliegenheit, die Wasserversorgung auf eigene Kosten durchzuführen, was die Benutzung von auf dem Gelände befindlichen Sickergruben erforderlich machte.

13 Das Berufungsgericht geht auch selbst davon aus, dass der Beklagte das umliegende Gelände nutzen durfte, nimmt als Rechtsgrundlage insoweit aber einen Leihvertrag an. Das ist möglich, findet im Vertragstext aber keine Erwähnung und liegt daher nicht näher als die Annahme, das Gelände sei mitvermietet.

14 2. Vor diesem Hintergrund gewinnt der ebenfalls unter Beweis (Zeugen S., J. und Dö.) gestellte Vortrag des Beklagten in 1. Instanz indizielle Bedeutung, dass das schon von der D. umzäunte Gelände eine Einheit dargestellt habe, das nach einer vorgelegten Zeichnung die nunmehrigen Flurstücke 703 und 667, also gerade auch den hier streitigen Grundstücksteil umfasst habe. Dieses Gelände habe der Beklagte zum Zwecke der Verschönerung und zur Behebung eingetretener Missstände nutzen sollen. Auch diesen Vortrag hat das Berufungsgericht übergangen.

15 3. Der übergangene Vortrag ist entscheidungserheblich.

16 Ist von einem Mietvertrag über Gebäude und umliegende Flächen auszugehen, so konnte die Klägerin die Kündigung im März 2008 noch nicht aussprechen, weil der Eintritt in den Mietvertrag erst mit dem Eigentumserwerb erfolgt, § 566 BGB. Eigentümerin wurde sie erst im Dezember 2008.

17 Zum anderen ist nur das Flurstück 667 an die Klägerin veräußert worden; das Flurstück, auf dem das Gebäude steht, gehört entweder noch der D. oder ist an einen Dritten veräußert worden. Eine gesonderte Kündigung nur das Flurstück 667 betreffend wäre bei einem einheitlichen Mietvertrag nicht möglich gewesen. D./Dritter und Klägerin hätten das Mietverhältnis nur insgesamt und damit nur gemeinsam, als Bruchteilsgemeinschafter (vgl. BGH, Urteil vom 28. September 2005 – VIII ZR 399/03, NJW 2005, 3781 [= WuM 2005, 790]), kündigen können. Daran fehlt es.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 535, 598 BGB
Abgrenzung Leihe von Miete; Turnierpferd; Anspruch auf Preisgelder

Der Verleiher ist dem Entleiher nur zur „Gestattung" des Gebrauchs verpflichtet, nicht zur Besitzverschaffung. Ohne gesonderte Vereinbarung ist der Entleiher nicht zur Ziehung und zum Behaltendürfen von Früchten (hier: Preisgelder des entliehenen Turnierpferdes) befugt.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 24. 5. 2012 – III ZR 306/11)

1 **Aus den Gründen:** Die Nichtzulassungsbeschwerde ist unbegründet, weil weder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

2 Die Würdigung des Berufungsgerichts, die Parteien hätten stillschweigend vereinbart, dass etwaige Turnierpreisgelder dem Kläger (als Pferdeeigentümer) zustehen sollten, lässt einen (zulassungsrelevanten) Rechtsfehler nicht erkennen.

3 Zwar dürfte das Berufungsgericht einen Leihvertrag fehlerhaft verneint haben. Auf die Begründung einer Überlassungspflicht des Klägers kommt es insoweit nämlich nicht an. Anders als der Vermieter (§ 535 Abs. 1 BGB) ist der Verleiher nicht zur Gebrauchsgewährung oder Gebrauchsüberlassung, also einem aktiven Tun, sondern nur zur „Gestattung" des Gebrauchs verpflichtet (Staudinger/Reuter, BGB ‹2005›, § 598 Rn. 13; MünchKommBGB/Häublein, 6. Aufl., § 598 Rn. 20; Erman/Graf von Westphalen, BGB, 13. Aufl., § 598 Rn. 3; Palandt/Weidenkaff, BGB, 71. Aufl., § 598 Rn. 6). Die Verschaffung des Besitzes an der Sache ist kein konstitutives Element des Leihvertrags; die Annahme eines Leihvertrags setzt lediglich voraus, dass dem Entleiher die Nutzung der Sache gestattet wird (BGH, Urteil vom 28. Juli 2004 – XII ZR 153/03, NJW-RR 2004, 1566 [= GuT 2004, 152]; Erman/Graf von Westphalen aaO; Palandt/Weidenkaff aaO Rn. 5). Unstreitig ist das Pferd dem Beklagten vom Kläger (über dessen Bruder) ohne Vereinbarung eines Entgelts zum Gebrauch bei Turnieren zur Verfügung gestellt worden, ohne dass damit eine Geschäftsbesorgung für den Kläger verbunden gewesen wäre. Dies spricht für einen Leihvertrag.

4 Die Nichtzulassungsbeschwerde geht aber fehl, wenn sie annimmt, als Entleiher hätten dem Beklagten nach dem Leitbild der §§ 598 ff BGB die Gebrauchsvorteile des Pferdes und mithin auch die Preisgelder zugestanden. Die Leihe berechtigt den Entleiher nämlich nur zur Benutzung der Sache als solcher (das heißt zur Nutzung der mit dem Sachbesitz verbundenen Vorteile), nicht aber auch zur Ziehung und zum Behaltendürfen von Früchten im Sinne von §§ 99 f BGB; soll der Entleiher (auch) zu Letzterem befugt sein, so bedarf es einer dahingehenden (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Vereinbarung der Vertragsparteien (s. Staudinger/Reuter aaO § 598 Rn. 10, 12 und § 604 Rn. 1; Erman/Graf von Westphalen aaO Rn. 4; MünchKommBGB/Häublein aaO § 598 Rn. 16, 18 und § 604 Rn. 5; Palandt/Weidenkaff aaO § 598 Rn. 5 und § 604 Rn. 1 aE).

5 Demnach wird das Auslegungsergebnis des Berufungsgerichts [OLG Hamm] nicht dadurch infrage gestellt, dass es den Abschluss eines Leihvertrags verneint hat. Denn die Regelung, dass dem Kläger als Eigentümer (Verleiher) etwaige Preisgelder zustehen sollten, entspricht dem Leitbild der §§ 598 ff BGB.

[Streitwert für das Beschwerdeverfahren 31.500,– EUR]

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 927 BGB
Markwald; altrechtliche Markgenossenschaft; Markgenosse; Aufgebotsverfahren

Sind einzelne Markgenossen unbekannt und werden deren Rechte seit unvordenklichen Zeiten von einer Stadt wahrgenommen, ist die Stadt nicht (anteiliger) Eigenbesitzer des Markwaldes. Das Aufgebotsverfahren ist bereits aus diesem Grund nicht zulässig.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 14. 6. 2012 – V ZB 38/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Die im Beschlusseingang aufgeführten Grundstücke bilden zusammen den Markwald B. Auf den zugehörigen Grundbuchblättern ist in Abteilung I Spalte 2 (Eigentümer) jeweils folgendes eingetragen:

„Markgenossenschaft zu F., G., Be. und H. und zwar:

A. die Markgenossen zu F. zu 57/100 Anteile

B. die Markgenossen zu G. zu 71/300 Anteile

C. die Markgenossen zu Be. zu 15/100 Anteile

D. die Markgenossen zu H. zu 13/300 Anteile"

2 Nachfolgend sind die Markgenossen zu G., H. und Be. jeweils namentlich aufgeführt, nicht jedoch die zu F.

3 In der Satzung der Markgenossenschaft vom 31. Januar 2008 heißt es, dass der Markwald auf eine Schenkung des Landgrafen Heinrich II. im Jahr 1360 zurückgehe. Die Markgenossenschaft habe eigene Rechte und Pflichten. Alle Markgenossen seien Miteigentümer des Markwaldes. Die Markgenossen von F. seien im Einzelnen nicht bekannt und würden bis auf weiteres von der Stadt Fe. – der Antragstellerin – vertreten. Sie hätten das Recht, ihr Miteigentum formgerecht nachzuweisen und sich in das Grundbuch eintragen zu lassen. Nach Ablauf von zwei Jahren sei die Stadt Fe. – soweit die gesetzlichen Voraussetzungen vorlägen – berechtigt, die unbekannten Markgenossen von F. im Wege des Aufgebotsverfahrens ausschließen zu lassen. Der anschließenden Eintragung der Stadt Fe. als Markgenosse im Grundbuch werde zugestimmt.

4 Nach Ablauf der zweijährigen Frist hat die Antragstellerin beantragt, das Aufgebotsverfahren zum Ausschluss der unbekannten Markgenossen von F. durchzuführen. Das Amtsgericht Melsungen hat den Antrag zurückgewiesen; die dagegen ge-

richtete Beschwerde [OLG Frankfurt/Main] ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragstellerin ihren Antrag weiter.

5 **Aus den Gründen:** II. Das Beschwerdegericht meint, die Antragstellerin habe nicht glaubhaft gemacht, den Anteil der Markgenossen zu F. seit mindestens dreißig Jahren im Eigenbesitz zu haben. Sie sei nach ihrem eigenen Vortrag bisher als Vertreterin der unbekannten Markgenossen aufgetreten, also nicht wie ein Eigentümer. Ein Aufgebotsverfahren scheitere weiter daran, dass die Markgenossenschaft, welche rechts- und grundbuchfähig sei, im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen sei. Auch soweit man nur auf die Anteile der Markgenossen zu F. abstelle, seien Eigentümer im Grundbuch eingetragen, nämlich diese Markgenossen. Dass sie tot oder verschollen seien, könne nicht festgestellt werden.

6 III. Die Rechtsbeschwerde ist nach § 70 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig (§ 71 FamFG). Sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

7 1. Es kann dahinstehen, wer materiell-rechtlich Eigentümer des Markwaldes Be. ist, die Markgenossenschaft oder die einzelnen Markgenossen, und welches Gemeinschaftsverhältnis zwischen letzteren bestünde. Denn das Beschwerdegericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Antragstellerin nicht antragsberechtigt ist, weil sie nicht glaubhaft gemacht hat, den Grundbesitz anteilig seit dreißig Jahren im Eigenbesitz zu haben.

8 a) Nach § 443 FamFG, § 927 Abs. 1 Satz 1 BGB kann nur derjenige das Aufgebot zum Ausschluss des Grundstückseigentümers beantragen, der das Grundstück seit dreißig Jahren im Eigenbesitz hat. Eigenbesitzer ist nach § 872 BGB, wer eine Sache als ihm gehörend besitzt. Das Merkmal, das den Besitz zum Eigenbesitz macht, ist mithin der Wille, die Sache wie ein Eigentümer zu beherrschen; sein Ausdruck im Rechtsverkehr ist die Eigentumsbehauptung, der Anspruch, die Sache selbständig und andere Personen ausschließend zu besitzen (Senat, Urteil vom 29. März 1996 – V ZR 326/94, BGHZ 132, 245, 257).

9 2. Eigenbesitz der Antragstellerin kann nach ihrem der Prüfung des Rechtsbeschwerdegerichts allein unterliegenden Vortrag in den Tatsacheninstanzen, wie er sich aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung ergibt (§ 74 Abs. 3 Satz 4 FamFG, § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO), nicht festgestellt werden. Denn danach hat die Antragstellerin die Rechte der unbekannten Markgenossen von F. seit unvordenklicher Zeit wahrgenommen. Diese Rechtswahrnehmung steht der Annahme von Eigenbesitz entgegen. Daran ändert nichts, dass die wirtschaftliche Verwertung des Markwaldes gegenüber den Bürgern von F. Sache der Antragstellerin war, und dass diese selbst einen Anteil am Holzertrag erhalten hat. Auch der Umstand, dass Einnahmen und Lasten aus dem Markwald im Haushalt der Antragstellerin geführt und erfasst wurden, spricht für sich allein nicht für Eigenbesitz der Antragstellerin. Dagegen sprechen jedenfalls deutlich die Regelungen in § 2 Nr. 2 und in § 12 Nr. 1–3 der Satzung der Markgenossenschaft vom 31. Januar 2008. Darin heißt es, dass alle Markgenossen von F., die im Einzelnen nicht bekannt sind, Miteigentümer des Grundbesitzes sind und bis auf weiteres von der Antragstellerin, die das Stimmrecht für sie ausübt, vertreten werden. Mit ihrer Zustimmung zu der Satzung (vgl. deren § 14) hat die Antragstellerin zu erkennen gegeben, dass sie den Grundbesitz – anteilig – nicht wie ein Eigentümer, sondern für andere besitzen will. Daran muss sie sich festhalten lassen, mag sie auch früher wie 1962 in einem bei dem Verwaltungsgericht Kassel geführten Rechtsstreit eine andere Ansicht vertreten haben.

10 3. Für die Antragsberechtigung der Antragstellerin ist ein dreißigjähriger Eigenbesitz nicht etwa deshalb entbehrlich, weil die Markgenossenschaft dem Aufgebotsverfahren zugestimmt hat (§ 12 Nr. 6 der Satzung). Denn zum einen ist das Aufgebotsverfahren nicht auf den Ausschluss der Markgenossenschaft, sondern auf den der Markgenossen von F. gerichtet; deren Zustimmung liegt nicht vor. Zum anderen steht die Zustimmung unter dem Vorbehalt, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Einleitung des Verfahrens vorliegen. Daran fehlt es – wie ausgeführt – jedoch.

11 IV. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. In dem Verfahren über Rechtsmittel gegen die Zurückweisung eines Antrags auf Einleitung eines Aufgebotsverfahrens stehen sich der Antragsteller und die auszuschließenden Eigentümer nicht wie in einem kontradiktorischen Verfahren gegenüber (vgl. Senat, Beschluss vom 29. Januar 2009 – V ZB 140/08, WPM 2009, 756, 759 Rn. 30). Die Pflicht zur Gerichtskostentragung ergibt sich aus dem Gesetz.

12 Die Festsetzung des Gegenstandswerts [570.000 EUR] beruht auf § 131 Abs. 4, § 30 Abs. 1 KostO.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Vgl. LG Kassel – 3 T 342/09, juris; OLG Frankfurt/M. – 25 U 80/98, NJW-RR 2000, 538, juris. Zur Losholzberechtigung vgl. BGH GuT 2009, 113.

§ 19 GBO; § 894 ZPO; § 133 BGB
Nutzungsrecht am Grundstück; vollständige Bezeichnung des einzutragenden dinglichen Rechts; „Nutzungsrecht“ an einer Wohnung

a) Ein Urteil, das den Beklagten dazu verurteilt, die Eintragung eines beschränkten dinglichen Rechts in das Grundbuch zu bewilligen, muss das einzutragende Recht vollständig bezeichnen.

b) Das Grundbuchamt kann im Wege der Auslegung des Urteilstenors den Mangel fehlender Bestimmtheit der Entscheidung – wie eine fehlende Festlegung des Typs des einzutragenden dinglichen Rechts – nicht beheben.

(BGH, Beschluss vom 17. 11. 2011 – V ZB 58/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Mit notariellem Vertrag vom 29. Juli 1977 veräußerten die Beteiligte zu 1 und ihr inzwischen verstorbener Ehemann das Grundstück an den Beteiligten zu 2, der den Verkäufern ein Wohnungsrecht an der Obergeschosswohnung bestellte. Mit weiterem notariellen Vertrag vom selben Tag verpflichtete sich der Beteiligte zu 2, den Verkäufern – nach Ablauf einer bestimmten Frist – auch die untere Wohnung unentgeltlich zur Nutzung, einschließlich der Überlassung an Dritte, zur Verfügung zu stellen und das Recht dinglich absichern zu lassen. Auf dieser Grundlage wurde der Beteiligte zu 2 durch Urteil des Landgerichts Limburg vom 31. August 2010 dazu verurteilt, „die Eintragung eines Nutzungsrechts betreffend die untere Wohnung … an bereitester Stelle zu bewilligen.“ 1

2 Das Grundbuchamt [AG Limburg a. d. Lahn – Zwst. Hadamar] hat den auf diese Entscheidung gestützten Eintragungsantrag der Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Ihre Beschwerde ist ohne Erfolg geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt sie ihren Eintragungsantrag weiter.

3 **Aus den Gründen:** II. Nach Auffassung des Beschwerdegerichts [OLG Frankfurt/Main] stellt das die Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO ersetzende Urteil mangels ausreichender Bestimmtheit keine geeignete Eintragungsgrundlage dar. Auf eine – grundsätzlich mögliche – Auslegung des Urteils könne im Grundbuchverfahren nur dann zurückgegriffen werden, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führe. Das sei hier nicht der Fall, da der verwendete Begriff „Nutzungsrecht“ auch unter Berücksichtigung der der Verurteilung zugrunde liegenden notariell beurkundeten Verpflichtung des Beteiligten zu 2 nicht den Schluss auf ein bestimmtes dingliches Recht zulasse. Neben einem Wohnungsrecht nach § 1093 BGB kämen eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit mit dem Inhalt eines Mitbenutzungsrechts, eine Wohnungsreallast oder

auch ein Nießbrauch in Betracht. Selbst wenn man von einem Wohnungsrecht als dem für einen unbefangenen Betrachter nächstliegend gemeinten Recht ausgehe, fehle es an einer klaren Beschreibung der Räume, auf die sich das Recht beziehe.

4 III. Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und gemäß nach § 78 Abs. 3 Satz 1 GBO i.V.m. § 71 FamFG auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

5 1. Ein Eintragungsantrag ist zurückzuweisen, wenn die erforderliche Bewilligung des Betroffenen (§ 19 GBO) fehlerhaft ist, weil sie nicht den für eine Eintragung in das Grundbuch erforderlichen Inhalt hat (KEHE/Herrmann, GBO, 6. Aufl., § 18 Rn. 27; Hügel/Zeiser, GBO, 2. Aufl., § 18 Rn. 17; Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl., § 18 Rn. 36).

6 a) Soll das Grundstück des Betroffenen mit einem dinglichen Recht belastet werden, ist das einzutragende Recht vollständig zu bezeichnen (Demharter, GBO, 27. Aufl., § 19 Rn. 34; Hügel/Holzer, GBO, 2. Aufl., § 19 Rn. 35; KEHE-Munzig, GBO, 6. Aufl., § 19 Rn. 39; Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl., § 19 Rn. 113), weil die Bewilligung des Betroffenen nach § 19 GBO Art, Inhalt und Umfang der von ihm gestatteten Eintragung bestimmt. Das Grundbuchamt muss zudem anhand der Bewilligung entscheiden können, ob es sich um ein eintragungsfähiges Recht mit einem eintragungsfähigen Inhalt handelt (Meikel/ Böttcher, aaO).

7 b) Nichts anderes gilt für ein Urteil des Prozessgerichts, das den Beklagten zur Abgabe einer Eintragungsbewilligung verurteilt und nach Eintritt der Rechtskraft die für die Eintragung nach § 19 GBO erforderliche Bewilligung ersetzt (vgl. Senatsurteile vom 16. März 1984 – V ZR 206/82, BGHZ 90, 323, 327 und vom 21. Februar 1986 – V ZR 246/84, NJW 1986, 1867, 1868). Der Inhalt eines nach § 894 ZPO zu vollstreckenden Urteils muss denselben Anforderungen entsprechen, welche die Grundbuchordnung an die nach § 19 GBO von dem Betroffenen abzugebende Eintragungsbewilligung stellt (vgl. Senat, Urteil vom 24. April 1987 – V ZR 228/85, NJW 1988, 415, 416).

8 2. Dem genügt das Urteil des Prozessgerichts nicht.

9 a) Eine Eintragung gemäß dem Urteilsausspruch ist nicht möglich.

10 Die von der Beteiligten zu 1 beantragte Eintragung eines Nutzungsrechts mit dem Wortlaut des Urteilstenors wäre inhaltlich unzulässig, weil das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs kein (allgemeines) Nutzungsrecht, sondern verschiedene beschränkte dingliche Rechte kennt, die unterschiedliche Nutzungsbefugnisse an dem belasteten Grundstück gewähren. Eine Eintragung mit der von dem Prozessgericht formulierten Bewilligung widerspräche dem Typenzwang der Sachenrechte (vgl. nur Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl., § 15 Rn. 35; Westermann, Sachenrecht, 8. Aufl., § 2 Rn.15).

11 b) Das Beschwerdegericht hat geprüft, ob die Entscheidung gemäß § 133 BGB so ausgelegt werden kann, dass sie die Verurteilung des Beteiligten zu 2 zur Abgabe einer inhaltlich zulässigen Eintragungsbewilligung enthält, wozu das Grundbuchamt und das an seine Stelle tretende Beschwerdegericht berechtigt und verpflichtet sind (KG, NJW 1967, 2358; Hügel/Holzer, GBO, 2. Aufl., § 29 Rn. 47; Meikel/Böhringer, GBO, 10. Aufl., Einl. C Rn. 8; Wulff, MittRhNotK 1996, 41, 50). Es ist dabei zu Recht davon ausgegangen, dass eine Auslegung wegen der Anforderungen des Grundbuchverkehrs an die Klarheit und die Bestimmtheit des objektiven Inhalts einer Grundbucherklärung nur in Betracht kommt, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt (Senatsbeschluss vom 9. Februar 1995 – V ZB 23/94, BGHZ 129, 1, 4).

12 c) Das Ergebnis der Auslegung des Beschwerdegerichts ist richtig. Der Senat, der die Eintragungsbewilligung – wie eine Grundbucheintragung – selbständig auslegen kann (BayObLG, NJW-RR 1993, 283, 284; vgl. auch Senatsurteil vom 14. März 1969 – V ZR 61/66, WPM 1969, 661, 662 für das Revisionsverfahren), kommt zu keinem anderen Ergebnis.

13 aa) Wird der Beklagte verurteilt, die Eintragung eines „Nutzungsrechts“ an einer Wohnung zu bewilligen, ergibt sich auch aus der Sicht eines unbefangenen Beobachters nicht zweifelsfrei, dass damit ein Wohnungsrecht nach § 1093 BGB bewilligt worden ist. Aus dessen Sicht ist nämlich zu berücksichtigen, dass in dem Urteil die Nutzungsart nicht auf das Wohnen festgelegt worden ist. Ein Nutzungsrecht würde auch den Gebrauch allein oder vorwiegend für andere Zwecke (Ausübung kleingewerblicher oder freiberuflicher Tätigkeit) einschließen, wofür ein Wohnungsrecht nach § 1093 BGB jedoch nicht infrage kommt (Palandt/Bassenge, BGB, 70. Aufl., § 1093 Rn. 3; Erman/Grziwotz, BGB, 13. Aufl., § 1093 Rn. 2). Dem Urteilstenor kann damit nicht mit der für die Eintragung eines Wohnungsrechts nach § 1093 BGB erforderlichen Klarheit und Eindeutigkeit entnommen werden, dass nur dieses Recht begründet werden soll. Die Sachlage liegt insoweit anders als in den Fällen, in denen – ohne weitere Angaben – ein Wohnungsrecht bewilligt wird, dessen nächstliegende Bedeutung das in § 1093 BGB bestimmte Recht zur ausschließlichen Nutzung einer Wohnung ist, auch wenn dies nicht ausdrücklich bestimmt wird (OLG Zweibrücken, DNotZ 1997, 327, 328; OLG Celle, OLGR 1997, 185, 186; a.A. OLG Stuttgart, BWNotZ 1990, 154, 155, das den Hinweis auf ein ausschließliches Recht zur Nutzung für unverzichtbar hält).

14 bb) Auch die gebotene Heranziehung der Gründe des Prozessurteils (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juni 2006 – IX ZR 15/04, BGHZ 168, 112, 121 Tz. 22) führt nicht zu dem von der Rechtsbeschwerde gewollten Ergebnis, dass der Beteiligte zu 2 zur Bewilligung eines Wohnungsrechts verurteilt worden ist.

15 (1) Den Ausführungen in den Urteilsgründen, dass in der notariellen Urkunde ein Recht zur Nutzung bestellt und ein Anspruch der Verkäufer auf dessen Eintragung begründet worden sei, lässt sich Art und Inhalt des einzutragenden Rechts nicht entnehmen. Die insoweit erforderliche Eindeutigkeit und Klarheit ergibt sich auch nicht aus der Erwägung des Prozessgerichts, dass das Recht den Verkäufern nur bis zum Tode des Längstlebenden zustehen sollte, weil das Versterben des Berechtigten bei allen in Betracht kommenden Rechten – beschränkt persönliche Dienstbarkeit (§ 1092 i.V.m. § 1061 Satz 1 BGB), Wohnungsrecht (§§ 1093, 1090 Abs. 2 i.V.m. § 1061 Satz 1 BGB) und Nießbrauch (§ 1061 Satz 1 BGB) – Erlöschensgrund ist.

16 (2) Ergibt sich – wie hier – auch aus den Urteilsgründen lediglich, dass ein Nutzungsrecht, aber nicht welches eingetragen werden soll, kann der Mangel nicht im Wege einer Auslegung der Urteilsgründe durch das Grundbuchamt behoben werden. Es darf auch keine Eintragung des Rechts erfolgen, das den von den Beteiligten verfolgten Zwecken am ehesten entspräche. Für die Auslegung einer die Eintragungsbewilligung ersetzenden Verurteilung nach § 894 ZPO gilt auch hier nichts anderes als für eine Eintragungsbewilligung, die das einzutragende dingliche Recht nicht erkennen lässt. Haben die Beteiligten sich nur im Grundsatz auf die Bestellung eines dinglichen Rechts, aber nicht auf den Typ des einzutragenden Rechts verständigt, ist der Eintragungsantrag zurückzuweisen. Die Auslegung nach § 133 BGB kann nicht über einen Mangel bei der Einigung hinweghelfen. Die Beteiligten müssen sich (auch) auf den Typ des einzutragenden dinglichen Rechts festgelegt haben und dürfen nicht die Bestimmung des ihren Zwecken am besten entsprechenden Rechts der Entscheidung des Grundbuchamts überlassen (vgl. BayObLG, BayObLGZ 1969, 97, 101; Wulff, MittRhNotK 1996, 41, 45).

17 (3) Die für die Eintragung erforderliche Bestimmtheit ergibt sich schließlich auch nicht unter Berücksichtigung der in dem Urteil des Prozessgerichts zitierten notariellen Urkunde. Die beurkundeten Erklärungen leiden an demselben Mangel wie das Urteil. Die Verpflichtung des Beteiligten zu 2, den Anspruch der Verkäufer auf unentgeltliche Überlassung der Wohnung durch Eintragung im Grundbuch absichern zu lassen, lässt selbst dann, wenn man hierin – wie das Prozessgericht – bereits die Einigung über die Bestellung des dinglichen Rechts erkennt, den Typ des einzutragenden Rechts nicht erkennen.

18 Hier ist der Wille der Beteiligten deshalb nicht mit der für eine Eintragung in das Grundbuch erforderlichen Klarheit und Eindeutigkeit festzustellen, weil der beurkundende Notar seiner Formulierungs- und Gestaltungspflicht, den Willen der Parteien in die der Rechtsordnung entsprechende Form zu transformieren (Eylmann/Vaasen/Limmer, Bundesnotarordnung/Beurkundungsgesetz, 3. Aufl., § 9 BeurkG Rn. 6; Lerch, BeurkG, 4. Aufl., § 9 Rn. 7), nicht nachgekommen ist und das Prozessgericht den Willen nicht mit den ihm zur Verfügung stehenden Beweismitteln aufgeklärt, sondern versehentlich einen der erforderlichen Bestimmtheit entbehrenden Titel geschaffen hat. Die sich daraus ergebende Ungewissheit kann von dem Grundbuchamt nicht mehr behoben werden, weil es zu Ermittlungen zur Aufklärung des entscheidungserheblichen Sachverhalts weder berechtigt noch verpflichtet ist (Senat, Beschlüsse vom 13. Juli 1959 – V ZB 6/59, BGHZ 30, 255, 258 und vom 28. April 1961 – V ZB 17/60, BGHZ 35, 135, 139; BayObLGZ 1973, 247, 249). Da sich aus den vorgelegten Urkunden nicht feststellen lässt, auf welches der in Betracht kommenden dinglichen Rechte sich die Beteiligten verständigt haben, ist der Eintragungsantrag zu Recht zurückgewiesen worden.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 535, 540, 543, 765, 767 BGB; Art. 103 GG; § 544 ZPO

Gewerbemiete; Hotelgrundstück; Bürgschaft des Untermieters für Zahlungsverpflichtungen des Mieters; Auslegung eines Vergleichs aus Inanspruchnahme des Bürgen

Die Auslegung eines Vergleichs aus der Inanspruchnahme des Untermieters und Bürgen für Zahlungsverpflichtungen des Hauptmieters kann die Berücksichtigung von Umständen außerhalb der Urkunde der Vergleichsvereinbarung erfordern. Angebotene Beweise, die wesentliche Erkenntnisse für die Auslegung ergeben können, dürfen nicht übergangen werden.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 7. 9. 2011 – XII ZR 114/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin macht als Vermieterin Ansprüche aus einem Gewerbemietvertrag gegenüber dem Beklagten geltend.

2 Die Parteien schlossen 1998 einen Mietvertrag über ein mit einem Hotel bebautes Grundstück der Klägerin. Ab dem Jahr 2004 vermietete der Beklagte die Immobilie mit Einverständnis der Klägerin an die H. GmbH unter, die eine selbstschuldnerische Bürgschaft für alle Zahlungsverpflichtungen des Beklagten aus dem Hauptmietvertrag übernahm. Nachdem die geschuldeten Mieten nur noch schleppend gezahlt wurden, erklärte die Klägerin im Mai 2006 gegenüber dem Beklagten die fristlose Kündigung des Mietvertrages. Die Untermieterin räumte das Hotel jedoch zunächst nicht.

3 Wegen rückständiger Mieten bis einschließlich Juli 2006 und Zahlung von Betriebskosten für das Jahr 2004 erhob die Klägerin gegen die Untermieterin als Bürgin Klage. In diesem Verfahren schlossen die Klägerin und die Untermieterin in der mündlichen Verhandlung vom 12. Februar 2007 einen Vergleich, wonach sich die Untermieterin verpflichtete zum Ausgleich aller wechselseitigen Ansprüche an die Klägerin 77.000 € zuzüglich 16% Mehrwertsteuer zu bezahlen. Für den Fall, dass die Untermieterin das Hotel bis zum 31. März 2007 geräumt an die Klägerin herausgegeben habe und zudem von der Untermieterin ein Betrag in Höhe von 38.000 € zuzüglich 16% Mehrwertsteuer bis zum 31. Mai 2007 an die Klägerin bezahlt worden sein sollte, erklärte die Klägerin den Verzicht auf den titulierten Mehrbetrag. Die Untermieterin nahm diesen Verzicht an.

4 Im unmittelbaren Anschluss an den Vergleich erklärte die Klägerin zu Protokoll, dass sie gegen Herrn F. (den Beklagten im vorliegenden Verfahren) keine Forderungen geltend machen werde, soweit die Untermieterin ihrer Verpflichtung aus dem soeben geschlossenen Vergleich vollständig nachkommen sollte.

5 Nach der Räumung durch die Untermieterin gab der Beklagte die Räumlichkeiten an die Klägerin zurück, wobei das Inventar des Hotelbetriebes nicht entfernt wurde. Im August 2007 konnte die Klägerin das Mietobjekt weitervermieten.

6 Mit ihrer Klage macht die Klägerin Nutzungsentschädigung für die Monate April bis Juli 2007 in Höhe eines Betrages von 39.015,20 € geltend. Zudem sei der Beklagte zur Zahlung zusätzlicher Abwassergebühren in Höhe von 5139,38 € ebenso verpflichtet wie zum Ausgleich der Nebenkostenabrechnung für das Jahr 2005 in Höhe von 5975,37 €.

Das Landgericht Köln hat die Klage abgewiesen, weil die Klägerin in dem landgerichtlichen Verfahren gegen die Untermieterin in der mündlichen Verhandlung erklärt habe, auf die Geltendmachung von Forderungen gegen den hiesigen Beklagten zu verzichten, soweit die Untermieterin den zuvor abgeschlossenen Vergleich erfülle. Diese Bedingung sei eingetreten. Das Oberlandesgericht Köln hat die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

7 Das Oberlandesgericht hat die Revision nicht zugelassen. Dagegen richtet sich die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin. Sie begehrt die Zulassung der Revision und verfolgt ihr Klagebegehren in vollem Umfang weiter.

8 **Aus den Gründen:** II. Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Nichtzulassungsbeschwerde ist begründet. Die zugelassene Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits (§ 544 Abs. 7 ZPO). Das Berufungsgericht hat, wie die Klägerin zu Recht rügt, deren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt.

9 1. Das Grundrecht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) gebietet es, dass sich das Gericht mit allen wesentlichen Punkten des Vortrags einer Partei auseinandersetzt. Zwar muss nicht jede Erwägung in den Urteilsgründen ausdrücklich erörtert werden (§ 313 Abs. 3 ZPO). Aus dem Gesamtzusammenhang der Gründe muss aber hervorgehen, dass das Gericht das zentrale, entscheidungserhebliche Vorbringen einer Partei berücksichtigt und in seine Überlegungen mit einbezogen hat (Senatsbeschluss vom 8. Februar 2006 – XII ZR 86/03 – GuT 2007, 37; BVerfG ZIP 1992, 1020, 1023 f.). In diesem Sinne verlangt Art. 103 Abs. 1 GG i.V. mit den Grundsätzen der Zivilprozessordnung die Berücksichtigung erheblicher Beweisanträge (BGH Beschluss vom 18. Januar 2005 – XI ZR 340/03 – BGHReport 2005, 939 Rn. 5; vgl. auch BVerfGE 60, 247, 249 ff.; 65, 305, 307; 69, 141, 143). Zwar gewährt Art. 103 Abs. 1 GG keinen Schutz dagegen, dass ein Gericht das Vorbringen der Beteiligten aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts ganz oder teilweise unberücksichtigt lässt. Die Nichtberücksichtigung eines als erheblich angesehenen Beweisangebots verstößt aber dann gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze mehr findet (BGH aaO Rn. 5; vgl. BVerfGE 50, 32, 36; 60, 250, 252; 65, 305, 307; 69, 141, 144).

10 a) Nach diesen Grundsätzen ist der Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG hier verletzt.

11 Das Berufungsgericht hat bei der Auslegung des zwischen der Klägerin und der Untermieterin abgeschlossenen Vergleichs entscheidungserhebliches Vorbringen der Klägerin nicht berücksichtigt.

12 Die Klägerin hat bereits erstinstanzlich vorgetragen, dass ihre Erklärungen in dem früheren Verfahren gegen die Untermieterin ausschließlich auf die dort streitgegenständlichen Ansprüche beschränkt sein sollten. Zweck des Vergleichs und der anschließend von ihr abgegebenen Erklärung sei gewesen, die Untermieterin nur von einer weiteren Inanspruchnahme durch den Beklagten hinsichtlich der streitgegenständlichen und vergleichsweise geregelten Ansprüche zu bewahren. Die Annahme, mit dem Vergleich sei bezweckt gewesen, dass für den Fall

der Räumung und Zahlung durch die Untermieterin auch sämtliche Ansprüche zwischen den Prozessparteien im vorliegenden Verfahren erledigt sein sollten, sei schlichtweg falsch. Zum Beweis dieses Vorbringens hat die Klägerin die Person, die als ihre Vertreterin die fraglichen Erklärungen abgegeben hat, und die Geschäftsführerin der Untermieterin als Zeugen benannt. In ihrer Berufungsbegründung hat die Klägerin dieses Vorbringen und die Beweisangebote, denen bereits das Landgericht nicht nachgegangen ist, wiederholt.

13 b) Das angefochtene Urteil lässt nicht erkennen, dass das Berufungsgericht dieses Vorbringen der Klägerin sowie den Beweisantritt zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen hat. In den Entscheidungsgründen führt das Berufungsgericht zur Begründung seines Auslegungsergebnisses nur aus, dass der zwischen der Klägerin und der Untermieterin abgeschlossene Vergleich seinen Zweck nur erfüllen könne, wenn gegen die Untermieterin nach der Erfüllung des Vergleichs weder von der Klägerin noch von dem Beklagten im Wege des Rückgriffs Forderungen erhoben werden könnten. Deshalb könnten von der Wirkung des Vergleichs lediglich Forderungen ausgenommen sein, denen eine eigene Pflichtverletzung des Beklagten zugrunde liege und die vom Beklagten nicht im Wege des Rückgriffs gegen die Untermieterin geltend gemacht werden könnten. Zu dem beweisbewehrten Vortrag der Klägerin, die Wirkungen des Vergleichs hätten nur die in dem damaligen Verfahren streitgegenständlichen Ansprüche erfassen sollen, verhält sich das Berufungsurteil nicht.

14 2. Durch das Übergehen des Vortrages und des Beweisantritts der Klägerin wird diese in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör auch in entscheidungserheblicher Weise verletzt (§ 544 Abs. 7 ZPO).

15 a) Zwar ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Ermittlung des Inhalts und der Bedeutung von Individualvereinbarungen grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten. Die Auslegung durch den Tatrichter kann deshalb vom Revisionsgericht grundsätzlich nur darauf geprüft werden, ob der Auslegungsstoff vollständig berücksichtigt worden ist, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder ob die Auslegung auf im Revisionsverfahren gerügten Verfahrensfehlern beruht, etwa weil wesentliches Auslegungsmaterial unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften außer Acht gelassen worden ist (Senatsurteil vom 21. Januar 2009 – XII ZR 79/07 – NJW-RR 2009, 593 [= GuT 2009, 22] Rn. 18; BGH Urteile vom 14. Dezember 2000 – I ZR 213/98 – WPM 2001, 1379, 1381 und vom 29. März 2001 – I ZR 312/98 – NJW-RR 2001, 1612, 1614). Dies gilt auch für Prozesserklärungen, soweit es deren materiell-rechtlichen Inhalt betrifft (Musielak/Ball ZPO 8. Aufl. § 546 Rn. 7).

16 b) Ein solcher revisionsrechtlich beachtlicher Verfahrensfehler liegt hier jedoch vor, weil das Berufungsgericht wesentliche Umstände für die Auslegung entgegen Art. 103 Abs. 1 GG, mithin unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften, nicht berücksichtigt hat.

17 (1) Grundsätzlich ist bei der Auslegung einer Vereinbarung in erster Linie der von den Parteien gewählte Wortlaut und der dem Wortlaut zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille zu berücksichtigen (vgl. BGHZ 150, 32 = NJW 2002, 3248, 3249; BGH Urteile vom 3. April 2000 – II ZR 194/98 – NJW 2000, 2099 und vom 17. Januar 2001 – VIII ZR 186/99 – VersR 2001, 370, 371 mwN). Der Tatrichter hat bei seiner Willenserforschung insbesondere den mit der Absprache verfolgten Zweck und die Interessenlage der Parteien zu berücksichtigen (BGH Urteil vom 13. März 2003 – IX ZR 199/00 – NJW 2003, 2235, 2236 [= GuT 2003, 141] mwN). Dabei können auch Umstände außerhalb der Urkunde für die Auslegung zu berücksichtigen sein (BGHZ 150, 32 = NJW 2002, 3248, 3250).

18 (2) Dem sind die Auslegungserwägungen des Oberlandesgerichts nicht gerecht geworden.

19 Das Berufungsgericht stützt sein Auslegungsergebnis allein auf die Interessenlage der Untermieterin, obwohl der Vergleichstext und die anschließend abgegebene Erklärung der Klägerin in dem damaligen Verfahren auch eine andere Auslegung zulassen. Insbesondere Ziffer 1 des Vergleichs deutet darauf hin, dass die Klägerin und die Untermieterin mit dem Vergleich nur die in diesem Verfahren streitgegenständlichen Ansprüche abgelten wollten. Auch die anschließend abgegebene Erklärung der Klägerin, dass sie gegen den Beklagten keine Forderungen geltend machen werde, soweit die Untermieterin ihrer Verpflichtung aus dem abgeschlossenen Vergleich nachkommen sollte, hat nicht zwingend das vom Berufungsgericht vertretene Auslegungsergebnis zur Folge. Diese Erklärung kann auch dahingehend verstanden werden, dass die Klägerin nur bezüglich der in dem damaligen Verfahren streitgegenständlichen Ansprüche auf eine Inanspruchnahme des Beklagten verzichtet. Ein solches Verständnis der Erklärung der Klägerin liegt bereits deshalb nahe, weil der Untermieterin in Ziffer 3 des Vergleichs die Möglichkeit eingeräumt wurde, durch Zahlung eines Teilbetrags bis zu einem festgelegten Termin ihre Schuld insgesamt zu tilgen. Durch diese Regelung im Vergleich bestand die Gefahr, dass die Klägerin in Höhe des Restbetrags den Beklagten in Anspruch nimmt und dieser dann bei der Untermieterin Regress sucht. In diesem Fall wäre der Untermieterin der wirtschaftliche Vorteil, den sie durch die Vereinbarung in Ziffer 3 des Vergleichs erreichen konnte, möglicherweise verloren gegangen. Die von der Klägerin im Anschluss an die Protokollierung des Vergleichs abgegebene Erklärung könnte daher auch den Zweck verfolgt haben, die Untermieterin vor dieser Gefahr zu schützen.

20 (3) Das Berufungsgericht hätte damit Anlass gehabt, für die Auslegung des Vergleichs und der Erklärung der Klägerin die Interessenlage der Beteiligten näher aufzuklären. Wesentliche Erkenntnisse für die Auslegung hätten sich dabei aus der Erhebung der von der Klägerin angebotenen Beweise ergeben können. Das Berufungsgericht hätte daher dieses Vorbringen der Klägerin nicht übergehen dürfen. Die Klägerin wurde dadurch in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt (§ 544 Abs. 7 ZPO).

21 c) Aufgrund der Gehörsverletzung ist das angegriffene Urteil insgesamt aufzuheben. Das Berufungsgericht hat nicht nur den Anspruch der Klägerin auf Zahlung von Miete für die Monate April bis Juli 2007 aufgrund der von ihm angenommenen Wirkung des Vergleichs verneint, sondern auch den geltend gemachten Anspruch auf Zahlung von Nebenkosten für das Jahr 2005. Soweit die Klägerin die Erstattung von Abwasserkosten für die Jahre 2004 und 2005 verlangt, hat das Berufungsgericht zwar ausgeführt, dass diese Forderung nicht schlüssig dargelegt sei. In erster Linie hat das Berufungsgericht jedoch diesen Anspruch ebenfalls mit der Begründung abgewiesen, dass sich die Wirkung des Vergleichs auch auf diese Forderung erstrecke. Für sämtliche streitgegenständliche Forderungen kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht bei einer anderen Auslegung des Vergleichs zu einem abweichenden Ergebnis gelangt.

22 3. Die angefochtene Entscheidung ist daher insgesamt aufzuheben und der Rechtsstreit zur Nachholung der Beweisaufnahme an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

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.

Art. 103 GG; §§ 535, 536, 254 BGB
Rechtliches Gehör; Gewerbemiete; Mangel erforderlicher Stellplätze; Genehmigungsfähigkeit; Mangelkenntnis der Parteien

Beweisanträgen zur Kenntnis einer Mietpartei von der fehlenden Genehmigungsfähigkeit des Mietobjekts (hier: Mangel erforderlicher Stellplätze) muss das Gericht ohne Verstoß gegen das Verbot vorweggenommener Beweiswürdigung nachgehen.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 17. 8. 2011 – XII ZR 153/09)

1 **Aus den Gründen:** Die Nichtzulassungsbeschwerde ist begründet und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

2 Das Berufungsgericht [OLG München] hat, wie die Beklagte zu Recht rügt, deren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt.

3 1. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung darauf gestützt, die Beklagte habe vor Abschluss des Mietvertrages mit der Klägerin gewusst, dass die für den vertragsgemäßen Gebrauch des Mietobjekts erforderlichen Stellplätze nicht vorhanden und auch nicht zu erlangen gewesen seien.

4 Dabei ist es davon ausgegangen, dass dem damaligen Vorstand der Beklagten H. aus seiner Vorstandstätigkeit für die Vormieterin ein früherer Genehmigungsbescheid der zuständigen Baubehörde und damit die fehlende Genehmigungsfähigkeit von Stellplätzen auf dem Mietgrundstück bekannt gewesen sei. Das Bestreiten der Beklagten sei deshalb „unbehelflich".

5 Das Berufungsgericht ist weiter davon ausgegangen, dass der damalige Vorstand der Beklagten H. der Klägerin versichert habe, zu den vorhandenen 12 Stellplätzen auf dem Mietgrundstück gebe es noch die Möglichkeit der Anmietung weiterer Stellplätze. Diese Annahme hat das Berufungsgericht auf die Aussage des von der Klägerin benannten Zeugen B. gestützt.

6 2. Diese Beurteilungen verletzen den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör, weil das Berufungsgericht entscheidungserheblichen und unter Beweis gestellten Vortrag der Beklagten übergangen hat.

7 a) Die Beklagte hat behauptet, ihrem damaligen Vorstand H. sei die Stellplatzproblematik und auch die der Vormieterin erteilte Baugenehmigung nicht bekannt gewesen. Erst durch ein nach Mietvertragsabschluss erhaltenes Schreiben der Lokalbaukommission habe er einen Hinweis auf eine mögliche Genehmigungsproblematik erhalten. Er habe auch vor der endgültigen Unterzeichnung des Mietvertrages gegenüber der Klägerin keine Zusagen über Stellplätze auf dem Mietgrundstück oder in der Umgebung gemacht.

8 Zum Beweis für diese Behauptungen hat sich die Beklagte zunächst auf die Vernehmung des H. als Partei berufen und, nachdem H. im Laufe des Berufungsverfahrens sein Amt als Vorstand der Beklagten niedergelegt hatte, ihn ausdrücklich als Zeugen für diese Behauptungen benannt.

9 Das Berufungsgericht durfte deshalb ohne Vernehmung des Zeugen H. nicht davon ausgehen, dass er in seiner Eigenschaft als Vorstand der Vormieterin Kenntnis von der fehlenden Genehmigungsfähigkeit der erforderlichen Stellplätze hatte und dass er der Klägerin gegenüber versichert hat, zu den vorhandenen Stellplätzen auf dem Mietgrundstück gebe es noch die Möglichkeit der Anmietung weiterer Stellplätze.

10 b) Das Berufungsgericht durfte auch nicht aus anderen Gründen von der Vernehmung des Zeugen H. absehen. Insbesondere lagen die Voraussetzungen für eine Zurückweisung des Beweisantrags nach § 531 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO nicht vor. H. war bis zu seinem Ausscheiden als Vorstand der Beklagten – zu einem Zeitpunkt vor der ersten Beweisaufnahme vor dem Berufungsgericht – Partei, erst danach erhielt er die Stellung als Zeuge (vgl. Zöller/Greger ZPO 28. Aufl. § 373 Rn. 4). Darauf hat die Beklagte alsbald hingewiesen. Eine Benennung des H. als Zeuge war nicht früher möglich und damit auch nicht nachlässig.

11 c) Soweit das Berufungsgericht das Bestreiten der Beklagten als unbehelflich angesehen und damit zum Ausdruck gebracht hat, die Kenntnis des H. von der fehlenden Zulässigkeit der Stellplätze sei bereits bewiesen, liegt darin ein Verstoß gegen das Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung und damit ebenfalls gegen Art. 103 Abs. 1 GG.

12 d) Das angefochtene Urteil beruht auch auf den Gehörsverletzungen, denn es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht zu einem abweichendem Ergebnis gelangt wäre, wenn es den von der Beklagten angebotenen Zeugenbeweis erhoben hätte.

13 3. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung weiter darauf gestützt, dass der Beklagten die Stellplatzproblematik auf dem Mietgrundstück vor Mietvertragsabschluss auch deshalb bekannt gewesen sei, weil nicht nur die Vormieterin, sondern auch die Beklagte ihre Verwaltung in dem Mietobjekt gehabt habe und auch ihre Mitarbeiter überwiegend identisch gewesen seien.

14 Die Nichtzulassungsbeschwerde rügt zu Recht, dass dieser Sachverhalt von keiner Partei vorgetragen worden ist. Soweit die Klägerin sich zur Nutzung des Mietobjekts geäußert hat, bezieht sich dies auf spätere Zeiträume. Auch ist nicht vorgetragen, dass die Mitarbeiter der Vormieterin und der Beklagten überwiegend identisch gewesen seien und eine Funktion hatten, die eine Wissenszurechnung an die Beklagte ermöglicht. Allein der Umstand, dass die Vormieterin eine Tochtergesellschaft der Beklagten war, reicht für diese Annahme nicht aus.

15 Durch die Zugrundelegung des nicht vorgetragenen Sachverhalts hat das Berufungsgericht die Beklagte in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (vgl. BGH Beschluss vom 20. Oktober 2008 – II ZR 207/07 – JR 2010, 33 Rn. 4).

16 4. Das Berufungsgericht hat eine grob fahrlässige Unkenntnis der Klägerin von der (mangels Stellplätzen) fehlenden Genehmigungsfähigkeit des Mietobjekts verneint. Diese Annahme hat es u. a. darauf gestützt, dass die vernommenen Zeugen keinen Nachweis für die Behauptung der Beklagten erbracht hätten, der Architekt der Klägerin sei am 8. Januar 2004 bei seinem Besuch bei der Lokalbaukommission im Besitz des der Vormieterin 1999 erteilten Genehmigungsbescheids gewesen.

17 Bei dieser Beurteilung hat das Berufungsgericht den von der Beklagten vorgelegten, unstreitig von der Sachbearbeiterin bei der Lokalbaukommission, der Zeugin M. , gefertigten Aktenvermerk nicht gewürdigt, aus dem sich ergibt, dass die Architekten der Klägerin am 8. Januar 2004 mit einer Baugenehmigung aus dem Jahr 1999 bei ihr erschienen sind.

18 Es hat weiter den von der Beklagten vorgelegten Schriftsatz der Klägerin in einem Rechtsstreit zwischen ihr und dem Makler unbeachtet gelassen, in dem die Klägerin vorgetragen hatte, dass ihr Architekt B. am 8. Januar 2004 die der Vormieterin erteilte Baugenehmigung aus dem Jahr 1999 von der Zeugin M. erhalten habe.

19 Damit hat das Berufungsgericht, wie die Nichtzulassungsbeschwerde zu Recht rügt, den Prozessstoff und das Beweisergebnis nicht umfassend gewürdigt (vgl. Musielak/Ball ZPO 7. Aufl. § 546 Rn. 9 mwN) und dadurch den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt.

20 Das Berufungsurteil beruht auch auf dem Gehörsverstoß. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht bei umfassender Würdigung eine grob fahrlässige Unkenntnis der Klägerin angenommen und das Mitverschulden der Klägerin nach § 254 BGB anders beurteilt hätte.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 91 ZPO
Kosten des Rechtsstreits; Privatgutachten; „Waffengleichheit"; Raummiete; Mieterhöhung

Die Kosten für ein Privatgutachten können nur ausnahmsweise als Kosten des Rechtsstreits angesehen werden.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 24. 4. 2012 – VIII ZB 27/11)

Beschlussatz: Auf die Anhörungsrüge des Klägers wird der Senatsbeschluss vom 13. März 2012 dahingehend abgeändert, dass die Rechtsbeschwerde des Klägers gegen den Beschluss der Zivilkammer 82 des Landgerichts Berlin vom 9. März 2011 auf seine Kosten nicht als unzulässig verworfen, sondern als unbegründet zurückgewiesen wird.

1 **Aus den Gründen:** Bei dem Senatsbeschluss vom 13. März 2012 blieb unberücksichtigt, dass es sich vorliegend um eine vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde handelt und der Senat hieran gebunden ist (§ 574 Abs. 3 Satz 2 ZPO). Auf die statthafte und auch im Übrigen zulässige Anhörungsrüge des Klägers gemäß § 321a ZPO ist der vorbenannte Senatsbeschluss wie aus dem Tenor ersichtlich abzuändern.

2 Die gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist allerdings unbegründet. Das Beschwerdegericht hat auf die Beschwerde der Beklagten den Kostenfestsetzungsantrag des Klägers bezüglich der Kosten des Privatgutachters im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zurückgewiesen.

3 1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Beschlüsse vom 1. April 2009 – XII ZB 12/07, NJW 2009, 2220 Rn. 11; vom 20. Dezember 2011 – VI ZB 17/11, MDR 2012, 464 Rn. 12 f.; vom 4. März 2008 – VI ZB 72/06, NJW 2008, 1597 Rn. 5 ff.; vom 23. Mai 2006 – VI ZB 7/05, NJW 2006 Rn. 5 ff.; vom 17. Dezember 2002 – VI ZB 56/02, BGHZ 153, 235 ff.) können die Kosten für ein Privatgutachten nur ausnahmsweise als Kosten des Rechtsstreits im Sinne des § 91 Abs. 1 ZPO angesehen werden. Eine Partei hat grundsätzlich ihre Einstandspflicht und ihre Ersatzberechtigung in eigener Verantwortung zu prüfen und den dadurch entstehenden Aufwand selbst zu tragen. Im Übrigen kommt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entscheidend darauf an, ob eine verständige und wirtschaftlich vernünftige Partei die Kosten auslösende Maßnahme ex ante als sachdienlich ansehen durfte. Dabei darf die Partei die zur vollen Wahrnehmung ihrer Belange erforderlichen Schritte ergreifen. Unter diesem Blickpunkt kommt eine Erstattung der Kosten eines Privatgutachtens dann in Betracht, wenn die Partei infolge fehlender Sachkenntnisse nicht zu einem sachgerechten Vortrag in der Lage ist.

4 2. Gemessen an diesen Maßstäben hat das Berufungsgericht die Erstattungsfähigkeit der vom Kläger geltend gemachten Privatgutachterkosten zutreffend verneint. Die Rechtsbeschwerde zeigt einen Rechtsfehler der tatrichterlichen Würdigung des Berufungsgerichts nicht auf. Insbesondere ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht hinsichtlich etwaiger bereits im Jahr 2007 entstandener Kosten des Privatgutachters einen Bezug zu einem sich konkret bereits abzeichnenden Prozess vermisst hat, weil das Mieterhöhungsverlangen des Beklagten erst vom 31. Januar 2008 datiert. Das gleiche gilt für die Würdigung des Berufungsgerichts, dass der Kläger jedenfalls aufgrund seines Berufs als Bauingenieur über ausreichende allgemeine Kenntnisse im Bauwesen verfügte, um sachgerechte Einwendungen ohne die Unterstützung eines speziellen Privatgutachters vorbringen zu können. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde war die Einschaltung des Privatgutachters aus dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit schon deshalb nicht geboten, weil sich, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, die Beklagte eines Privatgutachters nicht bedient hatte.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 180 ZPO; §§ 6, 7 ZVG
Ersatzzustellung; Postfach des Adressaten; Zustellungsvertreter; Zwangsversteigerungssache; Zuschlagsbeschwerde

Ein Postfach ist jedenfalls dann eine ähnliche Vorrichtung im Sinne von § 180 Satz 1 ZPO, wenn eine Wohnanschrift desjenigen, dem zugestellt werden soll, unbekannt oder nicht vorhanden ist.

Ein Zustellungsvertreter darf nicht bestellt werden, wenn dem Vollstreckungsgericht die Postfachadresse desjenigen, dem zugestellt werden soll, bekannt ist. Dennoch erfolgte Zustellungen an den Zustellungsvertreter sind unwirksam.

(BGH, Beschluss vom 14. 6. 2012 – V ZB 182/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Beteiligte zu 2 betreibt seit 2006 die Zwangsversteigerung des Grundstücks des Beteiligten zu 1.

2 Nachdem bekannt worden war, dass der Beteiligte zu 1 im Verlaufe des Verfahrens seine Wohnung hatte räumen müssen und ohne festen Wohnsitz war, bestellte das Vollstreckungsgericht [AG Dortmund] im April 2009 eine Zustellungsvertreterin. Seit Ende Mai 2009 befindet sich ein Vermerk in den Akten, aus dem sich ergibt, dass der Beteiligte zu 1 ein Postfach unterhält. Der Beschluss vom 23. Juni 2009 über die Anberaumung eines Versteigerungstermins auf den 6. August 2009 wurde der Zustellungsvertreterin zugestellt. In diesem Termin blieb der Beteiligte zu 7 Meistbietender. Der Zuschlagsbeschluss wurde der Zustellungsvertreterin am 7. August 2009 ausgehändigt.

3 Der Beteiligte zu 1, der erst am 14. September 2009 durch ein Gespräch bei dem Finanzamt von dem Versteigerungstermin erfahren haben will, hat am 27. September 2009 unter Hinweis darauf, dass sein Postfach im Gericht bekannt gewesen sei, Zuschlagsbeschwerde erhoben. Das Landgericht Dortmund hat der Beschwerde stattgegeben und den Zuschlagsbeschluss aufgehoben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde erstrebt der Beteiligte zu 7 die Wiederherstellung dieses Beschlusses. Der Beteiligte zu 1 beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

4 **Aus den Gründen:** II. Das Beschwerdegericht hält die Beschwerdefrist für gewahrt. Diese habe fünf Monate betragen, da der Zuschlagsbeschluss dem Beteiligten zu 1 nicht zugestellt worden sei. Die Zustellung an die Zustellungsbevollmächtigte sei unwirksam, weil die Voraussetzungen für deren Bestellung angesichts des von dem Beteiligten zu 1 bekannt gegebenen Postfachs nicht vorgelegen hätten. Mithilfe des Postfachs hätte der Zuschlagsbeschluss im Wege einer Ersatzzustellung nach § 180 Satz 1 ZPO zugestellt werden können. Die Beschwerde sei begründet, weil dem Beteiligten zu 1 der Beschluss über den Versteigerungstermin nicht vier Wochen vor dem Termin zugestellt worden sei. Schon zu diesem Zeitpunkt hätten die Voraussetzungen für eine Zustellung an einen Zustellungsvertreter nicht vorgelegen.

5 III. Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Das Beschwerdegericht hält die Zuschlagsbeschwerde zu Recht für zulässig und begründet.

6 1. Die zweiwöchige Frist für eine Beschwerde gegen die Erteilung des Zuschlags beginnt für Beteiligte, die bei der Verkündung der Entscheidung nicht anwesend waren, mit der Zustellung des Zuschlagsbeschlusses (§ 98 Satz 2, § 88 Satz 1 ZVG i.V.m. § 569 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Sie wäre für den Beteiligten zu 1 bei Einlegung der Beschwerde am 27. September 2009 (Sonntag) daher nur abgelaufen gewesen, wenn die am 7. August 2009 erfolgte Zustellung des Beschlusses an die Zustellungsvertreterin wirksam oder wenn der Zuschlagsbeschluss dem Beteiligten zu 1 vor dem 12. September 2009 tatsächlich zugegangen wäre (§ 189 ZPO). Beides ist nicht der Fall.

7 a) Die Zustellung des Zuschlagsbeschlusses an die Zustellungsvertreterin ist unwirksam. Nach § 6 Abs. 1 ZVG hat das

Vollstreckungsgericht einen Zustellungsvertreter zu bestellen, wenn ihm der Aufenthalt desjenigen, welchem zugestellt werden soll, nicht bekannt ist oder die Voraussetzungen für eine öffentliche Zustellung aus sonstigen Gründen (§ 185 ZPO) gegeben sind. So verhielt es sich bereits im Zeitpunkt der Bestellung der Zustellungsvertreterin nicht, weil dem Vollstreckungsgericht – wenn auch einer anderen Abteilung in einem Parallelverfahren – bekannt war, dass der Beteiligte zu 1 ein Postfach unterhielt. Im Übrigen hätte das Vollstreckungsgericht, selbst wenn die Bestellung der Zustellungsvertreterin wirksam gewesen wäre, gemäß § 7 Abs. 1 ZVG von weiteren Zustellungen an diese absehen müssen, nachdem die Akten einen Vermerk über das Postfach des Beteiligten zu 1 enthielten.

8 Das Beschwerdegericht geht zu Recht davon aus, dass die Kenntnis von einem Postfach desjenigen, dem zuzustellen ist, nach Sinn und Zweck des § 6 ZVG der Kenntnis von dessen Aufenthalt gleichsteht. Durch die Bestellung eines Zustellungsvertreters sollen Verzögerungen vermieden werden, die infolge einer sonst notwendig werdenden öffentlichen Zustellung von Beschlüssen des Vollstreckungsgerichts entstünden (vgl. Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, ZVG, 13. Aufl., § 6 Rn. 1; Steiner/Hagemann, ZVG 9. Aufl., § 6 Rn. 1 u. 6). Der Vorschrift des § 6 ZVG liegt also die Vorstellung zugrunde, dass nur eine öffentliche Zustellung (§ 185 ZPO) möglich ist, wenn der Aufenthalt desjenigen, dem zugestellt werden soll, unbekannt ist. Dies entsprach den vor dem Inkrafttreten des Zustellungsreformgesetzes vom 25. Juni 2001 (BGBl I S. 1206) geltenden Zustellungsvorschriften der Zivilprozessordnung, die Zustellungen an eine Postfachadresse nicht erlaubten. Durch das bloße Einlegen von Schriftstücken in einen Briefkasten oder eine ähnliche Einrichtung konnte eine Zustellung nicht bewirkt werden (vgl. § 181 ZPO aF). Eine Ersatzzustellung durch Niederlegung (§ 182 ZPO aF) war nur möglich, wenn der Empfänger an dem Bestimmungsort eine Wohnung hatte (vgl. BGH, Urteil vom 13. Oktober 1993 – XII ZR 120/92, NJW-RR 1994, 564; BayObLGSt 1962, 222). Auch die erleichterte Zustellung nach § 4 ZVG durch Aufgabe eines Einschreibens zur Post war bei einem Postfach unmöglich, da diese nur durch ein die Aushändigung an den Empfänger oder eine andere berechtigte Person erforderndes sog. „Übergabe"-Einschreiben, nicht aber durch ein sog. „Einwurf"-Einschreiben erfolgen kann (Stöber, ZVG, 19. Aufl., § 4 Anm. 2. 3; vgl. auch BVerwGE 112, 78).

9 Die Annahme, einer Person, deren Aufenthalt unbekannt sei, könne ein Schriftstück nur im Wege der öffentlichen Zustellung zugestellt werden, ist durch die genannte Reform der Vorschriften über die Zustellung jedoch überholt. Seither ist nämlich eine Ersatzzustellung durch Einlegen des Schriftstücks in einen zu der Wohnung oder dem Geschäftsraum gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung möglich, die der Adressat für den Postempfang eingerichtet hat und die für eine sichere Aufbewahrung geeignet ist (§ 180 Satz 1 ZPO). Gedacht hat der Gesetzgeber insoweit zwar primär an Vorrichtungen, die sich in räumlicher Nähe zu der Wohnung oder den Geschäftsräumen des Empfängers befinden (vgl. BT-Drucks. 14/4554 S. 21). Mit dem Wortlaut der Vorschrift vereinbar ist aber auch die Annahme, eine ähnliche Vorrichtung könne ein von dem Empfänger eingerichtetes Postfach sein (so BFH/NV 2005, 229; 2008, 1860, 1861; vgl. auch BGH, Beschluss vom 21. Januar 2010 – IX ZB 83/06, ZIP 2010, 395, 396 [= GuT 2010, 124] Rn. 10 sowie MünchKommZPO/Häublein, 3. Aufl., § 180 Rn. 4). Jedenfalls dann, wenn eine Zustellung unter der Wohnanschrift des Empfängers ausscheidet, weil diese unbekannt oder – wie hier – nicht vorhanden ist, gebieten Sinn und Zweck der Vorschrift, das Einlegen des Schriftstücks in ein Postfach als wirksame Ersatzzustellung anzusehen. Zustellungszweck ist es, dem Adressaten angemessene Gelegenheit zur Kenntnisnahme eines Schriftstücks zu verschaffen und den Zeitpunkt dieser Bekanntgabe zu dokumentieren (BT-Drucks. 14/4554 S. 14). Dabei soll insbesondere die Ersatzzustellung nach § 180 Satz 1 ZPO dem Adressaten einen leichteren und schnelleren Zugang zu der Sendung ermöglichen, als dies insbesondere bei einer Ersatzzustellung durch Niederlegung der Fall ist (aaO, S. 21). Diesem Anliegen des Gesetzgebers entsprechend ist eine solche Ersatzzustellung auch zuzulassen, wenn zwar kein Wohnort des Empfängers bekannt oder vorhanden, wohl aber eine briefkastenähnliche Vorrichtung zum Postempfang eingerichtet ist. Denn hierdurch wird dem Empfänger die Kenntnisnahme des Schriftstücks in vergleichbar sicherer und einfacher Weise ermöglicht wie bei dem Einlegen in einen Briefkasten; zugleich werden Zustellungsformen vermieden, die den Zugang zu dem Schriftstück deutlich stärker erschweren, insbesondere die öffentliche Zustellung (§ 185 ZPO) oder eine Zustellung nach §§ 6, 7 ZVG.

10 b) Das Beschwerdegericht nimmt ferner zu Recht an, dass der Zustellungsmangel nicht vor dem 12. September 2009 nach § 189 ZPO geheilt worden ist. Die Rüge der Rechtsbeschwerde, der Beteiligte zu 1 habe nicht dargelegt, wann und wie er Kenntnis von dem Zuschlagsbeschluss erlangt hat, ist unbegründet. Dem angefochtenen Beschluss lässt sich entnehmen, dass er erstmals am 14. September 2009 durch ein Gespräch im Finanzamt von der durchgeführten Versteigerung erfahren haben will. Hieraus erklärt sich zugleich, dass er die Zuschlagsbeschwerde eingelegt hat, bevor ihm der Zuschlagsbeschluss durch die Zustellungsvertreterin ausgehändigt worden ist. Dass eine Beschwerde auch dann wirksam eingelegt werden kann, wenn dem Beschwerdeführer die angefochtene Entscheidung noch nicht zugegangen ist, entspricht allgemeiner Auffassung (vgl. nur Zöller/Heßler, ZPO, 29. Aufl., § 569 Rn. 4).

11 2. Die Zuschlagsbeschwerde ist begründet. Der Erteilung des Zuschlags steht der Versagungsgrund des § 83 Nr. 1 ZVG entgegen, weil die Vorschrift des § 43 Abs. 2 ZVG verletzt worden ist. Danach ist der Versteigerungstermin aufzuheben, wenn dem Schuldner die Terminsbestimmung nicht vier Wochen vor dem Termin zugestellt wurde. Hieran fehlt es, da die Terminsbestimmung vom 23. Juni 2009 der Zustellungsvertreterin zugestellt worden ist, obwohl dem Vollstreckungsgericht zu diesem Zeitpunkt bekannt war, dass der Beteiligte zu 1 ein Postfach unterhält. Eine Heilung des Verfahrensmangels (§ 84 Abs. 1 ZVG) hat das Beschwerdegericht mit zutreffenden Erwägungen verneint; die Rechtsbeschwerde erhebt insoweit auch keine Einwendungen.

12 IV. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Dass der Beteiligte zu 7 die Gerichtskosten des von ihm erfolglos betriebenen Rechtsbeschwerdeverfahrens zu tragen hat, folgt aus dem Gesetz. Ein Ausspruch über die außergerichtlichen Kosten scheidet aus, weil sich die Beteiligten bei der Zuschlagsbeschwerde grundsätzlich nicht als Parteien im Sinne der Zivilprozessordnung gegenüberstehen (vgl. Senat, Beschluss vom 25. Januar 2007 V ZB 125/05, BGHZ 170, 378, 381 Rn. 7).

13 Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens ist für die Gerichtsgebühren nach dem Wert des Zuschlagsbeschlusses festzusetzen (§ 47 Abs. 1 Satz 1 GKG) und entspricht dem Meistgebot (§ 54 Abs. 2 Satz 1 GKG). Der Wert für die anwaltliche Vertretung des Beteiligten zu 1 richtet sich nach dem Wert des Grundstücks (§ 26 Nr. 2 RVG), derjenige für die anwaltliche Vertretung des Beteiligten zu 7 nach seinem höchsten Gebot (§ 26 Nr. 3 RVG).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Postfach als Widerrufsadresse im Fernabsatz: BGH GuT 2012, 75; Zugang von Schriftstücken bei Postfachanschrift der Finanzbehörde: BFH GuT 2008, 72 KL.

www.prewest.de

Februar 2007 – 28. Mai 2012: 572 577 Zugriffe

§ 321a ZPO
Mietsache; Raummiete; Anhörungsrüge; Fortführung des Verfahrens; reformatio in peius; Begründung des neuen Urteils durch Bezugnahme auf vorausgegangenes Urteil; Substantiierung von Mängeln im Prozess

Zum Umfang der gerichtlichen Prüfung bei der Fortführung des Verfahrens gemäß § 321a Abs. 5 ZPO.

(BGH, Urteil vom 20. 6. 2012 – VIII ZR 268/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Beklagte ist seit dem 1. Januar 1986 Mieter einer Wohnung in Köln, die Klägerin ist die Vermieterin. Die Bruttomiete beträgt 518,19 € monatlich.

2 Zwischen den Parteien kam es zu einer Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten, unter anderem über eine Mietminderung wegen Lärmbelästigung durch das Gebell von Hunden der im selben Haus wohnenden Tochter der Klägerin. Insoweit entschied das Amtsgericht Köln mit Urteil vom 24. April 2007 (205 C 369/06), dass die Miete für einen zurückliegenden Zeitraum in Höhe von monatlich 81,14 € gemindert war.

3 Mit Schreiben vom 20. Februar 2009 kündigte die Klägerin das Mietverhältnis, soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse, fristlos wegen Zahlungsverzugs. Sie begehrt mit ihrer Klage die Räumung und Herausgabe der Wohnung, die Räumung des Dachbodens von den Sachen des Beklagten sowie die Entfernung eines im Treppenhaus abgestellten Schuhregals. Der Beklagte ist der Auffassung, dass zur Kündigung berechtigende Mietrückstände nicht bestünden, weil die Miete wegen fortdauernden Hundegebells weiterhin gemindert sei.

4 Das Amtsgericht Köln hat der Klage stattgegeben. Das Landgericht Köln hat die Berufung des Beklagten mit Urteil vom 11. November 2010 zurückgewiesen; mit Beschluss vom 24. Mai 2011 hat es das Urteil hinsichtlich der Vollstreckbarkeit und der Räumungsfrist ergänzt. Auf die Anhörungsrüge des Beklagten hat das Landgericht mit Urteil vom 28. Juli 2011 – berichtigt mit Beschluss vom 29. September 2011 – das vorangegangene Urteil vom 11. November 2010 mit den Ergänzungen aus dem Beschluss vom 24. Mai 2011 aufrechterhalten. Dagegen wendet sich der Beklagte mit der vom Berufungsgericht im Urteil vom 28. Juli 2011 zugelassenen Revision, mit der er sein Klageabweisungsbegehren weiterverfolgt.

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

6 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seines Urteils vom 28. Juli 2011, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

7 Die Anhörungsrüge des Beklagten sei zulässig und begründet, führe jedoch im Fortsetzungsverfahren nicht zu einer Abänderung des Urteils vom 11. November 2010. Im Rahmen der gebotenen Verfahrensfortsetzung sei erneut zu prüfen, ob zur Zeit der Kündigung der Klägerin vom 20. Februar 2009 ein Rückstand von mehr als zwei Monatsmieten bei dem Beklagten bestanden habe. Insoweit sei das Gericht in seiner Entscheidung frei; ein Verbot der reformatio in peius gebe es hier nicht. Gegenstand der Überprüfung im Fortsetzungsverfahren sei die gesamte Abrechnung von Ansprüchen der Klägerin und Gegenansprüchen des Beklagten. Danach verbleibe es in der Sache bei der Entscheidung aus dem Urteil vom 11. November 2010. Auch unter Berücksichtigung der vom Beklagten als übergangen gerügten Positionen habe bei Ausspruch der Kündigung vom 20. Februar 2009 ein Mietrückstand von 1340,48 € und damit von mehr als zwei Monatsmieten bestanden. Das reiche als Kündigungsgrund im Sinne des § 543 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b BGB aus.

8 In dem in Bezug genommenen Urteil vom 11. November 2010 hat das Berufungsgericht, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

9 Eine Mietminderung wegen andauernden Hundegebells stehe dem Beklagten nicht zu. Zu Recht habe das Amtsgericht den betreffenden Vortrag des Beklagten in den Schriftsätzen bis zum 30. Juli 2009 als unsubstantiiert angesehen. Zwar sei dem Beklagten mit Urteil des Amtsgerichts Köln vom 24. April 2007 eine Mietminderung in Höhe von monatlich 81,14 € wegen Hundegebells für einen vor April 2007 liegenden Zeitraum zugebilligt worden. Da es sich aber bei einer Lärmbelästigung durch Hundegebell um ein immer wieder neu auftretendes Problem in unterschiedlicher Stärke handele, habe der Beklagte sich nicht auf den Vortrag beschränken dürfen, die Situation sei seit Erlass des genannten Urteils unverändert.

10 Zwar bestünden Bedenken, den Sachvortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 31. Juli 2009, wie es das Amtsgericht getan habe, als verspätet zurückzuweisen. Auch dieser Schriftsatz reiche aber zur Substantiierung nicht aus. Konkrete Angaben zu dem Hundelärm – wie etwa Dauer des Bellens, Verteilung über den Tag bzw. die Nacht, Lautstärke – würden auch hier nicht gemacht. Da aber der Beklagte, der sich auf eine Minderung der Miete berufe, darlegen und beweisen müsse, welche Beeinträchtigungen im Einzelnen zu einer Minderung führten, sei ihm auch hier ein konkreter Vortrag bezogen auf die hier streitigen Zeiträume abzuverlangen. Daran fehle es in der ersten Instanz. Dass der Beklagte zudem den Mangel in der hier streitigen Zeit der Klägerin erneut angezeigt hätte, sei ebenfalls nicht vorgetragen.

11 Soweit der Beklagte erstmals im Berufungsverfahren ein Lärmprotokoll betreffend den Zeitraum vom 2. April 2008 bis 14. Juni 2008 vorgelegt habe, sei dies gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht mehr zulässig. Dass die von dem Beklagten behauptete Lärmbelästigung durch die Hunde einer der Kernpunkte dieses Rechtsstreits gewesen sei, habe auf der Hand gelegen. Dass bei der Geltendmachung eines derartigen Anspruchs ein konkreter Vortrag zu Art und Dauer der Beeinträchtigung notwendig sei, hätte dem Beklagten von Anfang an klar sein müssen. Die Zurückhaltung des Lärmprotokolls – wenn es denn schon vorher erstellt worden sei – beruhe damit auf der Nachlässigkeit des Beklagten. Zudem erscheine auch fraglich, ob die Vorlage eines Lärmprotokolls über einen Zeitraum von sechs Wochen ohne konkreten Vortrag im Übrigen ausreiche, um eine Minderung über mehr als vier Jahre zu begründen.

12 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung vom 20. Februar 2009 nicht bejaht werden. Nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachvortrag des Beklagten sind die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b BGB für eine fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs nicht erfüllt.

13 1. Ohne Erfolg beanstandet die Revision, das Berufungsgericht habe in seinem Urteil vom 28. Juli 2011 den Prüfungsumfang bei der Fortführung des Verfahrens gemäß § 321a Abs. 5 ZPO nach erfolgreicher Anhörungsrüge überschritten. Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte nur über die vom Beklagten mit Recht als übergangen gerügte Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch in Höhe von 455,80 € befinden, nicht aber unter Berücksichtigung aller Ansprüche und Gegenansprüche noch einmal insgesamt prüfen dürfen, ob ein die fristlose Kündigung rechtfertigender Zahlungsrückstand bestanden habe. Das trifft nicht zu.

14 Das Berufungsgericht war bei der Fortführung des Verfahrens nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, die Kündigungsvoraussetzungen unter Berücksichtigung des übergangenen Vortrags des Beklagten erneut zu prüfen und die Abrechnung der gegenseitigen Ansprüche nicht nur zu Gunsten, sondern gegebenenfalls auch zu Lasten des Beklagten zu korrigieren. Es war nicht an eine etwa fehlerhafte Berechnung in seinem Urteil vom 11. November 2010 gebunden. Das Verbot der reformatio in peius gilt im Fortsetzungsverfahren nach erfolgreicher Anhörungsrüge nicht (Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., § 321a Rn. 18 mwN). Denn die Rüge nach § 321a ZPO

ist kein Rechtsmittel. Das Verfahren wird lediglich in den Zustand vor der Ausgangsentscheidung zurückversetzt. Alsdann ist das Gericht in seiner Entscheidung frei (OLG Frankfurt, NJW 2004, 165, 168; Zöller/Vollkommer, aaO).

15 2. Es trifft auch nicht zu, dass das Urteil vom 28. Juli 2011, wie die Revision meint, unvollständig und nicht mit Gründen im Sinne des § 547 Nr. 6 ZPO versehen wäre, weil es keine Ausführungen zu der vom Beklagten beanspruchten Mietminderung wegen Hundegebells enthalte. Denn das angefochtene Urteil nimmt auf das vorangegangene Urteil vom 11. November 2010 Bezug und stellt fest, dass es in der Sache bei der Entscheidung aus dem Urteil vom 11. November 2010 verbleibt. Darin liegt eine hinreichend deutliche Bezugnahme auch auf die Entscheidungsgründe des Urteils vom 11. November 2010, soweit im Urteil vom 28. Juli 2011 keine abweichenden Feststellungen getroffen worden sind.

16 3. Die Revision rügt aber mit Recht, dass das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft unter Verstoß gegen § 286 ZPO dem Sachvortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 31. Juli 2009 zur streitigen Mietminderung wegen Hundegebells nicht nachgegangen ist. Die Annahme des Berufungsgerichts im Urteil vom 11. November 2010, der Beklagte habe hierzu nicht hinreichend konkret vorgetragen, trifft nicht zu. Das Berufungsgericht hat die Substantiierungsanforderungen in nicht vertretbarer Weise überspannt und es dadurch versäumt, den entscheidungserheblichen Sachvortrag des Beklagten in der nach § 286 ZPO gebotenen Weise zur Kenntnis zu nehmen und die angebotenen Beweise zu erheben.

17 a) Allerdings hat das Berufungsgericht das Vorbringen des Beklagten im Schriftsatz vom 31. Juli 2009, das vom Amtsgericht als verspätet zurückgewiesen worden war, mit Recht nicht schon aus prozessualen Gründen (§ 531 Abs. 1 ZPO) unberücksichtigt gelassen. Die in der Revisionserwiderung erhobene Verfahrensrüge, das Berufungsgericht hätte dieses Vorbringen gemäß § 531 Abs. 1 ZPO als ausgeschlossen ansehen müssen, hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO). Es kommt deshalb nicht auf die überwiegend verneinte Frage an, ob die Berücksichtigung von Vorbringen entgegen § 531 Abs. 1 ZPO überhaupt revisibel ist (dazu Zöller/Vollkommer, aaO, § 531 Rn. 39 mwN).

18 b) Da die Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes eintritt, genügt der Mieter seiner Darlegungslast schon mit der Darlegung eines konkreten Sachmangels, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigt; das Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung (oder einen bestimmten Minderungsbetrag) braucht er hingegen nicht vorzutragen (st. Rspr.; Senatsurteil vom 29. Februar 2012 – VIII ZR 155/11, WuM 2012, 269 [= GuT 2012, 125] Rn. 17; Senatsbeschluss vom 25. Oktober 2011 – VIII ZR 125/11, NJW 2012, 382 [= GuT 2011, 298] Rn. 16 mwN). Bei wiederkehrenden Beeinträchtigungen durch Lärm oder Schmutz ist die Vorlage eines detaillierten „Protokolls“ nicht erforderlich. Vielmehr genügt grundsätzlich eine Beschreibung, aus der sich ergibt, um welche Art von Beeinträchtigungen es geht und zu welchen Tageszeiten, über welche Zeitdauer und in welcher Frequenz diese ungefähr auftreten. Dies gilt erst recht, wenn die Umstände das Auftreten derartiger Beeinträchtigungen ohnehin nahelegen (Senatsurteil vom 29. Februar 2012 – VIII ZR 155/11, aaO).

19 c) Gegen diese Grundsätze hat das Berufungsgericht verstoßen, indem es den erstinstanzlichen Sachvortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 31. Juli 2009 als unsubstantiiert angesehen hat. Wie die Revision mit Recht geltend macht, hat der Beklagte auf den Seiten 24 bis 30 dieses Schriftsatzes seine Behauptung, dass die Lärmbelästigung durch das Gebell der von der Tochter der Klägerin weiterhin gehaltenen drei bis vier Hunde auch nach dem Urteil des Amtsgerichts Köln vom 24. April 2007 unvermindert fortgedauert habe, im Einzelnen dargelegt und durch Zeugen unter Beweis gestellt. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bedurfte es unter diesen Umständen keiner weitergehenden Angaben zur Dauer des Bellens, zu dessen Verteilung über den Tag sowie zur Lautstärke des Hundelärms und damit auch nicht des vom Beklagten im zweiten Rechtszug vorgelegten – vom Berufungsgericht nicht zugelassenen – „Bellprotokolls“.

20 d) Dem Vorbringen des Beklagten im Schriftsatz vom 31. Juli 2009 hätte das Berufungsgericht nachgehen müssen, weil es entscheidungserheblich war. Denn wenn die Behauptung des Klägers zutraf und weiterhin eine Mietminderung in Höhe von 81,14 € rechtfertigte, die das Amtsgericht Köln wegen des Hundegebells in seinem Urteil vom 24. April 2007 im Vorprozess für gerechtfertigt gehalten hatte, bestand im Zeitpunkt der Kündigung vom 20. Februar 2009 kein Mietrückstand und damit auch kein Recht der Klägerin zur fristlosen Kündigung gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b BGB.

21 e) Einer Mietminderung wegen des fortdauernden Hundegebells steht auch nicht die Annahme des Berufungsgerichts entgegen, der Beklagte habe nicht vorgetragen, dass er den Mangel in der hier streitigen Zeit der Klägerin erneut angezeigt habe (vgl. § 536c Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BGB). Die Revision verweist mit Recht auf das im Schriftsatz vom 31. Juli 2009 (Seite 39) angeführte, als Anlage B 19 vorgelegte Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Beklagten vom 27. September 2007, in dem auch für die Zeit nach dem Urteil des Amtsgerichts Köln eine Mietminderung „wegen des im gleichen Umfang nach wie vor vorhandenen, unerträglichen Hundegebells“ beansprucht wird. Nach dieser erneuten Mängelanzeige musste der Beklagte eine entsprechende Mitteilung nicht ständig wiederholen. Für die Klägerin konnte aufgrund des Schreibens vom 27. September 2007 nicht zweifelhaft sein, weshalb der Beklagte die Miete weiterhin minderte.

22 III. Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 561 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, weil das Berufungsgericht keine Feststellungen zur geltend gemachten Mietminderung getroffen hat. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 91a, 574, 568, 577 ZPO; Art. 101 GG
Rechtsbeschwerde; Zulassung durch den Einzelrichter über Kostenentscheidung nach Erledigung; Mietrechtsstreit

Die Zulassung der Rechtsbeschwerde durch den Einzelrichter des Landgerichts gegen die Kostenentscheidung nach übereinstimmender Erledigung (hier:) des Mietrechtsstreits verletzt das verfassungsrechtliche Gebot des gesetzlichen Richters und entbehrt des materiell-rechtlichen Zulassungsgrunds.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 8. 5. 2012 – VIII ZB 91/11)

1 **Aus den Gründen:** I. Das Amtsgericht Bergisch Gladbach hat nach übereinstimmender Erledigterklärung eines Mietrechtsstreits den Klägern gemäß § 91a ZPO die Kosten des Rechtsstreits auferlegt. Das Landgericht Köln hat mit Beschluss des Einzelrichters vom 1. September 2011 die gegen diesen Beschluss gerichtete sofortige Beschwerde der Kläger zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde zugelassen.

2 II. Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

3 1. Das Rechtsmittel ist statthaft. Die Entscheidung des Landgerichts, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, ist für den Senat bindend (§ 574 Abs. 3 Satz 2 ZPO). Darauf, ob das Beschwerdegericht die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO zutreffend beurteilt hat, kommt es hierbei nicht an (Senatsbeschluss vom 22. November 2011 – VIII ZB 81/11, NJW-RR 2012, 125 [= WuM 2012, 46] Rn. 8). Auch der Umstand, dass die Zulassungsentscheidung durch den Einzelrichter unter Miss-

achtung des Verfahrens nach § 568 Satz 2 ZPO (Übertragung auf die mit drei Mitgliedern besetzte Kammer) erfolgt ist, ändert an der Wirksamkeit der Zulassung nichts (Senatsbeschluss vom 22. November 2011 – VIII ZB 81/11, aaO).

4 2. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet. Der angefochtene Beschluss unterliegt – wie die Kläger zu Recht geltend machen – bereits deshalb der Aufhebung, weil er unter Verletzung des verfassungsrechtlichen Gebots des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) ergangen ist. Denn nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs obliegt die Entscheidung über die Zulassung der Rechtsbeschwerde – wie sich aus § 568 Satz 2 ZPO ergibt – nicht dem Einzelrichter, sondern dem Kollegium (BGH, Beschluss vom 13. März 2003 – IX ZB 134/02, BGHZ 154, 200, 202 f.; Senatsbeschluss vom 22. November 2011 – VIII ZB 81/11, aaO; BGH, Beschluss vom 24. November 2011 – VII ZB 33/11, WPM 2012, 140 Rn. 9 f.; jeweils mwN). An dieser Rechtsprechung ist trotz der von der Rechtsbeschwerdeerwiderung hiergegen geäußerten Bedenken, die bereits von der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erwogen und nicht für durchgreifend erachtet wurden, festzuhalten. Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 577 Abs. 6 Satz 3 ZPO abgesehen.

5 3. Die Sache ist deshalb unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses an das Beschwerdegericht – Einzelrichter – zurückzuverweisen (§ 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO).

6 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

7 Im Streitfall ist, nachdem die Parteien die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben, nur noch gemäß § 91a Abs. 1 Satz 1 ZPO unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen über die Kosten des Rechtsstreits zu entscheiden. Dabei ist es – auch im Rechtsbeschwerdeverfahren – nicht Zweck einer Kostenentscheidung nach § 91a ZPO, Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu klären oder das Recht fortzubilden (vgl. Senatsbeschluss vom 28. Oktober 2008 – VIII ZB 28/08, NJW-RR 2009, 422 Rn. 5; BGH, Beschluss vom 7. Oktober 2008 – XI ZB 24/07, NJW-RR 2009, 425 Rn. 9; jeweils mwN). Gegen eine Kostenentscheidung gemäß § 91a ZPO darf die Rechtsbeschwerde daher nicht aus materiellrechtlichen Gründen zugelassen werden, da es nicht Zweck des Kostenverfahrens ist, Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu klären oder das Recht fortzubilden, soweit es um Fragen des materiellen Rechts geht (BGH, Beschluss vom 7. Oktober 2008 – XI ZB 24/07, aaO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 533, 596 ZPO
Mietsache; Abstehen vom Urkundenprozess in der Berufungsinstanz; Mietrückstand; Mangel

a) Das Abstehen vom Urkundenprozess ist in der Berufungsinstanz wie eine Klageänderung zu behandeln und daher zulässig, wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht es für sachdienlich erachtet (Anschluss an BGH, Urteil vom 13. April 2011 – XII ZR 110/09, BGHZ 189, 182 Rn. 24 ff. [= GuT 2011, 310 KL]).

b) Zur Sachdienlichkeit des Abstehens vom Urkundenprozess in der Berufungsinstanz (Anschluss an BGH, Urteil vom 13. April 2011 – XII ZR 110/09, aaO Rn. 38 ff.).

(BGH, Urteil vom 4. 7. 2012 – VIII ZR 109/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagten sind seit dem Jahre 2002 Mieter einer Wohnung der Klägerin in D. Mitte des Jahres 2007 zeigten sie der Klägerin schriftlich mehrere Mängel – darunter den hier streitgegenständlichen, unstreitig vorhandenen Schimmelbefall in Küche, Schlafzimmer und Kinderzimmer – an und minderten fortan die Miete. Mit Schreiben vom 30. Dezember 2008 erklärte die Klägerin die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs.

2 Die Klägerin hat im Urkundenprozess die Zahlung rückständiger Miete in Höhe von 6393,77 € nebst Zinsen sowie die künftige Zahlung der vereinbarten Miete begehrt.

3 Das Amtsgericht Dresden hat die Klage als im Urkundenprozess unstatthaft abgewiesen. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin ein Sachverständigengutachten aus einem von den Parteien parallel geführten selbständigen Beweisverfahren vorgelegt, das unter anderem Ausführungen zu den von den Beklagten auch im vorliegenden Verfahren behaupteten baulichen Mängeln der Mietsache enthält. Sie hat im Anschluss hieran die Abstandnahme vom Urkundenprozess erklärt. Die Berufung der Klägerin [LG Dresden] ist ohne Erfolg geblieben.

4 Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

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

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

7 Das Amtsgericht habe die Klage mit Recht als im Urkundenprozess unstatthaft abgewiesen. Die von der Klägerin in der Berufungsinstanz erklärte Abstandnahme vom Urkundenprozess sei unzulässig mit der Folge, dass der Rechtsstreit als Urkundenprozess anhängig bleibe. Zwar sei nach richtiger Auffassung die Abstandnahme vom Urkundenprozess in der Berufungsinstanz auch nach der ZPO-Reform unter den Voraussetzungen des § 533 ZPO zulässig. Die Voraussetzungen des § 533 ZPO seien vorliegend jedoch nicht gegeben, da die Beklagten in die Abstandnahme vom Urkundenprozess nicht eingewilligt hätten und die Abstandnahme auch nicht sachdienlich sei (§ 533 Nr. 1 ZPO). Sachdienlichkeit sei bei der gebotenen prozesswirtschaftlichen Betrachtungsweise zu verneinen, wenn das Gericht bei Zulassung zur Beurteilung und Entscheidung eines völlig neuen, bis dahin zwischen den Parteien nicht erörterten Streitstoff genötigt würde, ohne dass dafür das Ergebnis der bisherigen Prozessführung verwertet werden könne. Dies sei hier der Fall. In einem ordentlichen Verfahren würden die Parteien schwerpunktmäßig darum streiten, auf welchen Ursachen die Schimmelbildung in der Wohnung der Beklagten beruhe und welche Partei sie zu vertreten habe. Mit der Frage nach den Ursachen des Schimmelbefalls, insbesondere ob ein Mangel in der Bausubstanz oder ein fehlerhaftes Nutzungsverhalten der Beklagten vorliege, habe sich das Amtsgericht nicht befasst. Hierzu seien neuer Tatsachenstoff und neue Beweismittel erforderlich. Danach könne ein ordentliches Verfahren nicht allein auf Tatsachen gestützt werden, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin zugrunde zu legen habe (§ 533 Nr. 2 ZPO).

8 Die vorliegende Klage sei im Urkundenprozess unstatthaft, da sich die Höhe des Mietzinses nicht allein aus der vorgelegten Mietvertragsurkunde ergebe. Denn es liege unstreitig ein Schimmelbefall in der Wohnung der Beklagten vor, der einen Mangel der Mietsache darstelle. Insoweit unterscheide sich der vorliegende Fall von der Fallkonstellation, in welcher der Mieter Mängel der Mietsache behaupte und in der der Bundesgerichtshof eine Mietzahlungsklage im Urkundenprozess für statthaft erachte, weil die Mangelfreiheit nicht zu den für die Begründung des Anspruchs auf Miete erforderlichen Tatsachen gehöre.

9 Ob der als Mangel zu qualifizierende unstreitige Schimmelbefall die Beklagten zur Minderung berechtige, hänge davon ab, wer die Schimmelbildung in der Wohnung der Beklagten zu vertreten habe. Hier sei eine Beweislastverteilung nach Verantwortungsbereichen vorzunehmen. Für die Aufklärung der Ursache von Feuchtigkeitsschäden habe zunächst der Vermieter darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass die Mietsache frei von Baumängeln sei und dass der Zustand der Fenster, der Türen und der Heizung keinen Einfluss auf die Mängel ausübe. Erst wenn der Vermieter bewiesen habe, dass die Schadensursache im Bereich des Mieters gesetzt worden sei, müsse sich der Mieter umfassend entlasten. Den Beweis, dass

der aufgetretene Schimmelbefall seine Ursache nicht im Verantwortungsbereich der Klägerin, sondern im Obhutsbereich der Beklagten als Mieter habe, könne die Klägerin mit den Mitteln des Urkundenprozesses nicht führen, da hierzu regelmäßig ein Sachverständigengutachten erforderlich sei, das im Urkundenverfahren aber kein zulässiges Beweismittel darstelle.

10 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht die von der Klägerin im Berufungsverfahren erklärte Abstandnahme vom Urkundenprozess als nicht sachdienlich und daher unzulässig angesehen.

11 1. Im Ausgangspunkt zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass ein Abstehen vom Urkundenprozess grundsätzlich auch noch in der Berufungsinstanz möglich ist.

12 a) Nach § 596 ZPO kann ein Kläger, ohne dass es der Einwilligung des Beklagten bedarf, bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung von dem Urkundenprozess in der Weise abstehen, dass der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt. Die Erklärung der Abstandnahme bewirkt bei Fortdauer der Rechtshängigkeit des geltend gemachten Anspruchs einen Wechsel in der Form des geforderten Rechtsschutzes. Der Rechtsstreit wird im ordentlichen Verfahren ohne die Beschränkungen der §§ 592, 595 ZPO fortgeführt (BGH, Urteil vom 13. April 2011 – XII ZR 110/09, BGHZ 189, 182 Rn. 17 mwN [= GuT 2011, 310 KL]).

13 b) Es entsprach bereits der vor der Umgestaltung des Berufungsverfahrens durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 27. Juli 2001 (Zivilprozessreformgesetz – ZPO-RG, BGBl. I S. 1887) ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der herrschenden Auffassung in der Literatur, dass die in § 596 ZPO für das Berufungsverfahren zwar nicht ausdrücklich vorgesehene Abstandnahme vom Urkundenprozess in entsprechender Anwendung der Vorschriften über die Klageänderung zulässig ist, wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich hält, und zwar mit der Wirkung, dass der Rechtsstreit im zweiten Rechtszug nunmehr im ordentlichen Verfahren anhängig ist (st. Rspr.; BGH, Urteile vom 25. Februar 1959 – V ZR 139/57, BGHZ 29, 337, 339 f. mwN; vom 31. Mai 1965 – VII ZR 114/63, NJW 1965, 1599; vom 6. Juni 1977 – III ZR 116/75, BGHZ 69, 66, 69; vom 19. Oktober 1999 – XI ZR 308/98, NJW 2000, 143 unter II 2 b cc).

14 c) Nach dem am 1. Januar 2002 erfolgten Inkrafttreten des Zivilprozessreformgesetzes sind in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur unterschiedliche Auffassungen dazu vertreten worden, ob die vorstehend genannten Grundsätze mit dem Funktionswandel der Berufung zu einem Instrument der Fehlerkontrolle und -beseitigung und insbesondere mit der in § 533 ZPO enthaltenen Regelung vereinbar sind. Der Bundesgerichtshof hat diese Frage zunächst offengelassen (BGH, Urteil vom 16. Dezember 2003 – XI ZR 474/02, BGHZ 157, 224, 232), sie jedoch später – in Übereinstimmung mit der auch vom Berufungsgericht vertretenen Auffassung – dahingehend entschieden, dass auch nach neuem Recht das Abstehen vom Urkundenprozess im Berufungsverfahren wie eine Klageänderung zu behandeln und daher zulässig ist, wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht dies für sachdienlich hält (BGH, Urteil vom 13. April 2011 – XII ZR 110/09, BGHZ 189, 182 Rn. 24).

15 d) Ob für ein Abstehen vom Urkundenprozess im Berufungsverfahren zusätzlich die Voraussetzungen des § 533 Nr. 2 ZPO erfüllt sein müssen, hat der Bundesgerichtshof im vorgenannten Urteil dahinstehen lassen können, da diese Voraussetzungen dort gegeben waren (BGH, Urteil vom 13. April 2011 – XII ZR 110/09, aaO Rn. 34). So liegt der Fall auch hier.

16 aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gelangt mit dem zulässigen Rechtsmittel außer den vom erstinstanzlichen Gericht festgestellten Tatsachen auch der gesamte aus den Akten ersichtliche Prozessstoff des ersten Rechtszugs in die Berufungsinstanz. Das Berufungsgericht darf daher auch schriftsätzlich angekündigtes, entscheidungserhebliches Parteivorbringen berücksichtigen, das von dem erstinstanzlichen Gericht für unerheblich erachtet worden ist, auch wenn es im Urteilstatbestand keine Erwähnung gefunden hat (BGH, Urteil vom 13. April 2011 – XII ZR 110/09, aaO Rn. 35; Musielak/Ball, ZPO, 9. Aufl., § 529 Rn. 3; jeweils mwN). Kommt es aus der allein maßgeblichen Sicht des Berufungsgerichts auf Grund einer Klageänderung für die Entscheidung auf Tatsachen an, die – wie hier – in dem Urteil des erstinstanzlichen Gerichts – aus dessen Sicht folgerichtig – trotz entsprechenden Parteivortrags nicht festgestellt sind, bestehen erhebliche Zweifel an der Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen, die das Berufungsgericht nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 2 ZPO zu eigenen Feststellungen berechtigen und verpflichten (BGH, Urteil vom 13. April 2011 – XII ZR 110/09, aaO Rn. 37 mwN).

17 bb) Die Beklagten haben sich im erstinstanzlichen Verfahren nicht darauf beschränkt, die Statthaftigkeit des Urkundenprozesses in Frage zu stellen. Sie haben vielmehr darüber hinaus – wie bereits im Rahmen der zur Akte gereichten vorgerichtlichen Korrespondenz – die materielle Berechtigung des Räumungsbegehrens bestritten und haben beweisbewehrten Vortrag zur Mangelhaftigkeit der Mietsache, namentlich zur Ursache des Schimmelbefalls, gehalten. Hierzu hat das erstinstanzliche Gericht – aus seiner Sicht folgerichtig – zwar keine Feststellungen getroffen. Das Berufungsgericht wäre aber entgegen seiner Auffassung bei Zulassung der Abstandnahme vom Urkundenprozess nicht zur Beurteilung und Entscheidung eines völlig neuen Streitstoffs gezwungen gewesen.

18 e) Das Berufungsgericht hat die Sachdienlichkeit des Abstehens vom Urkundenprozess im vorliegenden Fall mit einer rechtsfehlerhaften Begründung verneint.

19 aa) Zwar kann das Revisionsgericht die Verneinung der Sachdienlichkeit nur darauf überprüfen, ob das Berufungsgericht den Begriff der Sachdienlichkeit verkannt oder die Grenzen seines Ermessens überschritten hat (BGH, Urteil vom 13. April 2011 – XII ZR 110/09, aaO Rn. 40 mwN). Das ist hier jedoch der Fall.

20 bb) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfordert die Beurteilung der Sachdienlichkeit eine Berücksichtigung, Bewertung und Abwägung der beiderseitigen Interessen. Dabei ist entscheidend, ob und inwieweit die Zulassung der geänderten Klage den Streit im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits ausräumt, so dass sich ein weiterer Prozess vermeiden lässt. Eine Klageänderung ist danach nicht sachdienlich, wenn ein völlig neuer Streitstoff zur Beurteilung und Entscheidung gestellt wird, ohne dass dafür das Ergebnis der bisherigen Prozessführung verwertet werden kann. Der Sachdienlichkeit steht grundsätzlich nicht entgegen, dass aufgrund der Klageänderung neue Parteierklärungen und gegebenenfalls Beweiserhebungen notwendig werden und die Erledigung des Prozesses verzögert wird (BGH, Urteil vom 13. April 2011 – XII ZR 110/09, aaO Rn. 41 mwN).

21 cc) Das Berufungsgericht hat die Sachdienlichkeit mit der Begründung verneint, mit der im ordentlichen Verfahren maßgeblichen Frage nach den Ursachen des Schimmelbefalls, insbesondere ob ein Mangel in der Bausubstanz oder ein fehlerhaftes Nutzungsverhalten der Beklagten vorliege, habe sich das Amtsgericht nicht befasst, so dass neuer Tatsachenstoff und neue Beweismittel erforderlich seien.

22 Damit hat das Berufungsgericht maßgeblich einen Gesichtspunkt in die Interessenabwägung eingestellt, der nach der oben dargestellten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht geeignet ist, die Sachdienlichkeit des Abstehens vom Urkundenprozess zu verneinen. Wie bereits ausgeführt, ist der Vortrag der Beklagten zu den behaupteten Mängeln des Mietobjekts gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO in der Berufungsinstanz angefallen (vgl. oben II 1 d aa und bb sowie BGH, Urteil vom 13. April 2011 – XII ZR 110/09, aaO Rn. 43 mwN). Es handelt sich folglich nicht um einen völlig neuen Prozessstoff, der im Berufungsverfahren erstmals zur Beurteilung und Entscheidung

gestellt wird. Durch das Abstehen vom Urkundenprozess wird dieses Vorbringen der Beklagten lediglich ohne die Beschränkungen der §§ 592, 595 ZPO entscheidungserheblich. Die sich hieraus ergebende Notwendigkeit einer Beweisaufnahme ist kein tragfähiger Grund, um die Sachdienlichkeit zu verneinen (vgl. BGH, Urteil vom 13. April 2011 – XII ZR 110/09, aaO). Dies gilt erst recht, wenn sich – wie hier – in einem selbständigen Beweisverfahren der Parteien sogar bereits ein Sachverständiger mit dem Mangel und dessen streitigen Ursachen befasst hat.

23 2. Damit war im Streitfall das von der Klägerin erklärte Abstehen vom Urkundenprozess zulässig. Durch die Erklärung ist der Rechtsstreit vom Urkundenprozess in das ordentliche Verfahren überführt worden, so dass es auf die vom Berufungsgericht des Weiteren behandelte Frage der Statthaftigkeit der Klage im Urkundenprozess nicht ankommt. Das Berufungsgericht hätte die Klage daher nicht als im Urkundenprozess unzulässig abweisen dürfen (vgl. BGH, Urteil vom 13. April 2011 – XII ZR 110/09, aaO Rn. 46 mwN).

24 III. Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist, da der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die erforderlichen Feststellungen getroffen werden können (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 727 ZPO; §§ 152, 93 ZVG
Räumungs- und Herausgabetitel des Zwangsverwalters gegen einen Mieter; Erteilung auf den Ersteher lautender vollstreckbarer Ausfertigung; Räumungstitel aus dem Zuschlagsbeschluss

Der Ersteher eines Grundstücks, das nach vorangegangener Zwangsverwaltung zwangsversteigert worden ist, ist nicht Rechtsnachfolger des früheren Zwangsverwalters. Hat der Verwalter gegen einen Mieter einen Titel auf Räumung und Herausgabe des der Beschlagnahme unterliegenden Mietobjekts erstritten, kann der Ersteher die Erteilung einer auf ihn lautenden vollstreckbaren Ausfertigung dieses Titels gemäß § 727 ZPO jedenfalls nach der Beendigung der Zwangsverwaltung nicht verlangen.

(BGH, Beschluss vom 14. 6. 2012 – VII ZB 47/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Beteiligte, Rechtsanwalt R., wurde durch Beschluss vom 21. Dezember 2004 zum Zwangsverwalter über Wohnungseigentumseinheiten der Wohnungseigentumsanlage F. bestellt. In dieser Eigenschaft erwirkte er gegen die Antragsgegner als Mieter jeweils einer dieser Eigentumswohnungen einen seit 2008 rechtskräftigen Titel, mit dem die Antragsgegner unter anderem dazu verurteilt wurden, die Wohnungen zu räumen und an den damaligen Kläger R. herauszugeben. Im Zwangsversteigerungsverfahren wurde dem Antragsteller durch Beschluss vom 28. Januar 2009 das Eigentum an den Wohnungseigentumseinheiten zugeschlagen. Die Zwangsverwaltung wurde durch Beschluss vom 20. Mai 2009 aufgehoben. Daraufhin hat der Antragsteller die Umschreibung des Räumungstitels auf ihn als Rechtsnachfolger des Zwangsverwalters R. gemäß § 727 ZPO beantragt. Das Amtsgericht Charlottenburg hat diesen Antrag zurückgewiesen. Die sofortige Beschwerde des Antragstellers ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Beschwerdegericht [LG Berlin] zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Antragsteller sein auf Umschreibung des Räumungstitels gerichtetes Anliegen weiter.

2 **Aus den Gründen:** II. Die gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2, § 575 ZPO statthafte und zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

3 1. Das Beschwerdegericht hat die Erteilung der Rechtsnachfolgeklausel gemäß § 727 ZPO abgelehnt, weil der Ersteher des der Zwangsverwaltung unterliegenden Grundeigentums nicht Rechtsnachfolger des Zwangsverwalters sei. Deshalb könne und müsse er die Räumung und Herausgabe des von ihm ersteigerten Grundeigentums durch den gekündigten Mieter selbst dann im vereinfachten Klauselerteilungsverfahren nach § 93 Abs. 1 ZVG betreiben, wenn der Zwangsverwalter – wie hier – bereits einen Räumungstitel gegen den Mieter erstritten habe.

4 2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

5 Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Vollstrekkungsklausel nach § 727 Abs. 1 ZPO liegen nicht vor. Der Antragsteller ist nicht Rechtsnachfolger des Zwangsverwalters R. im Sinne dieser Vorschrift.

6 a) Rechtsnachfolger des Gläubigers im Sinne des § 727 ZPO ist derjenige, der an Stelle des im Titel genannten Gläubigers den nach dem Titel zu vollstreckenden Anspruch selbst oder jedenfalls die Berechtigung erworben hat, den Anspruch geltend zu machen (BGH, Beschluss vom 29. Juni 2011 – VII ZB 89/10, BGHZ 190, 172 Rn. 16 m.w.N.). Beides trifft für den Antragsteller hinsichtlich der für den Zwangsverwalter R. titulierten Räumungs- und Herausgabeansprüche nicht zu.

7 aa) Gemäß § 152 Abs. 1 ZVG hat der Verwalter das Recht und die Pflicht, alle Handlungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um das der Beschlagnahme unterliegende Grundstück in seinem wirtschaftlichen Bestande zu erhalten und ordnungsgemäß zu benutzen. Er tritt gemäß § 152 Abs. 2 ZVG in bereits bestehende, das beschlagnahmte Objekt betreffende Mietverhältnisse ein und ist berechtigt, alle Rechte des Eigentümers aus diesen Vertragsverhältnissen selbständig geltend zu machen, wozu auch die Kündigung (BGH, Urteil vom 9. März 2005 – VIII ZR 330/03, NJW-RR 2005, 1029, 1030 [= WuM 2005, 460] m.w.N.) und der sich hieraus gemäß § 546 BGB ergebende Anspruch auf Rückgabe der Mietsache gehören. Die dem Verwalter nach § 152 Abs. 1 ZVG obliegende ordnungsgemäße Nutzung und Verwaltung des Grundstücks schließt die Befugnis ein, auch solche Ansprüche zu verfolgen, die sich aus einer rechtsgrundlosen Benutzung der der Zwangsverwaltung unterliegenden Sache sowie der Verletzung von Besitzrechten ergeben. Denn die Durchsetzung dieser Rechte dient dazu, eine Schmälerung der nach § 155 ZVG zu verteilenden Nutzungen abzuwenden (BGH, Urteil vom 29. Juni 2006 – IX ZR 119/04, NJW-RR 2007, 265 [= GuT 2006, 260]; Urteil vom 23. Juli 2003 – XII ZR 16/00, NJW-RR 2003, 1308 [= GuT 2003, 192 KL]; Urteil vom 14. Mai 1992 – IX ZR 241/91, NJW 1992, 2487). Dementsprechend ist der Verwalter nach der Beendigung des Mietverhältnisses im Rahmen einer zweckentsprechenden Verwaltung dazu berufen, die Rechte des Eigentümers auf Räumung und Herausgabe des Mietobjekts wahrzunehmen, zu deren – auch gerichtlichen – Durchsetzung er befugt ist (Stöber, ZVG, 19. Aufl., § 152 Rn. 5. 4).

8 Darin zeigt sich, dass der Zwangsverwalter seine Befugnisse aus der Rechtsposition des Eigentümers ableitet, dessen Rechte und Pflichten er in den Grenzen wahrnehmen kann und muss, die ihm durch die Erfordernisse einer ordnungsgemäßen Verwaltung des beschlagnahmten Grundeigentums gesetzt sind (vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 1954 – VI ZR 257/52, LM, Nr. 2 zu § 265 ZPO). Er handelt von Amts wegen im eigenen Namen und aus eigenem Recht, ohne selbst Eigentümer zu werden oder Eigentumsrechte zu erwerben (Stöber, ZVG, 19. Aufl., § 152 Rn. 3. 2). Mit der Aufhebung der Zwangsverwaltung erlöschen die Wirkungen der Beschlagnahme und die hieran geknüpften Befugnisse des Verwalters (BGH, Urteil vom 27. Januar 1954 – VI ZR 257/52, aaO).

9 bb) Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, dass der Ersteher eines Grundstücks, das nach vorangegangener Zwangsverwaltung zwangsversteigert worden ist, nicht Rechtsnachfolger des Zwangsverwalters ist und deshalb nach Beendigung der Zwangsverwaltung nicht als Partei in einen vom Zwangsverwalter gegen einen Grundstücksmieter geführten Rechtsstreit über die Bezahlung von Mietzinsforderungen eintreten kann (BGH, Urteil vom 27. Januar 1954 – VI ZR 257/52,

aaO; bestätigt in BGH, Urteil vom 7. April 1978 – V ZR 154/75, BGHZ 71, 216, 219). Die hierzu entwickelten Grundsätze, die der Bundesgerichtshof entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde auch auf solche Mietzinsforderungen angewendet hat, die bereits während der Dauer der Zwangsverwaltung fällig geworden waren, gelten in gleicher Weise für die Beantwortung der Frage, ob der Ersteher des zwangsversteigerten Grundeigentums Rechtsnachfolger des Zwangsverwalters im Sinne des § 727 ZPO ist und die Umschreibung eines von diesem gegen Mieter des Versteigerungsobjekts erwirkten Räumungstitels verlangen kann.

10 (1) Mit dem Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren erwirbt der Ersteher gemäß § 90 Abs. 1 ZVG originär und nicht vom Schuldner abgeleitet Eigentum am Zwangsversteigerungsobjekt. Er ist nicht Rechtsnachfolger des ursprünglichen Eigentümers, weil durch den konstitutiv wirkenden Hoheitsakt des Zuschlags Eigentum nicht übertragen, sondern in der Person des Erstehers neu begründet wird (BGH, Urteil vom 19. Oktober 1959 – VII ZR 68/58, WPM 1960, 25, 26; Urteil vom 15. Mai 1986 – IX ZR 2/85, NJW-RR 1986, 1115; Urteil vom 29. Juni 2004 – IX ZR 258/02, BGHZ 159, 397). Dann aber kann es erst Recht keinem Zweifel unterliegen, dass der Ersteher hinsichtlich der sich aus dem Eigentum ergebenden Rechte auch nicht Rechtsnachfolger des Zwangsverwalters ist, der selbst keine Eigentumsrechte innehat und lediglich dazu berufen ist, diejenigen des Schuldners von Amts wegen wahrzunehmen. Für die von der Rechtsbeschwerde unter Hinweis auf Stöber, ZVG, 19. Aufl., § 90 Rn. 2.1 und § 161 Rn. 6.10, befürwortete Anwendung des § 727 ZPO ist deshalb kein Raum.

11 (2) Aus dem Umstand, dass der titulierte Herausgabeanspruch materiellrechtlich aus § 546 BGB und damit aus dem durch Kündigung beendeten Mietverhältnis zwischen den Antragsgegnern und dem vormaligen Eigentümer hergeleitet werden kann, ergibt sich nichts anderes. Der Antragsteller ist auch insoweit nicht Rechtsnachfolger des Zwangsverwalters, der den vertraglichen Rückgabeanspruch des vormaligen Eigentümers und Vermieters im eigenen Namen gerichtlich hat titulieren lassen.

12 Allerdings schreibt § 57 ZVG durch Bezugnahme auf die Vorschrift des § 566 BGB vor, dass der Ersteher in bestehende Mietverhältnisse eintritt, soweit das der Beschlagnahme unterliegende Grundstück dem Mieter überlassen ist. Die ihm hierdurch zufallenden Rechte umfassen den vertraglichen Rückgabeanspruch des Vermieters auch dann, wenn das Mietverhältnis – wie hier – bereits vor der Erteilung des Zuschlags wirksam gekündigt worden war (BGH, Urteil vom 28. Juni 1978 – VIII ZR 139/77, NJW 1978, 2148 – zu § 557 Abs. 1 BGB a.F.).

13 Daraus folgt indes nicht, dass der Ersteher durch Rechtsnachfolge in die Rechtsposition eintritt, die der Zwangsverwalter in Ausübung seines Amtes durch Geltendmachung des Anspruchs aus § 546 BGB gegenüber den Mietern gerichtlich erstritten hat. Das Gegenteil ist der Fall. Denn ebenso wie der Verwalter nach Beendigung der Zwangsverwaltung keinen Rechtsstreit mehr über die künftigen Mieteinkünfte führen darf (BGH, Urteil vom 27. Januar 1954 –VI ZR 257/52, aaO), ist er ab diesem Zeitpunkt auch nicht mehr befugt, die Herausgabe des nicht mehr von der Beschlagnahme umfassten Mietobjekts zu betreiben. Dann aber hält er auch keine Rechtsposition mehr inne, in die der Ersteher durch den Erwerb des Eigentums eingerückt sein könnte (i.E. ebenso: OLG Celle, Beschluss vom 6. September 2010 – 4 W 137/10, bei juris [= ZflR 2010, 817]).

14 In Erwägung dessen braucht der Senat nicht zu entscheiden, ob der Ersteher überhaupt an die Stelle des im Titel als Gläubiger ausgewiesenen Verwalters treten kann, indem er den nach dem Titel zu vollstreckenden Anspruch selbst oder jedenfalls die Berechtigung erwirbt, den Anspruch geltend zu machen. Daran ist schon deshalb zu zweifeln, weil der Verwalter keine eigenen Rechte ausübt, sondern lediglich dazu berufen ist, diejenigen des Eigentümers wahrzunehmen, wobei er, wie sich aus § 155 ZVG ergibt, neben den Interessen des Eigentümers auch diejenigen der Realgläubiger zu berücksichtigen hat. Vor diesem Hintergrund könnten, ohne dass der Senat hierzu endgültig Stellung nehmen muss, auch unabhängig von den mit der Beendigung der Zwangsverwaltung einhergehenden Folgen Bedenken bestehen, den Ersteher des Grundeigentums im Wege der Rechtsnachfolge in die Rechtsposition eines mit derlei Aufgaben betrauten Amtsverwalters einrücken zu lassen.

15 b) Ein praktisches Bedürfnis, dem Antragsteller gemäß § 727 ZPO eine Umschreibung des auf den Verwalter lautenden Räumungstitels zu ermöglichen, besteht nicht. Ihm ist durch § 93 Abs. 1 Satz 1 ZVG die Möglichkeit eröffnet, die Räumung und Herausgabe des von den Antragsgegnern innegehaltenen Wohnungseigentums im Wege der Zwangsvollstreckung zu betreiben. Die Besorgnis, gemäß § 93 Abs. 1 Satz 2, § 57 ZVG an der Räumungsvollstreckung aus dem Zuschlagsbeschluss gehindert zu sein, besteht nicht, weil in Ansehung der Ergebnisse der auf Räumung und Herausgabe gerichteten Gerichtsverfahren davon auszugehen ist, dass den Antragsgegnern nach wirksamer Kündigung der Mietverträge kein Recht zum Besitz an den herauszugebenden Wohnungen mehr zusteht. Insoweit ist auch von Bedeutung, dass es im Verfahren gemäß § 93 Abs. 1 Satz 2 ZVG nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht ausreicht, dass der Mieter sich auf ein Recht zum Besitz beruft. Vielmehr müssen – von ihm im Einzelnen darzulegende – Anhaltspunkte gegeben sein, die sein Besitzrecht zumindest nahe legen (BGH, Beschluss vom 14. Februar 2008 – V ZB 108/07, DGVZ 2008, 170; Beschluss vom 27. Februar 2004 – IXa ZB 269/03, Rpfleger 2004, 368 [= WuM 2004, 297 = GuT 2004, 102 KL]). Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die Antragsgegner solche Anhaltspunkte werden darlegen können.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Ebenso Parallelverfahren Leitsatzurteil VII ZB 48/10.

§ 89 InsO; § 807 ZPO
Insolvenzverfahren; Zwangsvollstreckungssachen für einzelne Insolvenzgläubiger; eidesstattliche Versicherung; Offenbarungseid

Das Verbot von Zwangsvollstreckungen für einzelne Insolvenzgläubiger während der Dauer des Insolvenzverfahrens gilt auch für das Verfahren der eidesstattlichen Offenbarungsversicherung.

(BGH, Beschluss vom 24. 5. 2012 – IX ZB 275/10)

5 **Aus den Gründen:** II. 1. Das Beschwerdegericht hat ausgeführt: Das Vollstreckungsverfahren sei durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht unterbrochen. Der begehrten Anordnung stehe aber das im Insolvenzverfahren geltende und von Amts wegen zu beachtende Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO entgegen. Dieses erfasse auch das Verfahren zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nach §§ 807, 899 ff ZPO. Dieses Verfahren ziele darauf, dem Gläubiger den Einzelzugriff auf das Vermögen des Schuldners zu ermöglichen. Es handle sich deshalb nicht um eine die Vollstreckung bloß vorbereitende Maßnahme, auch wenn sie zunächst nur der Informationsgewinnung des Gläubigers diene und nicht unmittelbar zu einer Verminderung der Insolvenzmasse führe. Auch aus der systematischen Stellung der Vorschriften über die eidesstattliche Versicherung im Achten Buch der Zivilprozessordnung ergebe sich, dass es sich um eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung handle. Im Insolvenzverfahren sei der Schuldner zur Offenbarung seines Vermögens nach den Vorschriften der §§ 151, 153 InsO sowie nach den §§ 97, 98 InsO verpflichtet. Für ein hierzu parallel laufendes Verfahren nach §§ 807, 899 ff ZPO bestehe kein Bedürfnis.

6 2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

7 a) Die Frage, ob das während des Insolvenzverfahrens nach § 89 Abs. 1 InsO bestehende Vollstreckungsverbot auch für Anträge auf Abgabe einer eidesstattlichen Offenbarungsversicherung nach §§ 807, 899 ff ZPO gilt, ist umstritten.

8 aa) Ein Teil der instanzgerichtlichen Rechtsprechung hält die Anordnung einer eidesstattlichen Offenbarungsversicherung auch im eröffneten Insolvenzverfahren für zulässig (AG Westerburg, DGVZ 2006, 119, 120; zu § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO: LG Würzburg, NZI 1999, 504; AG Rostock, NZI 2000, 142; AG Hainichen, JurBüro 2002, 605; AG Güstrow, JurBüro 2004, 213; offen gelassen von AG Hamburg, NZI 2006, 646; vgl. auch FK-InsO/App, 6. Aufl., § 89 Rn. 15).

9 bb) Nach Ansicht anderer Instanzgerichte und nach der im Schrifttum ganz überwiegend vertretenen Ansicht erstreckt sich das Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO auch auf das Verfahren der eidesstattlichen Versicherung nach §§ 807, 899 ff ZPO (OLG Zweibrücken, NZI 2001, 423 f; OLG Jena, ZInsO 2002, 134; AG Bonn, Beschluss vom 2. Juni 2008 – 24 M 551/08; Jaeger/Eckardt, InsO, § 89 Rn. 41; MünchKomm-InsO/Breuer, 2. Aufl., § 89 Rn. 9 und 12; HK-InsO/Kayser, 6. Aufl., § 89 Rn. 25; Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., § 89 Rn. 10; Lüke in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2011, § 89 Rn. 9; Hmb-Komm-InsO/Kuleisa, 3. Aufl., § 89 Rn. 3; BK-InsO/Blersch/von Olshausen, 2007, § 89 Rn. 4; Hess, Insolvenzrecht, 2007, § 89 Rn. 25; Nerlich/Römermann/Wittkowski, InsO, 2011, § 89 Rn. 11; Piekenbrock in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Insolvenzrecht, § 89 InsO Rn. 21; Gottwald/Gerhardt, Insolvenzrechtshandbuch, 4. Aufl., § 33 Rn. 4; Mohrbutter in Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch der Insolvenzverwaltung, 8. Aufl., § 6 Rn. 375; Musielak/Voit, ZPO, 9. Aufl., § 900 Rn. 7; Prütting/Gehrlein/Olzen, ZPO, 4. Aufl., § 900 Rn. 60; Viertelshausen, DGVZ 2001, 36, 37; Schwörer, DGVZ 2008, 17, 19; zu § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO: LG Darmstadt, NZI 2003, 609; LG Heilbronn, RPfleger 2008, 88, 89; AG Wilhelmshaven, NZI 2001, 436).

10 b) Die zuletzt genannte Ansicht trifft zu. Bereits unter der Geltung der Konkursordnung entsprach es der ganz herrschenden Meinung, dass der Schuldner nach der Eröffnung des Konkursverfahrens gemäß § 14 Abs. 1 KO nicht mehr zur Abgabe einer eidesstattlichen Offenbarungsversicherung verpflichtet war (KG OLGZ 23, 226; Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl., § 14 Rn. 7; Kuhn/Uhlenbruck, KO, 11. Aufl., § 14 Rn. 2; Hess, KO, 6. Aufl., § 14 Rn. 6; Bley/Mohrbutter, VglO, 4. Aufl., §§ 47, 48 Rn. 12; streitig für den Fall des § 106 Abs. 1 Satz 3 KO: LG Hannover, Rpfleger 1997, 490 mwN). Unter der Geltung der Insolvenzordnung ist die Rechtsfrage ebenso zu beantworten.

11 aa) Nach § 89 Abs. 1 InsO sind während der Dauer des Insolvenzverfahrens Zwangsvollstreckungen für einzelne Insolvenzgläubiger weder in die Insolvenzmasse noch in das sonstige Vermögen des Schuldners zulässig. Die Nennung der Insolvenzmasse und des sonstigen Vermögens des Schuldners in dieser Norm stellt klar, dass wie im Konkursrecht nicht nur Vollstreckungen verboten sind, die sich auf Gegenstände der Insolvenzmasse beziehen, sondern auch Vollstreckungsmaßnahmen, die das übrige, nicht zur Masse gehörende Schuldnervermögen betreffen (vgl. die Begründung zu § 100 RegE-InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 137). Sie beschränkt hingegen die unzulässigen Vollstreckungsmaßnahmen entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde nicht auf solche, die unmittelbar in die genannten Vermögensmassen eingreifen. Unzulässig sind vielmehr sämtliche auf die Insolvenzmasse und das übrige Vermögen des Schuldners gerichteten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen.

12 bb) Um eine solche Zwangsvollstreckungsmaßnahme handelt es sich bei der Abnahme der eidesstattlichen Offenbarungsversicherung nach §§ 807, 899 ff ZPO. Sie ist, wie sich bereits aus der Stellung dieser Vorschriften im Buch 8 der Zivilprozessordnung ergibt, ein Bestandteil der Zwangsvollstreckung. Nach allgemeiner Ansicht darf sie nur angeordnet werden, wenn die rechtlichen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung vorliegen (etwa Musielak/Becker, ZPO, 9. Aufl., § 807 Rn. 2). Anders als etwa bei der Erklärung eines Urteils als vorläufig vollstreckbar, der Erteilung einer Vollstreckungsklausel oder der Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Vollstreckungstitels handelt es sich nicht um eine die Zwangsvollstreckung nur vorbereitende Maßnahme, sondern um ein Hilfsmittel im Zuge der Zwangsvollstreckung selbst. Häufig gehen der eidesstattlichen Versicherung andere Vollstreckungsmaßnahmen voraus, etwa eine durchgeführte oder wenigstens versuchte Pfändung (vgl. § 807 Abs. 1 Nr. 1, 3 und 4 ZPO).

13 cc) Der Umstand, dass die Abnahme der eidesstattlichen Offenbarungsversicherung die Insolvenzmasse nicht beeinträchtigt und das Gebot der gleichmäßigen Befriedigung der Insolvenzgläubiger nicht verletzt, rechtfertigt keine Beschränkung des in § 89 Abs. 1 InsO normierten Vollstreckungsverbots im Sinne einer teleologischen Reduktion. Voraussetzung hierfür wäre, dass das nach dem Wortlaut bestehende Verbot auch solcher Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, die wie die Abnahme einer eidesstattlichen Offenbarungsversicherung die Insolvenzmasse nicht unmittelbar beeinträchtigen, auf einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes beruhte. Dies kann aber nicht festgestellt werden. Insbesondere besteht kein Bedürfnis, es Insolvenzgläubigern zu ermöglichen, den Schuldner während des Insolvenzverfahrens zur Abgabe einer Offenbarungsversicherung zu zwingen. Der Zweck des vom Schuldner vorzulegenden Vermögensverzeichnisses, dem Gläubiger die Einzelzwangsvollstreckung in die angegebenen Vermögensgegenstände zu ermöglichen, ließe sich während des Insolvenzverfahrens wegen des Vollstreckungsverbots des § 89 Abs. 1 InsO ohnehin nicht erreichen. Nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens sind Einzelvollstreckungsmaßnahmen zwar wieder zulässig. Eine Notwendigkeit, zur Vermeidung eines Zeitverlusts die Erzwingung einer Offenbarungsversicherung während des Insolvenzverfahrens zuzulassen, ergibt sich daraus aber nicht, zumal der Gläubiger vergleichbare Informationen regelmäßig aus der Vermögensübersicht beziehen kann, die vom Insolvenzverwalter nach § 153 Abs. 1 InsO anzufertigen ist und an welcher der Schuldner durch wahrheitsgemäße und erforderlichenfalls eidesstattlich zu versichernde Angaben mitzuwirken hat (§§ 97, 98, 153 Abs. 2 InsO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Zum Vollstreckungsverbot für Pfändung von Mietforderungen BGH GuT 2006, 261; GuT 2007, 138 m. w. Hinw.

§§ 14, 283 StGB
Strafbarkeit wegen Bankrotts; Tathandlung des GmbH-Geschäftsführers; Aufgabe der „Interessentheorie“

Die Strafbarkeit des Geschäftsführers einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung wegen Bankrotts setzt nicht voraus, dass die Tathandlung im Interesse der Gesellschaft liegt (Aufgabe der „Interessentheorie“).

(BGH, Beschluss vom 15. 5. 2012 – 3 StR 118/11)

10 **Aus den Gründen:** II. 1. Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass sich der frühere Mitangeklagte als Geschäftsführer der S. GmbH wegen Bankrotts unabhängig davon strafbar machte, dass er eigennützig und zum Schaden der Gesellschaft handelte, und die Angeklagten dazu Beihilfe leisteten.

11 a) Der Bundesgerichtshof ist bislang – die Rechtsprechung des Reichsgerichts (Urteil vom 29. März 1909 – III 877/08, RGSt 42, 278, 282; aA indes RG, Urteil vom 22. Dezember 1938 – 2 D 581/38, RGSt 73, 68, 70) fortführend – in ständiger Rechtsprechung davon ausgegangen, dass der Geschäftsführer einer GmbH sich wegen Bankrotts nach § 283 Abs. 1 Nr. 1, § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB nur strafbar machen könne, wenn er die Tathandlung für die GmbH und (zumindest auch) in deren Interesse vorgenommen hat (vgl. etwa BGH, Urteile vom 20. Mai 1981 – 3 StR 94/81, BGHSt 30, 127, 128; vom 5. Oktober 1954

– 2 StR 447/53, BGHSt 6, 314, 316 f.; vom 6. November 1986 – 1 StR 327/86, BGHSt 34, 221, 223; Beschluss vom 14. Dezember 1999 – 5 StR 520/99, NStZ 2000, 206, 207, jeweils mwN; s. auch LK/Tiedemann, StGB, 12. Aufl., Vor §§ 283 ff. Rn. 79 ff.; Arloth, NStZ 1990, 570 ff.). Dieser als „Interessentheorie" bezeichneten Ansicht liegt die Auffassung zugrunde, dass das Gesellschaftsorgan nicht in dieser Eigenschaft handele, wenn ein Bezug zum – durch den Interessenkreis bestimmten – Geschäftsbetrieb fehle (RG, Urteil vom 29. März 1909 – III 877/08, RGSt 42, 278, 282). Daher hat die bisherige Rechtsprechung eine Strafbarkeit wegen Bankrotts abgelehnt, wenn der Vertreter ausschließlich im eigenen Interesse handelt.

12 b) An der Interessentheorie hält der Senat nicht weiter fest, da sich weder aus dem Gesetzeswortlaut noch nach dem Gesetzeszweck eine solche auf das Interesse des Vertretenen abstellende Einschränkung ergibt und sie berechtigte Kritik erfahren hat.

13 aa) Der Gesetzeswortlaut stellt für die Zurechnung nicht auf das Interesse des Vertretenen ab: Nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB kommt die Strafbarkeit des Geschäftsführers einer GmbH bei Bankrotttaten in Betracht, wenn er „als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person" gehandelt hat. Dies setzt neben der Organstellung als solcher voraus, dass der Vertretungsberechtigte in seiner Eigenschaft als Organ gehandelt hat (vgl. BT-Drucks. 5/1319 S. 63; BT-Drucks. 14/8998 S. 8: „ 'in Ausübung' seiner Funktion"). Eine nähere Konkretisierung, wann ein Vertretungsberechtigter gerade in dieser Eigenschaft handelt, enthält der Gesetzeswortlaut nicht.

14 bb) Der vom Gesetzgeber mit der Regelung des § 14 StGB verfolgte Zweck besteht – ebenso wie bei dem zuvor geltenden § 50a StGB – darin, den Anwendungsbereich von Straftatbeständen allgemein auf Personen zu erweitern, die in einem bestimmten Vertretungs- oder Auftragsverhältnis für den Normadressaten handeln, und die kriminalpolitisch nicht erträgliche Lücke zu schließen, die sich daraus ergibt, dass der Normadressat mangels Handlung und der Handelnde deshalb nicht zur Verantwortung gezogen werden kann, weil er nicht Normadressat ist (BT-Drucks. 5/1319 S. 62). Dieser Regelungszweck spricht nicht für eine einschränkende Normauslegung.

15 cc) Mit der dargelegten Intention des § 14 StGB lässt sich insbesondere nicht vereinbaren, dass die Interessentheorie im Ergebnis bei einer Vielzahl von Taten einer Strafbarkeit nach § 283 StGB entgegensteht, weil der Vermögensträger als juristische Person und die handelnde natürliche Person auseinanderfallen.

16 So lässt die Interessentheorie für die Insolvenzdelikte nur einen geringen Anwendungsbereich, wenn Schuldner im Sinne des § 283 StGB eine Handelsgesellschaft ist (LK/Tiedemann, StGB, 12. Aufl., Vor §§ 283 ff. Rn. 80; SKStGB/Hoyer, § 283 Rn. 103 ‹Stand: März 2002›; MünchKommStGB/Radtke, 1. Aufl., Vor §§ 283 ff. Rn. 55; Labsch, wistra 1985, 1, 6 ff.; jeweils mwN); denn die in § 283 StGB aufgezählten Bankrotthandlungen widersprechen ganz überwiegend dem wirtschaftlichen Interesse der Gesellschaft. Damit läuft bei Anwendung der Interessentheorie der vom Gesetzgeber intendierte Gläubigerschutz in der wirtschaftlichen Krise insbesondere von Kapitalgesellschaften bei Anwendung der Interessentheorie weitgehend leer (vgl. Winkler, jurisPR-StrafR 16/2009 Anm. 1). Besonders augenfällig wird dies in Fällen der Ein-MannGmbH, in denen der Gesellschafter/Geschäftsführer der Gesellschaft angesichts der drohenden Insolvenz zur Benachteiligung der Gläubiger Vermögen entzieht und auf seine privaten Konten umleitet, nach wirtschaftlicher Betrachtung also aus eigennützigen Motiven handelt. Nach der Interessentheorie ist er nicht des Bankrotts schuldig, obwohl er die Insolvenz gezielt herbeigeführt hat (vgl. BGH, Urteil vom 20. Mai 1981 – 3 StR 94/81, BGHSt 30, 127, 128 f.; kritisch dazu LK/Tiedemann, StGB, 12. Aufl., Vor §§ 283 ff. Rn. 80, 85).

17 Während Einzelkaufleute in vergleichbaren Fällen regelmäßig wegen Bankrotts strafbar sind, entstehen so Strafbarkeitslücken für Vertreter oder Organe von Kapitalgesellschaften. Dies lässt sich nicht mit der Intention des Gesetzgebers vereinbaren, durch die Regelung des § 14 StGB Strafbarkeitslücken zu schließen. Zudem wird angesichts der besonderen Insolvenzanfälligkeit von in der Rechtsform der GmbH betriebenen Unternehmen der Schutzzweck der Insolvenzdelikte konterkariert (vgl. BGH, Beschluss vom 1. September 2009 – 1 StR 301/09, BGHR StGB § 283 Abs. 1 Geschäftsführer 4; SK-StGB/Hoyer, § 283 Rn. 103 ‹Stand: März 2002›; MünchKommStGB/Radtke, 1. Aufl., Vor §§ 283 ff. Rn. 55). Das gilt insbesondere, wenn man die Interessenformel konsequent auch auf die Bankrotthandlungen anwendet, die die Verletzung von Buchführungs- oder Bilanzierungspflichten sanktionieren (§ 283 Abs. 1 Nr. 5–7 StGB): Entfällt wegen des fehlenden Interesses der Gesellschaft die Bankrottstrafbarkeit, scheitert eine Verurteilung wegen Untreue regelmäßig am nicht festzustellenden oder nicht nachzuweisenden Vermögensschaden der Gesellschaft (vgl. Arloth, NStZ 1990, 570, 572; LK/Tiedemann, StGB, 12. Aufl., Vor §§ 283 ff. Rn. 84).

18 Über die nicht gerechtfertigte Privilegierung von GmbH-Geschäftsführern gegenüber Einzelkaufleuten hinaus wird der Zweck der § 283 Abs. 1 Nr. 5–8, § 283b StGB unterlaufen, der Verstöße gegen Buchführungs- und Bilanzierungsvorschriften wegen der besonderen Gefahr von Fehleinschätzungen mit schwerwiegenden wirtschaftlichen Folgen als eigenständiges Unrecht erfassen will (vgl. Arloth, NStZ 1990, 570, 572). Angesichts der dort genannten objektiven Anforderungen wäre kaum verständlich, dass daneben noch auf ein – zudem oft schwerlich zu ermittelndes – subjektives Interesse abzustellen sein soll (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Dezember 2011 – 5 StR 122/11, StV 2012, 216; S/S-Perron, StGB, 28. Aufl., § 14 Rn. 26 mwN). Es besteht auch kein Anlass, bei der Auslegung des § 14 StGB im Hinblick auf § 283 Abs. 1 Nr. 5–7, § 283b StGB andere Anforderungen zu stellen als etwa im Rahmen des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB, da § 14 StGB eine der Rechtsvereinheitlichung dienende allgemeine Vorschrift darstellt (BT-Drucks. 5/1319 S. 62).

19 Überdies erscheint es problematisch, bei Fahrlässigkeits- und Unterlassungstaten die Zurechnung davon abhängig zu machen, in wessen Interesse der Vertreter handelte oder untätig blieb (vgl. S/S-Perron, StGB, 28. Aufl., § 14 Rn. 26). Ähnliches gilt bei nicht eigennützigem Verhalten, etwa bei der Zerstörung von Vermögensbestandteilen (§ 283 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 StGB), da ein solches bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise (vgl. BGH, Urteil vom 20. Mai 1981 – 3 StR 94/81, BGHSt 30, 127, 128 mwN) weder im Interesse des Vertreters noch des Vertretenen liegt (vgl. Brand, NStZ 2010, 9, 11).

20 dd) In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Interessentheorie bei Vertretern von Personengesellschaften für die praktisch relevanten Fälle, dass die Gesellschafter der Bankrotthandlung zustimmen (vgl. dazu Labsch, wistra 1985, 1, 7), zudem nicht durchgehalten worden; ein Handeln, das aus wirtschaftlicher Sicht im vollständigen Widerstreit zu den Interessen der vertretenen Gesellschaft steht, soll etwa bei der Kommanditgesellschaft gleichwohl von dem durch das Einverständnis erweiterten Auftrag des Schuldners – also der Gesellschaft – gedeckt sein, wenn der Komplementär zustimmt (BGH, Urteil vom 6. November 1986 – 1 StR 327/86, BGHSt 34, 221, 223 f. = BGH StV 1988, 14, 15 m. Anm. Weber). Die Einschränkung der Interessentheorie sei insbesondere aus Gründen des Gläubigerschutzes geboten (BGH, Urteil vom 6. November 1986 – 1 StR 327/86, BGHSt 34, 221, 224). Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof in der Folge auch auf Fälle der GmbH & Co. KG erstreckt, in denen der Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH die Bankrotthandlungen mit Zustimmung der Gesellschafter dieser Kapitalgesellschaft und damit der Komplementärin vorgenommen hatte (BGH, Urteil vom 12. Mai 1989 – 3 StR 55/89, wistra 1989, 264, 267; aA BGH, Urteil vom 29. November 1983 – 5 StR 616/83, wistra 1984, 71; BGH, Urteil vom 17. März 1987 – 5 StR 272/86, JR 1988, 254, 255 f. m. abl. Anm. Gössel; offen gelassen von BGH, Urteil vom

3. Mai 1991 – 2 StR 613/90, NJW 1992, 250, 252). Der Gläubigerschutz hat aber bei den in der Rechtsform der GmbH betriebenen Gesellschaften kein geringeres Gewicht als bei Personengesellschaften oder insbesondere der Mischform der GmbH & Co. KG, so dass mit dieser Argumentation nicht nachvollziehbar erscheint, warum die Zustimmung der Gesellschafter einer Komplementär-GmbH den Auftrag des Geschäftsführers erweitern kann, das Einverständnis der Gesellschafter bei einer reinen Kapitalgesellschaft für die Frage, ob der Geschäftsführer als Organ oder im Auftrag der Gesellschaft handelt, hingegen bedeutungslos sein soll.

21 Auch in Bezug auf die Buchführungs- und Bilanzdelikte hat der Bundesgerichtshof nicht einheitlich an der Interessentheorie festgehalten, sondern diese – teils ausdrücklich, teils stillschweigend – in Frage gestellt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 15. Dezember 2011 – 5 StR 122/11, StV 2012, 216; vom 24. Mai 2009 – 5 StR 353/08, NStZ 2009, 635, 636; vom 18. Januar 1995 – 2 StR 693/94, wistra 1995, 146 f.; anders etwa BGH, Beschluss vom 14. Dezember 1999 – 5 StR 520/99, NStZ 2000, 206, 207).

22 c) Kommt es für ein Handeln als Vertretungsberechtigter im Sinne des § 14 Abs. 1 StGB nicht (mehr) darauf an, ob dieses im Interesse des Geschäftsherrn liegt, ist auf andere taugliche Abgrenzungskriterien Bedacht zu nehmen (dazu bereits BGH, Beschlüsse vom 10. Februar 2009 – 3 StR 372/08, NJW 2009, 2225, 2228; vom 15. September 2011 – 3 StR 118/11, NStZ 2012, 89, 91). Entscheidend bleibt, dass der Handelnde gerade in seiner Eigenschaft als vertretungsberechtigtes Organ, also im Geschäftskreis des Vertretenen (BGH aaO), und nicht bloß „bei Gelegenheit" tätig wird (vgl. BTDrucks. 14/8998 S. 8; 5/1319 S. 63). Dabei kann zwischen rechtsgeschäftlichem und sonstigem Handeln zu differenzieren sein (vgl. MünchKommStGB/Radtke, 2. Aufl., § 14 Rn. 65 ff.; S/S-Perron, StGB, 28. Aufl., § 14 Rn. 26; ausdrücklich anders noch BGH, Urteil vom 20. Mai 1981 – 3 StR 94/81, BGHSt 30, 127, 129).

23 Handelt ein Organwalter rechtsgeschäftlich, ist ein organschaftliches Tätigwerden jedenfalls dann naheliegend gegeben, wenn er im Namen der juristischen Person auftritt oder für diese aufgrund der bestehenden Vertretungsmacht bindende Rechtsfolgen zumindest im Außenverhältnis herbeiführt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 10. Februar 2009 – 3 StR 372/08, NJW 2009, 2225, 2228; vom 15. September 2011 – 3 StR 118/11, NStZ 2012, 89, 91 m. Anm. Radtke/Hoffmann). Das Handeln des Vertretungsberechtigten als Organ wird etwa dadurch deutlich, dass er lediglich aufgrund seiner besonderen Organstellung überhaupt in der Lage ist, die vertretene juristische Person rechtlich zu binden. Diese Wirkung könnte er nicht herbeiführen, wenn er nicht als vertretungsberechtigtes Organ, sondern – gleichsam wie ein Außenstehender – als natürliche (Privat-)Person agierte (vgl. Arloth, NStZ 1990, 570, 574).

24 Eine Zurechnung der Schuldnereigenschaft ist auch in den Fällen möglich, in denen der Vertretungsberechtigte aufgrund seiner Stellung außerstrafrechtliche, aber gleichwohl strafbewehrte Pflichten des Vertretenen zu erfüllen hat (s. LK/Tiedemann, 12. Aufl., Vor §§ 283 ff. Rn. 84; NK-StGB-Kindhäuser, 3. Aufl., Vor §§ 283 bis 283d Rn. 54).

25 Dagegen erscheint die Abgrenzung bei einem bloß faktischen Handeln problematischer. Ein solches kann jedenfalls dann Grundlage für eine Zurechnung sein, wenn eine Zustimmung des Vertretenen vorliegt (vgl. BGH, Beschluss vom 15. September 2011 – 3 StR 118/11, NStZ 2012, 89, 91; weitergehend BGH, Beschluss vom 10. Januar 2012 – 4 ARs 17/11, wistra 2012, 191; s. auch MünchKommStGB/Radtke, 2. Aufl., § 14 Rn. 67 f.; Valerius, NZWiSt 2012, 65, 66).

26 Es bedarf hier keiner abschließenden Klärung, unter welchen Voraussetzungen im Einzelnen bei rein tatsächlichen Verhaltensweisen eine Zurechnung nach § 14 StGB in Betracht kommt; denn ein solches liegt nicht vor. Der Geschäftsführer K. ist rechtsgeschäftlich tätig geworden. Er verschaffte sich die Beträge im Wesentlichen durch Überweisungen, die er als Geschäftsführer der GmbH mit Wirkung für diese vornahm.

27 d) Der Senat ist durch die bislang ergangenen Entscheidungen nicht daran gehindert, eine Strafbarkeit der Angeklagten wegen Beihilfe zum Bankrott anzunehmen, obschon der Geschäftsführer der S. GmbH Gesellschaftsvermögen nicht im Interesse der GmbH, sondern in eigenem Interesse beiseite schaffte. Auf Anfrage (§ 132 Abs. 3 Satz 1 GVG) haben sämtliche anderen Strafsenate erklärt, an ihrer insoweit entgegenstehenden früheren Rechtsauffassung nicht festzuhalten (vgl. BGH, Beschlüsse vom 29. November 2011 – 1 ARs 19/11, wistra 2012, 113; vom 22. Dezember 2011 – 2 ARs 403/11; vom 10. Januar 2012 – 4 ARs 17/11, wistra 2012, 191; vom 7. Februar 2012 – 5 ARs 64/11). Auch der Senat selbst gibt seine entgegenstehende Rechtsansicht auf.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Kurzfassungen/Leitsätze (KL)

Gewerbemiete etc.

Art. 5 GG – Ehrverletzende Äußerungen des Rechtsanwalts im Rahmen des „Kampfs ums Recht"

Die Beschwerde des Rechtsanwalts gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des 2. Senats des Bayerischen Anwaltsgerichtshofs vom 6. Dezember 2011 wird zurückgewiesen.

Der Rechtsanwalt hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

1 Ergänzend bemerkt der Senat:

2 Dass das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 GG) bei der Würdigung ehrverletzender Äußerungen des Rechtsanwalts im Rahmen des „Kampfs um das Recht" in die Abwägung einbezogen werden muss, entspricht (selbstverständlich) der Rechtsprechung des Senats (vgl. BGH, Beschluss vom 16. Januar 1967 – AnwSt (R) 10/66, BGHSt 21, 206). Dies hat der Anwaltsgerichtshof – entgegen dem Vortrag des Rechtsanwalts – auch nicht verkannt (vgl. UA S. 5). Wenn sich der Rechtsanwalt vor diesem Hintergrund darauf beschränkt, in seiner Beschwerdeschrift einen Grundrechtsverstoß zu behaupten, und seine ehrverletzenden Äußerungen mit dem Bemühen um Änderung der Praxis der Berufungsgerichte erklärt, so genügt er in Übereinstimmung mit der Auffassung des Generalbundesanwalts nicht dem in § 145 Abs. 3 Satz 3 BRAO normierten Erfordernis, Fragen von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des § 145 Abs. 2 BRAO ausdrücklich zu bezeichnen.

(BGH, Beschluss vom 11. 6. 2012 – AnwSt (B) 3/12)

§ 323 BGB – Rücktritt vom Vertrag; Fälligkeit der Leistung; Leistungsverweigerung; Fristsetzung

a) Ein Gläubiger kann nicht gemäß § 323 Abs. 1 BGB vom Vertrag zurücktreten, wenn er die Frist zur Leistung vor deren Fälligkeit gesetzt hat. Das gilt auch dann, wenn bereits vor Fälligkeit ernsthafte Zweifel an der Leistungsfähigkeit oder der Leistungswilligkeit des Schuldners bestehen.

b) Allein die Erklärung des Schuldners, er werde zum Fälligkeitszeitpunkt nicht leisten können, begründet keine ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung im Sinne des § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

c) Der Gläubiger kann nach Fälligkeit der Leistung ohne Setzen einer Nachfrist gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB sofort zurückzutreten, wenn feststeht, dass die gemäß § 323 Abs. 1 BGB dem Schuldner zu setzende angemessene Frist zur Leistung nicht eingehalten werden wird.

d) Das Rücktrittsrecht nach § 323 Abs. 4 BGB kann nicht mehr ausgeübt werden, wenn die Leistung fällig geworden ist. Die Wirksamkeit eines Rücktritts bestimmt sich ab diesem Zeitpunkt nach § 323 Abs. 1 und 2 BGB.

(BGH, Urteil vom 14. 6. 2012 – VII ZR 148/10)

§§ 415, 329 BGB – Immobilien-Bewirtschaftung; Vertretungsmacht des Geschäftsführers; Umstellung auf Wärmelieferung; Geschäftsgrundlage des Wärmelieferungsvertrags; Übernahme des Vertrags mit dem bisherigen Gasversorger; Abrechnung des Wärmelieferers im gestörten Vertragsablauf; Hinterlegungsrecht

Scheitert eine Vertragsübernahme daran, dass der Vertragspartner der ausscheidungswilligen Partei die hierzu erforderliche Zustimmung verweigert, ist der Übernehmer entsprechend § 415 Abs. 3 Satz 2 BGB im Zweifel verpflichtet, den ausscheidungswilligen Vertragspartner von Verbindlichkeiten aus dem mit ihm fortbestehenden Vertragsverhältnis freizustellen (Erfüllungsübernahme nach § 329 BGB).

(BGH, Urteil vom 1. 2. 2012 – VIII ZR 307/10)

§ 307 BGB; VBHAI – Berufshaftpflichtversicherung für Architekten; unwirksames Vertragsstrafeversprechen zur Beitragsbemessung

Eine Klausel in einer Berufshaftpflichtversicherung für Architekten, die die Verletzung der Pflicht zu zutreffenden Angaben über die für die Beitragshöhe maßgeblichen Honorarumsätze durch eine Vertragsstrafe in Höhe des fünffachen Betrages der daraus folgenden Prämiendifferenz sanktioniert, benachteiligt den Versicherungsnehmer unangemessen und ist deshalb unwirksam.

(BGH, Urteil vom 30. 5. 2012 – IV ZR 87/11)

§ 675 BGB – Wirtschaftsprüfer; Haftung für Beratungsfehler

Zur Haftung eines Wirtschaftsprüfers wegen Beratungsfehlern im Zusammenhang mit der Verschmelzung zweier Gesellschaften.

(BGH, Urteil vom 19. 4. 2012 – III ZR 224/10)

§§ 83, 87 ZVG – Zwangsversteigerung; vereinbarte Zuzahlungen

Außerhalb des Versteigerungsverfahrens vereinbarte Zuzahlungen des Meistbietenden an den betreibenden Gläubiger, die diesen dazu veranlassen sollen, einen Einstellungsantrag zurückzunehmen oder nicht zu stellen, verletzen die Rechte des Schuldners und führen zu einer Versagung des Zuschlags.

Es ist ermessensfehlerhaft, wenn das Vollstreckungsgericht von einer Entscheidung über den Zuschlag im Versteigerungstermin nur deshalb absieht, weil der betreibende Gläubiger Gelegenheit erhalten möchte, mit dem Meistbietenden über eine solche Zuzahlung zu verhandeln.

(BGH, Beschluss vom 31. 5. 2012 – V ZB 207/11)

§ 85 InsO; § 239 ZPO; §§ 535, 544 BGB – Aktivprozess; Passivprozess; Rechtsschutzziel; Feststellungsantrag; Garagenmiete; Kündigung; Fortbestand des Mietvertrags

1 Der Rechtsstreit ist als Passivprozess einzuordnen, für dessen Aufnahme eine entsprechende Anwendung von § 239 Abs. 2 bis 4 ZPO nicht vorgesehen ist (vgl. § 85 Abs. 1 InsO).

2 Für die Einordnung eines Rechtsstreits als Aktiv- oder Passivprozess kommt es allerdings nicht auf die konkrete Parteirolle an. Maßgebend ist vielmehr der materielle Inhalt des Begehrens (BGH Urteil vom 27. März 1995 – II ZR 140/93 – NJW 1995, 1750; Kübler/Prütting/Bork/Lüke InsO Stand November 2011 § 85 Rn. 53 mwN). Bei den hier relevanten Feststellungsanträgen zu 1 a, 2 und 3 ist deshalb auf das Rechtsschutzziel abzustellen (Jaeger/Windel InsO § 85 Rn. 116; Kayser in HK-InsO 6. Aufl. § 85 Rn. 51). Werden einzelne Aspekte von Rechtsverhältnissen oder der Bestand eines Rechtsverhältnisses zur Feststellung gestellt, entscheiden die Rechtsfolgen, die sich im Insolvenzverfahren daraus ergeben können, über die Einordnung des Rechtsstreits.

3 Hier geht es der Klägerin und ihren Streithelferinnen zu 1 und 2 um den Fortbestand des Garagenvertrages bis zum vertraglich vereinbarten Ende im Jahr 2037 (Klaganträge Ziff. 1 und 2). Die Frage, ob der Vertrag von dem Beklagten wirksam gemäß § 544 BGB gekündigt werden konnte (Klagantrag Ziff. 3), ist bloße Vorfrage hierzu und kann nicht Gegenstand einer selbständigen Feststellungsklage sein (vgl. Senatsurteil vom 29. September 1999 – XII ZR 313/98 – NJW 2000, 354, 356 mwN). Der Klagantrag Ziff. 3 ist deshalb unter Berücksichtigung seines Sinns dahin umzudeuten, dass – entsprechend den Klaganträgen Ziff. 1 und 2 – Feststellung des Fortbestehens des Garagenvertrages beantragt wird.

4 Das Fortbestehen des von dem Berufungsgericht als Mietvertrag eingeordneten Garagenvertrags wirkt gemäß §§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, 108 Abs. 1 InsO zu Lasten der Teilungsmasse. Es handelt sich deshalb um einen Passiv- und nicht um einen Aktivprozess.

(BGH, Beschluss vom 4. 4. 2012 – XII ZR 52/11)

§§ 306 a.F., 415 BGB; §§ 240, 301, 322 ZPO; § 85 InsO – Zulässigkeit des Teilurteils; Nichtigkeit der Vereinbarung über die Mietzinsschuld im Fall der Unwirksamkeit des Mietvertrags; Immobilienfonds-Modell

a) Im Fall der nur teilweise möglichen Aufnahme des Prozesses nach dessen Unterbrechung wegen Insolvenzeröffnung ist ein Teilurteil auch dann zulässig, wenn sich die Gefahr der Widersprüchlichkeit zu einer späteren Entscheidung über den nicht aufgenommenen Teil nicht ausschließen lässt (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 7. Juli 2010 – XII ZR 158/09 – NZM 2011, 75 [= GuT 2010, 244]; BGH Urteil vom 7. November 2006 – X ZR 149/04 – NJW 2007, 156).

b) Ein Vertrag über die entgeltliche Freistellung von einer Mietzinsschuld ist im Fall der Unwirksamkeit des Mietverhältnisses auf eine unmögliche Leistung gerichtet und daher nach § 306 BGB a.F. nichtig. Die Unwirksamkeit der Freistellungsvereinbarung kann in der Rechtsmittelinstanz nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der Partei, die sich auf die Unwirksamkeit beruft, bereits eine Forderung aus dem Freistellungsvertrag zugesprochen worden ist und das Urteil der Vorinstanz insoweit nicht angefochten und daher rechtskräftig ist (im Anschluss an BGHZ 109, 179 = NJW 1990, 447 [= WuM 1990, 41]).

(BGH, Teilurteil vom 30. 11. 2011 – XII ZR 170/06)

§ 538 ZPO – Aufhebung und Zurückverweisung durch das Berufungsgericht; erforderliche Beweisaufnahme

Eine Aufhebung und Zurückverweisung durch das Berufungsgericht an das erstinstanzliche Gericht scheidet aus, wenn das Berufungsgericht aufgrund einer anderen materiell-rechtlichen Würdigung des Parteivorbringens im Unterschied zu dem Erstgericht eine Beweisaufnahme für erforderlich hält.

(BGH, Urteil vom 14. 6. 2012 – IX ZR 150/11)

§§ 281, 543 ZPO; §§ 27, 28, 56 FGG; § 1771 BGB – inkorrekte Zulassung der Revision; Meistbegünstigung; Verweisung

a) Durch die Zulassung der Revision wird ein – gesetzlich nicht vorgesehener – Instanzenzug nicht eröffnet (im Anschluss an BGH Beschluss vom 1. Oktober 2002 – IX ZB 271/02 – NJW 2003, 70).

b) Der Grundsatz der Meistbegünstigung führt nicht dazu, dass gegen eine inkorrekte Entscheidung auch dann ein ihrer äußeren Form entsprechendes Rechtsmittel zum Bundesgerichtshof zulässig ist, wenn gegen die korrekte Entscheidung eine Anrufung des Bundesgerichtshofs aus besonderen Gründen des jeweiligen Verfahrens nicht statthaft wäre (im Anschluss an BGH Beschluss vom 5. Juli 1990 – LwZR 7/89 – NJW-RR 1990, 1483).

c) Wenn in solchen Fällen das nach der Form der tatsächlich ergangenen Entscheidung eingelegte Rechtsmittel ausnahmsweise unstatthaft ist, ist es – jedenfalls im Rahmen des § 281 Abs. 1 ZPO bei Vorliegen eines Verweisungsantrages – als das Rechtsmittel zu behandeln, das gegen eine korrekte Entscheidung zulässig wäre. Insoweit besteht ein Bedürfnis für eine entsprechende Anwendung des § 281 ZPO (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 10. Juli 1996 – XII ZB 90/95 – FamRZ 1996, 1544).

(BGH, Beschluss vom 13. 6. 2012 – XII ZR 77/10)

§§ 17, 39, 113 FamFG; §§ 160, 165, 311 ZPO – Wiedereinsetzung; unrichtige Rechtsbehelfsbelehrung; allgemeine Pflicht des Rechtsanwalts, Fehlleistungen zu erkennen und entgegenzuwirken

a) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen einer inhaltlich unrichtigen Rechtsbehelfsbelehrung setzt die Kausalität zwischen dem Belehrungsmangel und der Fristversäumung voraus; diese kann bei einem anwaltlich vertretenen Beteiligten entfallen, wenn die durch das Gericht erteilte Rechtsbehelfsbelehrung offenkundig falsch gewesen ist und deshalb – ausgehend von dem bei einem Rechtsanwalt vorauszusetzenden Grundkenntnissen des Verfahrensrechtes und des Rechtsmittelsystems – nicht einmal den Anschein der Richtigkeit zu erwecken vermochte (Fortführung des Senatsbeschlusses vom 23. Juni 2010 – XII ZB 82/10 – FamRZ 2010, 1425).

b) Urteilsersetzende Beschlüsse in Ehesachen und Familienstreitsachen sind gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG i. V. m. § 311 Abs. 2 ZPO durch das Verlesen der Beschlussformel oder durch die Bezugnahme auf die Beschlussformel zu verkünden; der Nachweis für die erfolgte Verkündung kann in diesen Fällen nach § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG i. V. m. §§ 165 Satz 1, 160 Abs. 3 Nr. 7 ZPO nur durch das Protokoll geführt werden.

(BGH, Beschluss vom 13. 6. 2012 – XII ZB 592/11)

§ 4 VBVG – Berufsbetreuer; erhöhte Vergütung; Hochschulabschluss; „Diplomierter Bankbetriebswirt ADG“

2 1. Der Beschwerdeführer beruft sich auf die grundsätzliche Bedeutung der Frage, ob der Abschluss als „Diplomierter Bankbetriebswirt ADG“, den er nach Absolvierung eines genossenschaftlichen Bankführungsseminars an der Akademie Deutscher Genossenschaften e. V. erworben hat, einem Hochschulabschluss vergleichbar ist, weil er nach § 33 Abs. 2 KWG bei der Beurteilung der fachtheoretischen Eignung einer Hochschulausbildung gleichgestellt sei. Da sich die Frage in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stelle, fordere auch die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts.

3 2. Ein Zulassungsgrund liegt nicht vor. Der Senat hat nach Erlass des angegriffenen Beschlusses entschieden, unter welchen Voraussetzungen eine Ausbildung mit einer Hochschulausbildung vergleichbar ist (Senatsbeschlüsse vom 18. Januar 2012 – XII ZB 409/10 – FamRZ 2012, 629 Rn. 11 ‹staatlich anerkannte Sozialwirtin› und vom 4. April 2012 – XII ZB 447/11 – zur Veröffentlichung bestimmt – Rn. 16 ff. ‹Sparkassenbetriebswirtin›).

4 Anhand dieser Maßstäbe kann auch die von dem Rechtsbeschwerdeführer als klärungsbedürftig angesehene Frage beantwortet werden. Der zum Zeitpunkt der Einlegung des Rechtsmittels gegebene Zulassungsgrund ist danach entfallen. Eine Zulassung der Rechtsbeschwerde ist auch nicht ausnahmsweise geboten (vgl. zur Nichtzulassungsbeschwerde: BGH Beschlüsse vom 29. Juni 2010 – X ZR 51/09 – NJW 2010, 2812 Rn. 11 und vom 6. Mai 2004 – I ZR 197/03 – NJW 2004, 3188). Denn die Sprungrechtsbeschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg. Das Amtsgericht [Karlsruhe] hat die als grundsätzlich angesehene Frage zu Recht verneint. Deshalb besteht auch keine etwaige Divergenz zwischen dem angegriffenen Beschluss und der Rechtsprechung des Senats.

(BGH, Beschluss vom 9. 5. 2012 – XII ZB 545/11)

Teileigentum

§§ 1, 2, 10, 15, 21, 23, 25 WEG; §§ 705, 157, 581 BGB Teileigentümergemeinschaft und Verpächtergesellschaft; Publikumsgesellschaft; Beschlussfassungen; Mehrheitsprinzip; Verpachtung an einen Hotelbetreiber

1. Wird eine Teileigentümergemeinschaft nach dem WEG mit dem Ziel der langfristigen Verpachtung des Gebäudes an einen Hotelbetreiber und der Erzielung von Einkünften für die Eigentümer gegründet, so entsteht auch ohne ausdrückliche Vereinbarung zugleich eine BGB-Gesellschaft (Verpächtergesellschaft).

2. Der durch schlüssiges Verhalten zustande gekommene Vertrag einer solchen Verpächtergesellschaft, die aufgrund der Anzahl der Gesellschafter eine sog. Publikumsgesellschaft darstellt, enthält die Vereinbarung, dass Beschlüsse der Gesellschaft mit Mehrheit gefasst werden.

3. Werden über einen längeren Zeitraum hinweg Beschlüsse einer solchen Verpächtergesellschaft mit Mehrheit gefasst, so kann darin die Vereinbarung des Mehrheitsprinzips auch für die Zukunft liegen.

(OLG München, Urteil vom 19. 1. 2012 – 8 U 1985/11)

Zum Sachverhalt: Zwischen der Rechtsvorgängerin der Klägerin und etwa 250 weiteren Eigentümern bestand seit dem Jahr 1988 eine Teileigentümergemeinschaft an einem Gebäude, bestehend aus etwa 250 Wohneinheiten sowie Gemeinschaftsflächen (Schwimmbad, Restaurant etc.). Das Objekt wurde als Hotel bzw. Boardinghaus geplant und ausgeführt, zugunsten von Nachbargrundstücken sind Dienstbarkeiten im Grundbuch eingetragen, die eine Wohnnutzung ausschließen. Das gesamte Gebäude wurde, wie von Anfang an geplant, an einen Hotelbetreiber verpachtet, die Pachteinnahmen wurden an die Teileigentümer entsprechend ihren Teileigentumsanteilen ausbezahlt. Schriftliche Vereinbarungen der Teileigentümer über die Regelung von Pachtangelegenheiten sind weder im notariellen Kaufvertrag über das Grundstück noch zu einem späteren Zeitpunkt getroffen worden. Solche Angelegenheiten wurden, sofern sie anfielen, auf den Teileigentümerversammlungen behandelt, die entsprechenden Beschlüsse wurden mit Mehrheit der anwesenden Eigentumsanteile gefasst. Die Gemeinschaftsflächen waren in der Teileigentumseinheit Nr. 345 zusammengefasst. Diese Einheit war in 344 Bruchteile aufgeteilt, von denen einige auch von Personen gehalten wurden, die nicht auch Sondereigentum an einer abgeschlossenen Einheit erworben

hatten. Um die Beschlussfähigkeit zukünftiger Teileigentümerversammlungen zu gewährleisten, wurde im Jahr 1992 (mehrheitlich) beschlossen, für die Teileigentumseinheit Nr. 345, die ca. 10,6% der Eigentumsanteile ausmacht, einen Bevollmächtigten für die Teilnahme an Teileigentümerversammlungen zu bestimmen, mit der Weisung, sich bei Abstimmungen zu enthalten.

Im Jahr 2006 wurde ein neuer Pachtvertrag abgeschlossen. Dieser wurde auf Verpächterseite vom Vorsitzenden des Eigentümerbeirats unterzeichnet, der zuvor in einer Teileigentümerversammlung, in welcher nicht alle Eigentumsanteile vertreten waren, bevollmächtigt worden war.

Seit dem Jahr 2008 werden getrennte Eigentümerversammlungen und Verpächterversammlungen abgehalten.

Wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten des Pächters beschloss die Verpächterversammlung im Jahr 2010 mehrheitlich, den Pachtzins in nicht unerheblichem Umfang zu stunden.

Die Klägerin nimmt die Beklagte als „Gesellschaft des bürgerlichen Rechts unter der Bezeichnung Verpächtergemeinschaft ‚(Bezeichnung des Objekts)', vertreten durch die Verwalterin der Eigentümergemeinschaft" auf Feststellung in Anspruch, dass die Beschlüsse zur Stundung der Pacht unwirksam sind.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Mangels schriftlichen Gesellschaftsvertrages gelte das Erfordernis der Einstimmigkeit, § 709 BGB. Der mutmaßliche Parteiwille sei nicht ersichtlich, so dass auch eine ergänzende Vertragsauslegung scheitere.

Die Berufung der Beklagten hatte Erfolg.

Aus den Gründen: II. Die streitgegenständlichen Beschlüsse der Beklagten vom 17. 4. 2010 sind nicht unwirksam.

Der Senat ist zunächst mit dem Landgericht und der Klägerin der Auffassung, dass die Mitglieder der Teileigentümergemeinschaft durch Erwerb eines Miteigentumsanteils in dem Wissen, dass das streitgegenständliche Anwesen langfristig und gewinnbringend an einen Hotelbetreiber verpachtet werden soll und im Hinblick darauf entsprechende bauliche Gegebenheiten geschaffen wurden, zugleich einer BGB-Gesellschaft mit dem Zweck der Verpachtung des Objekts beigetreten sind bzw., dass eine solche BGB-Gesellschaft zeitgleich mit dem Entstehen der Teileigentümergemeinschaft entstanden ist.

1. Dies folgt daraus, dass die zwischen den Teileigentümern – konkludent – getroffenen Vereinbarungen in ihren rechtlichen Folgen bei weitem über das hinausgehen, was das Gesetz in § 15 Abs. 1, Abs. 2 WEG als zulässige Nutzungsregelung vorsieht. Denn die zwischen den Teileigentümern getroffene Vereinbarung beschränkt sich nicht lediglich auf die Regelung des Gebrauchs des Gemeinschaftseigentums und des Sondereigentums sämtlicher Miteigentümer, sondern sie bindet die Miteigentümer für die Zukunft in wirtschaftlicher Art und Weise über das in einer Wohnungseigentümergemeinschaft liegende Maß hinaus aneinander durch die Verpachtung des Anwesens an einen Hotelbetreiber. Dieser gemeinsam verfolgte wirtschaftliche Zweck geht über eine bloße Teileigentümergemeinschaft hinaus.

2. Da für den Abschluss eines BGB-Gesellschaftsvertrags keine Formvorschriften bestehen, ist auch ein konkludenter Vertragsschluss möglich. Dieser liegt vorliegend darin, dass die Mitglieder der Teileigentümergemeinschaft in Kenntnis des vorgesehenen Verwendungszwecks des Objekts und der damit zusammenhängenden wesentlichen wirtschaftlichen Folgen der Teileigentümergemeinschaft beigetreten sind. Ein Rechtsbindungswille jedes einzelnen der Teileigentümergemeinschaft Beitretenden kann deshalb nicht verneint werden. Auf die Frage, ob dem jeweils Erklärenden bewusst war, mit seinem Beitritt zur Teileigentümergemeinschaft zugleich auch Gesellschafter einer Verpächtergesellschaft zu werden, kommt es nicht an, weil das Erklärungsbewusstsein kein notwendiger Bestandteil der Willenserklärung ist (Palandt/Ellenberger, BGB 71. Auflage, vor § 116 Rdnr. 17). Ausreichend ist, dass der Handelnde bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen können, dass sein Verhalten als Willenserklärung aufgefasst werden durfte und der andere Teil es auch tatsächlich so verstanden hat (Palandt/Ellenberger a. a.O. § 133 Rdnr. 11 m.w.N.). Daran bestehen vorliegend keine Zweifel.

III. Innerhalb dieser BGB-Gesellschaft (im Folgenden: Verpächtergesellschaft) gilt bei Beschlüssen – von Ausnahmen abgesehen – das Mehrheitsprinzip.

1. Das folgt allerdings nicht aus § 15 Abs. 2 WEG. Die Vorschrift ist für die Verpächtergesellschaft, die gerade dadurch gekennzeichnet ist, dass sie Angelegenheiten betrifft, welche die Beschlusskompetenz der Teileigentümergemeinschaft überschreiten, nicht anwendbar.

2. Eine entsprechende Regelung ist jedoch bereits von Anfang an Inhalt des Gesellschaftsvertrags gewesen:

a) Die Gesellschafter haben insoweit die Regelungen der §§ 705 ff. BGB, insbesondere die Regelung des § 709 Abs. 1, Abs. 2 BGB abbedungen. Dies ist grundsätzlich möglich (vgl. Palandt/Sprau, a. a.O. § 705, Rdnr. 2). Der Senat teilt nicht die Auffassung, aus der Tatsache des Fehlens eines schriftlichen Gesellschaftsvertrags folge die Anwendung der Regeln der §§ 705 ff. BGB (…). Abzustellen ist vielmehr auf den Vertragsinhalt, wie er sich durch konkludente Erklärungen der Gesellschafter aufgrund der gesamten Umstände – entweder bei Vertragsschluss oder auch zu einem späteren Zeitpunkt (siehe hierzu unten bei Ziffer 2.) – ergibt.

b) Für die Frage, welchen Inhalt der Vertrag über die Verpächtergesellschaft hat, insbesondere, ob die Vertragsparteien das Mehrheitsprinzip vereinbart haben, ist in erster Linie auf den von allen Vertragspartnern erkennbar verfolgten Zweck der Verpächtergemeinschaft abzustellen. Dieser liegt darin, alle über die Teileigentümergemeinschaft hinaus reichenden Angelegenheiten im Zusammenhang mit der Verpachtung des Objekts zu regeln, insbesondere mit dem Ziel der dauerhaften Erzielung von Einkünften für jeden Gesellschafter. Hierbei war aufgrund der Gestaltung der Teileigentümergemeinschaft, der Beschaffenheit des Objekts und der bereits getroffenen bzw. geplanten Vorkehrungen jedem Gesellschafter klar, dass seine Einwirkungsbefugnis auf sein Sondereigentum durch die Verpachtung stark eingeschränkt werden würde.

c) Vor diesem Hintergrund haben die Gesellschafter sich für eine Regelung entschieden, die eine Handhabung parallel zur Handhabung im Rahmen von Teileigentümerversammlungen vorsah. Dass Beschlüsse zu fassen sein würden, war absehbar. Die Frage der Modalitäten der Beschlussfassung wurde daher nicht übersehen, vielmehr gingen die Gesellschafter erkennbar davon aus, dies werde genauso vonstatten gehen, wie bei Beschlüssen der Teileigentümergemeinschaft. Anderenfalls hätten sie eine entsprechende – abweichende – Regelung getroffen.

d) Die Vereinbarung des Mehrheitsprinzips von Anfang an wird durch die tatsächliche Handhabung der Beschlussfassung und der Umsetzung der Beschlüsse bestätigt. Die einzige übereinstimmende Willenserklärung aller Gesellschafter war diejenige bei Vertragsschluss. In den auf den Vertragsschluss folgenden Jahren wurde – soweit Verpachtungsangelegenheiten betroffen waren – stets mit Mehrheit entschieden. Der Einwand der Klägerin, alle Versammlungen, bei denen Mehrheitsentscheidungen gefasst wurden, seien solche der Teileigentümergemeinschaft gewesen (…), verkennt, dass diese Versammlungen – wenn auch nicht als solche bezeichnet – zugleich, jedenfalls wenn Pachtangelegenheiten erörtert wurden, auch Versammlungen der Beklagten waren. Im Übrigen bleibt die Klägerin unter Zugrundelegung ihrer Auffassung eine Antwort auf die Frage schuldig, durch welche Rechtsakte die wirtschaftlichen Tätigkeiten der Beklagten legitimiert waren.

3. Selbst wenn man zu dem Ergebnis käme, dass bei Vertragsschluss ein entsprechender Wille zur Vereinbarung des Mehrheitsprinzips (noch) nicht vorhanden war, so erfolgte eine (konkludente) Vereinbarung jedoch im weiteren Verlauf:

a) Alle Vertragsparteien haben durch ihr Verhalten in den auf den Vertragsschluss folgenden 20 Jahren (von 1988 bis 2008) zu erkennen gegeben, dass sie das Mehrheitsprinzip, soweit es zur Anwendung kam, akzeptierten. Unabhängig davon, ob sie an Versammlungen nicht teilgenommen haben, oder aber teilgenommen und abgestimmt haben – sie haben anschließend einem Mehrheitsbeschluss nicht widersprochen, was für alle anderen Gesellschafter nur den Erklärungswert haben konnte, mit dem praktizierten Verfahren einverstanden gewesen zu sein. Dem kann nicht mit Erfolg entgegnet werden (…), es verhalte sich im Gegenteil so, dass die jeweils überstimmte Minderheit sich mit der Mehrheitsentscheidung gerade nicht abgefunden, sondern dieser durch Ablehnung des jeweiligen Beschlussinhaltes widersprochen habe. Denn es geht nicht um den Beschlussinhalt, sondern um das Zustandekommen des Beschlusses.

b) Soweit Beschlüsse durch die Klägerin angefochten wurden, erfolgte dies nicht unter Hinweis auf das für unzulässig gehaltene Mehrheitsprinzip (…). Dies gilt auch für die Anfechtung durch andere Gesellschafter (…). Insoweit ist zudem festzustellen, dass die damalige Beklagte (die „Wohnungseigentümergemeinschaft", vor Gericht vertreten durch den Klägervertreter des vorliegenden Verfahrens), die Auffassung vertreten hat, die Eigentümergemeinschaft könne durch Mehrheitsbeschluss die Verpachtung des gesamten Objekts beschließen (…).

c) Spätestens mit einer thematisch getrennten Durchführung der Teileigentümer- und der Verpächtergemeinschaftsversammlung musste jedem Gesellschafter die Existenz zweier Rechtsgebilde erkennbar gewesen sein, so dass der konkludente Erklärungswert ihres Verhaltens noch deutlicher hervortrat. Ohnehin war zumindest dem Geschäftsführer der ehemaligen Komplementärin der Klägerin, P., der auch langjähriger Geschäftsführer der Verwalterin der Teileigentümergemeinschaft war, seit 1994 bekannt, dass eine „Eigentümerversammlung" keine Beschlusskompetenz über Pachtangelegenheiten hat (…). Ob sich die Klägerin die Verfahrensweise des ehemaligen Geschäftsführers ihrer Komplementärin als Verwalter – Erörterung und Beschlussfassung auch von Pachtangelegenheiten in Eigentümerversammlungen, deren Leiter er war – zurechnen lassen muss und der Klägerin deshalb der Einwand des venire contra factum proprium entgegengehalten werden muss, kann dahinstehen.

d) Durch die jahrelange Handhabung haben alle Beteiligten auch zu erkennen gegeben, dass sie das Mehrheitsprinzip auch für die Zukunft als verbindlich ansehen. Hinzu kommt, dass alle Beteiligten die Früchte der gemeinsamen, auf Mehrheitsbeschlüssen beruhenden Tätigkeit, nämlich den anteiligen Pachtzins, widerspruchslos entgegen genommen haben. Das Bedürfnis der einzelnen Gesellschafter danach, ihre Beteiligung an der Beklagten auch in der Zukunft planbar zu sehen, spricht dafür, dass ein Interesse daran bestand, die langjährige Übung als verbindlich betrachten zu können. Die Annahme, in der Verpächtergesellschaft könnte die Anwendung des Mehrheitsprinzips über zwanzig Jahre hindurch gewolltermaßen unverbindlich gewesen sein, widerspricht der Lebenserfahrung. Diese spricht im Gegenteil in entscheidender Weise dafür, dass eine derart lange tatsächliche Übung im Laufe der Zeit auch eine feste vertragliche Grundlage gefunden hat (vgl. für den Fall der vom Gesellschaftsvertrag abweichenden Gewinnverteilung: BGH vom 17. 1. 1966, Az. II ZR 8/64 Rn. 8, zitiert nach juris).

e) Die Mitglieder der Teileigentümergemeinschaft haben mit der Regelung über die Vertretung der „Einheit 345" auf Versammlungen einen Zustand geschaffen, der es verhinderte, dass Beschlüsse einstimmig gefasst werden konnten. Denn der Bevollmächtigte der Einheit 345 war zur Stimmabgabe nicht berechtigt. Damit haben die personenidentischen Gesellschafter der Verpächtergesellschaft erkennbar zum Ausdruck gebracht, dass sie Beschlüsse ohne die Stimmen der Einheit 345 für wirksam ansehen (auch in Zukunft), also Mehrheitsentscheidungen für ausreichend erachten.

f) Dem kann nicht mit Erfolg entgegen gehalten werden, der für Personengesellschaften entwickelte Grundsatz, dass eine tatsächliche Vermutung dafür spricht, dass die Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag auch mit Wirkung für die Zukunft abgeändert haben, wenn sie vorbehalt- und widerspruchslos eine vom Gesellschaftsvertrag abweichende Praxis längere Zeit hingenommen haben, gelte nicht für Publikumsgesellschaften (…). Denn vorliegend geht es nicht um eine Praxis entgegen des Gesellschaftsvertrags, sondern um eine Praxis, die eine entsprechende gesellschaftsvertragliche Vereinbarung erst herbeiführt.

3. Schließlich würde selbst die Verneinung einer konkludenten Vertragsergänzung durch langjährige Handhabung am Ergebnis nichts ändern. Wenn die Gesellschafter der Verpächtergesellschaft weder bei Vertragsschluss (siehe oben Ziffer 1.) noch später (siehe oben Ziffer 2.) eine Vereinbarung über das Einstimmigkeits-oder über das Mehrheitsprinzip getroffen hätten, so würde eine ergänzende Vertragsauslegung gemäß § 157 BGB ebenfalls zum Mehrheitsprinzip führen:

a) Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses war sowohl die Vereinbarung des Mehrheitsprinzips, als auch die Beibehaltung der gesetzlichen Regelung möglich. Eine ausdrückliche Regelung fehlt. Der Vertrag enthielte unter der genannten Prämisse keine zureichenden Anhaltspunkte für eine Auslegung in der einen oder anderen Richtung.

b) Dieses Fehlen einer ausdrücklichen Regelung stellt eine Regelungslücke, also eine „planwidrige Unvollständigkeit" (vgl. Palandt/Ellenberger a. a.O. § 157 Rn 3 m.w.N. aus der Rspr. des BGH) dar. Denn die Verfahrensweise bei Abstimmungen ist von zentraler Bedeutung für die Willensbildung innerhalb der Gesellschaft. Ohne ihre Regelung ist die Gesellschaft auf Dauer nicht handlungsfähig, was in der Struktur der Beklagten begründet ist. Zu dieser gehören über dreihundert Gesellschafter, die infolge Erbfalls teilweise namentlich nicht bekannt sind und von denen auch eine Anschrift teilweise nicht bekannt ist. Die Tatsache, dass der (konkludente) Vertrag eine Regelung zu Abstimmungen nicht enthält, würde unter der oben genannten Prämisse auch ganz offensichtlich auf einem Versehen beruhen, also planwidrig sein.

c) Der Schließung dieser Regelungslücke durch ergänzende Vertragsauslegung steht vorliegend kein vorrangiges dispositives Recht entgegen. Denn die §§ 705 ff BGB, insbesondere § 709 Abs. 1, Abs. 2 BGB stellen keine interessengerechte Regelung dar. Im Gegenteil: die gesetzliche Regelung widerspricht dem mutmaßlichen Parteiwillen.

Die Regelungslücke ist durch Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens zu schließen. Es ist darauf abzustellen, was die Parteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Parteien vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten (vgl. Palandt/Ellenberger a. a.O. § 157 Rn. 7 m.w.N. aus der Rspr. des BGH). Dabei sind zunächst die Umstände bei Vertragsschluss maßgeblich (hierzu bei a.), sodann die später auftretenden Umstände (hierzu bei b.)

a. Umstände bei Vertragsschluss

(1) Grundsätzlich ist davon auszugehen ist, dass die Vertragspartner einen in rechtlicher Hinsicht nicht zu beanstandenden und in praktischer Hinsicht durchführbaren Vertrag abschließen wollten. Der zweitgenannte Gesichtspunkt führt hier zur Feststellung, dass die Einhaltung des Einstimmigkeitsprinzips nach den insoweit unwidersprochenen Ausführungen der Beklagten, die im Übrigen plausibel erscheinen, dazu führen würde, dass die Verpächtergesellschaft handlungsunfähig werden würde. Denn selbst wenn die Beklagte die Anschriften sämtlicher derzeitiger Gesellschafter ermitteln und diese zu ihren Versammlungen laden würde, widerspräche es der Lebenser-

fahrung anzunehmen, dass sämtliche Gesellschafter an den Versammlungen anwesend sein würden, und noch viel weniger, dass dort gefasste Beschlüsse einstimmig erfolgen würden.

(2) In der vorliegenden Gestaltung trägt die enge rechtliche und wirtschaftliche Verknüpfung der Teileigentümergemeinschaft einerseits und der Verpächtergesellschaft andererseits die Vermutung in sich, dass die beteiligten Personen, sofern nicht ausdrücklich abweichende Regelungen getroffen wurden, das Prozedere sowohl in der Teileigentümergemeinschaft als auch in der Verpächtergemeinschaft in gleicher Weise durchgeführt haben wollten.

b. Für die Frage nach dem hypothetischen Parteiwillen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses kann auch das spätere Verhalten der Parteien Hinweise geben. So ist es auch hier:

(1) Die langjährige Anwendung des Mehrheitsprinzips nicht nur bei Beschlüssen betreffend ein bestehendes Pachtverhältnis, sondern auch im Zusammenhang mit dem Abschluss eines neuen Pachtverhältnisses weist auf den mutmaßlichen Parteiwillen hin. Es wurde auch zu einem Zeitpunkt mehrheitlich entschieden, als auf den Versammlungen ausdrücklich zwischen der Teileigentümergemeinschaft und der Verpächter-Gemeinschaft unterschieden wurde.

(2) Die Mitglieder der Teileigentümereigentümergemeinschaft haben mit der Regelung über die Vertretung der „Einheit 345“ auf Versammlungen einen Zustand geschaffen, der es verhinderte, dass Beschlüsse einstimmig gefasst werden konnten. Denn der Bevollmächtigte der Einheit 345 war zur Stimmabgabe nicht berechtigt. Damit haben die personenidentischen Gesellschafter der Verpächtergesellschaft erkennbar zum Ausdruck gebracht, dass sie Beschlüsse ohne die Stimmen der Einheit 345 für wirksam ansehen (auch in Zukunft), also Mehrheitsentscheidungen für ausreichend erachten. Hätten die Beteiligten am gesetzlichen Normalfall der Einstimmigkeit festhalten wollen, hätten sie umgekehrt vorsehen müssen, dass der Bevollmächtigte der Einheit 345 mit den übrigen Gesellschaftern abstimmen müsste. Aus § 709 Abs. 1 BGB am Ende folgt nämlich, dass eine Enthaltung der Ablehnung gleichkommt, vgl. Ulmer/Schäfer in: Münchner Kommentar zum BGB, § 709 Rn. 39.

(3) Die Mitglieder der Verpächtergesellschaft haben jahrelang widerspruchslos den Pachtzins entgegengenommen, auch denjenigen aufgrund des neuen Pachtvertrags. Sie haben damit erkennbar zum Ausdruck gebracht, dass sie die bis zu dem jeweiligen Zeitpunkt gefassten Mehrheitsbeschlüsse der Verpächtergesellschaft als wirksam erachten.

IV. Gegen die Feststellung eines solchen Vertragsinhalts kann nicht mit Erfolg eingewendet werden (…), bei den angefochtenen Gesellschafterbeschlüssen handele es sich um die Änderung des Gesellschaftsvertrags. Denn das ist nicht der Fall. Die angefochtenen Beschlüsse befassen sich nicht mit den Grundlagen der Verpächtergesellschaft, insbesondere nicht mit dem Zweck der Gesellschaft (Erzielung von Pachteinnahmen unter Einsatz von Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum) und auch nicht mit gesellschaftsinternen Abläufen. Die Beschlüsse betreffen vielmehr die nach außen wirkende Tätigkeit der Gesellschaft, nämlich eine Modifizierung der sich aus dem Pachtvertrag ergebenden Rechte und Pflichten. Sie sind im Prinzip nicht anders zu bewerten als Beschlüsse zu Pachterhöhungen oder zur gerichtlichen Geltendmachung von Pachtforderungen etc.

V. Die Feststellung eines Vertragsinhalts der geschriebenen Art scheitert auch nicht daran, dass dies zu Lasten der Klägerin unbillig wäre. Sie hat sich selbst durch Zustimmung zum neuen Pachtvertrag auf Zeit gebunden. Mit Ablauf dieses Pachtvertrages wird man ihr wohl ein ordentliches Kündigungsrecht zugestehen müssen, soweit das Ergebnis einer eingehenden rechtlichen Prüfung ergäbe, dass die Gründung der Verpächtergesellschaft nicht unter der Prämisse erfolgte, die Gesellschaft werde bis zum Einsturz des Gebäudes zwangsläufig fortbestehen.

VI. Die angefochtenen Beschlüsse sind auch nicht deshalb unwirksam, weil sie zwar – wie dargelegt zulässigerweise – mehrheitlich erfolgten und damit formell legitimiert sind, dabei jedoch derart unzumutbar in Rechte eines der beteiligten Gesellschafter eingreifen, dass sie (ausnahmsweise) unwirksam wären. Diese auf einer zweiten, nämlich inhaltlichen Ebene durchzuführende Prüfung (vgl. BGH, Urteil vom 24. 11. 2008, Az. II ZR 116/08 Rn. 16/17, zitiert nach beck-online) hat zu berücksichtigen, ob die angefochtenen Beschlüsse die gesellschafterliche Treuepflicht der Mehrheit gegenüber der Minderheit (also der Klägerin) verletzen und ist auch außerhalb von Maßnahmen, welche die gesellschaftsvertraglichen Grundlagen betreffen, durchzuführen (BGH a. a.O. Rn. 17). Vorliegend könnte dieser Gesichtspunkt vor allem dann in Betracht zu ziehen sein, wenn ein Beschluss der Verpächtergesellschaft die Eigentümerstellung der Klägerin substanziell bedrohen würde oder das berechtigte Vertrauen der Klägerin in den Fortbestand gewisser wirtschaftlicher Entscheidungen der Gesellschaft verletzen würde. Die Klägerin konnte indes nicht berechtigter Maßen darauf vertrauen, die Verpächtergesellschaft werde bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Pächters nicht zu geldwerten Zugeständnissen bereit sein. Ebensowenig ist die Eigentümerstellung der Klägerin durch die Stundung des Pachtzinses substanziell bedroht.

Mitgeteilt von RiOLG Dr. Stoll, München

§ 10 WEG
Teileigentum; Wohnungseigentum; Miteigentumsanteil mit zugeordnetem Sondernutzungsrecht; Duplexgarage; Grundbuchsache

Ein Sondernutzungsrecht kann auch einem Miteigentumsanteil an einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit zugeordnet werden.

(BGH, Beschluss vom 10. 5. 2012 – V ZB 279/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beteiligte zu 1 ist Eigentümerin der Wohnung Nr. 44 in einer Wohnungs- und Teileigentumsanlage. Mit dem Wohnungseigentum ist das im Grundbuch eingetragene Recht zur ausschließlichen Nutzung eines Tiefgaragenstellplatzes und eines Abstellraums verbunden, welche im Gemeinschaftseigentum stehen. Die Beteiligte zu 2 ist Miteigentümerin zu 1/2 einer in derselben Anlage befindlichen Teileigentumseinheit, die aus einem Miteigentumsanteil, verbunden mit dem Sondereigentum an einer Duplexgarage, besteht. Deren Benutzung ist zwischen den beiden Miteigentümern dergestalt geregelt, dass der Beteiligten zu 2 das Recht zur ausschließlichen Nutzung des oberen Platzes zusteht.

2 Mit notariellem Vertrag vom 10. November 2010 verkaufte die Beteiligte zu 1 das mit der Wohnung Nr. 44 verbundene Sondernutzungsrecht an die Beteiligte zu 2. Zugleich erklärten die Vertragsparteien, die Gemeinschaftsordnung so zu ändern, dass das Sondernutzungsrecht an dem Tiefgaragenstellplatz von der Wohnung Nr. 44 abgeschrieben und der Teileigentumseinheit Nr. 72 (Duplex Nr. 72 oben) zugewiesen werde.

3 Zur Sicherung des Übertragungsanspruchs bewilligte die Beteiligte zu 1 die Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch, deren Eintragung die Urkundsnotarin am 31. März 2011 als Vertreterin der Beteiligten beantragt hat. Mit Beschluss vom 22. Juni 2011 hat das Grundbuchamt [AG München] den Antrag zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 1 ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Oberlandesgericht München zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Beteiligte zu 1 den Eintragungsantrag weiter.

4 **Aus den Gründen:** II. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung unter anderem in ZWE 2012, 92 veröffentlicht ist, meint, ein Sondernutzungsrecht könne nicht einem von mehreren Miteigentümern einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit übertragen werden. Die Eintragung des Sondernutzungs-

rechts erfolge auf dem Grundbuchblatt, auf welchem auch das Sondereigentum eingetragen sei. Da nicht für jeden Miteigentümer ein eigenes Grundbuchblatt angelegt werde, könne das Recht nur einheitlich allen Miteigentümern zustehen.

5 Das hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

6 III. Die nach § 78 GBO statthafte und nach § 71 FamFG auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Das von dem Beschwerdegericht als Grund für die Zurückweisung des Antrags angeführte rechtliche Hindernis besteht nicht.

7 1. Ob ein Sondernutzungsrecht einem Miteigentumsanteil an einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit zugeordnet werden kann, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt.

8 a) Nach einer Auffassung ist dies mit dem Wortlaut des § 10 Abs. 3 WEG unvereinbar. Nach dieser Vorschrift werde ein im Grundbuch eingetragenes Sondernutzungsrecht zum Inhalt des Sondereigentums. Sondereigentum könne jedoch nur einem Wohnungseigentümer zustehen. Ein Bruchteilseigentümer sei nicht alleiniger Berechtigter eines Sondereigentums und deswegen kein Wohnungseigentümer im Sinne von § 10 Abs. 3 WEG (KG, DNotZ 2004, 634 und dem folgend MünchKomm-BGB/Commichau, 5. Aufl., § 10 WEG Rn. 20; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn. 2910, 2963; Rapp in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl., Teil A.III. Rn. 62; Herrmann in Kuntze/Ertl/Herrmann/ Eickmann, Grundbuchrecht, 6. Aufl., S. 179 Rn.E 83). Zudem führe die Verbindung eines Sondernutzungsrechts mit einem Miteigentumsanteil zu einer unterschiedlichen Ausgestaltung der Miteigentumsanteile. Dies sei jedoch rechtlich ausgeschlossen, weil § 10 Abs. 3 WEG nur die Eintragung von Vereinbarungen als Inhalt des Sondereigentums insgesamt und nicht lediglich eines Teils des Sondereigentums erlaube (KG, DNotZ 2004, 634 f.).

9 b) Nach der Gegenauffassung kann ein Sondernutzungsrecht einem Miteigentumsanteil an einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit zugeordnet werden. Auch ein Bruchteilseigentümer sei Wohnungseigentümer, so dass sich aus dem Wortlaut des § 10 WEG keine Beschränkung ergebe (OLG Nürnberg, DNotZ 2012, 144; Klein in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 13 Rn. 79; Palandt/ Bassenge, BGB, 71. Aufl., § 13 WEG Rn. 9; Erman/Grziwotz, BGB, 13. Aufl., § 15 WEG Rn. 7; Meikel/Morvilius, GBO, 10. Aufl., Einl. C Rn. 148; Bauer/ Oefele, GBO, 2. Aufl., AT V Rn. 135; Hügel/Kral, GBO, 2. Aufl., Seite 1146 Rn. 45; BeckOK GBO/Kral, Edition 14, Rn. 45; BeckOK WEG/Dötsch, Edition 11, § 15 Rn. 297; Bärmann/Seuß, Praxis des Wohnungseigentums, 5. Aufl., Teil C Rn. 359; Häublein, DNotZ 2004, 635; Böttcher, Rpfleger 2005, 648, 652 f.; Kühnlein, MittBayNot 2012, 43).

10 2. Der Senat war mit dieser Frage bislang nicht befasst. Er entscheidet sie nun im Sinn der letztgenannten Auffassung.

11 a) Ein Sondernutzungsrecht ist das durch Vereinbarung begründete Recht eines Wohnungs- oder Teileigentümers, abweichend von der Regel des § 13 Abs. 2 Satz 1 WEG Teile des Gemeinschaftseigentums allein zu benutzen (Senat, Urteil vom 20. September 2000 – V ZB 58/99, BGHZ 145, 158, 167 f. [= WuM 2000, 620]). Es kann aufgrund der Privatautonomie im Rahmen der Gesetze frei gestaltet werden (Häublein, DNotZ 2004, 635 f.; Kühnlein, MittBayNot 2012, 43 f.; vgl. auch Klein in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 13 Rn. 79). Der Zuordnung eines Sondernutzungsrechts zu einem Miteigentumsanteil an dem Sondereigentum stehen keine gesetzlichen Regelungen entgegen; insbesondere ist sie mit dem Wortlaut des § 10 Abs. 3 WEG vereinbar. Miteigentum ist nämlich dem Alleineigentum gleichartig (BGH, Urteil vom 14. Februar 1962 – IV ZR 156/61, BGHZ 36, 365, 368; Bamberger/Roth/Fritzsche, BGB, 3. Aufl. § 1008, Rn. 1). Auch derjenige, der lediglich Miteigentümer einer Wohnungs- bzw. Teileigentumseinheit ist, gehört somit zu dem Kreis der Wohnungs- bzw. Teileigentümer. Dies zeigt sich auch daran, dass ihm das Recht zur Benutzung des gemeinschaftlichen Eigentums und zur Teilnahme an der Eigentümerversammlung zusteht (OLG Nürnberg, DNotZ 2012, 144 f.; Häublein, DNotZ 2004, 635; Böttcher, Rpfleger 2005, 648, 652 f.; Kühnlein, MittBayNot 2012, 43 f.). Die Regelung in § 25 Abs. 2 Satz 2 WEG, dass Miteigentümer von Wohnungseigentum das Stimmrecht nur einheitlich ausüben können, verdeutlicht in besonderem Maß, dass das Wohnungseigentumsgesetz auch solche Miteigentümer als Wohnungseigentümer ansieht. Zudem kann der Formulierung, dass Vereinbarungen „als Inhalt des Sondereigentums" in das Grundbuch eingetragen werden können (§ 10 Abs. 3 WEG), weder nach dem Wortlaut noch nach Sinn und Zweck oder Entstehungsgeschichte der Vorschrift eine Beschränkung der Zuordnung von Sondernutzungsrechten zu Miteigentumsanteilen entnommen werden (näher Häublein, DNotZ 2004, 635 f.).

12 b) Der Zuordnung von Sondernutzungsrechten zu Miteigentumsanteilen an Wohnungs- bzw. Teileigentum stehen die aus den Rechten folgenden Befugnisse nicht entgegen. Für die Zuordnung besteht auch ein praktisches Bedürfnis, wie der vorliegende Fall zeigt. Die Beteiligte zu 2 hat ein berechtigtes Interesse daran, das Sondernutzungsrecht ohne Mitwirkung des weiteren Miteigentümers der Duplexgarage zu erwerben. Wäre die Zuordnung des Sondernutzungsrechts nur zu der Teileigentumseinheit insgesamt möglich, müsste der weitere Miteigentümer bei dem Erwerb durch die Beteiligte zu 2 mitwirken und anschließend mit ihr eine Benutzungsregelung hinsichtlich des Sondernutzungsrechts treffen.

13 c) Der Hinweis des Beschwerdegerichts auf Besonderheiten bei der Grundbucheintragung, dass nämlich die Eintragung eines Sondernutzungsrechts, welches einem Bruchteilseigentümer von Wohnungs- bzw. Teileigentum zustehen soll, mangels Anlegung eines Grundbuchblatts für jeden Bruchteilseigentümer auf dem Grundbuchblatt des (gesamten) Sondereigentums erfolge, führt zu keinem anderen Ergebnis. Das Grundbuchverfahrensrecht hat gegenüber dem materiellen Recht dienende Funktion und muss sich diesem unterordnen; die Reichweite materieller Rechtspositionen kann nicht ausgehend von möglichen grundbuchtechnischen Schwierigkeiten bei deren Eintragung bestimmt werden (vgl. Senat, Beschluss vom 4. Dezember 2008 – V ZB 74/08, BGHZ 179, 102, 109 Rn. 13 [= GuT 2008, 489]).

14 IV. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Die Festsetzung des Gegenstandswerts [20.000 EUR] beruht auf §§ 131 Abs. 4, 30 Abs. 1 KostO.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 10 WEG; § 242 BGB
Teileigentum; Umbau in Wohnungen unter Einbeziehung von Gemeinschaftsflächen und Sondernutzungsrechten; Änderung der sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft

a) Ein Anspruch auf Zustimmung zur Änderung der sachenrechtlichen Zuordnung des Wohnungseigentums lässt sich aus § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG nicht herleiten.

b) Die Umwidmung von Teileigentum in Wohnungseigentum, die Begründung von Sondernutzungsrechten und die Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum sind einer Beschlussfassung der Wohnungseigentümer von vornherein entzogen.

c) Aus der bloßen Duldung der veränderten Nutzung folgt keine Pflicht zur grundbuchrechtlichen Anerkennung des Zustands.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil und Versäumnisurteil vom 11. 5. 2012 – V ZR 189/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien sind Mitglieder einer Wohnungseigentümergemeinschaft. Die Anlage besteht aus einem Gebäude mit Vorderhaus, Seitenflügel und Hinterhaus. Die Dachgeschosse des – nach der Zerstörung durch den zweiten

Weltkrieg teilweise nur mit einem Notdach versehenen – Gebäudes waren ursprünglich nicht ausgebaut. Mit Teilungserklärung vom 6. April 1982 wurde das Gebäude in Wohnungseigentum aufgeteilt. Dabei wurden an den im Dachgeschoss des Vorderhauses und des Seitenflügels befindlichen Räumen die Teileigentumseinheiten 23 und 24 gebildet; ausgenommen hiervon war die Waschküche, die gemeinschaftliches Eigentum blieb. Zudem wurde der im vierten Obergeschoss liegenden Wohnung Nr. 22 ein Sondernutzungsrecht an einer Teilfläche im Dachgeschoss des Hinterhauses zugewiesen. In der Eigentümerversammlung vom 28. April 1992 fassten die – nur mehrheitlich vertretenen – Wohnungseigentümer auf Antrag des damaligen Eigentümers der Einheiten 22, 23 und 24 unter TOP 7 den Beschluss, dass die Umwandlung der Teileigentumseinheiten 23 und 24 in vier Wohnungen genehmigt wird, wobei ein Teil der Sondernutzungsfläche der Wohnung 22 einer der neu gebildeten Wohnungen als Sondereigentum zugeschrieben wird. Zudem beschlossen sie die Einräumung eines Sondernutzungsrechts für den jeweiligen Eigentümer der neuen Wohnungen an den noch zu errichtenden Dachgärten. In der Folgezeit führte der Eigentümer der genannten Einheiten die Ausbauarbeiten auf eigene Kosten durch, wobei er das Dach neu errichten und zugleich vier Dachgärten anlegen ließ. Die im Gemeinschaftseigentum stehende Waschküche bezog er als Badezimmer einer der neuen Wohnungen ein. Die Arbeiten waren im Jahr 1992 abgeschlossen. In den Folgejahren wurden die Wohnungen einschließlich der Dachterrassen zu Wohnzwecken genutzt. Eine Änderung der Teilungserklärung sowie des Kostenverteilungsschlüssels erfolgte nicht.

2 Im Jahr 2005 wurden die Teileigentumseinheiten 23 und 24 sowie die Wohnung 22 zwangsversteigert. Später wurde das ursprünglich zur Wohnung 22 gehörende Sondernutzungsrecht an der Dachgeschossteilfläche des Hinterhauses auf die Wohnung 21 umgeschrieben. Seit dem Jahr 2007 gibt es zwischen den Wohnungseigentümern Streitigkeiten wegen der Nutzung der vier Dachgeschosswohnungen und der Dachgärten.

3 Der Kläger zu 1, der jetzt Eigentümer der Teileigentumseinheit 23 ist, sowie die Kläger zu 2 und 3, die Eigentümer der Wohnung 21 sind, verlangen von den Beklagten die Genehmigung einer notariellen Vereinbarung, die für die Wohnungseigentümer durch einen vollmachtlosen Vertreter abgeschlossen wurde. Danach werden die beiden Teileigentumseinheiten 23 und 24 unter Einbeziehung der im Gemeinschaftseigentum stehenden Waschküche sowie eines Teils der der Wohnung 21 zugewiesenen Sondernutzungsfläche in vier Sondereigentumseinheiten umgewandelt und diesen dinglich gesicherte Sondernutzungsrechte an den Dachgärten zugewiesen. Inhalt der Vereinbarung sind auch Kostenregelungen sowie die Erklärung, dass das neu gebildete Wohnungseigentum u. a. auf die Kläger übergeht. Während ein Teil der Wohnungseigentümer die Vereinbarung genehmigte, lehnten die Beklagten dies ab. Das Amtsgericht Charlottenburg hat die Klage der Kläger auf Erteilung der Genehmigung und die von dem Beklagten zu 12 erhobene Widerklage auf Erstattung seiner vorgerichtlichen Anwaltskosten abgewiesen. Die dagegen gerichteten Berufungen [LG Berlin] sind erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Revision verfolgen die Kläger und der Beklagte zu 12 im Wege der Anschlussrevision ihre Anträge weiter. Die Beklagten zu 1 bis 10, 12 und 13 sowie die Kläger beantragen die Zurückweisung des jeweiligen Rechtsmittels. Die Beklagte zu 11 hat sich nicht durch einen am Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen.

4 **Aus den Gründen:** I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts fehlt es für das Begehren der Kläger an einer rechtlichen Grundlage. § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG scheide als Anspruchsgrundlage aus, da die Vorschrift nicht für Vereinbarungen gelte, die die sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft betreffen. Aus dem Beschluss der Eigentümerversammlung vom 28. April 1992 könnten sie keinen Anspruch herleiten, da der Beschluss wegen Überschreitung der Beschlusskompetenz nichtig sei. Ein Anspruch ergebe sich auch nicht aus dem Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer. Dieses verpflichte die Beklagten nicht, der Entziehung eines Teils des Gemeinschaftseigentums zuzustimmen. Schließlich könnten die Kläger den geltend gemachten Anspruch nicht auf § 242 BGB stützen. Denn es sei nicht ersichtlich, wodurch die Beklagten gegenüber den Klägern einen Vertrauenstatbestand geschaffen hätten. Soweit der Beklagte zu 12 von den Klägern Ersatz der ihm vorgerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten verlange, sei der Anspruch ebenfalls unbegründet. In dem unberechtigten Begehren der Kläger auf Genehmigung der notariellen Urkunde liege nicht eine schuldhafte Pflichtverletzung.

5 II. Der Revision der Kläger bleibt der Erfolg versagt.

6 Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht einen Anspruch der Kläger auf Genehmigung der notariellen Vereinbarung verneint.

7 1. Sie können den geltend gemachten Anspruch nicht auf § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG stützen.

8 a) Nach dieser Vorschrift kann jeder Wohnungseigentümer eine vom Gesetz abweichende Vereinbarung oder die Anpassung einer Vereinbarung verlangen, soweit ein Festhalten an der geltenden Regelung aus schwerwiegenden Gründen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der Rechte und Interessen der anderen Wohnungseigentümer, unbillig erscheint. Wie der Wortlaut und die systematische Stellung der Regelung zeigen, betrifft § 10 Abs. 2 WEG nur schuldrechtliche Vereinbarungen (Klein in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 10 Rn. 157), die freilich durch Eintragung in das Grundbuch verdinglicht werden können. Dies entspricht auch den Vorstellungen des Gesetzgebers (vgl. Begründung der WEG-Novelle 2007 in BT-Drucks. 16/887, S. 19). Eine solche Vereinbarung setzt voraus, dass die Wohnungseigentümer ihre Innenbeziehungen untereinander regeln, also eine Gemeinschaftsordnung schaffen, die ähnlich einer Satzung die Grundlage für das Zusammenleben der Wohnungseigentümer bildet. Von der inhaltlichen Ausgestaltung des Gemeinschaftsverhältnisses ist eine vertragliche Regelung der sachenrechtlichen Zuordnung zu unterscheiden; sie kann nicht Gegenstand einer Vereinbarung im Sinne des § 10 WEG sein (Senat, Urteil vom 4. April 2003 – V ZR 322/02, NJW 2003, 2165, 2166 [= GuT 2003, 150 = WuM 2003, 473]). Daher lässt sich ein Anspruch auf Zustimmung zur Änderung der sachenrechtlichen Zuordnung des Wohnungseigentums aus § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG nicht herleiten (BT-Drucks. 16/887, S. 19).

9 b) Einen solchen Anspruch machen die Kläger hier aber geltend. Zwar wendet die Revision zu Recht ein, dass die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum die sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft nicht berühre, so dass ein entsprechendes Änderungsverlangen anhand von § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG zu beurteilen wäre. Den Klägern geht es aber nicht lediglich um eine Änderung der Zweckbestimmung der Nutzung der Teileigentumseinheiten. Vielmehr soll nach der von ihnen gewünschten Vereinbarung die Umwandlung der beiden Teileigentumseinheiten in vier Wohnungseigentumseinheiten dadurch erfolgen, dass an Teilen des Gemeinschaftseigentums (Waschküche und Sondernutzungsfläche der Wohnung 21) Sondereigentum begründet wird. Diese Regelung betrifft nicht lediglich das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, sondern aufgrund der mit der Änderung der Zweckbestimmung untrennbar verbundenen Änderung auch der Eigentumsverhältnisse die sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft. Ebenso ist die verlangte Einräumung eines Sondernutzungsrechts an den Dachterrassen einer isolierten Beurteilung anhand von § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG nicht zugänglich. Die Einräumung eines im Grundbuch eingetragenen Sondernutzungsrechts kann zwar Gegenstand einer Vereinbarung im Sinne des § 10 WEG und damit auch eines Anspruchs nach § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG sein, da auch ein dinglich wirkendes Sondernutzungsrecht die sachenrechtliche Zuordnung des Nutzungsgegenstandes zum Gemeinschaftseigentum unverändert

lässt (Klein in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 13 Rn. 74). Hier soll das Sondernutzungsrecht jedoch Inhalt der – unter Einbeziehung von Gemeinschaftseigentum – neu zu schaffenden Wohnungseigentumseinheiten werden. Die Regelungsgegenstände sind damit auf eine Weise miteinander verknüpft, die eine isolierte Betrachtung einzelner Regelungen nicht zulässt.

10 2. Die Kläger können den geltend gemachten Anspruch auch nicht aus § 242 BGB herleiten.

11 a) Unzutreffend ist allerdings der Einwand der Beklagten, dass § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG den Änderungsanspruch abschließend regle und daneben für einen auf § 242 BGB gestützten Anspruch auf Änderung der sachenrechtlichen Grundlagen kein Raum mehr sei. Gegenstand der Regelung in § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG ist die Anpassung unbilliger Bestimmungen der Gemeinschaftsordnung; insoweit wollte der Gesetzgeber den Anspruch auf Anpassung erleichtern, weil ihm die Vorgaben des § 242 BGB und die darauf fußenden Anforderungen der Rechtsprechung als zu hoch erschienen (BT-Drucks. 16/887, S. 18 f.). Vom Regelungsbereich der Norm nicht erfasst ist dagegen ein Abänderungsanspruch im Hinblick auf die sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft. Insoweit verbleibt es dabei, dass in besonders gelagerten Ausnahmefällen – ohne Herabsenkung der bisherigen Anforderungen – aufgrund des Gemeinschaftsverhältnisses nach Treu und Glauben für die Miteigentümer die Verpflichtung zur Änderung der Vereinbarungen bestehen kann (zu einem solchen Sachverhalt vgl. Senat, Urteil vom 5. Dezember 2003 – V ZR 447/01, ZMR 2004, 206 [= WuM 2004, 170 KL]).

12 b) Das Berufungsgericht hat das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände, die die Verweigerung der Zustimmung zu der notariellen Vereinbarung als grob unbillig und damit als Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben erscheinen lassen, rechtsfehlerfrei verneint.

13 aa) Zutreffend geht es davon aus, dass der Beschluss der Eigentümerversammlung vom 28. April 1992, in welchem die anwesenden Eigentümer der Umwandlung der beiden Teileigentumseinheiten unter Einbeziehung von Gemeinschaftsflächen in vier Wohnungseigentumseinheiten und der Einräumung eines Sondernutzungsrechts für die neu gebildeten Einheiten an den Dachgärten zugestimmt haben, nichtig ist; denn die Umwidmung von Teileigentum in Wohnungseigentum, die Begründung von Sondernutzungsrechten und die Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum sind einer Beschlussfassung von vornherein entzogen (vgl. Senat, Beschluss vom 20. September 2000 – V ZB 58/99, BGHZ 145, 158, 167 [= WuM 2000, 620]). Soweit die Kläger meinen, das Berufungsgericht verkenne, dass in diesem Beschluss zugleich die bestandskräftige und damit gültige Beschlussfassung über die Zustimmung zur Vornahme baulicher Veränderungen am Gemeinschaftseigentum liege (Senat, Beschluss vom 20. September 2000 – V ZB 58/99, BGHZ 145, 158, 168 [= WuM aaO]), stellt dies keinen Umstand dar, aus dem sie einen Anspruch auf Anpassung der Teilungserklärung und der dinglichen Rechtslage an die neuen baulichen Gegebenheiten ableiten können. Es kann dahin gestellt bleiben, ob die Nichtigkeit des die sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft betreffenden Beschlusses gemäß § 139 BGB auch die darin inzidenter liegende Beschlussfassung über die Billigung der Vornahme baulicher Veränderungen am Gemeinschaftseigentum erfasst. Denn allein ein bestandskräftiger Beschluss über die Zustimmung zur Vornahme baulicher Veränderungen durch einen Wohnungseigentümer vermag ohne das Hinzutreten weiterer, ganz außergewöhnlicher Umstände einen Anspruch auf entsprechende Anpassung der dinglichen Rechtslage und der Teilungserklärung nicht zu begründen. Anderenfalls würde dem wegen absoluter Beschlussunzuständigkeit nichtigen Beschlussteil ohne weiteres zur Wirksamkeit verholfen.

14 bb) Die Erwägungen des Berufungsgerichts, mit denen es das Vorliegen solcher außergewöhnlicher Umstände verneint, begegnen keinen rechtlichen Bedenken.

15 (1) Ein besonderer Vertrauenstatbestand in der Person der Kläger, auf den sie ihr Begehren stützen könnten, liegt nicht vor. Das Berufungsgericht weist zutreffend darauf hin, dass die rechtlichen Gegebenheiten der von ihnen erworbenen Einheiten aus den der Teilungserklärung beigefügten Abgeschlossenheitsbescheinigungen und den Aufteilungsplänen, die durch Bezugnahme Inhalt des Grundbuchs geworden sind, ersichtlich waren. Die Kläger können sich daher nicht darauf berufen, sie hätten darauf vertrauen dürfen, dass die tatsächlichen Verhältnisse – gemäß der Beschlussfassung vom 28. April 1992 – eine entsprechende rechtliche Absicherung erfahren haben oder erfahren würden.

16 (2) Nicht zu beanstanden ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die Grundsätze aus dem Senatsurteil vom 5. Dezember 2003 (V ZR 447/01, ZMR 2004, 206) nicht heranzuziehen sind. Dort ging es darum, dass aufgrund einer Abweichung bei der Bauausführung einer Wohnungseigentumsanlage von dem Aufteilungsplan nur ein isolierter, nicht mit Sondereigentum verbundener Miteigentumsanteil erworben wurde; in einem solchen Fall sind die Miteigentümer im Rahmen des Zumutbaren verpflichtet, den Teilungsvertrag nebst Aufteilungsplan der tatsächlichen Bebauung anzupassen. Darum geht es im vorliegenden Fall einer nachträglichen Bebauung von Gemeinschaftseigentum durch einen Miteigentümer nicht. Soweit die Revision meint, die Regelung zum Überbau (§ 912 BGB) müsse entsprechende Anwendung finden, verkennt sie, dass die Überbauung eines fremden Grundstücks keinen Anspruch auf dingliche Rechtsänderung begründet.

17 (3) Zutreffend sieht das Berufungsgericht auch in der langjährigen unbeanstandeten Nutzung der vier neu geschaffenen Wohnungen einschließlich der Dachterrassen keinen Umstand, der das Begehren der Kläger rechtfertigt. Eine Pflicht zur Erbringung von Leistungen in Form einer grundbuchrechtlichen Anerkennung des geduldeten Zustands und Änderung der Teilungserklärung unter Verzicht auf Teile des Gemeinschaftseigentums folgt aus der bloßen Duldung eines Zustands nicht.

18 (4) Ebenso verneint das Berufungsgericht zu Recht die Voraussetzungen einer Verwirkung des betroffenen Gemeinschaftseigentums durch die übrigen Wohnungseigentümer. Es fehlt bereits an dem erforderlichen Umstandsmoment. Im Hinblick auf die von dem Voreigentümer ohne entsprechende Beschlussfassung eigenmächtig für den Wohnungsausbau in Anspruch genommene Waschküche ist bereits nicht ersichtlich, worin ein Verhalten der übrigen Wohnungseigentümer liegen könnte, das ein Vertrauen auf eine entsprechende Anpassung der dinglichen Rechtslage begründen könnte. Im Übrigen liegt in der Beschlussfassung vom 28. April 1992 schon deshalb kein einen Vertrauenstatbestand begründendes Verhalten der übrigen Wohnungseigentümer, weil nicht alle Wohnungseigentümer an dem Beschluss beteiligt waren. Auch wurde er zu keinem Zeitpunkt grundbuchrechtlich vollzogen. Sonstige Umstände, aus denen sich ergeben könnte, dass sich die Kläger aufgrund eines Verhaltens der Beklagten darauf einrichten durften, diese würden ihre Rechte am Gemeinschaftseigentum nicht mehr geltend machen, sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

19 (5) Soweit die Kläger ein treuwidriges Verhalten der Beklagten darin sehen, dass sie einerseits die Kostenvorteile aus dem zwischen dem Voreigentümer und den Wohnungseigentümern getroffenen Abkommen zögen, andererseits aber den Vollzug dieses Abkommens im Grundbuch verweigerten, trifft dies bereits im Ausgangspunkt nicht zu. Ein – wie die Kläger meinen – „auf Gegenseitigkeit gerichtetes Abkommen“ mit dem Inhalt, dass der Voreigentümer auf eigene Kosten dem Gebäude ein neues Dach verschafft und er im Gegenzug Flächen des Gemeinschaftseigentums in die Umbildung seiner Teileigentumseinheiten in vier Wohneinheiten einbeziehen darf und ihm ein dinglich gesichertes Sondernutzungsrecht an den Dachterrassen zusteht, hätte der Vereinbarung durch sämtliche Wohnungseigentümer bedurft. Daran fehlt es. Weder an dem Beschluss vom 28. April 1992 noch an den vorhergehenden Beschlüssen zu den Plänen des Voreigentümers wirkten sämtliche

Wohnungseigentümer mit. Allein die Billigung seines Vorhabens durch die Mehrheit der Wohnungseigentümer vermag einen auf § 242 BGB gestützten Anspruch auf grundbuchrechtlichen Vollzug nicht zu tragen.

20 (6) Schließlich stellt auch der Umstand, dass der Voreigentümer im Vertrauen auf die Gültigkeit der in der Eigentümerversammlung vom 28. April 1992 beschlossenen Änderungen der Teilungserklärung auf eigene Kosten das im Gemeinschaftseigentum stehende Dach erneuern ließ, keinen Umstand dar, der die Verweigerung der Zustimmung zu dem Begehren der Kläger als treuwidrig erscheinen ließe. Denn die mit der Dacherneuerung verbundenen finanziellen Nachteile trafen nicht die – sich auf § 242 BGB berufenden – Kläger. Vielmehr profitieren diese von den Aufwendungen des Voreigentümers für die Dachrenovierung in gleicher Weise wie die übrigen Wohnungseigentümer. Ein Anspruch der Kläger auf Genehmigung der notariellen Vereinbarung in der vorliegenden Form besteht mithin nicht.

21 III. Auch die Anschlussrevision des Beklagten zu 12 hat keinen Erfolg.

22 Zu Recht hat das Berufungsgericht einen Anspruch des Beklagten zu 12 gem. § 280 Abs. 1 BGB auf Erstattung seiner vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten zur Abwehr des Begehrens der Kläger verneint. Denn die Kläger haben ihre Pflichten aus der zwischen den Wohnungseigentümern bestehenden Sonderverbindung (vgl. Senat, Urteil vom 10. November 2006 – V ZR 62/06, WPM 2007, 132, 133 [= GuT 2006, 378 = WuM 2007, 33]) nicht schuldhaft verletzt.

23 Fahrlässig handelt der Gläubiger nicht schon dann, wenn er nicht erkennt, dass seine Forderung in der Sache nicht berechtigt ist. Die Berechtigung seiner Forderung kann sicher nur in einem Rechtsstreit geklärt werden. Dessen Ergebnis vorauszusehen, kann von dem Gläubiger im Vorfeld oder außerhalb eines Rechtsstreits nicht verlangt werden. Der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt entspricht der Gläubiger vielmehr schon dann, wenn er prüft, ob der eigene Rechtsstandpunkt plausibel ist. Bleibt dabei ungewiss, ob tatsächlich eine Pflichtverletzung der anderen Partei vorliegt, darf der Gläubiger die sich aus einer Pflichtverletzung ergebenden Rechte geltend machen, ohne Schadensersatzpflichten wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung befürchten zu müssen, auch wenn sich sein Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstellt (Senat, Urteil vom 16. Januar 2009 – V ZR 133/08, BGHZ 179, 238 Rn. 20). Gemessen an diesen Anforderungen geht das Berufungsgericht fehlerfrei davon aus, dass das unberechtigte Begehren der Kläger auf Genehmigung der notariellen Urkunde nicht als ein fahrlässiges Verhalten zu qualifizieren ist. Aufgrund der Beschlussfassung der Eigentümerversammlung vom 28. April 1992, der unbeanstandet gebliebenen Durchführung der Baumaßnahmen und der langjährigen Duldung der hierdurch entstandenen Gegebenheiten ist die Annahme der Kläger, die Beklagten verweigerten treuwidrig die Genehmigung einer rechtlichen Absicherung der bestehenden Verhältnisse, jedenfalls vertretbar.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

GuT

Immobilienverwaltung und Immobilienbewirtschaftung

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!

§§ 10, 12, 26 WEG
Wohnungseigentümergemeinschaft; Bestellung des ersten Verwalters in der Teilungserklärung

Die Bestellung des ersten Verwalters in der Teilungserklärung ist auch ohne Grundbucheintragung wirksam, wenn sämtliche Sondernachfolger der Bestellung zugestimmt haben.

(KG, Beschluss vom 6. 10. 2011 – 1 W 477/11)

Aus den Gründen: Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO) und begründet. Die angefochtene Zwischenverfügung ist nicht gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GBO gerechtfertigt. Abgesehen davon, dass nicht alle in Betracht kommenden Beseitigungsmittel bezeichnet sind, weil beim Fehlen eines Verwalters die Wohnungseigentümer an seine Stelle treten können (OLG Saarbrücken, DNotZ 1989, 439 m.w.N., vgl. auch § 27 Abs. 3 S. 2 WEG), besteht das aufgezeigte Eintragungshindernis nicht. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die A.-GmbH, die die Zustimmungserklärung nach § 12 Abs. 1 WEG abgegeben hat, auf Grund der Bestellung in der Teilungserklärung tatsächlich Verwalter der Wohnanlage ist.

Zwar trifft es zu, dass die entsprechende Bestimmung der Teilungserklärung – Teil II Abschnitt B § 1 Nr. 1 der notariellen Verhandlung vom 21. Mai 2008 – nicht Gegenstand der Eintragungsbewilligung – Teil IV Abschnitt A Nr. 2 – und damit nicht als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen ist. Auch ist die Bestellung in der Teilungserklärung nicht als Beschluss i.S.v. § 26 Abs. 1 WEG zu werten; der teilende Eigentümer kann keine alle Wohnungseigentümer bindenden Beschlüsse nach §§ 10 Abs. 4, 23 Abs. 1 und 3 WEG fassen, weil eine Eigentümergemeinschaft noch nicht vorhanden ist (BayObLG, NJW-RR 2003, 874 [= WuM 2003, 349] m.w.N.; a.A. zur Verwalterbestellung Schmidt, FS Bub 2007, 221, 236 f. und im Ergebnis ebenso Bärmann/Merle, WEG, 11. Aufl., § 26 Rn. 67 f.; Wenzel, FS Bub 2007, 249, 267). Das Grundbuchamt hat aber das Vorbringen unberücksichtigt gelassen, jeder Erwerber habe im Kaufvertrag erklärt, er trete (bereits mit der Übergabe) in die Rechte und Pflichten eines Wohnungseigentümers gemäß der Teilungserklärung einschließlich der darin enthaltenen schuldrechtlichen Bestimmungen ein, er erkenne den mit der A.-GmbH geschlossenen Verwaltervertrag und die dem Verwalter erteilte Verwaltungsvollmacht als für sich verbindlich an.

Die – mögliche (vgl. BGH, NJW 2002, 3240, 3244 [= GuT 2002, 191 KL]) – Bestellung des ersten Verwalters in der Teilungserklärung hat Vereinbarungscharakter (Senat, OLGZ 1976, 267, 268; BayObLG, NJW-RR 1994, 874 [= WuM 2003, 349]; BayObLGZ 1974, 305, 309; 275, 278 f.; KG, DWE 1987, 97) und wirkt gegen Sondernachfolger nicht nur, wenn sie nach §§ 8 Abs. 2 S. 1, 5 Abs. 4 S. 1, 10 Abs. 3 WEG als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen ist. Der Bestellungsakt wirkt auch dann fort, wenn sämtliche Sondernachfolger der Vereinbarung beigetreten sind (vgl. OLG Zweibrücken, NZM 2005, 343 [= GuT 2005, 67]; BayObLG, NZM 2001, 753, 754 [= WuM 2001, 95 KL]; Bärmann/Pick, WEG, 19. Aufl., § 10 Rn. 16; Palandt/Bassenge, BGB, 70. Aufl., § 10 WEG Rn. 11). Dafür genügt die oben zitierte Erklärung in den Kaufverträgen. Die pauschale Übernahme schuldrechtlicher Regelungen erfasst zwar nicht ohne weiteres Vereinbarungen, die sonst grundsätzlich nur bei Eintragung im Grundbuch Wirkung gegen den Sondernachfolger entfalten können (vgl. BayObLG, FGPrax 2005, 106, 107). Hier ergibt sich jedoch aus der Anerkennung des mit der A.-GmbH geschlossenen Verwaltervertrags und der ihr erteilten Vollmacht, dass der Erwerber als Sondernachfolger der Verwalterbestellung in der Teilungserklärung zustimmt.

Das Grundbuchamt wird nunmehr zu prüfen haben, ob sämtliche im Grundbuch eingetragene Wohnungseigentümer der Bestellung der A.-GmbH beigetreten sind, was in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO nachzuweisen ist; ggf. sind die entsprechenden Urkunden durch die Antragsteller konkret zu bezeichnen (BayObLG, Rpfleger 1987, 451, 452; Kuntze/Herrmann, Grundbuchrecht, 6. Aufl., § 29 Rn. 112).

Mitgeteilt von Frau RiKG Dr. A. Rieger, Berlin

§ 12 WEG; § 29 GBO
Wohnungseigentum; Sondereigentum; Veräußerungsbeschränkung, ausgenommen Verwandte in gerader Linie; Veräußerung an aus Verwandten als Gesellschaftern bestehende BGB-Gesellschaft

Ist als Inhalt des Sondereigentums vereinbart, dass ein Eigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums außer bei Veräußerung an einen Verwandten der Zustimmung des Verwalters bedarf, so erfasst die Ausnahme nicht die Veräußerung an eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Gesellschafter sämtlichst Verwandte des Veräußerers sind.

(KG, Beschluss vom 18. 10. 2011 – 1 W 566–571/11)

Aus den Gründen: Das als Beschwerde auszulegende Rechtsmittel ist gemäß §§ 71 ff. GBO zulässig. Die Gesellschafter einer einzutragenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts sind beschwerdeberechtigt, weil die Eintragung der Gesellschaft auch die Eintragung ihrer Gesellschafter erfordert (BGH, NJW 2011, 1958 [= GuT 2011, 409 KL]).

In der Sache bleibt die Beschwerde jedoch ohne Erfolg. Das Grundbuchamt hat den Beteiligten mit Recht aufgegeben, die nach dem Inhalt des Sondereigentums zur Veräußerung erforderliche Verwalterzustimmung gemäß § 12 WEG beizubringen. Die Veräußerung an die Beteiligte zu 2. ist nicht von dem Zustimmungserfordernis ausgenommen; insbesondere greift nicht die Regelung ein, dass es bei einer Veräußerung an einen Verwandten in gerader Linie keiner Zustimmung des Verwalters bedürfe. Dies ergibt die Auslegung der Grundbucheintragung, die entgegen der in der Beschwerde geäußerten Ansicht keine „erweiternde" Auslegung ist.

Bereits nach dem Wortlaut ist die Beteiligte zu 2. keine Person, die mit der eingetragenen Eigentümerin verwandt wäre. In gerader Linie verwandt mit der veräußernden Beteiligten zu 1. sind zwar die Beteiligten zu 3. bis 5. als Gesellschafter der Beteiligten zu 2. Erwerbendes Rechtssubjekt ist jedoch die Beteiligte zu 2., die schon begrifflich nicht mit der Beteiligten zu 1. verwandt sein kann. Entgegen der in der Beschwerde geäußerten Ansicht handelt es sich bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – anders als bei der als Beispiel angeführten Gütergemeinschaft – nicht nur um das Rechtsverhältnis mehrerer Erwerber, denn die Außengesellschaft bürgerlichen Rechts ist selbst rechtsfähig (BGH, NJW 2001, 1056 [= WuM 2001, 134]; 2006, 3716 [= GuT 2006, 332]) und grundbuchfähig (BGH, NJW 2009, 594 [= GuT 2008, 489]).

Auch der Sinn und Zweck der eingetragenen Veräußerungsbeschränkung nebst seinen Ausnahmen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt, gebietet nicht, die Veräußerung an die Beteiligte zu 2. als zustimmungsfrei anzusehen. Bestimmen eine Wohnungseigentümergemeinschaft oder der teilende Eigentümer die Geltung einer Veräußerungsbeschränkung nach § 12 WEG, so entscheiden sie sich grundsätzlich dafür, dass sich die Gemeinschaft gegen das Eindringen von unerwünschten Personen schützen können soll. Werden gleichzeitig für Veräußerungen an Personen in einem näher bezeichneten Näheverhältnis zum Veräußerer Lockerungen dieses Schutzes vereinbart, so ist davon auszugehen, dass der oder die Eigentümer für die geregelten Ausnahmefälle bei einer vorweggenommenen, abstrakten Prüfung ihr Interesse an dem Schutz der Gemeinschaft als nachrangig gegenüber dem Veräußerungsinteresse des ausscheidenden Mitglieds angesehen haben. Dies könnte zum einen darauf beruhen, dass das Interesse des Veräußerers an zustimmungsfreier Veräußerung als besonders hochrangig angesehen wird, zum anderen darauf, dass die Gemeinschaft aus Gründen, die in der Person des potentiellen Erwerbers, d.h. in seiner Beziehung zum Veräußerer liegen, ihr Interesse als weniger gefährdet ansieht.

Das Interesse eines Wohnungseigentümers, eine Entscheidung über die Veräußerung des Wohnungseigentums, die auf persönlichen Beziehungen, aber auch auf wirtschaftlichen Gegebenheiten oder Notwendigkeiten innerhalb der Familie beruhen kann, unbeeinflusst von einem Zustimmungserfordernis zu treffen, ist für eine Wohnungseigentümergemeinschaft schon vorab erkennbar und nachvollziehbar. Ein solches Interesse überwiegt aber nicht offensichtlich das Interesse der Gemeinschaft an ihrem eigenen Schutz, dem diese mit der Veräußerungsbeschränkung gemäß § 12 WEG grundsätzlich Ausdruck verliehen hat. Gerade wirtschaftliche Gegebenheiten und Notwendigkeiten könnten vielmehr den Wohnungseigentümer veranlassen, bei der Entscheidung über die Veräußerung seines Wohnungseigentums die Interessen der Gemeinschaft hintan zu stellen und sich über Bedenken gegen die Person des Erwerbers hinwegzusetzen. Eine Zustimmung könnte die Wohnungseigentümergemeinschaft bzw. der Verwalter selbst bei Fehlen eines Ausnahmetatbestandes gemäß § 12 Abs. 2 WEG ohnehin nur aus wichtigem Grund verweigern. Dass die Wohnungseigentümer das Interesse des Veräußerers, die Veräußerung selbst bei Vorliegen eines solchen wichtigen Grundes in der Person des Erwerbers zustimmungsfrei durchführen zu können, als besonders hochrangig angesehen haben könnten, ist nicht lebensnah.

Für einen unbefangenen Betrachter liegt deshalb die Annahme näher, dass die Gemeinschaft die Veräußerung an Ehegatten und bestimmte nahe Verwandte von dem Zustimmungserfordernis ausgenommen hat, weil sie in diesen Fällen ihr Interesse als weniger gefährdet angesehen hat. Dies mag zum einen daran liegen, dass die bezeichneten Personen als potentielle gesetzliche Erben in Betracht kommen, deren Eintritt in die Gemeinschaft im Wege der Erbfolge ohnehin nicht verhindert werden könnte. Zum anderen spricht die verwandtschaftliche Beziehung bzw. die Ehe dafür, dass der Veräußerer an diese Personen nicht nur aus finanziellen Gründen veräußert, sondern ihnen Vertrauen entgegenbringt und sie für zuverlässige künftige Mitglieder der Wohnungseigentümergemeinschaft hält (Senat, MDR 2011, 718 [= GuT 2011, 174).

Eine solche vorweggenommene Zuverlässigkeitsprüfung und daraus folgende Interessengewichtung gilt nicht zugleich für die Veräußerung an eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, mag diese auch (zur Zeit) ausschließlich aus Personen bestehen, für deren persönlichen Erwerb ein Zustimmungserfordernis nicht eingreifen würde. Selbst wenn zugrunde gelegt wird, dass die Geschicke der Gesellschaft bürgerlichen Rechts von ihren Gesellschaftern gelenkt werden (§§ 709, 714 BGB) und die Gesellschaft deshalb ebenso zuverlässig ist wie ihre Gesellschafter, wäre diese Beurteilung vom jeweiligen Bestand der Gesellschafter abhängig. Ein Wechsel der Gesellschafter wäre ein Rechtserwerb, der sich außerhalb des Grundbuchs vollzieht und ein weiteres Zustimmungserfordernis nicht auslösen würde (OLG Celle, NJW-RR 2011, 1166; OLG München, NJW 2007, 1536). Die WEG hätte also keinen Einfluss mehr darauf, ob auf diesem Wege Personen in die Gemeinschaft eindringen, denen als einzelne Erwerber die Zustimmung gemäß § 12 WEG mit Recht hätte versagt werden können. Dies entspricht offensichtlich nicht dem Sinn und Zweck der Vereinbarung.

Mitgeteilt vom 1. Zivilsenat des Kammergerichts

Hinw. d. Red.: Vgl. KG GuT 2012, 292 (Erbengemeinschaft).

§ 12 WEG; § 32 GBO; § 21 BNotO
Wohnungseigentum; Veräußerungsbeschränkung; Abkömmlinge; Erben; Grundbuch; Ausgliederung aufgrund Bescheinigung eines Notars

Erlaubt eine nach § 12 Abs. 1 WEG im Grundbuch eingetragene Veräußerungsbeschränkung Ausnahmen bei der Veräußerung an Abkömmlinge des Miteigentümers, greift diese Klausel auch dann ein, wenn dessen Erben das Wohnungseigentum an einen seiner Abkömmlinge übertragen.

Der Rechtsübergang von Vermögensgegenständen – hier Grundschulden – im Wege der Ausgliederung kann im Grundbuchverfahren nicht durch eine auf der Einsicht in den Ausgliederungsvertrag beruhenden Bescheinigung eines Notars geführt werden.

(KG, Beschluss vom 28. 2. 2012 – 1 W 43/12)

Aus den Gründen: II. 1. Die zulässige, § 71 Abs. 1 GBO, Beschwerde ist teilweise begründet. Für die beantragte Umschreibung des Eigentums bedarf es keiner Zustimmung des Verwalters. Hingegen hat das Grundbuchamt zu Recht die Vorlage des Ausgliederungsvertrags vom 26./27. März 2008 zum Nachweis der Rechtsnachfolge der in Abteilung III lfd. Nr. 1 und 2 eingetragenen Gläubigerin erfordert.

a) Die nach § 12 Abs. 1 WEG im Grundbuch eingetragene Veräußerungsbeschränkung greift nicht ein. Zwar ist die Übertragung des Wohnungseigentums von der Erbengemeinschaft, § 2032 BGB, auf einen der Miterben eine Veräußerung i.S.v. § 12 Abs. 1 WEG, auch wenn sie der Auseinandersetzung nach §§ 2042 ff. BGB dient (vgl. BayObLG, Rpfleger 1982, 177; Demharter, GBO, 28. Aufl., Anh. § 3 Rdn. 34). Vorliegend ist jedoch der Ausnahmetatbestand „Veräußerung an (…) Abkömmlinge" erfüllt. Die Klausel ist dahin zu verstehen, dass die Zustimmung des Verwalters jedenfalls auch dann entbehrlich ist, wenn die Veräußerung – wie hier – an einen Miterben erfolgt, der ein Abkömmling der in Abt. I des Grundbuchs eingetragen gewesenen Erblasser ist.

Bei der Auslegung von Grundbucheintragungen ist auf Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich aus dem Eintragungsvermerk und ggf. der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt (Demharter, a. a.O., § 53 Rn. 4 m.w.N.). Durch das Zustimmungserfordernis nach § 12 Abs. 1 WEG soll den Wohnungseigentümern eine Möglichkeit geboten werden, sich gegen das Eindringen unerwünschter Personen in die Gemeinschaft und gegen sonstige unerwünschte Veränderungen im Personenkreis der Teilhaber zu schützen (Bärmann/Pick, WEG, 19. Aufl., § 12, Rdn. 1). Die ausnahmsweise Befreiung vom Zustimmungserfordernis bei Veräußerung an nahe Angehörige stellt eine Vergünstigung im Interesse des jeweils veräußernden Wohnungseigentümers dar, der insoweit in seiner Entscheidungsfreiheit nicht beschränkt werden soll (OLG Schleswig, NJW-RR 1993, 1103, 1104). Im Hinblick auf diese beiderseitigen Interessen ist es aber unerheblich, ob der Eigentümer selbst oder die im Wege der Gesamtrechtsnachfolge an seine Stelle tretenden Mitglieder einer Erbengemeinschaft, §§ 1922 Abs. 1, 2040 Abs. 1 BGB, den Eigentumsübergang an einen seiner Abkömmlinge bewirken. Das Eigentum geht in jedem Fall auf eine Person über, die von der Wohnungseigentümergemeinschaft bereits im Vorhinein akzeptiert worden ist.

b) Die Löschung einer Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen ist, §§ 19, 46 Abs. 1 GBO. Ist der wahre Berechtigte nicht im Grundbuch eingetragen, muss er sein Recht in der Form des § 29 GBO nachweisen (Demharter, a. a.O., § 19, Rdn. 46). Aus der Bescheinigung des Notars A. vom 23. November 2010 ergibt sich nicht, dass die in Abt. III lfd. Nr. 1 und 2 eingetragenen Grundschulden von der gebuchten Gläubigerin auf die Beteiligte zu 3 übergegangen sind.

Die notarielle Bescheinigung nach §§ 32 Abs. 1 S. 2 GBO, 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BNotO über eine Umwandlung erbringt für das Grundbuchverfahren den vollen Beweis für den bezeugten Umwandlungsvorgang (Böhringer, Rpfleger 2001, 59, 61). Ob – wie hier – bestimmte Grundschulden Gegenstand einer Ausgliederung, § 123 Abs. 3 UmwG, sind, kann durch eine solche notarielle Bescheinigung hingegen nicht nachgewiesen werden. Sie ist beschränkt auf Umstände, die sich aus einer Eintragung im Handelsregister ergeben, vgl. § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BNotO, und erstreckt sich mithin nicht auf den Inhalt der Registerakten (Böhringer, a. a.O., 64).

Soweit die Bescheinigung des Notars A. über die Ausgliederung auf der Einsicht in die Urkunden des Notars B. vom 26. und 27. März 2008 beruht, handelt es sich deshalb nicht um eine solche nach §§ 32 GBO, 21 BNotO, sondern um eine notarielle Bestätigung im Sinne von § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO in Form einer gutachterlichen Stellungnahme. Die Bescheinigung beschränkt sich nicht auf die Wiedergabe einer von dem Notar amtlich wahrgenommenen Tatsache, § 20 Abs. 1 S. 2 BNotO. Vielmehr teilt der Notar das Ergebnis seiner rechtlichen Würdigung der ihm vorgelegten Urkunden mit. Eine solche Bestätigung hat aber keine Beweiskraft, insbesondere kommt ihr nicht die Wahrheitsvermutung der §§ 414, 418 ZPO zu (OLG Frankfurt, NJW-RR 1996, 529, 530; OLG München, Beschluss vom 27. November 2009 – 34 Wx 102/09 – Juris).

Es kommt deshalb nicht darauf an, dass die Bestätigung auch schon inhaltlich nicht geeignet ist, auf den Übergang der beiden Grundschulden außerhalb des Grundbuchs zu schließen. Sie enthält keinerlei Hinweis auf den Inhalt der zum Rechtsübergang erforderlichen Erklärungen, vgl. §§ 126, Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 S. 1 und 2 UmwG, 28 GBO (hierzu BGH, MDR 2008, 497; OLG Schleswig, FGPrax 2010, 21, 22). Diese können letztlich nur durch Vorlage des Spaltungs- und Übertragungsvertrags in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden (OLG Düsseldorf, FGPrax 2010, 225; Böhringer, a. a.O., 61).

Mitgeteilt von RiKG R. Müller, Berlin

§ 14 WEG; § 1004 BGB
Wohnungseigentumsanlage; Schallschutz; Trittschall; Fortgeltung der DIN 4109 bei Gebäudeerrichtung; Beibehaltung normüberschreitenden Schallschutzes bei Fußbodenveränderung; vermietete Eigentumswohnung

a) Der DIN 4109 kommt ein erhebliches Gewicht zu, soweit es um die Bestimmung dessen geht, was die Wohnungseigentümer an Beeinträchtigungen durch Luft- und Trittschall zu dulden haben.

b) Der zu gewährende Schallschutz richtet sich grundsätzlich nach den im Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes geltenden Schutzwerten.

c) Der Umstand, dass ein vorhandener Bodenbelag durch einen anderen ersetzt wird, rechtfertigt nicht die Heranziehung der zur Zeit der Durchführung der Maßnahme geltenden Ausgabe der DIN 4109.

d) Es gibt keinen allgemeinen Anspruch auf Beibehaltung eines vorhandenen, die Mindestanforderungen überschreitenden Trittschallschutzes.

(BGH, Urteil vom 1. 6. 2012 – V ZR 195/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Den Klägern gehört eine Eigentumswohnung im ersten Obergeschoss eines 1966 errichteten Gebäudes. Die darüber liegende Wohnung der Beklagten war zum Zeitpunkt des Erwerbs der Kläger im Wohnzimmer und im Flur mit Teppichboden ausgelegt. Nach dem Auszug der langjährigen Mieter der Beklagten wurde der Teppichboden seitens der neuen Mieterin im Wohnzimmer durch Laminat und im Flur durch Fliesen ersetzt. Der neue Belag wurde jeweils auf einer

Schallschutzmatte auf dem ursprünglich vorhandenen Parkettfußboden verlegt. In den übrigen Räumen befindet sich unverändert ein Fliesenbelag.

2 Die Kläger machen geltend, seit der Entfernung des Teppichbodens komme es in ihrer Wohnung zu unzumutbaren Lärmbelästigungen durch Tritt- und Luftschall. Sie verlangen von den Beklagten, dass diese ihre Wohnung mit einer verbesserten Trittschalldämmung versehen und dazu näher bezeichnete Maßnahmen durchführen. Die Klage ist in den Vorinstanzen [AG/LG Braunschweig] erfolglos geblieben. Mit der von dem Landgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgen die Kläger ihr Klageziel weiter.

3 **Aus den Gründen:** I. Das – sachverständig beratene – Berufungsgericht verneint einen Anspruch der Kläger auf Verbesserung des Trittschallschutzes nach § 1004 BGB i.V.m. § 14 Nr. 1 WEG. Die von der Wohnung der Beklagten ausgehenden akustischen Beeinträchtigungen bewegten sich in dem Bereich der DIN 4109 in der Ausgabe von 1962. Der Austausch der Fußbodenbeläge habe zudem zu einer wesentlichen Verbesserung der Trittschalldämmung im Vergleich zu dem Zustand geführt, der bei der Errichtung des Gebäudes bestanden habe. Dass die Kläger bei dem Erwerb ihrer Wohnung aufgrund des seinerzeit in der Wohnung der Beklagten verlegten Teppichbodens davon ausgegangen seien, das Haus sei nicht hellhörig, führe nicht dazu, dass die Beklagten in Zukunft an diesem Belag festhalten müssten. Der Anspruch sei auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Lästigkeit der in der Wohnung der Kläger wahrnehmbaren Geräusche begründet.

4 II. Die Revision ist nicht begründet.

5 1. Maßstab für die sich zwischen den Wohnungseigentümern hinsichtlich des Schallschutzes ergebenden Pflichten ist § 14 Nr. 1 WEG. Danach ist jeder Wohnungseigentümer verpflichtet, von den in seinem Sondereigentum stehenden Gebäudeteilen wozu nach allgemeiner Auffassung auch der Oberbodenbelag gehört (vgl. BayObLG, NJW-RR 1994, 598, 599 [= WuM 1994, 151]; OLG Hamm, ZMR 2001, 842; Weitnauer/Briesemeister, WEG, 9. Aufl., § 5 Rn. 17; Hogenschurz, MDR 2003, 201) nur in solcher Weise Gebrauch zu machen, dass dadurch keinem der anderen Wohnungseigentümer über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus ein Nachteil erwächst. Dabei macht es keinen Unterschied, wenn die beanstandete Beeinträchtigung durch Schallimmissionen – wie hier mit Blick auf den durch die Mieterin der Beklagten vorgenommenen Austausch des Teppichbodens – nicht auf einem eigenen Tun des Wohnungseigentümers beruht. Denn dieser hat nach § 14 Nr. 2 WEG für die Einhaltung der in § 14 Nr. 1 WEG bezeichneten Pflichten durch diejenigen Personen zu sorgen, denen er die Wohnung zur Benutzung überlässt.

6 2. Ein Verstoß gegen die in § 14 Nr. 1 WEG geregelten Pflichten, bei dessen Vorliegen der nachteilig betroffene Wohnungseigentümer sowohl nach § 15 Abs. 3 WEG als auch nach § 1004 Abs. 1 BGB die Unterlassung oder Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen kann (vgl. BayObLG, NJW-RR 2000, 747, 748 [= WuM 2001, 95 KL]; Klein in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 14 Rn. 42 sowie § 15 Rn. 43), ist indes nicht gegeben.

7 a) Ob der Gebrauch des Sondereigentums bei einem anderen Wohnungseigentümer einen Nachteil im Sinne von § 14 Nr. 1 WEG hervorruft, den dieser nicht hinzunehmen braucht, ist in erster Linie eine Frage tatrichterlicher Würdigung, die revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist (vgl. BayObLG, NZM 2004, 747, 748; OLG München, NJW 2008, 592; OLG Brandenburg, ZWE 2010, 272 [= WuM 2010, 558]). Die Prüfung beschränkt sich im Wesentlichen darauf, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff des Nachteils zutreffend erfasst und ausgelegt, alle für die Beurteilung wesentlichen Umstände berücksichtigt sowie die Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet hat (vgl. Senat, Beschluss vom 7. Oktober 2004 – V ZB 22/04, BGHZ 160, 354, 360 f. [= WuM 2004, 681]; BGH, Urteil vom 1. Juli 2010 – I ZR 176/08, NJW-RR 2011, 117, 118 Rn. 20 – jew. mwN).

8 b) Daran gemessen lässt die Entscheidung des Berufungsgerichts keinen Rechtsfehler erkennen.

9 aa) Zu Recht hat das Berufungsgericht für seine Beurteilung die – mit einer Ausnahme (dazu noch im Folgenden) eingehaltenen – Schallschutzwerte der DIN 4109 herangezogen. Zwar werden durch die Regelung lediglich – zudem rechtlich unverbindliche (vgl. BGH, Urteil vom 14. Mai 1998 – VII ZR 184/97, BGHZ 139, 16, 19 f. mwN) – Mindestanforderungen bezeichnet, die zur Vermeidung unzumutbarer Belästigungen an den Schallschutz im Hochbau gestellt werden (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juni 2007 – VII ZR 45/06, BGHZ 172, 346, 352 [= WuM 2007, 640 = GuT 2007, 382 KL] Rn. 25). Der DIN 4109 kommt gleichwohl ein erhebliches Gewicht zu, soweit es um die Bestimmung dessen geht, was die Wohnungseigentümer an Beeinträchtigungen durch Luft- und Trittschall zu dulden haben (vgl. BayObLG, NZM 2000, 504, 505 [= WuM 2001, 95 KL]; OLG München, ZMR 2007, 809, 810 [= WuM 2007, 591 KL]; OLG Frankfurt, NZM 2005, 68, 69; Hogenschurz in Köhler/Bassenge, Anwalts-Handbuch Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., Teil 9 Rn. 320).

10 (1) Maßgeblich ist die Ausgabe von 1962 der DIN 4109, da sich der durch den Eigentümer zu gewährende Schallschutz grundsätzlich nach den im Zeitpunkt der – hier 1966 erfolgten – Errichtung des Gebäudes geltenden Schutzwerten richtet. Das ist für das Mietrecht anerkannt (vgl. BGH, Urteil vom 6. Oktober 2004 – VIII ZR 355/03, NJW 2005, 218, 219 [= WuM 2004, 715] und vom 7. Juli 2010 – VIII ZR 85/09, NJW 2010, 3088 [= WuM 2010, 482] Rn. 13 mwN), gilt aber in gleicher Weise auch für das Wohnungseigentumsrecht. Spätere Änderungen der Werte, wie sie durch die Neufassung der DIN 4109 im Jahr 1989 vorgenommen wurden, bleiben auf das Verhältnis der Wohnungseigentümer ohne Auswirkungen. Denn andernfalls wäre ein Wohnungseigentümer zur Vermeidung ansonsten drohender Ansprüche der übrigen Wohnungseigentümer gehalten, bei einer Erhöhung des Schutzniveaus den vorhandenen Schallschutz durch nachträgliche Maßnahmen zu verbessern. Eine derartige Verpflichtung sieht das Gesetz indes nicht vor (vgl. OLG Stuttgart, NJW-RR 1994, 1497 [= WuM 1994, 390]; Klein in Bärmann, aaO, § 14 Rn. 29 mwN).

11 (2) Der Umstand, dass die Mieterin der Beklagten den vorhandenen Bodenbelag durch einen anderen ersetzt hat, rechtfertigt die Heranziehung der zur Zeit der Durchführung der Maßnahme geltenden Ausgabe der DIN 4109 nicht. Der Austausch des Bodenbelags betrifft ausschließlich die Ausstattung der Wohnung. Nachhaltige Auswirkungen auf die Gebäudesubstanz ergeben sich insoweit jedenfalls dann nicht, wenn in den unter dem Belag befindlichen Estrich und die Geschoßdecke – wie hier – nicht eingegriffen wird. In diesem Fall bleiben die Anforderungen an den Schallschutz unverändert (vgl. BGH, Urteil vom 17. Juni 2009 – VIII ZR 131/08, NJW 2009, 2441, 2442 [= WuM 2009, 457] Rn. 11 f.; OLG Saarbrücken, ZMR 2006, 802; aA OLG Frankfurt, NZM 2005, 68, 69; OLG München, NJW 2008, 592, 593; v. Behr/Pause/Vogel, NJW 2009, 1385, 1389; Sauren, ZWE 2009, 447, 448 mwN; differenzierend Hogenschurz, MDR 2008, 786, 789). Eine bei den übrigen Wohnungseigentümern etwa vorhandene Erwartung, aufgrund der Renovierungsarbeiten seien die nunmehr geltenden Schallschutzwerte einzuhalten, wird – anders als bei einer baulichen Veränderung des Gebäudes (vgl. BGH, Urteil vom 6. Oktober 2004 – VIII ZR 355/03, NJW 2005, 218, 219 [= WuM 2004, 715]) – nicht durch hinreichende äußere Umstände begründet.

12 bb) Ohne Erfolg machen die Kläger geltend, dass der in der DIN 4109 in der Ausgabe von 1962 für die Luftschallübertragung festgelegte Wert bezogen auf das Wohnzimmer ihrer Wohnung um 1 dB überschritten wird. Ein abwehrfähiger Nachteil im Sinne von § 14 Nr. 1 WEG erfordert eine konkrete und objektive Beeinträchtigung; entscheidend ist, ob sich nach der Verkehrsanschauung ein Wohnungseigentümer in der entspre-

chenden Lage verständlicherweise beeinträchtigt fühlen kann (vgl. Senat, Beschluss vom 19. Dezember 1991 – V ZB 27/90, BGHZ 116, 392, 396 [= WuM 1992, 159] und vom 21. Dezember 2000 – V ZB 45/00, BGHZ 146, 241, 246 [= WuM 2001, 143]). Daran fehlt es hier, weil die tatsächlich vorhandene Schalleinwirkung im Vergleich dazu, was nach der DIN 4109 zulässig und damit von den übrigen Wohnungseigentümern grundsätzlich hinzunehmen ist, nicht zu einer spürbaren Mehrbelastung führt. Nach den von dem Berufungsgericht in Bezug genommenen mit der Revision nicht angegriffenen und daher den Senat bindenden Feststellungen des Amtsgerichts wird eine Änderung des Schallpegels um 1 bis 2 dB durch das menschliche Gehör nicht wahrgenommen. Das schließt die Annahme einer durch die Überschreitung des Schallschutzwertes begründeten Beeinträchtigung der Kläger aus.

13 cc) Entgegen der Auffassung der Kläger bleibt der Umstand, dass in der Wohnung der Beklagten bislang ein Teppichboden verlegt war, für den Schallschutz ohne Bedeutung.

14 (1) Allerdings kann sich im Einzelfall ein höheres Schutzniveau ergeben, als es durch die DIN 4109 festgelegt wird. Voraussetzung hierfür ist, dass der Gemeinschaftsordnung Regelungen zum Schallschutz zu entnehmen sind, die über den Mindeststandard hinausgehen (vgl. OLG Köln, NJW-RR 1998, 1312 [= WuM 1998, 238]), oder dass die Wohnanlage aufgrund tatsächlicher Umstände, wozu etwa die bei ihrer Errichtung vorhandene Ausstattung oder das Wohnumfeld zählen, ein besonderes Gepräge erhalten hat (vgl. OLG München, NJW 2008, 592 f.; Klein in Bärmann, aaO, § 14 Rn. 13; Kümmel in Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 9. Aufl., § 14 Rn. 13; Timme/Dötsch, WEG, § 14 Rn. 21).

15 (2) Das ist hier indes nicht der Fall. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wurde der Teppichboden erst zu einem Zeitpunkt nach Errichtung des Gebäudes in der Wohnung der Beklagten verlegt. Auf die Beibehaltung der dadurch geschaffenen Schallsituation haben die Kläger schon deshalb keinen Anspruch, weil sich die Ausstattung im Hinblick darauf, dass der Eigentümer nach § 13 Abs. 1 WEG in der Wahl des Bodenbelags frei ist, letztlich als zufällig erweist (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 2008, 681, 682 [= WuM 2008, 41]; LG München I, NZM 2005, 590, 591; AG Hamburg, ZMR 2010, 406; Hogenschurz, MDR 2008, 786, 788; aA OLG Schleswig, OLGR 2007, 935, 936 [= WuM 2007, 591 KL]). Das gilt selbst dann, wenn der Belag – worauf die Kläger sich berufen – über lange Zeit in der Wohnung belassen wurde und wenn der Schallschutz mit diesem Belag höher war. Hierdurch wird der Eigentümer in seiner Freiheit, was die künftige Ausgestaltung seines Sondereigentums betrifft, nicht eingeschränkt. Es gibt keinen allgemeinen Anspruch auf Beibehaltung eines vorhandenen Trittschallschutzes (a.A. wohl Klein in Bärmann, aaO, § 14 Rn. 29), es gibt nur einen Anspruch darauf, dass sich der Trittschall im Rahmen der schallschutztechnischen Mindestanforderungen hält. Sonstige Umstände, aufgrund deren von einem gegenüber den Anforderungen der DIN 4109 höheren schallschutztechnischen Standard der Wohnanlage auszugehen ist, werden von den Klägern nicht aufgezeigt.

16 dd) Soweit das Berufungsgericht – auf der Grundlage einer Inaugenscheinnahme der Örtlichkeit – angenommen hat, dass die auf das Sondereigentum der Kläger einwirkenden Geräuschimmissionen auch unter dem Gesichtspunkt ihrer Lästigkeit (dazu etwa OLG Düsseldorf, NJW-RR 2008, 681, 683 [= WuM 2008, 41]; OLG Köln, ZMR 2004, 462, 463; OLG München, NZM 2005, 509, 510) nicht geeignet sind, einen gegen die Beklagten gerichteten Anspruch auf Verbesserung des Schallschutzes in deren Wohnung zu begründen, erheben die Kläger keine Einwände. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

17 3. Entgegen der in der Revisionsbegründung vertretenen Auffassung waren die Beklagten unter dem Gesichtspunkt einer ihnen gegenüber den Klägern zukommenden Treuepflicht nicht daran gehindert, den Teppichboden durch einen anderen Belag zu ersetzen oder ihrer Mieterin den Austausch zu gestatten. Die dem Wohnungseigentümer bei dem Gebrauch seines Sondereigentums obliegenden Pflichten erfahren durch die Vorschrift in § 14 Nr. 1 WEG eine gesetzliche Regelung. Deren Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Weitergehende Ansprüche aufgrund des zwischen den Wohnungseigentümern bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses, das die Grundlage für Treue- und Rücksichtnahmepflichten im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB darstellt (vgl. Senat, Urteil vom 10. November 2006 – V ZR 62/06, NJW 2007, 292, 293 [= GuT 2006, 378 = WuM 2007, 33] Rn. 8 mwN), kommen daneben nicht in Betracht.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 16 WEG
Teileigentum; Wohngeld-Kostenbefreiung in der Teilungserklärung; Abänderungsbeschluss; Beschlusskompetenz

§ 16 Abs. 3 WEG begründet nicht die Befugnis, einen Wohnungseigentümer, der nach einer bestehenden Vereinbarung von der Tragung bestimmter Kosten oder der Kostentragungspflicht insgesamt befreit ist, durch Beschluss erstmals an den Kosten zu beteiligen.

(BGH, Urteil vom 1. 6. 2012 – V ZR 225/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien sind die Mitglieder einer Wohnungseigentümergemeinschaft. Das vierstöckige Gebäude hat einen unausgebauten Dachraum, der die Teileigentumseinheit 22 bildet. Nach der Teilungserklärung vom 5. Juni 1997 ist der jeweilige Eigentümer dieser Einheit befugt, das Dachgeschoss zu Wohnzwecken auszubauen und in Wohnungseigentum umzuwandeln, wobei er das Wohngeld und die sonstigen Kosten für die noch zu errichtenden Wohnungen erst ab dem in § 21 Ziff. 5 der Teilungserklärung genannten Zeitpunkt zu tragen hat. Dort heißt es, dass für die Zeit bis zum Beginn der Bauarbeiten die Dachräume bezüglich der gemeinschaftlichen Lasten und Kosten wie Gemeinschaftseigentum behandelt werden und der jeweilige Eigentümer erst nach Fertigstellung der Bauarbeiten oder nach Wohnungsbezug an den gemeinschaftlichen Lasten und Kosten im Verhältnis der übrigen Wohn-/Nutzflächen beteiligt wird.

2 In der Eigentümerversammlung vom 16. Juli 2007 beschlossen die Wohnungseigentümer unter TOP 3, dass der jeweilige Eigentümer der Teileigentumseinheit 22 künftig an den durch Wirtschaftsplan festgesetzten verbrauchsunabhängigen Kosten (für 2007: Gebäudeversicherung, Gebäudehaftpflichtversicherung, Rechtskosten, laufende Instandhaltungskosten, Kontoführungsgebühren, Instandhaltungsrücklage, sonstige Kosten) seinem Miteigentumsanteil entsprechend beteiligt wird. In der Folgezeit zahlte der jeweilige Eigentümer der Einheit 22 der Beschlussfassung entsprechend das Hausgeld.

3 Seit dem 18. Februar 2008 ist die Klägerin Eigentümerin der Teileigentumseinheit 22; sie beabsichtigte deren Ausbau bis Ende 2009. In der Eigentümerversammlung vom 6. Juni 2008 wurde mit ihrer Zustimmung unter TOP 9 der Beschluss gefasst, dass die Zahlungspflicht für das monatliche Wohngeld für die Teileigentumseinheit 22 während der Zeit vom 1. Juni 2008 bis zum 31. Dezember 2009 ausgesetzt wird und dass der Eigentümer dieser Einheit bzw. seine Nachfolger anerkennen, danach wieder zur Zahlung des Wohngeldes gemäß Beschluss der Eigentümerversammlung vom 16. Juli 2007 verpflichtet zu sein. Zu einem Ausbau der Wohnungen kam es nicht.

4 Auf Antrag der Klägerin vom Februar 2010 hat das Amtsgericht Tiergarten die Nichtigkeit der am 16. Juli 2007 zu TOP 3 und am 6. Juni 2008 zu TOP 9 gefassten Beschlüsse festgestellt. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten ist vor dem Landgericht Berlin ohne Erfolg geblieben. Mit der zugelassenen Revision wollen die Beklagten die Klageabweisung erreichen. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

5 **Aus den Gründen:** I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts sind die angegriffenen Beschlüsse wegen absoluter Beschluss-

unzuständigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft nichtig. Die in der Teilungserklärung enthaltene Regelung über die Hausgeldbefreiung der Einheit 22 könne nicht durch Beschluss, sondern nur im Wege einer Vereinbarung aller Wohnungseigentümer geändert werden. Eine Beschlusskompetenz folge nicht aus § 16 Abs. 3 WEG. Diese Regelung ermögliche nur im Rahmen einer bereits bestehenden Kostentragungsverpflichtung die Wahl eines anderen Verteilungsmaßstabes, nicht aber die Begründung einer Kostenbeteiligungspflicht überhaupt. § 16 Abs. 4 WEG greife ebenfalls nicht ein, da es hier nicht um die Kosten für eine Instandhaltung oder Instandsetzung in einem Einzelfall gehe. Schließlich führe auch der Umstand, dass die jeweiligen Eigentümer der Einheit 22 zeitweise das Wohngeld gezahlt hätten, nicht zu einer Abänderung der in der Teilungserklärung enthaltenen Kostenbefreiung.

6 II. Dies hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

7 1. Ohne Erfolg rügt die Revision, die Klage sei unzulässig.

8 a) Die Klägerin hat ihr Klagerecht nicht – wie die Beklagten meinen – gemäß § 242 BGB verwirkt, weil sie die Klage erst eineinhalb bzw. zweieinhalb Jahre nach den beanstandeten Beschlussfassungen erhoben hat. Zwar kann die Befugnis zur Anrufung der Gerichte im Einzelfall der Verwirkung unterliegen (BVerfGE 32, 305, 308 ff.). Der bloße Zeitablauf genügt hierfür jedoch nicht. Hinzutreten müssen besondere Umstände, die eine Inanspruchnahme des Gerichtsschutzes als treuwidrig erscheinen lassen (vgl. Dütz, NJW 1972, 1025, 1026). Hierfür liegen keine Anhaltspunkte vor. Soweit die Beklagten die erforderlichen besonderen Umstände darin sehen, dass die jeweiligen Eigentümer der betroffenen Teileigentumseinheit über Monate hinweg der Beschlussfassung entsprechend Hausgeld entrichtet haben, wodurch etwaige Mängel der Beschlüsse geheilt worden seien, verkennen sie, dass dieser Einwand die Berechtigung des materiellen Klagebegehrens betrifft, nicht aber die Frage der Verwirkung des Rechts auf gerichtlichen Rechtsschutz.

9 b) Ein Rechtsschutzinteresse für die erhobene Nichtigkeitsfeststellungsklage kann der Klägerin nicht deswegen abgesprochen werden, weil sie bei der Beschlussfassung im Jahr 2008 zugestimmt hat. Ein nichtiger Beschluss entfaltet zwischen den Wohnungseigentümern keine Rechtswirkungen und kann nicht in Bestandskraft erwachsen. Die Nichtigkeit tritt von Anfang an ein, nicht erst durch Geltendmachung in einem gerichtlichen Verfahren; eine gerichtliche Entscheidung hat nur deklaratorische Bedeutung (Senat, Beschluss vom 18. Mai 1989 – V ZB 4/89, BGHZ 107, 268, 270). Besteht Streit über die Wirksamkeit eines Eigentümerbeschlusses, steht das Recht zur Erhebung einer Nichtigkeitsfeststellungsklage daher jedem Wohnungseigentümer zu. Für die Frage des Rechtsschutzinteresses ist es ohne Bedeutung, ob er für oder gegen den Beschluss gestimmt hat.

10 c) Schließlich stellt sich die Klage auch nicht deswegen als rechtsmissbräuchlich dar, weil sich die Klägerin anlässlich der Beschlussfassung im Jahr 2008 verpflichtet hatte, ihre vor dem Amtsgericht Tiergarten erhobene Klage auf Rückzahlung des für die Teileigentumseinheit 22 gezahlten Wohngeldes für erledigt zu erklären. Dies mag für eine erneute Klage auf Rückzahlung von bereits geleistetem Wohngeld von Bedeutung sein. Das Recht der Klägerin, die Gültigkeit der Beschlüsse über die zeitliche Vorverlegung der Hausgeldzahlungspflicht gerichtlich überprüfen zu lassen, wird hiervon jedoch nicht berührt.

11 2. Zu Recht nimmt das Berufungsgericht an, dass der Beschluss vom 16. Juli 2007 von der Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer gemäß § 16 Abs. 3 WEG nicht gedeckt und daher nichtig ist.

12 a) § 16 Abs. 3 WEG eröffnet den Wohnungseigentümern bei den in der Vorschrift näher bezeichneten Betriebs- und Verwaltungskosten die Möglichkeit, auch einen im Wege der Vereinbarung festgelegten Umlageschlüssel durch Mehrheitsbeschluss zu ändern (Senat, Urteil vom 9. Juli 2010 – V ZR 202/09, NJW 2010, 2654 [= WuM 2010, 524]; Urteil vom 16. Juli 2010 – V ZR 221/09, NJW 2010, 3298 [= WuM 2010, 591]). Die Beschlusskompetenz bezieht sich – anders als das Berufungsgericht meint – nicht lediglich auf solche Kosten, die nach Verbrauch oder Verursachung erfasst werden können. Vielmehr werden auch verbrauchs- und verursachungsunabhängige Kosten erfasst (Becker in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 16 Rn. 91; Jennißen in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 16 Rn. 35, Riecke/Schmidt/Elzer, WEG, 3. Aufl. § 16 Rn. 74).

13 Allerdings räumt § 16 Abs. 3 WEG nur die Kompetenz ein, im Rahmen einer dem Grunde nach bereits bestehenden Kostentragungsverpflichtung einen anderen Verteilungsmaßstab zu wählen. Die Bestimmung begründet hingegen nicht die Befugnis, einen Wohnungseigentümer, der nach einer bestehenden Vereinbarung von der Tragung bestimmter Kosten oder der Kostentragungspflicht insgesamt befreit ist, durch Beschluss erstmals an den Kosten zu beteiligen (AG Bremen, NJW-RR 2010, 811, 812; Lemke/Müller, Immobilienrecht, § 16 WEG Rn. 9; Drasdo, NJW-Spezial 2010, 289; a.A. Elzer, NJW 2010, 3473, 3474; wohl auch Becker in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 16 Rn. 98). Dies folgt bereits aus dem Wortlaut der Norm. Danach können die Wohnungseigentümer „abweichend von Absatz 2“ durch Stimmenmehrheit beschließen, ob sie eine verursachungs- oder verbrauchsabhängige Abrechnung einführen oder nach einem „anderen Maßstab“ abrechnen wollen. Mit der Bezugnahme auf § 16 Abs. 2 WEG, wonach die Wohnungseigentümer die Lasten und Kosten nach dem Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile tragen, knüpft die Norm an eine dem Grunde nach bestehende Kostentragungspflicht an und begründet lediglich die Möglichkeit zur Veränderung des Kostenverteilungsschlüssels. Die erstmalige Begründung einer Kostentragungspflicht unter Aufhebung einer vereinbarten Kostenbefreiung stellt jedoch keine Veränderung des Kostenverteilungsmaßstabes dar, sondern eine Erweiterung des Kreises der Kostenschuldner und wird von der Regelung nicht erfasst. Dies wird auch durch die Gesetzesmaterialien bestätigt, wonach § 16 Abs. 3 WEG eine Beschlusskompetenz für die Verteilung der dort genannten Kosten nach Verbrauch, Verursachung oder einem sonst geeigneten Maßstab statt wie bisher nach Miteigentumsanteilen normiert (BT-Drucks. 16/887, S. 11).

14 b) Gemessen daran kann die von der Eigentümergemeinschaft beschlossene Beteiligung der Teileigentumseinheit 22 an den verbrauchsunabhängigen Kosten keinen Bestand haben. Sie ist von der Beschlusskompetenz des § 16 Abs. 3 WEG nicht gedeckt, da Gegenstand des Beschlusses nicht eine Änderung des Verteilungsschlüssels ist – dieser blieb unverändert –, sondern die Aufhebung der in der Teilungserklärung vereinbarten aufschiebend bedingten Kostenbefreiung für den Eigentümer der Teileigentumseinheit 22. Dies hat zur Folge, dass der Beschluss wegen absoluter Beschlussunzuständigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft nichtig ist (vgl. Senat, Beschluss vom 20. September 2000 – V ZB 58/99, BGHZ 145, 158, 168 [= WuM 2000, 620]).

15 c) Entgegen der Auffassung der Revision ist die Nichtigkeit des Beschlusses nicht dadurch geheilt worden, dass die jeweiligen Eigentümer der betroffenen Teileigentumseinheit über mehrere Monate der Beschlussfassung entsprechend Hausgeld entrichtet haben. Es kann dahin gestellt bleiben, ob und unter welchen Voraussetzungen ein wegen absoluter Beschlussunzuständigkeit nichtiger Beschluss geheilt werden kann. Hierfür genügt jedenfalls nicht die bloße Umsetzung eines Beschlusses; sie vermag nicht nachträglich eine nach der Teilungserklärung nicht bestehende Beschlusskompetenz zu schaffen.

16 3. Ebenso ist der Beschluss vom 6. Juni 2008, in welchem die Wohnungseigentümer die beschlossene Hausgeldzahlungspflicht des Eigentümers der Teileigentumseinheit 22 nochmals bestätigten, wegen absoluter Beschlussunzuständigkeit nichtig.

17 4. Ob die Beklagten gemäß § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG die Anpassung der Teilungserklärung verlangen können, ist vom Senat nicht zu entscheiden, da dies nicht Gegenstand des Verfahrens ist.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 16 WEG
Wohngeld-Haftung; werdender Wohnungseigentümer; Erwerb vor Entstehen der Wohnungseigentümergemeinschaft; Auflassungsvormerkung; Abrechnungsspitze; rückständiges Hausgeld

a) Ein Erwerber von Wohnungseigentum, der den Erwerbsvertrag vor Entstehen der Wohnungseigentümergemeinschaft abschließt und zu dessen Gunsten eine Auflassungsvormerkung eingetragen wird, ist auch dann als werdender Wohnungseigentümer anzusehen, wenn er den Besitz an der Wohnung erst nach dem Entstehen der Wohnungseigentümergemeinschaft erlangt (Fortführung des Senatsbeschlusses vom 5. Juni 2008 – V ZB 85/07, BGHZ 177, 53 ff. [= WuM 2008, 511]).

b) Der in dem Grundbuch als Eigentümer eingetragene Veräußerer haftet nicht gesamtschuldnerisch für die Lasten der Wohnung, wenn der Erwerber als werdender Wohnungseigentümer anzusehen ist.

(BGH, Urteil vom 11. 5. 2012 – V ZR 196/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagte war Eigentümerin einer Wohnanlage, die sie in Wohnungseigentum aufteilte. Nach wie vor ist sie Eigentümerin einer Wohnung und zweier Tiefgaragenstellplätze, die sie mit notariellem Vertrag vom 14. Juli 2004 verkaufte. Für die Erwerberin wurde am 19. Juli 2004 eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen. Zu einem nicht genau festgestellten Zeitpunkt überließ ihr die Beklagte die Wohnung und die Stellplätze zur Nutzung. Am 22. September 2004 wurde der erste weitere Erwerber in das Grundbuch als Eigentümer eingetragen. Die klagende Wohnungseigentümergemeinschaft verlangt von der Beklagten unter anderem Zahlung der Abrechnungsspitzen aus den Abrechnungen der Jahre 2007 und 2008 sowie rückständiges Hausgeld aus den Jahren 2009 und 2010, jeweils bezogen auf die genannte Wohnung nebst Tiefgaragenstellplätzen. Das Amtsgericht Nürtingen hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten [LG Stuttgart] hat Erfolg gehabt. Dagegen wendet sich die Klägerin mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, und verfolgt ihren zuletzt gestellten Zahlungsantrag weiter.

2 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht meint, für die Nachzahlungsbeträge und die rückständigen Hausgelder hafte nicht die Beklagte als eingetragene Eigentümerin der Wohnung nebst Tiefgaragenstellplätzen, sondern ausschließlich die Erwerberin. Diese sei als werdende Wohnungseigentümerin anzusehen und trage als solche an Stelle des teilenden Eigentümers sämtliche Rechte und Pflichten. Eine gesamtschuldnerische Haftung des Veräußerers scheide daneben aus. Aufgrund der Auflassungsvormerkung sei aus dem Grundbuch ersichtlich, wer die mit dem Wohnungs- bzw. Teileigentum verbundenen Pflichten trage.

3 II. Die Revision hat keinen Erfolg. Die Annahme des Berufungsgerichts, nicht die Beklagte als eingetragene Eigentümerin, sondern nur die Erwerberin als werdende Wohnungseigentümerin schulde die geltend gemachten Beträge, hält rechtlicher Nachprüfung stand.

4 1. Die Erwerberin ist als werdende Wohnungseigentümerin anzusehen.

5 a) Der Senat hat für die Entstehungsphase einer Wohnungseigentümergemeinschaft entschieden, dass anders als bei einem sogenannten Zweiterwerb von Wohnungseigentum jedenfalls im Innenverhältnis zwischen dem teilenden Eigentümer und den Ersterwerbern eine vorverlagerte Anwendung des Wohnungseigentumsgesetzes geboten sein kann (Beschluss vom 5. Juni 2008 – V ZB 85/07, BGHZ 177, 53 ff. [= WuM 2008, 511]; für den Zweiterwerb vgl. BGH, Beschluss vom 24. März 1983 – VII ZB 28/82, BGHZ 87, 138, 141 ff.; Senat, Beschluss vom 1. Dezember 1988 V ZB 6/88, BGHZ 106, 113, 118 ff. [= WuM 1989, 453]; Beschluss vom 18. Mai 1989 – V ZB 14/88, BGHZ 107, 285 ff. [= WuM 1989, 525]). Voraussetzung ist, dass der Erwerber aufgrund einer rechtlich verfestigten Erwerbsposition ein berechtigtes Interesse daran erlangt hat, die mit dem Wohnungseigentum verbundenen Mitwirkungsrechte an der Verwaltung der Wohnanlage vorzeitig auszuüben. Eine solche Erwerbsposition ist entstanden, wenn ein wirksamer, auf die Übereignung von Wohnungseigentum gerichteter Erwerbsvertrag vorliegt, der Übereignungsanspruch durch eine Auflassungsvormerkung gesichert ist und der Besitz an der Wohnung auf den Erwerber übergegangen ist (Senat, Beschluss vom 5. Juni 2008, aaO, Rn. 14). Dies hat zur Folge, dass der werdende Wohnungseigentümer einerseits die Mitwirkungsrechte ausüben kann und andererseits gemäß § 16 Abs. 2 WEG die Kosten und Lasten zu tragen hat (Senat, aaO, Rn. 14, 21). Der Senat hat darüber hinaus entschieden, dass die solchermaßen erlangte Rechtsposition nicht dadurch endet, dass ein anderer Erwerber als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wird und damit die endgültige Wohnungseigentümergemeinschaft entsteht (aaO, Rn. 16). Offen gelassen hat er bislang, ob und gegebenenfalls wie lange auch ein Ersterwerber, der erst nach diesem Zeitpunkt eine gesicherte Erwerbsposition erlangt, als werdender Wohnungseigentümer zu behandeln ist (aaO, Rn. 19 ff.).

6 b) Gemessen daran steht zwar nicht fest, ob die Erwerbsposition der Käuferin schon vor dem Entstehen der Wohnungseigentümergemeinschaft gesichert war, weil aus dem Urteil nicht hervorgeht, wann sie den Besitz erlangt hat. Das Berufungsgericht hat sie aber zu Recht als werdende Wohnungseigentümerin behandelt. Fest steht nämlich, dass vor Entstehung der endgültigen Wohnungseigentümergemeinschaft am 22. September 2004 sowohl der Erwerbsvertrag abgeschlossen wurde als auch die Eintragung der Auflassungsvormerkung erfolgte. Sollte die Erwerberin – wie die Klägerin in der Revisionsbegründung vorträgt – den Besitz erst im Jahr 2006 erlangt haben, wäre ihre Erwerbsposition zwar erst zu einem Zeitpunkt gesichert gewesen, in dem die Wohnungseigentümergemeinschaft bereits in Vollzug gesetzt war. Ungeachtet dessen wäre sie aber von der Besitzeinräumung an als werdende Wohnungseigentümerin anzusehen.

7 aa) Der Senat hat bereits in seinem Beschluss vom 5. Juni 2008 angedeutet, dass jedenfalls für einen gewissen Zeitraum auch diejenigen Ersterwerber, die eine gesicherte Erwerbsposition erst nach der Entstehung der Wohnungseigentümergemeinschaft erlangen, als werdende Wohnungseigentümer anzusehen sein könnten (Senat, aaO, Rn. 21 mwN). Im Ergebnis kam es darauf in der entschiedenen Fallkonstellation allerdings nicht an. Diese Ausführungen sind teilweise auf Zustimmung gestoßen. Als Abgrenzungskriterium in zeitlicher Hinsicht ist eine Anlehnung an das Verjährungsrecht vorgeschlagen worden (Wenzel, NZM 2008, 625, 627 f.; zustimmend Timme in Timme, WEG, § 1 Rn. 45 f.). Andere meinen, verlässliche Abgrenzungskriterien ließen sich nicht entwickeln. Daher seien bis zu der Veräußerung der letzten Einheit sämtliche Ersterwerber ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des Erlangens einer gesicherten Erwerbsposition als werdende Wohnungseigentümer anzusehen (Klein in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 10 Rn. 18; Reymann, ZWE 2009, 233, 241 ff.). Nach verbreiteter Auffassung ist eine solche Ausdehnung der werdenden Wohnungseigentümergemeinschaft insgesamt abzulehnen mit der Folge, dass von dem Entstehen der Wohnungseigentümergemeinschaft an nur noch die Eintragung als Eigentümer in das Grundbuch zu der Ausübung der mit dem Wohnungseigentum verbundenen Rechte und Pflichten berechtigt (Hügel in Hügel/Scheel, Handbuch des Wohnungseigentums, 3. Aufl., Teil 2 Rn. 23; Becker, ZfIR 2008, 869, 871; Elzer, ZMR 2008, 808, 810 f.; Müller, FS Merle ‹2010›, 255, 258; zweifelnd auch Demharter, EWiR 2008, 637, 638).

8 bb) Der Senat teilt die zuletzt genannte Auffassung nicht, weil sie zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung der Ersterwerber führt. Diese haben unabhängig von

dem Zeitpunkt der Entstehung der Wohnungseigentümergemeinschaft ein berechtigtes Interesse an einem zügigen Übergang der Entscheidungsmacht des teilenden Eigentümers. Die gegen die Einbeziehung der später hinzutretenden Erwerber gerichteten Argumente überzeugen nicht.

9 Zwar ist es richtig, dass sich der Verkauf von einem Bauträger über mehrere Jahre hinziehen kann mit der an sich nicht erwünschten Folge, dass Buchposition einerseits und Mitgliedschaftsrechte und -pflichten andererseits für geraume Zeit auseinanderfallen. Dies gilt aber gleichermaßen für diejenigen Erwerber, die die gesicherte Erwerbsposition vor der Entstehung der Wohnungseigentümergemeinschaft erlangen, und ist deshalb kein taugliches Argument für eine Ungleichbehandlung; es entspricht inzwischen nämlich einhelliger Ansicht, dass die einmal erlangte Stellung als werdender Eigentümer nicht entfällt, selbst wenn sich die anschließende Umschreibung des Eigentums über Jahre hinzieht (Senat, aaO, Rn. 16 mwN).

10 Der Minderheitenschutz wird von dem Entstehen der Wohnungseigentümergemeinschaft an auch nicht dadurch gewährleistet, dass der eingetragene Erwerber oder die in diesem Zeitpunkt vorhandenen werdenden Wohnungseigentümer Beschlussmängelklage erheben können. Dieser Personenkreis repräsentiert nicht ohne weiteres auch die Interessen der später hinzukommenden Erwerber. Vielmehr besteht auch im Verhältnis der Ersterwerber untereinander ein berechtigtes Interesse an der Herstellung gleicher Mitwirkungschancen (Coester, NJW 1990, 3184, 3185; Reymann, ZWE 2009, 233, 241 f.).

11 Schließlich ist die unterschiedliche Behandlung von Erst- und Zweiterwerbern auch nach dem Entstehen der Wohnungseigentümergemeinschaft sachlich begründet. Denn der Erwerb von Wohnungseigentum in der Entstehungsphase von einem Bauträger unterscheidet sich insbesondere wegen der mit der Abwicklung von Gewährleistungsrechten verbundenen Verzögerungen der Eigentumsumschreibung und wegen der typischen Interessenkonflikte von Erwerbern und Bauträgern grundlegend von dem Eigentumserwerb in einer bestehenden Gemeinschaft (vgl. nur Wenzel, NZM 2008, 625, 627; Heismann, ZMR 2004, 10, 11).

12 cc) Eine zeitliche Begrenzung für die Anwendung der Grundsätze der werdenden Wohnungseigentümergemeinschaft auf die Ersterwerber hat der Senat lediglich im Hinblick darauf erwogen, dass der teilende Eigentümer nach einer längeren Vorratshaltung einem Eigenerwerber gleichzustellen sein könnte (Senat, aaO, Rn. 21; vgl. Wenzel, NZM 2008, 625, 627). In Betracht käme dies, wenn der Erwerbsvertrag als erster Bestandteil einer gesicherten Erwerbsposition erst geraume Zeit nach Entstehen der Wohnungseigentümergemeinschaft geschlossen wird. Ob sich insoweit geeignete Abgrenzungskriterien finden lassen oder ob einer zeitlich unbegrenzten Anwendung auf Ersterwerber der Vorzug zu geben ist, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Ist nämlich wie hier der Erwerbsvertrag bereits vor der Entstehung der Wohnungseigentümergemeinschaft geschlossen worden, gibt es selbst dann keine sachliche Rechtfertigung für eine zeitliche Begrenzung, wenn die Erwerbsposition erst geraume Zeit nach der Entstehung der Wohnungseigentümergemeinschaft durch die Eintragung der Auflassungsvormerkung und die Einräumung des Besitzes gesichert wird. Beides kann der Erwerber häufig ebenso wenig wie die Entstehung der Wohnungseigentümergemeinschaft durch die Eintragung eines anderen Erwerbers beeinflussen. Während sich die Eintragung in das Grundbuch durch behördeninterne Abläufe verzögern kann, hängt die Besitzübergabe unter anderem von der Fertigstellung der Wohnung ab. Der darauf bezogene zeitliche Ablauf kann deshalb keine unterschiedlichen Rechtsfolgen nach sich ziehen.

13 2. Zutreffend ist auch die Folgerung des Berufungsgerichts, dass die persönliche Verpflichtung der Beklagten zur Lastentragung gemäß § 16 Abs. 2 WEG entfällt, obwohl sie in dem Grundbuch als Eigentümerin eingetragen ist.

14 a) Allerdings soll nach verbreiteter Ansicht eine Gesamtschuld zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber entstehen (Riecke/Schmid/Elzer, WEG, 3. Aufl., § 16 Rn. 203; Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 4. Aufl., Rn. 621; Elzer, ZMR 2007, 714, 715; Müller, FS Merle ‹2010›, 255, 260 f.). Andernfalls könne nicht in die verkaufte Wohnung vollstreckt werden (Müller, aaO, 261; Drasdo, NZI 2009, 823, 824; vgl. auch Timme/Dötsch, WEG, § 10 Rn. 58). Nach der Gegenauffassung, der sich das Berufungsgericht angeschlossen hat, tritt der werdende Eigentümer im Hinblick auf die mit dem Wohnungseigentum verbundenen Rechte und Pflichten an die Stelle des Veräußerers, dem nur in sachenrechtlicher Hinsicht das Eigentum verbleibe (Schneider, ZWE 2010, 341, 342 f.; Wenzel, NZM 2008, 625, 628; so im Ergebnis wohl auch Sauren, ZWE 2008, 375, 377; Timme/Dötsch, WEG, § 10 Rn. 58).

15 b) Der Senat teilt die zuletzt genannte Auffassung.

16 aa) Richtig ist allerdings, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft nicht ohne weiteres in das Wohnungseigentum eines werdenden Eigentümers vollstrecken kann. Die Zwangsvollstreckung aufgrund eines gegen den Erwerber gerichteten persönlichen Titels scheitert daran, dass er nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist (§ 17 Abs. 1, § 146 ZVG). Nach der Rechtsprechung des Senats geht mit der Anerkennung der werdenden Wohnungseigentümergemeinschaft keine Verschiebung oder Vorwegnahme der sachenrechtlichen Zuordnung einher, an die das Zwangsvollstreckungsrecht in formalisierter Weise anknüpft (Beschluss vom 23. September 2009 – V ZB 19/09, NZM 2009, 912 [= WuM 2009, 688], Rn. 4). Die titulierte Hausgeldforderung stellt auch kein eingetragenes Recht im Sinne von § 147 ZVG dar; eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf nicht eingetragene Rechte scheidet aus (Senat, aaO, Rn. 4 f.).

17 Die vollstreckungsrechtlichen Folgen können für sich genommen aber nicht die persönliche Haftung des teilenden Eigentümers neben dem werdenden Eigentümer begründen. Ohnehin wäre auch die Vollstreckung in das Wohnungseigentum aufgrund eines gegen den Veräußerer gerichteten persönlichen Titels praktisch aussichtslos (Schneider, ZWE 2010, 341, 346 und 349). Eine Zwangsverwaltung scheiterte nämlich an seinem fehlenden Eigenbesitz (BGH, Urteil vom 26. September 1985 – IX ZR 88/84, BGHZ 96, 61 ff.). Auch die Zwangsversteigerung wäre im Ergebnis ohne Erfolgsaussicht, weil die Auflassungsvormerkung gegenüber einem persönlichen Titel vorrangig ist. Eine Vollstreckung in das Wohnungseigentum wäre deshalb allenfalls dann möglich, wenn eine von der persönlichen Haftung des Veräußerers unabhängige gegenüber der Auflassungsvormerkung vorrangige dingliche Haftung des Wohnungseigentums gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG für den nach dieser Vorschrift bevorrechtigten Teil der Kosten und Lasten anzunehmen wäre (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Februar 2009 – IX ZB 112/06, NJW-RR 2009, 923 [= WuM 2009, 324 = GuT 2009, 133 KL] Rn. 7; Urteil vom 21. Juli 2011 – IX ZR 120/10, NJW 2011, 3098 Rn. 23 jeweils zu § 49 InsO; für eine dingliche Haftung Becker in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 16 Rn. 185; Böttcher, ZVG, 5. Aufl., § 10 Rn. 19, § 52 Rn. 3; Alf, ZWE 2010, 105, 106; Schneider, ZMR 2009, 165 ff.; ders., ZWE 2010, 341, 347 f.; aA Kesseler, NJW 2009, 121 ff.; Fabis, ZfIR 2010, 354, 357 f.).

18 bb) Gegen eine persönliche Haftung des Veräußerers spricht entscheidend, dass der werdende Wohnungseigentümer wie ein Eigentümer behandelt wird und an dessen Stelle tritt. Hat er die Kosten und Lasten des Wohnungseigentums in analoger Anwendung von § 16 Abs. 2 WEG zu tragen, bedarf es im Hinblick auf den eingetragenen Eigentümer einer teleologischen Reduktion der Norm. Ihm könnten nämlich nur dann weiterhin Pflichten auferlegt werden, wenn ihm zugleich die Rechte eines Wohnungseigentümers zugestanden würden. Insbesondere muss das Stimm- und Anfechtungsrecht mit der Verpflichtung korrespondieren, Kosten und Lasten zu tragen (insoweit zutreffend Elzer, ZMR 2007, 714, 715; aA Pause, aaO, Rn. 621 ff.). Stimmberechtigt ist jedoch allein der werdende Wohnungseigentümer (vgl. OLG Hamm, ZMR 2007, 712, 713 f.), und

zwar unabhängig davon, ob das Kopf-, das Objekt- oder das Anteilsstimmrecht gilt. Denn es widerspräche dem mit der Anerkennung der werdenden Wohnungseigentümergemeinschaft verfolgten Zweck, einen frühzeitigen Übergang der Entscheidungsmacht von dem Veräußerer auf die Erwerber zu gewährleisten, wenn der Veräußerer weiterhin an der Willensbildung der Gemeinschaft beteiligt würde. Eine Verdoppelung des Stimmrechts, wie sie teilweise vorgeschlagen wird (Elzer, ZMR 2007, 714, 715; Heismann, Werdende Wohnungseigentümergemeinschaft, 2003, S. 214 ff.), wäre zudem mit den Belangen der übrigen Wohnungseigentümer unvereinbar (vgl. auch Senat, Urteil vom 27. April 2012 – V ZR 211/11, juris [= GuT 2012, 306]).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 28 WEG; § 199 BGB
Wohngeld; Verjährungsfrist des Zahlungsanspruchs auf Vorschüsse; Erwerberhaftung für rückständiges Wohngeld

Die dreijährige Verjährungsfrist für Ansprüche auf Zahlung von Wohngeldvorschüssen beginnt mit dem Ende des Jahres, in dem die Vorschüsse fällig sind. Der Beschluss über die Jahresabrechnung führt nicht zu einem Neubeginn der Verjährung.

(BGH, Urteil vom 1. 6. 2012 – V ZR 171/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagten sind seit Februar 2009 Eigentümer einer Eigentumswohnung. Nach der Gemeinschaftsordnung haften Veräußerer und Erwerber einer Wohnung gesamtschuldnerisch für Rückstände des Veräußerers gegenüber der Wohnungseigentümergemeinschaft.

2 Mit der den Beklagten im November 2009 zugestellten Klage verlangt die Gemeinschaft unter anderem die Zahlung von Wohngeldrückständen aus dem Jahr 2006 (3585,31 €), des in der Jahreseinzelabrechnung 2005 ausgewiesenen Rückstands (4753,88 €) und für das Jahr 2004, für das keine Jahresabrechnung erstellt worden ist, die Zahlung der noch offenen Wohngeldvorschüsse sowie einer Sonderumlage (zusammen 1516,69 €). Hinsichtlich der Rückstände aus dem Jahr 2004 besteht zugunsten der Eigentümergemeinschaft ein rechtskräftiger Titel gegen die Rechtsvorgängerin der Beklagten. Gegenüber den Rückständen aus dem Jahr 2006 haben die Beklagten die Aufrechnung mit einem Anspruch auf Auszahlung des auf ihre Einheit entfallenden Anteils an dem Zinsertrag erklärt, welcher von der Gemeinschaft im Jahr 2006 erwirtschaftet worden ist (250,43 €). Im Übrigen haben sie die Einrede der Verjährung erhoben.

3 Das Amtsgericht Charlottenburg hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt. Die Berufung, mit der sich diese nur noch gegen die Verurteilung zur Zahlung der Rückstände aus den Jahren 2004 und 2005 sowie dagegen gewandt haben, dass die Aufrechnung gegen die Forderung für das Jahr 2006 ohne Erfolg geblieben ist, ist von dem Landgericht Berlin zurückgewiesen worden. Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgen die Beklagten die in der Berufungsinstanz gestellten Anträge weiter.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht meint, der Verwalter könne die rückständigen Hausgelder ohne vorhergehenden Beschluss der Wohnungseigentümergemeinschaft einklagen, da er in der Gemeinschaftsordnung bevollmächtigt worden sei, die Wohnungseigentümer gerichtlich zu vertreten. Die Beklagten hafteten für die Rückstände ihrer Rechtsvorgängerin aufgrund der entsprechenden Regelung in der Gemeinschaftsordnung. Die Ansprüche der Gemeinschaft seien nicht verjährt. Die Rückstände aus dem Jahr 2004 seien tituliert, diejenigen aus dem Jahr 2005 durch den im Juli 2006 gefassten Beschluss über die Jahresabrechnung erneut fällig gestellt worden. Gegenüber den Ansprüchen auf Zahlung der Vorschüsse für 2004 stehe den Beklagten kein Zurückbehaltungsrecht wegen der fehlenden Jahresabrechnung zu. Mit einem etwaigen Anspruch auf Auszahlung eines Guthabens aus den Zinserträgen für das Jahr 2006 könnten die Beklagten nicht aufrechnen, da es an einem Beschluss der Wohnungseigentümergemeinschaft über den Umgang mit dem Zinserlös und damit an der Fälligkeit eines solchen Anspruchs fehle.

5 II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

6 1. a) Ohne Rechtsfehler geht das Berufungsgericht allerdings von der wirksamen Vertretung der klagenden Wohnungseigentümergemeinschaft durch den Verwalter und damit von der Zulässigkeit der Klage und der Berufung aus. Zwar ist ein Verwalter nicht kraft Gesetzes berufen, Ansprüche der Wohnungseigentümer oder des Verbandes gerichtlich geltend zu machen; vielmehr ist es grundsätzlich Sache der Wohnungseigentümer, darüber zu befinden, ob ein Prozess geführt werden soll (vgl. Senat, Urteil vom 28. Januar 2011 – V ZR 145/10, BGHZ 188, 157, 162 [= WuM 2011, 318] Rn. 13). Die Wohnungseigentümer können den Verwalter aber durch Beschluss oder Vereinbarung bevollmächtigen, ihnen oder der Gemeinschaft zustehende Ansprüche gerichtlich durchzusetzen. Im Umfang der erteilten Vertretungsmacht ist der Verwalter berechtigt, auch ohne besonderen Eigentümerbeschluss einen Rechtsanwalt mit der Vertretung der Wohnungseigentümer oder der Gemeinschaft in einem gerichtlichen Verfahren zu beauftragen (vgl. BayObLGZ 1988, 287, 289 f. [= WuM 1989, 42]).

7 b) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, der Verwalter sei nach der Gemeinschaftsordnung nicht berechtigt, den vorliegenden Rechtsstreit ohne gesonderten Beschluss der Wohnungseigentümer zu führen.

8 aa) Die Gemeinschaftsordnung (GO), die der Senat uneingeschränkt selbst auslegen kann (vgl. Senat, Beschluss vom 7. Oktober 2004 – V ZB 22/04, BGHZ 160, 354, 361 f. [= WuM 2004, 681]; Urteil vom 15. Januar 2010 – V ZR 40/09, NJW-RR 2010, 667 Rn. 6 f. [= GuT 2010, 129]), enthält in § 12 Nr. 1 Satz 3 die Ermächtigung des Verwalters „zur Geltendmachung von Ansprüchen gemäß § 27 Abs. 2 Ziffer 5 WEG ‹aF› …, und zwar so, daß er Ansprüche – auch gegen einzelne Eigentümer sowohl im eigenen Namen als auch als Bevollmächtigter der Eigentümergemeinschaft geltend machen kann“. Außerdem wird ihm in § 15 GO die Vollmacht erteilt, „die Wohnungseigentümer gerichtlich … in Angelegenheiten der laufenden Verwaltung zu vertreten und Ansprüche gerichtlich geltend zu machen“. Diese – vor Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft aufgestellten – Regelungen sind, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, dahin ergänzend auszulegen, dass sie Ansprüche umfassen, die heute nicht mehr den Wohnungseigentümern, sondern der Gemeinschaft als teilrechtsfähigem Verband zustehen; insoweit erhebt die Revision auch keine Einwände.

9 bb) Auf dieser Grundlage folgt die Berechtigung des Verwalters, Beitragsforderungen ohne vorherigen Eigentümerbeschluss geltend zu machen, bereits aus § 12 Nr. 1 Satz 3 GO. Entgegen der Auffassung der Revision wiederholt die Bestimmung nicht lediglich die Vorschrift des § 27 Abs. 2 Nr. 5 WEG aF, nach der der Verwalter berechtigt war, Ansprüche gerichtlich und außergerichtlich geltend zu machen, sofern er hierzu durch Beschluss der Wohnungseigentümer ermächtigt wurde. Die erforderliche Ermächtigung wird dem Verwalter durch die Bestimmung in allgemeiner Form gerade erteilt. Dass sich die Rechte und Pflichten des Verwalters aus den §§ 27, 28 WEG aF ergeben, spricht die Gemeinschaftsordnung nämlich schon in § 12 Nr. 1 Satz 1 aus. Die nachfolgenden Ermächtigungen werden dem Verwalter ausdrücklich „in Erweiterung seiner gesetzlichen Befugnisse“ eingeräumt (Satz 2); dies umfasst auch den hier maßgeblichen und auf Satz 2 Bezug nehmenden („Er ist ferner … ermächtigt zur Geltendmachung …“) Satz 3.

10 Die Erteilung einer allgemein gehaltenen Ermächtigung in der Gemeinschaftsordnung war und ist zulässig (vgl. Bay-

ObLGZ 1986, 128, 129; Weitnauer/Lüke, WEG, 9. Aufl., § 27 Rn. 21, jeweils zu § 27 Abs. 2 Nr. 5 WEG aF sowie BT-Drucks. 16/887 S. 71 zu § 27 Abs. 3 Nr. 7 WEG nF). Aus der von der Revision dagegen angeführten Entscheidung (BayObLG, NJW-RR 2000, 968 [= WuM 2001, 91]) folgt nichts anderes. Die dort durch einen Beschluss ausgesprochene allgemeine Ermächtigung des Verwalters wurde deshalb für unzureichend erachtet, weil die Geltendmachung eines Beseitigungsanspruchs (§ 1004 BGB) in Rede stand. Ein solcher Anspruch kann, da er den einzelnen Wohnungseigentümern zusteht, von der Gesamtheit der Wohnungseigentümer bzw. von der Gemeinschaft nur durchgesetzt werden, wenn ein darauf gerichteter Eigentümerbeschluss gefasst worden ist (vgl. Senat, Beschluss vom 30. März 2006 – V ZB 17/06, NJW 2006, 2187, 2188 [= WuM 2006, 270] Rn. 12); dieser fehlte in dem genannten Fall. Für die Durchsetzung von Ansprüchen der Gemeinschaft auf Zahlung von Wohngeld und Sonderumlagen ist ein solcher zusätzlicher Beschluss hingegen nicht erforderlich.

11 cc) Ohne Erfolg beruft sich die Revision ferner darauf, dass die Erforderlichkeit eines gesonderten Eigentümerbeschlusses hier jedenfalls daraus folge, dass die dem Verwalter in § 15 Nr. 1c GO erteilte Vollmacht auf „Angelegenheiten der laufenden Verwaltung“ beschränkt sei und damit nur die gerichtliche Geltendmachung originärer Beitragsschulden des aktuellen Eigentümers umfasse, nicht dagegen Ansprüche aus der Erwerberhaftung. Da eine ausreichende Ermächtigung des Verwalters, wie dargelegt, bereits in § 12 GO enthalten ist, käme der Regelung in § 15 GO gesonderte Bedeutung nur zu, wenn aus dem Begriff „Angelegenheiten der laufenden Verwaltung“ eine Einschränkung dieser Ermächtigung folgte. Das ist jedoch nicht der Fall. Die Vollmachtserteilung in § 15 GO erfolgt ausdrücklich „über § 12 … hinaus“. Das lässt den Schluss zu, dass mit dem Begriff der „laufenden Verwaltung“ nichts anderes gemeint ist, als mit der nach dem Sachzusammenhang auch für Satz 3 geltenden Formulierung in § 12 Nr. 1 Satz 2 GO, der Verwalter sei ermächtigt, „im Rahmen seiner Verwalteraufgaben“ bestimmte Handlungen mit Wirkung für die Wohnungseigentümer vorzunehmen. Dass die Einziehung von Beitragsrückständen und Sonderumlagen, auch wenn diese, wie hier, aufgrund einer in der Gemeinschaftsordnung statuierten Erwerberhaftung geschuldet werden, zu den Aufgaben eines Verwalters gehört, kann nicht ernsthaft bezweifelt werden.

12 2. In der Sache nimmt das Berufungsgericht zu Recht an, dass die Beklagten verpflichtet sind, das noch im Streit befindliche Wohngeld für die Jahre 2004 und 2006 zu zahlen.

13 a) Ein Zurückbehaltungsrecht wegen der fehlenden Jahresabrechnung für 2004 steht den Beklagten gegenüber den titulierten Wohngeldrückständen für das Jahr 2004 nicht zu.

14 Es fehlt bereits an der dafür notwendigen Gegenseitigkeit, nämlich daran, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft als Gläubigerin der Hauptforderung zugleich Schuldnerin des Gegenanspruchs ist. Der Anspruch des einzelnen Wohnungseigentümers auf Erstellung der Jahresabrechnung (§ 28 Abs. 3 WEG) richtet sich nicht gegen die Wohnungseigentümergemeinschaft, sondern gegen den Verwalter. Dieser erfüllt mit der Erstellung der Abrechnung eine ihm durch das Gesetz auferlegte eigene Verpflichtung, er wird dabei – anders als die Revision meint – also nicht als Vertreter der Gemeinschaft tätig (vgl. BayObLG, Beschluss vom 23. Februar 2005 – 2Z BR 208/04 – juris Rn. 27).

15 Dass ein Wohnungseigentümer seine Verpflichtung zur Zahlung der im Wirtschaftsplan ausgewiesenen Vorschüsse folglich nicht unter Hinweis auf eine fehlende Jahresabrechnung zurückhalten kann, ist schon deshalb hinnehmbar, weil viel dafür spricht, ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber laufenden und rückständigen Wohngeldlasten wegen der Natur der Schuld ohnehin als generell oder zumindest weitgehend ausgeschlossen anzusehen (vgl. BayObLGZ 1971, 313, 319; OLG Frankfurt, OLGZ 1979, 391, 392; OLG München, NJW-RR 2005, 1326, 1327; Staudinger/Bub, BGB ‹2005›, § 28 WEG Rn. 235; Weitnauer/Gottschalg, WEG, 9. Aufl., § 16 Rn. 28 aE).

16 b) Ein fälliger Anspruch gegen die Wohnungseigentümergemeinschaft auf Auszahlung eines Betrages von 250,43 €, mit dem die Beklagten gegen den Anspruch auf Zahlung des Wohngelds für 2006 aufrechnen können, besteht nicht. Zwar gehören Rechtsfrüchte des Verwaltungsvermögens und damit auch Zinserträge zu den Nutzungen des gemeinschaftlichen Eigentums im Sinne von § 16 Abs. 1 WEG (vgl. Becker in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 16 Rn. 10). Die genannte Vorschrift räumt dem einzelnen Wohnungseigentümer aber keinen unmittelbaren Anspruch auf Auskehr des ihm gebührenden Anteils an solchen Nutzungen ein. Diese dürfen vielmehr zur Deckung der Lasten und Kosten im Sinne von § 16 Abs. 2 WEG verwendet werden. Erst wenn die Jahresabrechnung, in die solche Erträge einzustellen sind, einen Überschuss ergibt und die Wohnungseigentümer beschließen, diesen Überschuss anteilig an die Wohnungseigentümer auszukehren, entsteht für den einzelnen Eigentümer ein Zahlungsanspruch (vgl. Becker in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 16 Rn. 17; Staudinger/Bub, BGB ‹2005›, § 16 WEG Rn. 77 f.). Auf eine Jahresabrechnung oder einen sonstigen Beschluss, aus dem sich ein Anspruch auf Auszahlung von 250,43 € ergibt, können die Beklagten indes nicht verweisen.

17 3. Rechtsfehlerhaft ist dagegen die Annahme des Berufungsgerichts, dem Anspruch auf Zahlung des rückständigen Wohngelds aus dem Jahr 2005 stehe die Einrede der Verjährung nicht entgegen, weil die nach dem Wirtschaftsplan geschuldeten Wohngelder durch den Beschluss über die Jahresabrechnung im Jahr 2006 „erneut fällig gestellt“ worden seien.

18 a) Der Anspruch der Gemeinschaft auf Zahlung der in einem beschlossenen Wirtschaftsplan ausgewiesenen Vorschüsse entsteht zu dem Zeitpunkt, zu dem diese aufgrund des Abrufs durch den Verwalter (§ 28 Abs. 2 WEG) zu leisten sind. Die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB beginnt folglich am Ende des Jahres, in dem der jeweilige Vorschuss fällig war (§ 199 Abs. 1 BGB).

19 b) Der Beschluss der Wohnungseigentümer über die Jahresabrechnung führt nicht zu einem Neubeginn der Verjährung für die Vorschussansprüche.

20 aa) Der Beschluss über die Jahresabrechnung wirkt anspruchsbegründend nur hinsichtlich des auf den einzelnen Wohnungseigentümer entfallenden Betrages, welcher die in dem Wirtschaftsplan für das abgelaufene Jahr beschlossenen Vorschüsse übersteigt (sog. Abrechnungsspitze; vgl. Senat, Beschluss vom 30. November 1995 –V ZB 16/95, BGHZ 131, 228, 231 f. [= WuM 1996, 237]; Beschluss vom 23. September 1999 – V ZB 17/99, BGHZ 142, 290, 296 [= WuM 2000, 28]; Urteil vom 4. Dezember 2009 – V ZR 44/09, NJW 2010, 2127, 2128 [= WuM 2010, 178 = GuT 2010, 131 KL] Rn. 13). Zahlungsverpflichtungen, die durch frühere Beschlüsse entstanden sind, bleiben hierdurch unberührt. Dies gilt insbesondere für die in dem Wirtschaftsplan des abzurechnenden Jahres beschlossenen und damit nach § 28 Abs. 2 WEG geschuldeten Vorschüsse (vgl. Senat, Beschluss vom 30. November 1995 – V ZB 16/95, aaO; Urteil vom 9. März 2012 – V ZR 147/11, ZfIR 2012, 365 [= GuT 2012, 169]) und unabhängig davon, ob zwischenzeitlich ein Eigentümerwechsel stattgefunden hat (unzutreffend daher: OLG Hamm, NJW-RR 2009, 1388 [= WuM 2009, 319]).

21 Grund hierfür ist, dass andernfalls bereits begründete Rechte der Eigentümergemeinschaft hinsichtlich der Vorschussforderungen, etwa auf Verzugszinsen oder aus einer Titulierung, mit dem Beschluss über die Jahresabrechnung hinfällig würden. Außerdem verlöre die Gemeinschaft im Falle der Novation, d.h. einer Aufhebung des Beschlusses über den Wirtschaftsplan und dessen vollständiger Ersetzung durch den Beschluss über die Jahresabrechnung, bei einem zwischenzeitlichen Eigentümerwechsel den gegen den Voreigentümer bestehenden Anspruch auf Zahlung rückständiger Vorschüsse, weil dieser nach seinem Ausscheiden aus der Gemeinschaft durch

einen später gefassten Beschluss nicht gebunden werden kann (vgl. Senat, Urteil vom 2. Dezember 2011 – V ZR 113/11, NJW-RR 2012, 217, 218 [= GuT 2012, 60] Rn. 9 mwN).

22 bb) Der Beschluss über die Jahresabrechnung führt auch nicht zu einer Verdoppelung des Rechtsgrunds für rückständige Vorschüsse in dem Sinne, dass sie sowohl auf Grund des Beschlusses über den Wirtschaftsplan als auch auf Grund des Beschlusses über die Jahresabrechnung geschuldet wären (ebenso Niedenführ in Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 9. Aufl., § 28 Rn. 174; Jacoby, ZWE 2011, 61, 63; Schultzky, ZMR 2008, 757, 759; aA OLG Dresden, ZMR 2006, 543; OLG Hamm, NJW-RR 2009, 1388 [= WuM 2009, 319]; Merle in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 28 Rn. 174; Wenzel, WE 1997, 124, 126; Hauger, Festschrift für Bärmann u. Weitnauer, 353, 361 ff.; ähnlich Bub, ZWE 2011, 193, 195).

23 (1) Im Gesetz ist ein solcher doppelter Rechtsgrund nicht angelegt. Wie § 28 Abs. 2 WEG verdeutlicht, haben die Wohnungseigentümer ihren Beitrag zu den Kosten und Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums (§ 16 Abs. 2 WEG) in erster Linie durch Vorauszahlungen zu erfüllen. Bei diesen handelt es sich nicht um gewöhnliche Abschlagszahlungen, für die charakteristisch ist, dass sie von dem Gläubiger nicht mehr verlangt werden können, sobald eine Berechnung der eigentlichen Forderung vorliegt (vgl. BGH, Urteil vom 20. August 2009 – VII ZR 205/07, BGHZ 182, 158 für Abschlagszahlungen nach § 16 Nr. 1 VOB/B) oder jedenfalls möglich ist (so für Betriebskostenvorauszahlungen des Mieters: BGH, Urteil vom 16. Juni 2010 – VIII ZR 258/09, NJW 2011, 145, 146 [= WuM 2010, 490] Rn. 22). Der Vorschussanspruch nach § 28 Abs. 2 WEG bleibt, wie dargelegt, auch nach dem Beschluss über die Jahresabrechnung und selbst dann unverändert bestehen, wenn es – wie hier für das Jahr 2004 – zu einer Abrechnung überhaupt nicht kommt. Der besondere Charakter des Vorschussanspruchs nach § 28 Abs. 2 WEG erklärt sich daraus, dass es sich bei den Vorschüssen um das zentrale Finanzierungsinstrument der Wohnungseigentümergemeinschaft handelt; nur die laufenden Vorauszahlungen gewährleisten, dass die für die Bewirtschaftung der Anlage notwendigen Mittel bereitstehen. Die Jahresabrechnung dient demgegenüber nicht der Ermittlung des „eigentlichen" Beitragsanspruchs, sondern nur der Anpassung der laufend zu erbringenden Vorschüsse an die tatsächlichen Kosten. Anhand der Rechnungslegung des Verwalters über die tatsächlichen Einnahmen und Ausgaben wird der bestehende Beitragsanspruch der Gemeinschaft überprüft und in Form eines Nachzahlungsanspruchs der Gemeinschaft oder Erstattungsanspruchs des Wohnungseigentümers sowie durch Neufestsetzung der Vorschüsse korrigiert (vgl. Jacoby, ZWE 2011, 61, 63).

24 (2) Aus der bestätigenden und rechtsverstärkenden Wirkung, die der Beschluss über die Jahresabrechnung nach der Rechtsprechung des Senats hinsichtlich offener Vorschussforderungen hat (vgl. Senat, Beschluss vom 30. November 1995 – V ZB 16/95, BGHZ 131, 228, 231 f. [= WuM 1996, 237]; Beschluss vom 23. September 1999 – V ZB 17/99, BGHZ 142, 290, 296 [= WuM 2000, 28]; Urteil vom 4. Dezember 2009 – V ZR 44/09, NJW 2010, 2127, 2128 [= WuM 2010, 178 = GuT 2010, 131 KL] Rn. 13), folgt kein zusätzlicher Schuldgrund in Form eines Schuldanerkenntnisses oder eines Abrechnungsvertrages entsprechend § 782 BGB. Denn die hierzu notwendige Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner, also der Gemeinschaft und dem säumigen Wohnungseigentümer, vermag ein Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümer nicht zu ersetzen. Soweit sich aus den – nicht tragenden – Erwägungen des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs in dessen Entscheidung vom 10. März 1994 (IX ZR 98/93, NJW 1994, 1866, 1867 [= WuM 1994, 346]) etwas anderes ergibt, hat dieser auf Anfrage erklärt, hieran nicht festzuhalten.

25 Die verstärkende Wirkung des Beschlusses über die Jahresabrechnung besteht lediglich darin, dass der Korrekturvorbehalt, unter dem die Vorschusszahlungen stehen, entfällt. Soweit die anteilig umgelegten tatsächlichen Lasten und Kosten den mit dem Wirtschaftsplan beschlossenen Vorschüssen entsprechen oder sie übersteigen, belegt die Abrechnung, dass die Vorschüsse für die Bewirtschaftung der Anlage erforderlich waren, rückschauend betrachtet also zu Recht festgesetzt worden sind. Das gilt ungeachtet der – praktisch unvermeidlichen – Abweichungen von den Positionen des Wirtschaftsplans. Insoweit beseitigt die Jahresabrechnung die Unsicherheiten, mit denen ein Wirtschaftsplan naturgemäß behaftet ist und verstärkt so die Berechtigung der Gemeinschaft zur Einziehung der auf diesem Plan gründenden Vorschussansprüche.

26 (3) Allein das Interesse der Gemeinschaft, aus Gründen der Übersichtlichkeit rückständige Vorschüsse und Abrechnungsspitzen aus der Jahresabrechnung zu einer Forderung zusammenziehen (vgl. Hauger, Festschrift für Bärmann und Weitnauer, S. 353, 361), rechtfertigt es nicht, den gesetzlichen Beitragsanspruch nach § 28 Abs. 2 WEG auf zweifacher Grundlage entstehen zu lassen. Es ist dem Verwalter zumutbar, rückständige Beiträge eines Wohnungseigentümers nach dem Jahr ihrer Fälligkeit zusammenzufassen (z. B. rückständige Vorschüsse aus dem Jahr 2005 und die rückständige Abrechnungsspitze aus der im Jahr 2005 beschlossenen Jahresabrechnung 2004) und auf dieser Grundlage – die gemäß § 199 Abs. 1 BGB einheitlich zum Jahresende beginnende – Verjährungsfrist zu überwachen. Zudem erlaubt ihm die Frist von drei Jahren ohne weiteres, rückständige Beiträge aus dem Wirtschaftsplan und der Abrechnung desselben Jahres äußerlich zusammenzuführen und rechtzeitig verjährungshemmende Maßnahmen zu veranlassen.

27 cc) Schließlich kommt es nicht darauf an, ob die die Klägerin bildenden Wohnungseigentümer bei der Beschlussfassung über die Jahresabrechnung 2005 den Willen hatten, die noch offenen Wohngelder „erneut fällig zu stellen" und mit etwaigen Abrechnungsspitzen zu einer einheitlichen Forderung zusammenzuziehen. Denn hierfür fehlte ihnen die erforderliche Beschlusskompetenz. Der Senat hat, wenn auch erst nach Erlass des Berufungsurteils, entschieden, dass die Wohnungseigentümer nicht berechtigt sind, eine bereits bestehende Schuld durch Mehrheitsbeschluss erneut zu begründen und auf diese Weise den Lauf der Verjährungsfrist zu beeinflussen (Senat, Urteil vom 9. März 2012 V ZR 147/11, ZfIR 2012, 365 [= GuT 2012, 169]).

28 III. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben, soweit die Berufung gegen die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 4753,88 € nebst anteiligen Zinsen zurückgewiesen worden ist (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden, da die hierfür erforderlichen Feststellungen fehlen. Es ist naheliegend, dass der Betrag von 4753,88 € Vorschussansprüche umfasst, die im Jahr 2005 entstanden und daher Ende 2008 verjährt sind. Da die Einzelabrechnung vom 26. Juni 2006 jedoch nicht erkennen lässt, in welchem Umfang der Betrag aus rückständigen Vorschüssen besteht, und dies auch nicht anderweit festgestellt worden ist, ist die Sache im Umfang der Aufhebung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 139 BGB
Auswirkung fehlerhafter Jahresabrechnung auf Einzeljahresabrechnungen und Einzelwirtschaftspläne; Wohnungseigentümerbeschluss

Liegen keine besonderen Umstände vor, führt die fehlerhafte Verteilung einzelner Kostenpositionen in der Regel nicht dazu, dass Einzeljahresabrechnungen oder Einzelwirtschaftspläne insgesamt für ungültig zu erklären sind.

(BGH, Versäumnisurteil vom 11. 5. 2012 – V ZR 193/11)

Tenor: Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil der 16. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 19. Juli 2011 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als über die auf der Eigentümerversammlung vom 15. Oktober 2009 gefassten Be-

schlüsse zu den Positionen A 03. 6 (Jahresabrechnung für 2008) und A 03. 8 (Wirtschaftsplan für 2009) dadurch zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist, dass – über die (fehlerhaft) umgelegten Verwaltungskosten hinaus – sämtliche Einzelabrechnungen und Einzelwirtschaftspläne für ungültig erklärt worden sind.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien bilden die Wohnungseigentümergemeinschaft. In der Eigentümerversammlung vom 15. Oktober 2009 wurden verschiedene Beschlüsse gefasst. Soweit hier noch von Interesse, wurden zu dem Tagesordnungspunkt (TOP) A 03. 6 die Jahresabrechnung für das Wirtschaftsjahr 2008 und zu TOP A 03. 8 der Wirtschaftsplan für das Jahr 2009 beschlossen.

2 Das Amtsgericht Krefeld hat die u. a. gegen diese Beschlüsse gerichtete Anfechtungsklage abgewiesen. Auf die Berufung der Kläger hat das Landgericht Düsseldorf sowohl die Jahresabrechnung hinsichtlich sämtlicher Einzelabrechnungen als auch den Wirtschaftsplan hinsichtlich sämtlicher Einzelwirtschaftspläne für ungültig erklärt. Die Revision hat es nach dem Tenor des Berufungsurteils ohne Einschränkungen zugelassen. In den Entscheidungsgründen heißt es, das Rechtsmittel werde zur Klärung der Frage zugelassen, „unter welchen Voraussetzungen die Teilunwirksamkeit bei der Genehmigung einer Jahresabrechnung entsprechend § 139 BGB zur Unwirksamkeit des gesamten Beschlusses führen kann“. Die Beklagten möchten mit der Revision erreichen, dass die Teilungültigkeitserklärung der Einzelabrechnungen und der Einzelwirtschaftspläne auf die beanstandeten Verwalterkosten beschränkt wird.

3 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht meint, die Genehmigung der Jahresabrechnung widerspreche hinsichtlich der Einzelabrechnungen ordnungsgemäßer Verwaltung schon deshalb, weil die Verwalterkosten unzutreffend umgelegt worden seien; auf die weiteren von den Klägern geltend gemachten Anfechtungsgründe komme es daher nicht an. Maßgeblich sei der in der Teilungserklärung festgelegte Verteilungsschlüssel. Der nachfolgend gefasste Abänderungsbeschluss könne wegen inhaltlicher Unbestimmtheit keinen Bestand haben. Auf dieser Grundlage könne die Ungültigkeitserklärung der Einzelabrechnungen nicht auf die Verwalterkosten beschränkt werden. Entsprechend § 139 BGB sei davon auszugehen, dass die Wohnungseigentümer von einer Beschlussfassung im Übrigen zur Vermeidung einer Abrechnung mit unzutreffenden Abrechnungsspitzen, die die konkreten Zahlungspflichten der einzelnen Wohnungseigentümer in der Schwebe gelassen hätten, abgesehen hätten. Gleiches gelte für die Genehmigung des Wirtschaftsplanes hinsichtlich der Einzelwirtschaftspläne. Da diese die Einforderungsgrundlage für die laufenden Zahlungen der Sondereigentümer bildeten, mache ein Fehler bei der Kostenverteilung auch die Einzelwirtschaftspläne insgesamt unbrauchbar.

4 II. Die Revision ist zulässig, auch soweit sie sich gegen die angenommene Gesamtunwirksamkeit der Einzelwirtschaftspläne für das Jahr 2009 richtet. Das Berufungsgericht hat diesen Streitgegenstand nicht von der Rechtsmittelzulassung ausgenommen.

5 Der Tenor des Berufungsurteils zur Revisionszulassung enthält keine Einschränkung. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann sich eine Beschränkung der Revisionszulassung zwar auch aus den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils ergeben. Hierfür ist aber erforderlich, dass aus den Entscheidungsgründen der Wille des Berufungsgerichts, die Revision in bestimmter Hinsicht zu beschränken, klar und eindeutig hervorgeht (vgl. nur Senat, Beschluss vom 29. Januar 2004 – V ZR 244/03, NJW-RR 2004, 1365, 1366 mwN; Urteil vom 20. Mai 2011 – V ZR 175/10, ZWE 2011, 331). Hiervon kann jedoch nicht ausgegangen werden, wenn sich die Rechtsfrage, derentwegen die Revision zugelassen wird, nicht nur bei dem ausdrücklich genannten, sondern ebenso bei einem weiteren Streitgegenstand stellt. In solchen Fällen werden von der tenorierten unbeschränkten Rechtsmittelzulassung zumindest sämtliche Streitgegenstände erfasst, bei denen die Rechtsfrage entscheidungserheblich war (vgl. auch Senat, Urteil vom 16. Juli 2010 – V ZR 217/09, NJW 2010, 3158 f.). So liegt es hier. Das Berufungsgericht hat zunächst aus der entsprechenden Heranziehung von § 139 BGB gefolgert, dass die Teilunwirksamkeit des Beschlusses der Wohnungseigentümer zur Umlegung der Verwalterkosten wegen Zugrundelegung eines unzutreffenden Verteilungsschlüssels zur Gesamtunwirksamkeit der Einzelabrechnungen führt. Unter Bezugnahme auf die hierzu angestellten Erwägungen hat es sodann auch die gesamten Einzelwirtschaftspläne für ungültig erklärt. In beiden Konstellationen stellt sich gleichermaßen die Rechtsfrage, unter welchen Voraussetzungen die Teilunwirksamkeit entsprechend § 139 BGB zur Unwirksamkeit des gesamten Beschlusses führt. Dies gilt umso mehr, als Wirtschaftspläne ohne weiteres als auf prognostischer Basis erstellte – vorläufige – Jahresabrechnungen begriffen werden können. Ebenso wie bei diesen werden auch durch Wirtschaftspläne Zahlungspflichten begründet, die sich in der Regel aus der Feststellung einer Vielzahl von Einzelpositionen ergeben. Das Wirtschaftsplänen immanente prognostische Element rechtfertigt keine unterschiedliche Handhabung.

6 III. Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg.

7 1. Das angefochtene Urteil hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

8 a) Allerdings geht das Berufungsgericht überzeugend und von der Revision unbeanstandet davon aus, dass die Verwalterkosten nach wie vor nach dem in der Teilungserklärung enthaltenen Verteilungsschlüssel hätten umgelegt werden müssen und deshalb die Einzelabrechnungen und die Einzelwirtschaftspläne mit Blick auf die genannten Kosten keinen Bestand haben können.

9 b) Zu Recht hat das Berufungsgericht bei der Beantwortung der Frage, ob die fehlerhaft umgelegten Verwalterkosten insgesamt zur Unwirksamkeit sämtlicher Einzelabrechnungen und Einzelwirtschaftspläne führen, kein Ermessen für sich in Anspruch genommen (zur streitigen Frage des Ermessens vgl. etwa OLG München, OLGR 2008, 366 mwN). Ein gerichtliches Gestaltungsermessen bedürfte wegen des damit einhergehenden Eingriffs in die Kompetenz der Wohnungseigentümer zur privatautonomen Regelung ihrer Angelegenheiten einer Ermächtigungsgrundlage. Das wird von der gegenteiligen Auffassung (so etwa Abramenko, ZMR 2003, 769, 770 mwN) nicht hinreichend beachtet.

10 c) Ferner hat das Berufungsgericht die Frage der Gesamtunwirksamkeit im Ausgangspunkt zutreffend nach § 139 BGB beurteilt. Diese Vorschrift ist bei Wohnungseigentumsbeschlüssen jedenfalls dann entsprechend anwendbar, wenn diese – wie hier – nicht lediglich interne Wirkung entfalten, sondern auf die Begründung, Änderung oder Aufhebung rechtlicher Befugnisse oder Pflichten gerichtet sind (Senat, Beschluss vom 10. September 1998 – V ZB 11/98, BGHZ 139, 289, 298 [= WuM 1998, 738]) und es sich bei den beanstandeten Teilregelungen – ebenfalls wie hier – um rechnerisch selbständige und abgrenzbare Teile (dazu Senat, Urteil vom 4. Dezember 2009 – V ZR 44/09, NJW 2010, 2127 [= WuM 2010, 178 = GuT 2010, 131 KL] Rn. 6; Beschluss vom 15. März 2007 – V ZB 1/06, BGHZ 171, 335, 339 Rn. 12 [= GuT 2007, 164 KL]) handelt.

11 d) Jedoch ist das Berufungsgericht den aus der genannten Norm folgenden rechtlichen Vorgaben nicht gerecht geworden, weil es, was der revisionsrechtlichen Nachprüfung unterliegt, den relevanten Tatsachenstoff aus rechtlich verkürzter Sicht ge-

würdigt hat (zu diesem Gesichtspunkt Senat, Urteil vom 10. Juli 1998 – V ZR 360/96, NJW 1998, 3268, 3269 f.).

12 aa) Das gilt zunächst für die Jahresabrechnung.

13 (1) Sinn und Zweck von § 139 BGB ist es, ein teilweise nichtiges Rechtsgeschäft nach Möglichkeit im Übrigen aufrechtzuerhalten, wenn dies dem tatsächlichen oder hypothetischen Parteiwillen entspricht (Senat, Urteil vom 17. Oktober 2008 – V ZR 14/08, NJW 2009, 1135, 1136 [= GuT 2008, 429] Rn. 12). Bei der Beurteilung, welche Entscheidung die Parteien bei Kenntnis der Teilnichtigkeit nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten (BGH, Urteil vom 14. Juni 2006 – VIII ZR 257/04, NJW 2006, 2696, 2697 [WuM 2006, 445] Rn. 21), ist in der Regel davon auszugehen, dass die Parteien das objektiv Vernünftige gewollt hätten (BGH, Urteil vom 14. Juni 2006 – VIII ZR 257/04, NJW 2006, 2696, 2697 [= WuM aaO] Rn. 21). Gemessen daran, können die Erwägungen des Berufungsgerichts schon deshalb keinen Bestand haben, weil es regelmäßig dem Willen der Beteiligten entsprechen wird, den im Vordergrund stehenden überwiegenden (nicht zu beanstandenden) Teil des Geschäfts aufrechtzuerhalten, wenn nur ein geringfügiger Teil unwirksam (oder für ungültig zu erklären) ist (vgl. Erman/Arnold, BGB, 13. Aufl., § 139 Rn. 22a). Besondere Umstände, die vorliegend eine andere rechtliche Beurteilung rechtfertigen könnten, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt; auch die Beklagten verweisen auf kein dahingehendes tatsächliches Vorbringen.

14 (2) Wohnungseigentumsrechtliche Überlegungen untermauern diese Sichtweise.

15 (a) Bei Wohnungseigentumsbeschlüssen liegt eine Unwirksamkeit bzw. Ungültigkeit des gesamten Beschlusses vor, wenn der unbeanstandet gebliebene Teil allein sinnvollerweise keinen Bestand haben kann und nicht anzunehmen ist, dass ihn die Wohnungseigentümer so beschlossen hätten (vgl. Senat, Beschluss vom 10. September 1998 – V ZB 11/98, BGHZ 139, 288, 298 [= WuM 1998, 738]). Vor diesem Hintergrund hat der Senat bereits entschieden, dass die Ungültigkeitserklärung auf rechnerisch selbständige und abgrenzbare Teile der Jahresabrechnung beschränkt werden kann, dies insbesondere bei Zugrundelegung eines fehlerhaften Verteilungsschlüssels gilt und sich eine unzutreffende Kostenverteilung in der Regel nicht auf die Gesamtabrechnung auswirkt, sondern nur auf die Einzelabrechnungen – und dies auch nur in dem Umfang der betroffenen Positionen (Senat, Beschluss vom 15. März 2007 – V ZB 1/06, BGHZ 171, 335, 339 Rn. 12 f. [= GuT 2007, 164 KL]; vgl. auch Urteil vom 4. Dezember 2009 – V ZR 44/09, NJW 2010, 2127 [= WuM 2010, 178 = GuT 2010, 131 KL] Rn. 6; Urteil vom 4. März 2011 – V ZR 156/10, WPM 2011, 1291, 1293 [= WuM 2011, 313]). Der allein auf das Fehlen der Abrechnungsspitze gestützte Schluss des Berufungsgerichts, die Wohnungseigentümer hätten die fehlerfreien Teile der Einzelabrechnungen nicht genehmigt (ebenso aber Staudinger/Bub ‹2005›, § 28 WEG Rn. 551), wird dem nicht gerecht.

16 (b) Die Auffassung des Berufungsgerichts vernachlässigt die typische Interessenlage der Wohnungseigentümer gerade bei Beschlüssen über die Jahresabrechnung. Den Mitgliedern der Wohnungseigentümergemeinschaft ist in der Regel daran gelegen, die der Beschlussfassung unterliegenden Angelegenheiten möglichst abschließend auf der Jahresversammlung zu bewältigen und weitere Zusammenkünfte auf das unabdingbare Mindestmaß zu beschränken. Zudem entspricht es einer effizienten und ordnungsgemäßen Verwaltung, Beschlussfassungen über entscheidungsreife Positionen alsbald herbeizuführen und das Beschlossene sodann zügig umzusetzen. Das gilt umso mehr, als bei einem solchen Vorgehen die rechtmäßigen Positionen spätestens nach Durchführung einer Beschlussmängelklage in Bestandskraft erwachsen, womit sie dem (weiteren) Streit entzogen werden und dies auch dann, wenn als Folge der teilweisen Unwirksamkeit oder Ungültigkeit auch der Abrechnungsspitze die Grundlage entzogen wird. Demgegenüber wäre bei Annahme gesamter Nichtigkeit oder Unwirksamkeit – dem Rechtsfrieden unter den Wohnungseigentümer alles andere als zuträglich – abermals die Möglichkeit der Anfechtung sogar mit ganz neuen Begründungen eröffnet. Lässt man es demgegenüber bei der Teilunwirksamkeit bewenden, brauchen sich die Wohnungseigentümer nachfolgend nur noch mit der nachgebesserten Position sowie der daraus resultierenden Abrechnungsspitze (oder einem sich daraus ergebenden Guthaben) zu befassen (zum Ergänzungsanspruch der Wohnungseigentümer Senat, Beschluss vom 15. März 2007 – V ZB 1/06, BGHZ 171, 335, 339 Rn. 12).

17 (c) Dem mutmaßlichen Willen der Wohnungseigentümer wird die Verneinung der Teilnichtigkeit allerdings dann nicht entsprechen, wenn Mängel vorliegen, die zu einer nicht mehr oder nur noch schwer nachvollziehbaren Restabrechnung führen (BayObLG, ZMR 2004, 50, 51; BayObLG, ZMR 2003, 761, 762; Merle in Bärmann, WEG, 11. Aufl. § 28 Rn. 120; Spielbauer/Then, WEG, 2. Aufl., § 28 Rn. 85), wie es auch bei einer Vielzahl von Einzelfehlern der Fall sein kann (vgl. auch OLG Frankfurt, ZWE 2006, 194, 198; Merle, aaO, § 28 Rn. 120). Danach begründet allein die Ungültigkeit der Position über die Verwalterkosten nicht die gesamte Ungültigkeit aller Einzelabrechnungen. Dazu, ob dies im Zusammenspiel mit weiteren Mängeln anzunehmen wäre, hat das Berufungsgericht – auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung konsequent – keine Feststellungen getroffen.

18 bb) Mit Blick auf die Einzelwirtschaftspläne gilt nichts anderes. Nicht jeder Fehler in Wirtschaftsplänen führt zur Ungültigkeitserklärung des Genehmigungsbeschlusses insgesamt (Beschluss vom 2. Juni 2005 – V ZR 32/05, BGHZ 163, 154, 175 [= WuM 2005, 530]). Auch insoweit gilt bei Zugrundelegung eines fehlerhaften Verteilungsschlüssels, dass sich die unzutreffende Kostenverteilung in der Regel nur auf die davon betroffenen Positionen auswirkt (Spielbauer/Then, aaO, § 28 Rn. 18; vgl. auch Senat, Urteil vom 1. April 2011 – V ZR 162/10, WPM 2011, 1295, 1297 [= WuM 2011, 381] Rn. 20). Dabei ist bei der Ermittlung des mutmaßlichen Parteiwillens die Bedeutung der Einzelwirtschaftspläne in Rechnung zu stellen, wonach mit deren Genehmigung und den zugleich genehmigten in ihnen enthaltenen Zahlungsverpflichtungen die in § 28 Abs. 2 WEG normierte Verpflichtung des einzelnen Wohnungseigentümers zur Zahlung von Vorschüssen entsteht (Senat, Urteil vom 20. Mai 2011 – V ZR 175/10, ZWE 2011, 331, 332). Das Interesse der Mehrheit der Wohnungseigentümer wird grundsätzlich nicht dahin gehen, wegen der Fehlerhaftigkeit einer oder mehrerer Positionen der Wohnungseigentümergemeinschaft die wesentliche wirtschaftliche Grundlage für das betreffende Wirtschaftsjahr ganz zu entziehen. Vielmehr wird es zur Begründung und Sicherung von Vorschusszahlungen darauf gerichtet sein, diese wenigstens in dem Umfang der beanstandungsfreien Positionen entstehen zu lassen und möglichst die fehlerfreien Positionen dem Streit zu entziehen. So verhält es sich jedenfalls hier, soweit das Berufungsgericht die Gesamtunwirksamkeit der Einzelwirtschaftspläne allein mit der Position der Verwalterkosten begründet.

19 2. Der Rechtsstreit ist nicht nach § 563 Abs. 3 ZPO zur Endentscheidung reif, weil das Berufungsgericht von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig noch nicht die erforderlichen Feststellungen zu den weiteren von den Klägern angegriffenen Positionen getroffen hat. Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

20 3. Bei der erneuten Befassung wird das Berufungsgericht auf der Grundlage der geltend gemachten Beschlussmängel zu prüfen haben, ob weitere Positionen keinen Bestand haben können und ob dies ggf. nach den oben dargelegten Maßstäben dazu führt, dass die Einzelabrechnungen und die Einzelwirtschaftspläne insgesamt für ungültig zu erklären sind. Dabei wird es – sollte es auf die Nachvollziehbarkeit des Rechenwerks insgesamt ankommen – auf das Verständnis eines durchschnittlichen Wohnungseigentümers abzustellen haben (OLG München, OLGR 2008, 366, LS).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 21 WEG; § 194 BGB
Verwaltung der Wohnungseigentümer; Verjährung des Anspruchs auf ordnungsgemäße Verwaltung; Brandschutz; Feuertreppe

Der Anspruch des Wohnungseigentümers auf ordnungsmäßige Verwaltung ist grundsätzlich unverjährbar.

(BGH, Urteil vom 27. 4. 2012 – V ZR 177/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien sind die Mitglieder einer Wohnungseigentümergemeinschaft. Die Kläger hatten die Dachgeschosswohnung, die ursprünglich mit der daneben liegenden Wohnung zu einer Einheit verbunden war, im Jahr 2005 erworben. Aufgrund der Trennung der Wohnungen verfügt die Wohnung der Kläger nicht mehr über einen zweiten Rettungsweg. Nachdem das Bauaufsichtsamt dies im April 2008 beanstandet und auf Antrag der Kläger den Bau einer Außenspindeltreppe genehmigt hatte, beauftragten sie einen Architekten mit deren Planung. In der Eigentümerversammlung vom 23. März 2009 lehnte die Eigentümergemeinschaft den Antrag der Kläger ab, die von dem Architekten geplante Feuertreppe zu errichten. Diesen Beschluss haben die Kläger angefochten und beantragt, die Beklagten zur Zustimmung zu verurteilen. Da die Beklagten die Auffassung vertreten, die genaue Ausgestaltung eines Rettungsweges sei Sache der Eigentümergemeinschaft, haben die Kläger im Laufe des Verfahrens hilfsweise beantragt, die Beklagten zu verurteilen, dem Antrag zuzustimmen, dass die Eigentümergemeinschaft einen fachgerechten Rettungsweg anbringt.

2 Das Amtsgericht Köln hat dem Hilfsantrag stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Berufung einer Wohnungseigentümerin, der Beklagten zu 1, die die Einrede der Verjährung erhoben hat, hat das Landgericht Köln zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, verfolgt sie den Antrag auf Klageabweisung weiter.

3 **Aus den Gründen:** I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts können die Kläger gemäß § 21 Abs. 4 WEG die Schaffung eines zweiten Rettungsweges verlangen. Es habe ihnen nicht obgelegen, vor Anrufung des Gerichts eine Beschlussfassung auch über den Hilfsantrag herbeizuführen. Denn die übrigen Wohnungseigentümer hätten zum Ausdruck gebracht, dass sie es generell ablehnten, für einen zweiten Fluchtweg zu sorgen. Der Anspruch auf ordnungsmäßige Verwaltung, der der dreijährigen Verjährungsfrist unterliege, sei nicht verjährt. Die Beanstandung durch das Bauaufsichtsamt stelle eine Vertiefung der Störung dar und habe deshalb einen neuen Anspruch auf ordnungsmäßige Verwaltung entstehen lassen.

4 II. Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

5 1. Die Revision ist unbeschränkt zulässig. Aus der Begründung der Zulassungsentscheidung des Berufungsgerichts, es stelle sich die grundsätzliche Frage, ob der Anspruch auf ordnungsmäßige Verwaltung der Verjährung unterliegt, ergibt sich keine Beschränkung der Zulassung, zumal eine Beschränkung auf bestimmte Rechtsfragen unwirksam wäre (BGH, Urteil vom 17. November 2009 – XI ZR 36/09, BGHZ 183, 169, 172; Urteil vom 21. September 2006 – I ZR 2/04, NJW-RR 2007, 182, 183).

6 2. Die Revision ist begründet. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht die Zulässigkeit des Hilfsantrags der Kläger bejaht.

7 a) Mit dem Hilfsantrag wollen die Kläger eine Regelung erreichen, die bisher nicht zur Abstimmung stand. Geht es – wie hier – um die Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer an einer ordnungsmäßigen Verwaltung (§ 21 Abs. 4 WEG), ist die vorherige Befassung der Eigentümerversammlung mit dem Antrag, den der Wohnungseigentümer gerichtlich durchsetzen will, aber Voraussetzung für die Zulässigkeit dieser Leistungsklage. Denn primär zuständig für die Beschlussfassung ist die Versammlung der Wohnungseigentümer (§ 21 Abs. 1 und 3, § 23 Abs. 1 WEG). Vor Anrufung des Gerichts muss sich der Wohnungseigentümer daher um die Beschlussfassung der Versammlung bemühen, weil seiner Klage sonst das Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Dieses fehlt ausnahmsweise nur dann nicht, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass der Antrag in der Eigentümerversammlung nicht die erforderliche Mehrheit finden wird, so dass die Befassung der Versammlung eine unnötige Förmelei wäre (Senat, Urteil vom 15. Januar 2010 – V ZR 114/09, BGHZ 184, 88 [= WuM 2010, 175] Rn. 14 f.).

8 b) Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen dessen Annahme nicht, dass mit einer entsprechenden Beschlussfassung nicht zu rechnen sei. Die Revision beanstandet zu Recht, dass das Berufungsgericht den Wohnungseigentümern eine generelle Ablehnung eines zweiten Rettungswegs unterstelle. Die Beklagte zu 1 und die übrigen Wohnungseigentümer haben sich durch unterschiedliche Prozessbevollmächtigte vertreten lassen und in unterschiedlicher Weise zu dem Begehren der Kläger geäußert. Der Umstand, dass die Beklagte zu 1 den Standpunkt vertritt, die Schaffung eines Rettungsweges sei Sache der Kläger und ein etwaiger Anspruch gegen die Gemeinschaft sei verjährt, rechtfertigt nicht die Annahme, dass auch die übrigen Eigentümer der insgesamt 14 Wohneinheiten eine entsprechende Beschlussfassung ablehnen. Das Berufungsgericht hat nicht dargelegt, aus welchen konkreten Umständen oder Äußerungen es eine solche Haltung der übrigen Wohnungseigentümer herleitet.

9 3. Danach kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Die Sache ist aufzuheben und zur neuen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

10 Für den Fall, dass das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen sollte, dass hier ausnahmsweise eine Vorbefassung der Eigentümerversammlung mit dem Hilfsantrag der Kläger nicht erforderlich war, weist der Senat auf Folgendes hin: Die Einhaltung der Brandschutzvorschriften entspricht – wovon das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ausgeht – ordnungsmäßiger Verwaltung (§ 21 Abs. 4 WEG). Der Anspruch des Wohnungseigentümers auf ordnungsmäßige Verwaltung ist grundsätzlich unverjährbar. Ist eine Maßnahme im Interesse einer ordnungsmäßigen Verwaltung notwendig, erfordert diese ständig ihre Durchführung. So wird der Abschluss notwendiger Versicherungen (§ 21 Abs. 5 Nr. 3 WEG) nicht etwa dadurch entbehrlich, dass solche Versicherungen bisher nicht abgeschlossen worden sind. Das Gemeinschaftseigentum muss instandgesetzt werden (§ 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG), auch wenn die Instandsetzungsbedürftigkeit schon länger als drei Jahre andauert. Eine solche gleichsam ständig neu entstehende Dauerverpflichtung kann nicht verjähren (Schmid, WuM 2010, 655, 657; ders., DWE 2009, 2, 3). Dies folgt auch aus Sinn und Zweck der Verjährungsvorschriften. Die Verjährung soll den Schuldner davor schützen, wegen länger zurückliegender Vorgänge in Anspruch genommen zu werden, die er nicht mehr aufklären kann, weil ihm Beweismittel für etwa begründete Einwendungen abhandengekommen oder Zeugen nicht mehr auffindbar sind (BGH, Urteil vom 17. Februar 2010 – VIII ZR 104/09, BGHZ 184, 253 [= GuT 2010, 126 KL = WuM 2010, 238] Rn. 18; Urteil vom 20. April 1993 – X ZR 67/92, BGHZ 122, 241, 244). Diese Erwägungen treffen – ebenso wenig wie auf den unverjährbaren Mängelbeseitigungsanspruch des Mieters (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 17. Februar 2010 – VIII ZR 104/09, BGHZ 184, 253 [= GuT aaO = WuM aaO]) – auf den Anspruch des Wohnungseigentümers auf ordnungsmäßige Verwaltung nicht zu. Eine Beweisnot der in Anspruch genommenen Wohnungseigentümer ist auszuschließen. Denn der einzelne Wohnungseigentümer will mit der Durchsetzung des Anspruchs nach § 21 Abs. 4 WEG eine ordnungsgemäße Verwaltung für die Zukunft sicherstellen (Merle in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 21 Rn. 48).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 21 WEG
Verwaltung der Wohnungseigentümer; vollständige Erneuerung der Fenster als Sache der Gemeinschaft; Auslegung der Gemeinschaftsordnung

Weist die Gemeinschaftsordnung die Pflicht zur Instandhaltung und Instandsetzung der Fenster nebst Rahmen in dem räumlichen Bereich des Sondereigentums den einzelnen Wohnungseigentümern zu und nimmt dabei den Außenanstrich aus, ist eine vollständige Erneuerung der Fenster im Zweifel Sache der Gemeinschaft.

(BGH, Urteil vom 2. 3. 2012 – V ZR 174/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergemeinschaft. Gemäß § 6 Abs. 1 der Gemeinschaftsordnung hat jeder Wohnungseigentümer unter anderem die von ihm allein genutzten Gegenstände auf eigene Rechnung ordnungsgemäß zu pflegen, instandzuhalten und instandzusetzen. In dem räumlichen Bereich seines Sondereigentums treffen den einzelnen Wohnungseigentümer deshalb unabhängig von der Zuordnung zu dem Sonder- und Gemeinschaftseigentum bestimmte Instandhaltungs- und Instandsetzungspflichten, die beispielhaft genannt werden. Dazu gehören zunächst Schönheitsreparaturen einschließlich des Anstrichs der Innenseite der Fenster samt Rahmen. Weiter wird die Behebung von Glasschäden und die Instandhaltung und Instandsetzung der Außenfenster samt Fensterrahmen und Rollläden aufgeführt. In diesem Zusammenhang heißt es, soweit dabei die Außenansicht betroffen werde, sei eine einheitliche Ausführung unabdingbar; daher sei die Erneuerung des Außenanstrichs der Fenster samt Rahmen und Rollläden Sache der Eigentümergemeinschaft.

2 Im Juni 2006 traten in der Wohnung des Klägers Feuchtigkeitsschäden auf. Nachdem die Verwaltung keine Maßnahmen zur Ermittlung der Schadensursache ergriff, beauftragte der Kläger einen Privatgutachter. Dieser kam zu dem Ergebnis, dass das in der Küche eingebaute Dachflächenfenster für eine solche Verwendung ungeeignet und durch ein Wohnraumdachfenster zu ersetzen sei. In einer Eigentümerversammlung im Jahr 2008 beantragte der Kläger erfolglos sowohl den Ersatz der Gutachterkosten als auch den Ausbau und die fachgerechte Erneuerung des Dachfensters. In der Versammlung vom 14. Juli 2010 wiederholte der Kläger seine Anträge, die erneut abgelehnt wurden. Mit der Klage will er unter anderem die ablehnenden Beschlüsse für ungültig erklären lassen und die Zustimmung der Beklagten zu der Durchführung der begehrten Maßnahmen erreichen. Das Amtsgericht München hat die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung [LG München I] des Klägers ist – soweit hier von Interesse – erfolglos geblieben. Mit der insoweit zugelassenen Revision verfolgt er seine zuletzt gestellten, auf Ausbau und Erneuerung des Dachfensters nebst Laibung sowie Ersatz der Gutachterkosten bezogenen Anträge weiter.

3 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht meint, die nicht angefochtenen Negativbeschlüsse aus dem Jahr 2008 stünden der Klage nicht entgegen, weil sie sich in der Ablehnung der Anträge erschöpften. Die Erneuerung des Dachfensters sei gemäß § 6 Abs. 1 der Gemeinschaftsordnung Sache des Klägers, der demzufolge auch die Gutachterkosten zu tragen habe. Eine derartige Bestimmung erfasse entgegen einer verbreiteten Auffassung auch die Beseitigung eines – dem Privatgutachten zufolge hier vorliegenden – anfänglichen Mangels. Der Begriff der Instandsetzung beziehe sich nach dem Wortlaut ebenso wie nach Sinn und Zweck der Regelung auch auf die erstmalige ordnungsmäßige Herstellung.

4 II. Die Revision ist in zulässiger Weise auf die Erneuerung des Dachfensters und Erstattung der Gutachterkosten beschränkt worden. Die darauf bezogenen Ausführungen des Berufungsgerichts halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

5 1. Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Bestandskraft der Negativbeschlüsse aus dem Jahr 2008 der Klage nicht entgegensteht. Die unterlassene Anfechtung eines ablehnenden Beschlusses entfaltet keine Sperrwirkung für inhaltsgleiche Anträge (Senat, Beschluss vom 19. September 2002 – V ZB 30/02, BGHZ 152, 46, 51 [= WuM 2003, 47 = GuT 2003, 27 KL]). Ein Rechtsschutzbedürfnis für die Anfechtung eines Negativbeschlusses ist regelmäßig anzunehmen (Senat, Urteil vom 15. Januar 2010 – V ZR 114/09, BGHZ 184, 88 [= WuM 2010, 175] Rn. 13); zudem hat der Kläger die Anfechtung mit einem Antrag auf Zustimmung zu der Durchführung der begehrten Maßnahmen verbunden.

6 2. Zu Unrecht sieht das Berufungsgericht die Erneuerung des Dachfensters als Aufgabe des Klägers an.

7 a) Die Fenster nebst Rahmen stehen gemäß § 5 Abs. 2 WEG zwingend im Gemeinschaftseigentum (OLG Karlsruhe, NZM 2011, 204; Armbrüster in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 5 Rn. 71). Dies hat nach der gesetzlichen Kompetenzzuweisung zur Folge, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer für ihren Austausch zuständig ist (§ 21 Abs. 1, Abs. 5 Nr. 2 WEG bzw. § 22 WEG) und die damit verbundenen Kosten zu tragen hat (§ 16 Abs. 2 WEG). Durch Vereinbarung können die Wohnungseigentümer hiervon abweichen, sofern sie eine klare und eindeutige Regelung treffen. Im Zweifel bleibt es bei der gesetzlichen Zuständigkeit (KG, ZMR 2009, 135, 136; AG Hannover, ZMR 2010, 483 f.; AG Pinneberg, ZMR 2005, 157, 158; vgl. auch BayObLG, ZMR 1996, 574 [= WuM 1997, 187]).

8 b) Eine solche abweichende Regelung der Instandhaltung und Instandsetzung der Fenster und der damit verbundenen Kosten enthält § 6 Abs. 1 der Gemeinschaftsordnung. Die Auslegung einer derartigen, in dem Grundbuch in Bezug genommenen Bestimmung unterliegt vollen Umfangs der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Maßgebend sind ihr Wortlaut und ihr Sinn, wie er sich aus unbefangener Sicht als nächstliegende Bedeutung der Eintragung ergibt, weil sie auch die Sonderrechtsnachfolger der Wohnungseigentümer bindet. Umstände außerhalb der Eintragung dürfen nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (vgl. Senat, Urteil vom 10. September 1998 – V ZB 11/98, BGHZ 139, 288, 291 ff. [= WuM 1998, 738]).

9 c) Die Auslegung durch den Senat ergibt, dass § 6 Abs. 1 der Gemeinschaftsordnung den Austausch des Fensters nicht dem Kläger, sondern den Beklagten zuweist, und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen anfänglichen oder um einen nachträglichen Mangel handelt. Ausdrücklich wird nur die „Erneuerung des Außenanstrichs", nicht aber die vollständige Erneuerung der Fenster geregelt. Die erforderliche eindeutige Zuweisung auch dieser Aufgabe an den einzelnen Wohnungseigentümer lässt sich der Gemeinschaftsordnung nicht entnehmen. Für eine Zuständigkeit des Sondereigentümers hinsichtlich der Erneuerung spricht zwar auf den ersten Blick, dass ihm nicht nur der Innenanstrich und die Behebung von Glasschäden, sondern auch die Instandhaltung und Instandsetzung der Außenfenster samt Fensterrahmen obliegen. Damit wird nicht nur die Kostenlast geregelt (zu einer derartigen Regelung vgl. Senat, Urteil vom 10. Juni 2011 – V ZR 2/10, NZM 2011, 589 [= WuM 2011, 480]), sondern auch die Verwaltungsbefugnis im Hinblick auf diesen Teil des Gemeinschaftseigentums. In dem gesetzlichen Sprachgebrauch umfasst die Instandhaltung und Instandsetzung auch einen Austausch (vgl. Merle in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 21 Rn. 89). Die erforderliche Auslegung der differenzierten Regelung in ihrem Gesamtzusammenhang spricht aber dafür, dass der Begriff der Instandhaltung und Instandsetzung enger gemeint ist und nicht die vollständige Erneuerung, sondern nur die übliche Pflege, die Wartung und die Reparatur der vorhandenen Fenster erfasst. Denn die Erneuerung des Außenanstrichs der Fenster samt Rahmen wird der Eigentümergemeinschaft zugewiesen. Das erlaubt nicht den Schluss, dass alle anderen Maßnahmen dem einzelnen Wohnungseigentümer obliegen (so aber – jeweils für ähnliche Klauseln – OLG

Düsseldorf, NZM 1999, 277 [= WuM 1999, 350]; BayObLG, WuM 1993, 562; ZfIR 2004, 23 f. [= WuM 2004, 740 KL]), sondern führt im Zweifel dazu, dass der Austausch der Fenster Gemeinschaftsaufgabe ist; behält sich die Gemeinschaft schon den Außenanstrich vor, gilt dies erst recht für die vollständige Erneuerung. Mit einer solchen Regelung wollen die Wohnungseigentümer nämlich eine einheitliche Außenansicht des Gebäudes sicherstellen. Ein Austausch der Fenster kann die Außenansicht in gleichem oder noch stärkerem Maße als ein Anstrich beeinflussen. In der hier verwendeten Klausel ist dieser Zweck sogar ausdrücklich festgehalten worden, weil eine einheitliche Ausführung von Maßnahmen, die die Außenansicht betreffen, als „unabdingbar" bezeichnet und der Außenanstrich aus diesem Grund der Gemeinschaft zugewiesen wird.

10 3. Ein Anspruch auf Zustimmung zu dem Ersatz der Gutachterkosten scheidet danach nicht – wie das Berufungsgericht meint – schon deshalb aus, weil die Erneuerung des Dachfensters Sache des Klägers war.

11 III. Das Urteil kann aus diesem Grund keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Im Hinblick auf die Zustimmung zu dem Austausch des Dachfensters und die Anfechtung des darauf bezogenen ablehnenden Beschlusses kann der Senat in der Sache selbst entscheiden, weil die Aufhebung des Urteils insoweit nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Nach den in dieser Hinsicht nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist das Fenster erneuerungsbedürftig; der Kläger kann die Maßnahme gemäß § 21 Abs. 4 WEG verlangen. Im Übrigen ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), weil sich das Berufungsgericht – von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig – mit dem Anspruch auf Ersatz der Gutachterkosten bislang nicht näher befasst und insoweit keine ausreichenden Feststellungen getroffen hat.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 21 WEG
Verwaltung der Wohnungseigentümer; Sanierung eines Altbaus; Übernahme des Winterdienstes

a) Ob Wohnungseigentümer für die Sanierung eines Altbaus einen mehrjährigen Sanierungsplan erstellen oder sich darauf beschränken, die unmittelbar erforderlichen Einzelmaßnahmen zu beschließen, steht grundsätzlich in ihrem Ermessen.

b) Eine Verpflichtung der einzelnen Wohnungseigentümer, die Räum- und Streupflicht im Wechsel zu erfüllen, kann nicht durch Mehrheitsbeschluss, sondern nur durch Vereinbarung begründet werden.

(BGH, Urteil vom 9. 3. 2012 – V ZR 161/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergemeinschaft. In der Eigentümerversammlung am 6. Oktober 2009 lehnten die Wohnungseigentümer zwei Anträge des Klägers ab, mit denen er zum einen die Aufstellung eines verbindlichen Sanierungsplans für das circa 100 Jahre alte, im Hochschwarzwald gelegene Gebäude in dem Zeitraum von 2010 bis 2014 (TOP 11) und zum anderen die Vergabe des Winterdienstes hinsichtlich der straßenseitigen Gehwege und Stellplätze an eine Fachfirma (TOP 12) begehrte. Gegen die ablehnenden Beschlüsse wendet sich der Kläger mit der Anfechtungsklage und beantragt zugleich, die Beklagten zu verurteilen, den entsprechenden Maßnahmen zuzustimmen. Das Amtsgericht Freiburg hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat nur hinsichtlich des Winterdienstes Erfolg gehabt. Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts [LG Karlsruhe] wenden sich beide Parteien mit der zugelassenen Revision und beantragen jeweils die Zurückweisung des gegnerischen Rechtsmittels.

2 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht meint, die Ablehnung des Sanierungsplans entspreche ordnungsmäßiger Verwaltung, weil sie sich im Rahmen des den Wohnungseigentümern zustehenden Ermessens halte. Zwar könne ein solcher Plan bei einem alten Gebäude sinnvoll sein. Die Gemeinschaft werde aber im Hinblick auf unmittelbar anstehende Sanierungsarbeiten tätig und habe dazu bereits diverse Beschlüsse gefasst; es sei auch nicht ersichtlich, dass ihr bisheriges Vorgehen zu einer Schadensvergrößerung geführt habe. Dagegen könne der Kläger die Vergabe des Winterdienstes an eine Fachfirma verlangen. Ein zeitlich früher gefasster Mehrheitsbeschluss, mit dem die Eigentümer zu der Ausführung des Winterdienstes verpflichtet worden seien, stehe dem nicht entgegen, weil er nichtig sei. Es fehle an der Beschlusskompetenz der Gemeinschaft; insbesondere handele es sich nicht um einen Teil der Hausordnung. Weil eine Verpflichtung der Eigentümer zur tätigen Mithilfe nur durch Vereinbarung begründet werden könne und andere Alternativen nicht ersichtlich seien, entspreche allein die Vergabe an Dritte ordnungsmäßiger Verwaltung.

3 II. Die Revision des Klägers ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat mit zutreffenden Erwägungen einen Anspruch des Klägers auf Beschluss eines Sanierungsplans verneint.

4 1. Gemäß § 21 Abs. 4 WEG kann der Kläger verlangen, dass die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen oder – mit anderen Worten – dem Grundsatz ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht. Sind die Wohnungseigentümer nicht durch eine Vereinbarung oder einen Beschluss gebunden, so können sie unter mehreren geeigneten Maßnahmen nach billigem Ermessen auswählen. Ein Anspruch auf eine bestimmte Maßnahme entsteht lediglich dann, wenn allein diese ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht (vgl. nur Timme/Elzer, WEG, § 21 Rn. 127).

5 2. Zur Planung und Koordinierung verschiedener Arbeiten kann sich die Wohnungseigentümergemeinschaft eines Sanierungsplans bedienen. Soweit es um die Prognose der anstehenden Maßnahmen im Sinne einer Bedarfsermittlung geht, ist es Aufgabe des Verwalters, einen solchen Plan zu erstellen und zu führen (§ 27 Abs. 1 Nr. 2 WEG, vgl. Staudinger/Bub, BGB ‹2005›, § 27 WEG Rn. 134 f.). Einen verbindlichen Sanierungsplan, wie ihn der Kläger anstrebt, hat dagegen die Eigentümerversammlung zu beschließen. Diese kann mittels einer Prioritätenliste – die bei neuen Erkenntnissen gegebenenfalls aktualisiert werden muss – eine sachgerechte Planung über einen längeren Zeitraum hinweg vornehmen. Ob ein solcher Plan beschlossen wird, steht ebenso wie seine spätere Fortentwicklung grundsätzlich im Ermessen der Gemeinschaft (OLG Hamburg, NJW-RR 2010, 1240 f.). Ein darauf gerichteter Anspruch besteht ausnahmsweise, wenn aufgrund besonderer Umstände nur ein solcher Beschluss ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht.

6 3. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wird die Eigentümergemeinschaft im Hinblick auf unmittelbar anstehende Sanierungsarbeiten tätig. Weder handelt es sich bei den weiteren von dem Kläger in seinem Sanierungsplan benannten Arbeiten um dringende Maßnahmen noch ist ersichtlich, dass das bisherige Vorgehen der Gemeinschaft zu einer Vergrößerung von Schäden geführt hat. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe hinsichtlich der behaupteten Schadensvergrößerung einen Beweisantritt des Klägers übergangen, greift schon deshalb nicht durch, weil der Kläger einen entsprechenden Vortrag in der Berufungsinstanz nicht aufzeigt. Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts ist dessen Folgerung, eine Sanierung könne auch ohne Sanierungsplan in Einzelschritten erfolgen, nicht zu beanstanden. Ob hinsichtlich einzelner von dem Kläger genannter Maßnahmen eine öffentlich-rechtliche Umsetzungspflicht besteht, kann dahinstehen, weil er nicht die Durchführung dieser einzelnen Maßnahmen, sondern deren Aufnahme in einen zu erstellenden Sanierungsplan verlangt.

7 III. Die Revision der Beklagten ist ebenfalls unbegründet. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger könne die Zustimmung der Beklagten zu der Vergabe des Winterdienstes an einen Dritten verlangen, hält rechtlicher Nachprüfung stand.

8 1. Die Bestandskraft des zuvor gefassten Mehrheitsbeschlusses steht einem Anspruch des Klägers gemäß § 21 Abs. 4 WEG nicht entgegen.

9 a) An die Feststellung des Berufungsgerichts, wonach der Winterdienst bis zu der Eigentümerversammlung vom 6. Oktober 2009 aufgrund eines Beschlusses im wöchentlichen Wechsel durch die Wohnungseigentümer wahrgenommen worden sei, ist der Senat gemäß § 559 Abs. 1, § 314 ZPO gebunden. Soweit die Revision vorträgt, Grundlage der bisherigen Handhabung sei nach dem Vortrag der Parteien lediglich eine tatsächliche Übung gewesen, kann sie damit nicht durchdringen. Dies hätte nur in einem – von den Beklagten nicht angestrengten – Berichtigungsverfahren nach § 320 ZPO behoben werden können (st. Rspr., siehe nur Senat, Urteil vom 4. November 2011 – V ZR 239/10, Rn. 9, juris mwN).

10 b) Der Beschluss ist jedoch nichtig, weil es an der erforderlichen Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer fehlt.

11 aa) Die Mehrheitsherrschaft innerhalb einer Wohnungseigentümergemeinschaft bedarf der Legitimation durch eine Kompetenzzuweisung, die sich entweder aus dem Gesetz oder aus einer Vereinbarung ergeben kann. Auch soweit eine Angelegenheit gemäß § 15, § 21 oder § 22 WEG der Regelung durch Mehrheitsbeschluss zugänglich ist, umfasst dies nicht die Befugnis, dem einzelnen Wohnungseigentümer außerhalb der gemeinschaftlichen Kosten und Lasten Leistungspflichten aufzuerlegen (Senat, Urteile vom 18. Juni 2010 – V ZR 193/09, NJW 2010, 2801 [=WuM 2010, 526] Rn. 11 und vom 18. Februar 2011 – V ZR 82/10, NJW 2011, 1220 [=WuM 2011, 251] Rn. 15; vgl. auch Urteil vom 15. Januar 2010 – V ZR 72/09, NJW 2010, 3093 [=GuT 2010, 44] Rn. 10). Fehlt die Beschlusskompetenz, ist ein dennoch gefasster Beschluss nicht nur anfechtbar, sondern nichtig (Senat, Beschluss vom 20. September 2000 – V ZB 58/99, BGHZ 145, 158, 166 ff. [=WuM 2000, 620]; Urteil vom 18. Juni 2010 – V ZR 193/09, aaO, Rn. 10).

12 bb) Danach können die Wohnungseigentümer zu einer turnusmäßigen Übernahme der Räum- und Streupflicht nicht durch Mehrheitsbeschluss verpflichtet werden. Die Auffassung der Beklagten, ihre Befugnis gemäß § 21 Abs. 5 Nr. 1 WEG umfasse jedenfalls insoweit die Begründung von Mitwirkungspflichten, als diese auf die herkömmlichen Regelungsgegenstände einer Hausordnung bezogen seien, trifft hinsichtlich der Räum- und Streupflicht nicht zu. Soll deren Erfüllung auf öffentlichen Gehwegen sichergestellt werden, dient dies nicht dem Zweck einer Hausordnung, weil die Pflicht insoweit nicht auf das Gemeinschaftseigentum bezogen ist; sie ist nur aufgrund von öffentlich-rechtlichen Vorschriften von der Wohnungseigentümergemeinschaft zu erfüllen. Aber auch die Räum- und Streupflicht hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums, wie etwa der Zuwegung, geht über eine Regelung des Zusammenlebens der Wohnungseigentümer hinaus, weil sie auch die Verkehrssicherungspflichten gegenüber Dritten betrifft. Die Mehrheitsmacht kann schließlich auch nicht auf die Überlegung gestützt werden, dass die Wohnungseigentümer ohnehin verkehrssicherungspflichtig seien und die Hausordnung deshalb keine neuen Pflichten begründe (so OLG Stuttgart, NJW-RR 1987, 976, 977 [=WuM 1988, 30]; Heinemann in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 21 Rn. 57; Elzer, ZMR 2006, 733, 737). Denn die Erfüllung der Verkehrssicherungspflichten hat jedenfalls in dem für die Beschlusskompetenz maßgeblichen Innenverhältnis der Wohnungseigentümer gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG nicht der einzelne Eigentümer, sondern der Verband sicherzustellen (vgl. nur Klein in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 10 Rn. 234, 259, 271 mwN); ob – wie der Vertreter der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat gemeint hat – im Außenverhältnis auch eine Haftung der einzelnen Wohnungseigentümer eintreten kann, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung.

13 2. Ist der Beschluss über die bisherige Handhabung nichtig, entspricht es ordnungsmäßiger Verwaltung, die Erfüllung der Räum- und Streupflicht sicherzustellen. Da dies nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, an die der Senat gebunden ist, nur durch die von dem Kläger beantragte Vergabe an einen Dritten erfolgen kann, hat es die Beklagten zu Recht zu der Zustimmung verurteilt.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 12, 25 WEG
Wohnungseigentum; Kopfstimmrecht bei nachträglicher Aufteilung eines Wohnungseigentums und Veräußerung an jeweilige Dritte; Verwalterzustimmung zu Teilveräußerungen

a) Teilt ein Wohnungseigentümer sein Wohnungseigentum ohne Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer nachträglich auf und veräußert die neu geschaffenen Einheiten an verschiedene Dritte, entstehen bei Geltung des Kopfstimmrechts keine weiteren Stimmrechte (Bestätigung des Senatsbeschlusses vom 24. November 1978 – V ZB 2/78, BGHZ 73, 150 ff.).

b) Die Zustimmung des Verwalters zu einer solchen Teilveräußerung aufgrund eines in der Teilungserklärung enthaltenen Zustimmungserfordernisses führt nicht zu einer Vermehrung der Stimmrechte.

(BGH, Urteil vom 27. 4. 2012 – V ZR 211/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergemeinschaft, zu deren Wohnanlage ein Vorder- und ein Hinterhaus gehören. Nach der Teilungserklärung aus dem Jahr 1982 besteht das Vorderhaus aus elf Einheiten, während das gesamte Hinterhaus die Einheit Nr. 12 bildet. Das Stimmrecht ist nicht geregelt. Die Veräußerung von Wohnungseigentum steht unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Verwalters.

2 Im Jahr 2009 teilte die Klägerin die in ihrem Eigentum stehende Einheit Nr. 12 ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer in neun selbständige Einheiten auf und veräußerte anschließend das neu geschaffene Wohnungseigentum Nr. 12 mit Zustimmung des Verwalters. In der Eigentümerversammlung beschlossen die Wohnungseigentümer, dass dem Erwerber der neuen Einheit Nr. 12 ein eigenes Stimmrecht nicht zustehe. Die Klägerin sieht die Veräußerung der übrigen von ihr geschaffenen Wohneinheiten gefährdet und will feststellen lassen, dass dem Erwerber der Einheit Nr. 12 ebenso wie den künftigen Erwerbern der weiteren Einheiten ein eigenes Stimmrecht zusteht.

3 Die Klage ist in den Tatsacheninstanzen [AG Hannover; LG Lüneburg] erfolglos gewesen. Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt die Klägerin ihre zuletzt gestellten Anträge weiter.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht meint, die Veräußerung einer ohne Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer neu geschaffenen Wohneinheit führe bei dem geltenden Kopfstimmrecht nicht zu einer Vermehrung der Stimmrechte. Dies müssten die bisherigen Wohnungseigentümer ohne eine entsprechende Vereinbarung nicht hinnehmen. Die Erwerber der Einheiten in dem Vorderhaus hätten mit einer Minderung ihres Stimmgewichts durch eine spätere Aufteilung des Hinterhauses nicht rechnen müssen, insbesondere deshalb nicht, weil auch an drei Garagen gesondertes Teileigentum geschaffen worden sei. Erwerber neu geschaffener Einheiten seien nicht schutzwürdig, weil sie die Teilungserklärung einsehen könnten. Ob die Erwerber das Stimmrecht zu einem Bruchteil ausüben könnten, sei nicht zu entscheiden, weil der gestellte Antrag eine auf diese Feststellung gerichtete Auslegung nicht erlaube.

5 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung stand.

6 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht von der Zulässigkeit der Klage aus. Insbesondere besteht das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse. Es ist unerheblich, dass die Klägerin die neu geschaffene Einheit Nr. 12 bereits veräußert hat, weil sie nach wie vor Mitglied der Wohnungseigentümergemeinschaft ist und aus diesem Grund ein anerkennenswertes Interesse daran hat, die Stimmrechtsverhältnisse in der Gemeinschaft verbindlich klären zu lassen.

7 2. Die Klage ist unbegründet, soweit die Klägerin feststellen lassen will, dass den Erwerbern der neu geschaffenen Einheiten jeweils ein eigenes Stimmrecht zusteht. Eine solche Stimmrechtsvermehrung tritt nicht ein, obwohl in der Gemeinschaft gemäß § 25 Abs. 2 Satz 1 WEG das Kopfprinzip gilt, bei dem jeder Wohnungseigentümer eine Stimme hat.

8 a) Der Senat hat bereits entschieden, dass die nachträgliche Aufteilung und Veräußerung eines Wohnungseigentumsrechts ohne Mitwirkung der übrigen Eigentümer unter der Geltung des Kopf- oder des Objektstimmrechts nicht zu einer Vermehrung der Stimmrechte führt (Beschluss vom 24. November 1978 – V ZB 2/78, BGHZ 73, 150, 155; für das Objektstimmrecht Beschluss vom 7. Oktober 2004 – V ZB 22/04, BGHZ 160, 354, 366 f. [= WuM 2004, 681]). Zwar bedarf die spätere Aufteilung nicht der Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer (Senat, Beschluss vom 17. Januar 1968 – V ZB 9/67, BGHZ 49, 250 ff.). Auch die anschließende Veräußerung einer neu geschaffenen Einheit ist – vorbehaltlich einer Vereinbarung gemäß § 12 WEG – zustimmungsfrei (Beschlüsse vom 24. November 1978 und vom 7. Oktober 2004, aaO). Diese Befugnisse des teilenden Wohnungseigentümers setzen aber voraus, dass der Status der übrigen Wohnungseigentümer gewahrt wird. Der Senat hat dies nur dann als gewährleistet angesehen, wenn die ursprüngliche Stimmenzahl keine Änderung erfährt (Beschlüsse vom 24. November 1978 und vom 7. Oktober 2004, aaO). Das bestehende Stimmrecht ist wegen der Selbständigkeit der neu geschaffenen Einheiten von deren Erwerbern nach Bruchteilen und nicht analog § 25 Abs. 2 Satz 2 WEG zur gesamten Hand auszuüben; diese für das Objektstimmrecht bereits entschiedene Rechtsfolge (Beschluss vom 7. Oktober 2004, aaO, S. 367) gilt in gleicher Weise für das Kopfstimmrecht, wenn die neu geschaffenen Einheiten an unterschiedliche Erwerber veräußert werden (offen gelassen in dem Beschluss vom 24. November 1978, aaO, S. 155).

9 Die Ablehnung der Vermehrung von Stimmrechten durch eine solche Teilveräußerung ist überwiegend auf Zustimmung (OLG Köln, OLGR 1992, 221 f.; OLG Stuttgart, NZM 2005, 312 [= WuM 2004, 734]; LG München I, ZWE 2009, 456 ff. [= WuM 2010, 51]; Merle in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 25 Rn. 39; Elzer in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 25 Rn. 39; MünchKomm-BGB/Engelhardt, 5. Aufl., § 25 WEG Rn. 4; Palandt/Bassenge, BGB, 71. Aufl., § 25 WEG Rn. 6; Spielbauer in Spielbauer/Then, WEG, § 25 Rn. 8; Wedemeyer, NZM 2000, 638, 639 ff.), teilweise aber auch auf Ablehnung gestoßen (KG, NZM 2000, 671 f. [= WuM 2000, 89]; ohne nähere Begründung OLG Düsseldorf, NZM 2004, 234 f. [= WuM 2004, 230]; Riecke in Riecke/Schmidt, WEG, 3. Aufl., § 25 Rn. 59; Staudinger/Bub, BGB ‹2005›, § 25 WEG Rn. 155 f.; Timme/Steinmeyer, WEG, § 25 Rn. 27; Weitnauer/Lüke, WEG, 9. Aufl., § 25 Rn. 13; Briesemeister, NZM 2000, 992 ff.). Der Senat hält an seiner Rechtsauffassung fest. Die gegen sie erhobenen Einwände erweisen sich als nicht stichhaltig.

10 b) Richtig ist, dass bei der Geltung des Kopfstimmrechts eine nachträgliche Vermehrung von Stimmrechten eintreten kann, wenn ein Eigentümer mehrere Einheiten hält und diese sukzessive veräußert (vgl. OLG München, NZM 2007, 45 f.). Auf die spätere Schaffung neuer Einheiten ohne Mitwirkung der übrigen Eigentümer ist dies indes nicht übertragbar (so aber KG, aaO, S. 672; Riecke in Riecke/Schmidt, aaO; Timme/Steinmeyer, aaO). Inwieweit die übrigen Wohnungseigentümer als schutzbedürftig anzusehen sind, hängt maßgeblich davon ab, ob die Vermehrung der Stimmrechte in der Teilungserklärung angelegt und damit vorhersehbar ist oder nicht. Hält ein Eigentümer mehrere Einheiten, ist jederzeit damit zu rechnen, dass aufgrund des Kopfstimmrechts bei einer Veräußerung an Dritte neue Stimmrechte entstehen. Daran fehlt es, wenn – wie hier – eine Einheit nachträglich ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer aufgeteilt und die neu geschaffenen Einheiten veräußert werden. Ebenso wenig kann die Schutzbedürftigkeit der Erwerber solcher Einheiten über die der bisherigen Wohnungseigentümer gestellt werden (so aber KG, aaO; Briesemeister, aaO). Erstere können sich vor dem Erwerb durch Einsicht in die Teilungserklärung informieren. Zudem ist es Aufgabe des teilenden Eigentümers, seine Vertragspartner vor der Veräußerung über das nur zu einem Bruchteil bestehende Stimmrecht aufzuklären. Es wirkt sich nicht zu Lasten der übrigen Wohnungseigentümer aus, wenn er seinen kaufvertraglichen Pflichten nicht nachkommt.

11 c) Entgegen der Auffassung der Revision führt auch die Zustimmung des Verwalters zu der Veräußerung der neu geschaffenen Einheit Nr. 12 nicht zu der Entstehung eines weiteren vollen Stimmrechts. Das in der Teilungserklärung vorgesehene Zustimmungserfordernis bezieht sich seiner Zweckrichtung nach nicht auf das Stimmrecht. Ein Zustimmungsvorbehalt gemäß § 12 WEG soll es den Wohnungseigentümern nur ermöglichen, das Eindringen störender oder zahlungsunfähiger Personen in die Gemeinschaft zu verhindern (Klein in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 12 Rn. 1 mwN). Der erforderliche wichtige Grund für eine Versagung besteht nur, wenn der Erwerbsinteressent im Hinblick auf seine Person oder seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit für die Wohnungseigentümergemeinschaft unzumutbar ist (Klein, aaO, § 12 Rn. 38). Liegen diese Voraussetzungen – wie hier – nicht vor, muss die Zustimmung erteilt werden. Die Stimmrechtsverhältnisse in der Gemeinschaft werden davon nicht berührt. Eine nachträgliche Vermehrung der Stimmrechte kann weder durch eine Zustimmung des Verwalters noch durch einen Mehrheitsbeschluss, sondern nur durch eine entsprechende Vereinbarung der Wohnungseigentümer erreicht werden.

12 3. Soweit die Klägerin erstmals in der Revisionsinstanz geltend macht, ihr Antrag sei auch darauf gerichtet gewesen, die Entstehung eines Bruchteilstimmrechts oder eines gemeinschaftlich auszuübenden Stimmrechts festzustellen, verhilft dies der Revision nicht zu einem Teilerfolg. Die Klägerin hat lediglich die Feststellung eines eigenen Stimmrechts für die Erwerber der neu geschaffenen Einheiten erreichen wollen. Das Berufungsgericht hat die nunmehr begehrte Feststellung ohne Rechtsfehler nicht als „Minus“ von diesem Antrag umfasst angesehen (§ 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Nicht die Art und Weise der Aufteilung des bereits bestehenden Stimmrechts, sondern die Entstehung neuer eigener Stimmrechte war Ziel des Feststellungsantrags. Zudem verweisen die Beklagten zu Recht darauf, dass die Aufteilung des Stimmrechts in den Tatsacheninstanzen im Grundsatz nicht im Streit war. Dies hat zur Folge, dass die Entstehung eines Stimmrechts nach Bruchteilen von der Rechtskraft der Klageabweisung nicht erfasst wird; Rechtsnachteile entstehen der Klägerin aus der Auslegung ihres Antrags daher nicht.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

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

§§ 23, 24, 25 WEG
Wohnungseigentümerversammlung; Wohnungserbbaurecht; Stimmrechtsausübung durch mehrere Bevollmächtigte; Protokollierung und Protokoll-Unterzeichnungen gemäß Teilungserklärung

a) Ein Wohnungserbbauberechtigter (Wohnungseigentümer) kann sich bei der Ausübung seines Stimmrechts auch durch mehrere Bevollmächtigte vertreten lassen. Diese können nur einheitlich abstimmen, wenn sie gleichzeitig in der Versammlung anwesend sind.

b) Macht die Teilungserklärung die Gültigkeit der Beschlüsse der Gemeinschaft von der Protokollierung und der Unterzeichnung des Protokolls von zwei Wohnungserbbauberechtigten (Wohnungseigentümern) abhängig, muss das Protokoll von zwei verschiedenen natürlichen Personen unterzeichnet werden, die entweder selbst Wohnungserbbauberechtigte (Wohnungseigentümer) sind oder für sich oder andere Wohnungserbbauberechtigte (Wohnungseigentümer) handeln.

(BGH, Urteil vom 30. 3. 2012 – V ZR 178/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Auf ihrer Versammlung am 6. April 2010 fassten die Wohnungserbbauberechtigten der aus den Parteien bestehenden Wohnungserbbauberechtigtengemeinschaft mehrheitlich den Beschluss, die Verwalterin der Anlage für die Zeit vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2015 weiter zu bestellen (TOP 9) und den Verwaltervertrag für diesen Zeitraum zu verlängern (TOP 10). Die Klägerinnen fechten die Beschlüsse an und meinen, diese seien mangels ordnungsgemäßen Protokolls nicht gültig, nach dem Inhalt des Protokolls nicht ordnungsgemäß festgestellt und auch in der Sache nicht wirksam zustande gekommen. Einige Wohnungserbbauberechtigte seien nicht wirksam vertreten und ohne sie sei die Versammlung nicht beschlussfähig gewesen.

2 Die Teilungserklärung legt in § 12 Nr. 4 fest, dass die Wohnungserbbauberechtigtenversammlung beschlussfähig ist, wenn mehr als die Hälfte der Wohnungserbbauberechtigtenanteile vertreten ist, und dass sich die Wohnungserbbauberechtigten nur durch die Verwaltung, den Ehegatten oder einen anderen Wohnungserbbauberechtigten vertreten lassen dürfen. Das Protokoll ist von der Verwalterin und der Vorsitzenden des Beirats der Anlage unterzeichnet. In der Teilungserklärung (TE) heißt es dazu in § 12 Nr. 9:

„In Ergänzung des § 23 WEG wird bestimmt, dass zur Gültigkeit eines Beschlusses der Wohnungserbbauberechtigtenversammlung außer den dort genannten Bestimmungen die Protokollierung des Beschlusses erforderlich ist. Das Protokoll ist vom Verwalter und von zwei Wohnungserbbauberechtigten zu unterzeichnen."

3 Die Vorsitzende des Beirats ist Geschäftsführerin von drei Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die Wohnungserbbauberechtigte sind. Sie war von mehreren Wohnungserbbauberechtigten bevollmächtigt worden.

4 Das Amtsgericht Köln hat die beiden Beschlüsse für ungültig erklärt. Das Landgericht Köln hat die Berufung der übrigen Wohnungserbbauberechtigten zurückgewiesen. Dagegen wenden sich diese mit der zugelassenen Revision. Sie wollen die Abweisung der Anfechtungsklage erreichen. Die Klägerinnen beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

5 **Aus den Gründen:** I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts sind die angefochtenen Beschlüsse nicht schon deshalb für ungültig zu erklären, weil sie nicht ordnungsgemäß protokolliert und festgestellt worden sind. Das Protokoll genüge zwar nicht den Anforderungen des § 24 Abs. 6 WEG. Dieser Fehler berühre aber die Gültigkeit der Beschlüsse nicht. Ein Verstoß gegen § 12 Nr. 9 TE könne bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung geheilt werden. Die angefochtenen Beschlüsse seien tatsächlich festgestellt und bekannt gegeben worden. Dass dies in dem Protokoll nicht wiedergegeben sei, sei unschädlich. Die Beschlüsse seien aber deswegen für ungültig zu erklären, weil die Versammlung nicht beschlussfähig gewesen sei. Vier Wohnungserbbauberechtigte seien mangels eindeutiger Vollmacht nicht wirksam vertreten gewesen.

6 II. Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung in den entscheidenden Punkten nicht stand. Das Berufungsurteil erweist sich aber im Ergebnis aus einem anderen Grund als richtig.

7 1. Die angefochtenen Beschlüsse können nur Bestand haben, wenn die Versammlung der Wohnungserbbauberechtigten beschlussfähig war. Das war sie nach § 25 Abs. 3 WEG und § 12 Nr. 4 Satz 1 TE, wenn auf der Versammlung mehr als die Hälfte der Wohnungserbbaurechtsanteile vertreten war. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist dieses Quorum nicht deshalb verfehlt worden, weil die angesprochenen vier Wohnungserbbauberechtigten nicht vertreten waren.

8 a) Bei der Versammlung waren nach dem Protokoll 5142 von 10.000 Wohnungserbbaurechtsanteilen vertreten. Die Vollmachten von vier Wohnungserbbauberechtigten mit insgesamt 329 Anteilen, so meint das Berufungsgericht, seien aber nicht wirksam gewesen, so dass die Beschlussfähigkeit verfehlt worden sei. In dem Fall der Wohnungserbbauberechtigten W. H. GmbH scheitere die wirksame Bevollmächtigung daran, dass diese nicht nur der Beiratsvorsitzenden Vollmacht erteilt habe, sondern auch einem weiteren Mitglied des Beirats. Die Vollmachten der Wohnungserbbauberechtigten A. H. , M. L. und C. S. seien deshalb unwirksam, weil ihnen nicht zu entnehmen sei, als Geschäftsführerin welcher der von ihr geleiteten drei Gesellschaften mit beschränkter Haftung die Beiratsvorsitzende habe bevollmächtigt werden sollen.

9 b) Diese Begründung ist unzutreffend.

10 aa) Ein Wohnungserbbauberechtigter kann sich in der Wohnungserbbauberechtigtenversammlung bei der Ausübung seines Stimmrechts vertreten lassen. Auf diese Vertretung sind die §§ 164 ff. BGB anzuwenden (Senat, Beschlüsse vom 11. November 1986 – V ZB 1/86, BGHZ 99, 90, 93 [= WuM 1987, 92] und vom 29. Januar 1993 – V ZB 24/92, NJW 1993, 1329, 1330 [= WuM 1993, 285]; Spielbauer/Then, WEG, 2. Aufl., § 25 Rn. 5). Danach kann jeder Wohnungserbbauberechtigte zu seiner Vertretung in der Versammlung nicht nur eine Person bevollmächtigen. Er darf vielmehr auch mehreren Personen eine entsprechende Vollmacht erteilen (JurisPK-BGB/Weinland, 5. Aufl., § 167 Rn. 5), z. B. einer Rechtsanwaltssozietät oder mehreren Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten. Mehrere an der Versammlung teilnehmende Vertreter dürften das Stimmrecht zwar – nicht anders als gemeinschaftliche Inhaber eines Wohnungserbbaurechtsanteils (vgl. § 25 Abs. 2 Satz 2 WEG) – nur einheitlich ausüben. Das führt aber nicht dazu, dass mehreren Personen nur eine Gesamtvollmacht oder nur eine genau abgegrenzte Vollmacht erteilt werden könnte oder dürfte. Es ist vielmehr – wie auch sonst – zulässig, sie einzeln und uneingeschränkt zu bevollmächtigen. Dann müssen sich die mehreren Bevollmächtigten untereinander abstimmen, wer für den Vertretenen stimmt und wie abgestimmt werden soll. Dazu kann der Wohnungserbbauberechtigte den Vertretern Weisungen erteilen. Er kann davon aber auch absehen und den Vertretern die Koordinierung untereinander überlassen.

11 bb) Das gälte nur dann nicht, wenn die Teilungserklärung etwas anderes bestimmte. Dem ist das Berufungsgericht nicht nachgegangen. Das ist aber unschädlich, weil der Senat die Teilungserklärung selbst auslegen kann (Senat, Urteil vom 6. November 2009 – V ZR 73/09, NJW 2010, 446, 449 [= WuM 2010, 181] Rn. 23). Eine entsprechende Einschränkung fehlt in der Teilungserklärung der Wohnanlage der Parteien. Diese schreibt in § 12 Nr. 4 Satz 2 vor, dass sich die Wohnungserbbauberechtigten nur durch die Verwaltung, den Ehegatten und einen anderen Wohnungserbbauberechtigten vertreten lassen dürfen. Damit wird nicht nur der Kreis der als Stimmrechtsvertreter in

Betracht kommenden Personen, sondern indirekt deren Zahl eingeschränkt. Bei der gebotenen nächstliegenden Auslegung (Senat, Urteil vom 18. Juni 2010 – V ZR 164/09, NJW 2010, 2513 [= WuM 2010, 522] Rn. 9 insoweit in BGHZ 186, 51 nicht abgedruckt) lässt sich dieser Regelung aber nicht entnehmen, dass die Wohnungserbbauberechtigten gezwungen werden sollen, aus dem beschränkten Kreis der als Vertreter in Betracht kommenden Personen stets nur eine zu bevollmächtigen. Zudem sind Beschränkungen bei der Erteilung von Vollmachten als Ausnahmeregelung grundsätzlich eng auszulegen (Elzer in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 25 Rn. 57 aE).

12 cc) Gemessen daran sind die Vollmachten der vier Wohnungserbbauberechtigten nicht zu beanstanden.

13 (1) Sie bringen eindeutig zum Ausdruck, dass die namentlich oder mit ihrer Funktion bezeichnete Beiratsvorsitzende bevollmächtigt werden sollte. Eine solche Bevollmächtigung war möglich, da die zuletzt Genannte als Geschäftsführerin mehrerer Gesellschaften mit Wohnungen in der Anlage zu dem Kreis der nach § 12 Nr. 4 TE möglichen Bevollmächtigten gehört und auch nur aus diesem Grund Vorsitzende des Beirats ist (vgl. § 29 Abs. 1 Satz 2 WEG). Eine Präzisierung, als Geschäftsführerin welcher Gesellschaft sie bevollmächtigt wird, wäre nur erforderlich gewesen, wenn eine dieser Gesellschaften, etwa wegen eines Stimmrechtsausschlusses, als Vertreterin nicht in Betracht gekommen wäre. Von diesem hier nicht gegebenen Sonderfall abgesehen, spielt es keine Rolle, in welcher Geschäftsführereigenschaft die Beiratsvorsitzende für die anderen Wohnungserbbauberechtigten deren Stimmrecht wahrnahm. Sie war dazu als Geschäftsführerin jeder der von ihr geleiteten Gesellschaften in der Lage und hätte auch als Geschäftsführerin aller drei Gesellschaften bevollmächtigt werden können, weil die Wohnungserbbauberechtigten zur Erteilung mehrerer Vollmachten berechtigt sind. Daran ändert es entgegen der Ansicht der Klägerinnen nichts, dass dann bei einem etwaigen pflichtwidrigen Verhalten der Beiratsvorsitzenden unklar sein kann, welche der Gesellschaften für ihr Organhandeln haftet. Das betrifft nur das Innenverhältnis der Wohnungserbbauberechtigten zu der bevollmächtigten Gesellschaft. Hier geht es aber um das Außenverhältnis. Dafür kommt es allein darauf an, welche natürliche Person die Berechtigten letztlich zur Ausübung ihrer Stimmrechte ermächtigt haben. Deren Identität ist auch ohne den von dem Berufungsgericht geforderten Zusatz eindeutig.

14 (2) Unschädlich war es, dass eine Wohnungserbbauberechtigte neben der Beiratsvorsitzenden auch einem weiteren Mitglied des Beirats Vollmacht erteilt hatte. Sie durfte mehrere Vollmachten erteilen. Es ist, wie ausgeführt, nicht notwendig, den Vertretern Gesamtvertretungsmacht zu erteilen oder deren Aufgaben klar voneinander abzugrenzen. Die Wohnungserbbauberechtigte konnte sich damit begnügen, die beiden Personen ohne nähere Angaben zu bevollmächtigen und diesen die Koordinierung zu überlassen.

15 2. Das Berufungsurteil erweist sich aber aus einem anderen Grund als richtig.

16 a) Die Teilungserklärung macht die Gültigkeit von Beschlüssen der Erbbauberechtigten in § 12 Nr. 9 von der Protokollierung und diese von der Unterzeichnung durch den Verwalter und zwei Erbbauberechtigte abhängig. Eine solche Regelung ist wegen des berechtigten Interesses der Wohnungseigentümer an einer effektiven Kontrolle und an der sicheren Feststellung der gefassten Beschlüsse wirksam (aM Lüke, JZ 1998, 417, 420) und führt dazu, dass ein Beschluss, der diesen Erfordernissen nicht genügt, für ungültig zu erklären ist. Das hat der Senat für eine nahezu wortgleiche Regelung entschieden (Beschluss vom 3. Juli 1997 – V ZB 2/97, BGHZ 136, 187, 190 f. [= WuM 1997, 520]). Diese unterscheidet sich von § 12 Nr. 9 TE nur dadurch, dass die Wohnungseigentümer (Wohnungserbbauberechtigten), die das Protokoll zu unterzeichnen haben, von der Versammlung bestimmt werden mussten. Das begründete aber lediglich ein zusätzliches Gültigkeitserfordernis (Senat, Beschluss vom 3. Juli 1997 – V ZB 2/97, BGHZ 136, 187, 191 f. [= WuM aaO]).

17 b) Das Protokoll der Versammlung vom 6. April 2010 entspricht nicht den Anforderungen von § 12 Nr. 9 TE.

18 aa) Es ist nur von der Verwaltung und der Beiratsvorsitzenden unterzeichnet. Diese ist zwar Geschäftsführerin von Gesellschaften mit Wohnungen in der Anlage und konnte deshalb als Wohnungserbbauberechtigte das Protokoll unterzeichnen. Das genügte aber den Anforderungen des § 12 Nr. 9 TE nicht. Danach ist die Unterzeichnung des Protokolls durch zwei Wohnungserbbauberechtigte erforderlich.

19 bb) Daran fehlt es.

20 (1) Die Beiratsvorsitzende ist allerdings Geschäftsführerin von mehreren Gesellschaften mit Wohnungen in der Anlage und könnte für jede dieser Gesellschaften das Protokoll unterschreiben. Ein solches Vorgehen wird auch bei einer sog. qualifizierten Protokollierungsklausel für zulässig gehalten, die die Teilungserklärung hier enthält (OLG Hamm, NZM 2008, 808, 809). Es widerspricht aber dem Sinn einer solchen Regelung und ist deshalb unzulässig.

21 (2) Das Protokoll der Versammlung der Wohnungserbbauberechtigten ist nicht nur von dem Verwalter zu unterschreiben, sondern auch von Wohnungserbbauberechtigten, um eine Gegenkontrolle zu erreichen (vgl. Senat, Beschluss vom 3. Juli 1997 – V ZB 2/97, BGHZ 136, 187, 192 f. [= WuM aaO]). Die Regelung in § 12 Nr. 9 TE sieht – auch insofern über die Vorschrift des § 24 Abs. 6 WEG hinausgehend – vor, dass das Protokoll von zwei Wohnungserbbauberechtigten unterzeichnet wird. Sie orientiert sich damit erkennbar an dem Vier-Augen-Prinzip, das im Bankwesen, aber auch in anderen Bereichen verbreitet ist. Das Wesensmerkmal dieses Prinzips, das die Regelung übernehmen will, ist, dass der zu unterzeichnende Text – hier das Protokoll – von zwei Personen unabhängig voneinander gelesen und auf seine Vollständigkeit und inhaltliche Richtigkeit hin überprüft wird und Fehler so eher auffallen. Dieser Zweck würde verfehlt, wenn bei der Unterzeichnung des Protokolls eine Vertretung von mehreren Wohnungseigentümern durch eine einzige natürliche Person möglich wäre. Der mit der Unterzeichnung durch zwei Wohnungserbbauberechtigte erwartete Effekt einer intensiveren Prüfung könnte nicht eintreten. Die Regelung würde einen wesentlichen Teil der ihr zugedachten Funktion einbüßen. Das lässt sich nur vermeiden, wenn das Protokoll von zwei verschiedenen natürlichen Personen unterzeichnet wird, die entweder selbst Wohnungserbbauberechtigte sind oder für sich oder andere Wohnungserbbauberechtigte handeln. Aus ähnlichen Gründen wird im Rahmen von § 24 Abs. 6 WEG eine Ersetzung des Wohnungseigentümers durch den Beiratsvorsitzenden für zweifelhaft gehalten (OLG Düsseldorf, ZWE 2010, 182, 183; Spielbauer/Then, WEG, 2. Aufl., § 24 Rn. 42 aE).

22 (3) Danach genügte die Unterzeichnung der Beiratsvorsitzenden zur Erfüllung der Anforderungen von § 12 Nr. 9 TE nicht. Sie konnte nur eine der von ihr geleiteten Gesellschaften bei der Unterzeichnung vertreten, aber nicht weitere Wohnungserbbauberechtigte. Damit ist der Beschluss ungültig.

23 c) Der Verstoß gegen eine qualifizierte Protokollierungsklausel wird als heilbar angesehen (OLG München, NJW 2008, 156, 157 [= WuM 2007, 538]; Riecke/Schmid/Riecke, WEG, 3. Aufl., § 24 Rn. 82 aE; Spielbauer/Then, WEG, 2. Aufl., § 24 Rn. 41; Greiner, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., Rn. 921). Ob das, wofür gute Gründe sprechen, zutrifft, muss hier nicht entschieden werden. Die Beklagten haben die fehlende Unterschrift nicht nachgeholt. Sie hatten dies zwar erwogen, sich dann aber auf den unzutreffenden Standpunkt gestellt, ein Verstoß gegen § 12 Nr. 9 TE liege nicht vor.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 27, 43, 62 WEG; Art. 103 GG; § 321a ZPO
Verletzung von WEG-Verwalterpflichten; Verletzung des Bauvertrags; alternative Klagehäufung; Wohnungseigentumssache; Nichtzulassungsbeschwerde; Anhörungsrüge

Bei Inanspruchnahme auf Schadensersatz als Bauunternehmerin und als ehemalige Verwalterin durch die Wohnungseigentümergemeinschaft ist in der Wohnungseigentumssache die Nichtzulassungsbeschwerde nicht statthaft, im Übrigen eine Verletzung rechtlichen Gehörs mit der Anhörungsrüge geltend zu machen.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 1. 8. 2011 – V ZR 259/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerinnen, zwei Wohnungseigentümergemeinschaften, verlangen von der Beklagten Schadensersatz wegen Baumängeln. Sie haben ihre Klage sowohl auf Gewährleistungsansprüche gegen die Beklage als Bauunternehmerin gestützt als auch auf den Umstand, dass sie von der Beklagten als ehemaliger Verwalterin des Wohnungseigentums nicht auf das Bestehen solcher Rechte hingewiesen worden sind. Das Landgericht Ellwangen hat der Klage gestützt auf § 635 BGB aF stattgegeben. Das Oberlandesgericht Stuttgart hat die Berufung zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Beklagte mit der Nichtzulassungsbeschwerde.

2 **Aus den Gründen:** II. Das Berufungsgericht lässt offen, ob hinsichtlich des – in der Berufungsinstanz dem Grunde nach unstreitigen – Anspruchs gemäß § 635 aF Verjährung eingetreten ist. Wenn der Schadensersatzanspruch aus dem Bauvertrag verjährt sei, hafte die Beklagte nämlich wegen der Verletzung der Pflichten aus dem Verwaltervertrag gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 2 WEG.

3 III. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist unzulässig. Indem das Berufungsgericht die Frage der Verjährung des Gewährleistungsanspruchs offen gelassen und den Schadensersatzanspruch alternativ entweder aus dem Bauvertrag oder aus dem Verwaltervertrag hergeleitet hat, hat es die Verurteilung auf beide Streitgegenstände gestützt.

4 1. Hinsichtlich des auf § 635 BGB aF gestützten Teils der Berufungsentscheidung ist die Nichtzulassungsbeschwerde mangels Begründung unzulässig.

5 2. Soweit sich die Beklagte gegen die Verurteilung wegen der Verletzung von Pflichten aus dem Verwaltervertrag gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 2 WEG wendet, ist die Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 62 Abs. 2 WEG nicht statthaft.

6 a) Das Berufungsgericht hat sachlich über einen Anspruch im Sinne von § 43 Nr. 3 WEG und damit über eine Wohnungseigentumssache gemäß § 62 Abs. 2 WEG entschieden. Auch eine auf die Verletzung von Verwalterpflichten gestützte Klage gegen einen ehemaligen Verwalter fällt unter § 43 Nr. 3 WEG (st. Rspr., zuletzt Senat, Beschluss vom 9. Dezember 2010 – V ZB 190/10, WuM 2011, 185 Rn. 11 mwN). Dass das Oberlandesgericht über die Berufung entschieden hat, nachdem das Landgericht die ausschließliche Zuständigkeit des Amtsgerichts übersehen und in der Sache entschieden hat, ist ebenso unerheblich wie der Umstand, dass das Landgericht die bereits erstinstanzlich geltend gemachten Ansprüche wegen der Verletzung von Pflichten aus dem Verwaltervertrag sachlich nicht geprüft hat, weil es der Klage gestützt auf den Bauvertrag stattgegeben hat. Der Regelungstechnik des Gesetzes zufolge ist der Ausschluss der Nichtzulassungsbeschwerde nicht darauf bezogen, dass das Landgericht als Berufungsgericht entschieden hat, sondern auf das in der Berufungsinstanz angewandte materielle Recht.

7 b) Die Rüge einer Verletzung des rechtlichen Gehörs, die mit einem Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO begründet worden ist, führt nicht zur Statthaftigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde. Im Kern macht die Beklagte geltend, das Berufungsgericht habe nur über den Anspruch aus § 635 BGB aF entscheiden dürfen und ihr sei der Sache nach die Nichtzulassungsbeschwerde abgeschnitten worden, indem die Entscheidung über die Verjährung dieses Anspruchs gestützt auf den Anspruch aus dem Verwaltervertrag unterblieben sei. Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG eröffnet aber keinen gesetzlich nicht vorgesehenen Instanzenzug (vgl. BVerfGE 107, 395, 411 f.), sondern muss mit der Anhörungsrüge gemäß § 321 a ZPO geltend gemacht werden. Nichts anderes ergibt sich aus dem von der Beklagten herangezogenen Grundsatz der Meistbegünstigung, der schon deshalb nicht einschlägig ist, weil die Entscheidung in der richtigen Form ergangen ist. Ihr Einwand, der Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG habe sich erst durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 24. März 2011 (I ZR 108/09, GRUR 2011, 521 ff.) „konkretisiert" und sie habe daher keine fristgerechte Anhörungsrüge erheben können, führt nicht weiter. Abgesehen davon, dass nicht jeder Verfahrensfehler und erst recht nicht eine zeitlich nach der Urteilsverkündung ergangene höchstrichterliche Entscheidung einen Verstoß gegen das rechtliche Gehör begründen kann, übersieht die Nichtzulassungsbeschwerde, dass die Prüfung der von ihr bemängelten Verfahrensfehler die Zulässigkeit des Rechtsmittels voraussetzt. Insbesondere kann die behauptete fehlende sachliche Zuständigkeit des Berufungsgerichts keine weitere Instanz eröffnen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 43, 62 WEG
Aufteilung einer Teileigentumseinheit; Wohnungseigentumssache; Nichtzulassungsbeschwerde

In einer gemeinschaftsbezogenen Streitigkeit der Wohnungseigentümer untereinander ist die Nichtzulassungsbeschwerde nicht statthaft.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 10. 5. 2012 – V ZR 228/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger war Mitglied einer Wohnungseigentümergemeinschaft. Mit notarieller Urkunde vom 4. August 2008 erklärte er als vollmachtloser Vertreter die Aufteilung seiner Teileigentumseinheit in zwei Teileigentumseinheiten unter Umwandlung einer zu seinem Teileigentum gehörenden Fläche in Gemeinschaftseigentum. Mit Ausnahme der Beklagten genehmigten dies die übrigen Wohnungseigentümer. Im September 2009 verkaufte der Kläger sein ungeteiltes Teileigentum. In der Folgezeit hat er die Beklagte vor dem Wohnungseigentumsgericht auf Genehmigung der notariellen Vereinbarung vom 4. August 2008 verklagt. Später änderte er seinen Antrag dahin, dass er wegen treuwidriger Verweigerung der Genehmigung Schadensersatz verlange. Das Landgericht Stuttgart, an das das Amtsgericht den Rechtsstreit unter Hinweis auf seine Unzuständigkeit verwiesen hat, hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht Stuttgart hat die Berufung zurückgewiesen. Gegen die Nichtzulassung der Revision wendet sich der Kläger mit der Beschwerde.

2 **Aus den Gründen:** II. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist gemäß § 62 Abs. 2 WEG nicht statthaft, da das Berufungsgericht über eine Wohnungseigentumssache nach § 43 Nr. 1 WEG entschieden hat.

3 a) Bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aufgrund einer behaupteten Verletzung der zwischen den Wohnungseigentümern bestehenden Treue- und Rücksichtnahmepflichten handelt es sich um eine gemeinschaftsbezogene Streitigkeit der Wohnungseigentümer untereinander. Der Umstand, dass der Kläger zwischenzeitlich aus der Wohnungseigentümergemeinschaft ausgeschieden ist, ändert nichts daran, dass Grundlage der Auseinandersetzung das Gemeinschaftsverhältnis ist (Senat, Beschluss vom 26. September 2002 – V ZB 24/02,

BGHZ 152, 136, 141 [= WuM 2003, 52 = GuT 2003, 28 KL]; Beschlussempfehlung zur WEG-Novelle 2007 in BT-Drucks. 16/1343, S. 27).

4 b) Dass das Oberlandesgericht über die Berufung entschieden hat, nachdem das Amtsgericht zu Unrecht seine Zuständigkeit verneint und daher das Landgericht in der Sache entschieden hatte, ist unerheblich. Der Regelungstechnik des Gesetzes zufolge ist der Ausschluss der Nichtzulassungsbeschwerde nicht darauf bezogen, dass das Landgericht als Berufungsgericht entschieden hat; vielmehr bezieht er sich auf das in der Berufungsinstanz angewandte materielle Recht (Senat, Beschluss vom 1. August 2011 – V ZR 259/10, Rn. 6, juris [= GuT 2012, 310]).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 10 ZVG
Teileigentum; Zwangsversteigerung; Hausgeldansprüche der Gemeinschaft; Verbrauch des Vorrechts der Zuordnung der Forderung zu Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG; Wohngeld-Zahlungen des Schuldners; Aufrücken weiterer Hausgeldansprüche von Rangklasse 5 in Rangklasse 2; Kostenentscheidung

Die von dem Schuldner in einem Zwangsversteigerungsverfahren gezahlten Hausgelder vermindern – im Unterschied zu den Zahlungen ablösungsberechtigter Dritter nach § 268 BGB – nicht den Höchstbetrag nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 ZVG, bis zu dem die Hausgeldansprüche der Wohnungseigentümergemeinschaft aus der Rangklasse 2 zu befriedigen sind.

(BGH, Beschluss vom 14. 6. 2012 – V ZB 194/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beteiligte zu 1 betreibt die Wiederversteigerung des Teileigentumsrechts gegen die Ersteher. Das Vollstreckungsgericht hat den Beitritt der Beteiligten zu 2 zu diesem Verfahren wegen Hausgeldrückständen von 1124,22 € nebst Zinsen in der Rangklasse 2 zugelassen. In dem Wiederversteigerungstermin hat der Beteiligte zu 3 Quittungen der Kosteneinziehungsstelle der Justiz über Einzahlungen von 4800 € auf die von der Beteiligten zu 2 und über 21.000 € auf die von der Beteiligten zu 1 angemeldete Forderung vorgelegt. Das von der Beteiligten zu 1 betriebene Verfahren ist auf Grund einer Gläubigerbewilligung nach § 30 ZVG, das von der Beteiligten zu 2 betriebene Verfahren ist nach § 75 ZVG eingestellt worden. An die Beteiligte zu 2 sind nach Abzug der Verfahrenskosten auf die angemeldete Forderung 1389,77 € ausgezahlt worden.

2 Die Beteiligte zu 2 hat anschließend wegen weiterer titulierter Hausgeldansprüche von 6456,12 € und Kosten in Höhe von 858,28 €, jeweils nebst Zinsen, die Fortsetzung des Verfahrens und die Anordnung ihres Beitritts zum Verfahren beantragt. Das Vollstreckungsgericht [AG Spandau] hat dem entsprochen, und zwar bis zur Höhe eines Betrages von 5% des Verkehrswerts aus der Rangklasse 2, insoweit mit dem Zusatz, dieser Betrag sei in Höhe von 1389,77 € ausgeschöpft, und im Übrigen aus der Rangklasse 5. Die Beschwerde der Beteiligten zu 2 gegen den erwähnten Zusatz ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde möchte sie weiterhin erreichen, dass ihr Beitritt wegen der neuen Rückstände bis zu dem genannten Höchstbetrag uneingeschränkt zugelassen wird.

3 **Aus den Gründen:** II. Das Beschwerdegericht [LG Berlin] meint, nach dem Beschluss des Senats vom 4. Februar 2010 (V ZB 129/09, NJW 2010, 3169 ff. [= WuM 2010, 257]) könnten Hausgeldansprüche der Wohnungseigentümergemeinschaft in einem Zwangsversteigerungsverfahren nur einmal bis zur Obergrenze von 5% des Verkehrswerts nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG der Rangklasse 2 zugeordnet werden. Das sei zwar nur für den Fall ausgesprochen worden, dass diese Ansprüche von einem nachrangigen Grundpfandrechtsgläubiger nach § 268 BGB abgelöst worden seien. Wenn – wie hier – der Schuldner die angemeldeten Wohngeldansprüche beglichen habe, gelte aber nichts anderes. Denn auch in diesem Falle stünden die zur Ablösung der Ansprüche aus der Rangklasse 2 aufgewendeten Zahlungen den nachrangigen Gläubigern nicht mehr zur Verfügung.

4 III. Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

5 1. Zutreffend hat das Beschwerdegericht allerdings den Beschluss, mit dem der Antrag einer Wohnungseigentümergemeinschaft, einen Beitritt in der Rangklasse 2 zuzulassen, (ganz oder teilweise) zurückgewiesen wird, als eine nach § 95 ZVG anfechtbare Entscheidung angesehen (vgl. Senat, Beschluss vom 4. Februar 2010 – V ZB 129/09, NJW 2010, 3169). Zwar stellt die Zurückweisung der Anmeldung eines Vorrechts nur eine unselbständige Zwischenentscheidung dar, die nicht nach § 95 ZVG mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden kann (vgl. LG Augsburg, Rpfleger 2001, 92; Hintzen in Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, ZVG, 13. Aufl., § 95 Rn. 62; Stöber, ZVG, 19. Aufl., § 45 Rn. 9); nach § 95 ZVG anfechtbar sind aber die Beschlüsse, mit denen das Vollstreckungsgericht eine dem Antrag entsprechende Vollstreckungsanordnung nach § 19 oder § 27 ZVG ablehnt.

6 2. Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts ist die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts, den Beitritt der Beteiligten zu 2 wegen der angemeldeten neuen Hausgeldrückstände nur eingeschränkt in der Rangklasse 2 zuzulassen, zu beanstanden.

7 a) Hausgeldansprüche der Wohnungseigentümergemeinschaft sind nicht uneingeschränkt der Rangklasse 2 zugeordnet und gehen deshalb den Ansprüchen der Gläubiger anderer Rangklassen nur bis zu dem in § 10 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 ZVG bestimmten Höchstbetrag vor. Diese Begrenzung des Vorrangs hat zur Folge, dass bei der Verteilung des Erlösüberschusses Hausgeldansprüche nur in Höhe von maximal 5% des festgesetzten Verkehrswerts vor den Ansprüchen anderer Gläubiger aus den nachfolgenden Rangklassen 3 und 4 zu befriedigen sind. Die Wohnungseigentümergemeinschaft darf aus dem Versteigerungserlös vor den Gläubigern mit Ansprüchen aus den Rangklassen 3 und 4 keine diesen Höchstbetrag übersteigenden Zuteilungen oder Zahlungen erhalten.

8 b) Das wiederum bedeutet, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft den Höchstbetrag im gesamten Zwangsversteigerungsverfahren einschließlich der Wiederversteigerung nicht mehrfach, sondern nur einmal ausschöpfen darf (Senat, Beschlüsse vom 4. Februar 2010 – V ZB 129/09, NJW 2010, 3169, 3170 Rn. 14 und vom 24. Juni 2010 – V ZB 17/10, ZWE 2010, 367 [= GuT 2011, 327]). Mit der Obergrenze des Vorrechts sollte nämlich die Belastung für die nachrangigen Realkreditgläubiger kalkulierbar gemacht und auf ein angemessenes Maß beschränkt werden, auch um die Vergabe von an Wohnungs- und Teileigentum gesicherten Realkrediten nicht zu gefährden (BT-Drucks. 16/887, S. 44, 45). Dazu muss sichergestellt werden, dass die nachrangigen Gläubiger in einem Zwangsversteigerungsverfahren einen Betrag von höchstens 5% des maßgeblichen Verkehrswerts aufwenden müssen, um die bevorrechtigten Hausgeldansprüche abzulösen (Senat, Beschluss vom 4. Februar 2010 – V ZB 129/09, aaO). Könnte das Vorrecht nach Ablösung der angemeldeten Hausgeldansprüche durch einen Gläubiger erneut in Anspruch genommen werden, ließe sich das nicht erreichen, was dem Zweck der Vorschrift widerspräche.

9 aa) Löst ein anderer Gläubiger die bevorrechtigten Hausgeldansprüche der Wohnungseigentümergemeinschaft gegen den Schuldner ab, gehen diese nach § 268 Abs. 3 Satz 1 BGB auf ihn über. Er wird indes nicht nur Inhaber der Ansprüche gegen den Schuldner. Vielmehr tritt er nach §§ 401, 412 BGB in vollem Umfang in die Rechtsstellung des bisherigen Gläubigers in dem Zwangsversteigerungsverfahren (Senat, Beschluss vom 10. Juni 2010 – V ZB 192/09, NJW-RR 2010, 1314, 1316 Rn. 18) und damit auch in dessen bisherige Rangstelle ein (vgl. Böttcher, ZVG, 5. Aufl., § 75 Rn. 34; Hintzen in Dassler/Schiff-

hauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, ZVG, 13. Aufl., § 75 Rn. 38; Stöber, ZVG, 19. Aufl., § 15 Anm. 20. 22; Storz, ZIP 1980, 159, 162), hier also in die der Wohnungseigentümergemeinschaft zustehende Rangklasse 2. Er könnte deshalb wegen der abgelösten Hausgeldansprüche seinerseits, auch gegen den Willen des Schuldners und anderer Gläubiger, in der Rangklasse 2 die Zwangsversteigerung weiterbetreiben (vgl. Senat, Beschluss vom 16. Oktober 2008 – V ZB 48/08, ZfIR 2009, 212, 213).

10 bb) Könnte eine Wohnungseigentümergemeinschaft, die in dem Zwangsversteigerungsverfahren wegen ihrer Wohngeldansprüche bis zur Höhe der in § 10 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 ZVG bestimmten Obergrenze durch Ablösezahlungen anderer Gläubiger befriedigt worden ist, erneut wegen anderer Wohngeldansprüche die Rangklasse 2 für sich in Anspruch nehmen, gingen auch diese Ansprüche den nach den Rangklassen 3 und 4 zu befriedigenden Forderungen vor. Im Ergebnis wären nicht nur die neuen Ansprüche der Wohnungseigentümergemeinschaft, sondern auch ihre bisherigen, auf den ablösenden Gläubiger übergegangenen Hausgeldansprüche gegen den Schuldner in Rangklasse 2 und von den Gläubigern in den Rangklassen 3 und 4 zu befriedigen. Der Vorrang der Wohngeldansprüche vor denjenigen der Realkreditgläubiger wäre zwangsläufig nicht mehr auf 5% des festgesetzten Verkehrswerts begrenzt. Um die vorrangige Befriedigung der Wohngeldansprüche aus dem Versteigerungserlös zu vermeiden, müssten die anderen Gläubiger einen höheren Betrag aufwenden. Das soll gerade vermieden werden.

11 c) Zahlt der Schuldner indes selbst im Verlauf des Zwangsversteigerungsverfahrens auf die angemeldeten Hausgeldansprüche, liegt es anders.

12 aa) Im Schrifttum wird, soweit die Frage dort überhaupt behandelt wird, die Ansicht vertreten, Zahlungen des Schuldners, die dieser in dem Verfahren auf Hausgeldforderungen leistet, berührten, anders als Ablösezahlungen Dritter nach § 268 BGB, das Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG wegen weiterer Hausgeldansprüche nicht. Das Vorrecht könne vielmehr weiterhin bis zur gesetzlichen Obergrenze in Anspruch genommen werden (vgl. Alff, ZWE 2010, 105, 110 f.; Böttcher, ZVG, 5. Aufl., § 20 Rn. 21; Schneider, ZMR 2010, 340, 343). Leiste der Schuldner nur einen Teilbetrag auf die rückständigen, im Verfahren angemeldeten Hausgeldansprüche, rückten die weiteren Hausgeldansprüche von der Rangklasse 5 in die Rangklasse 2 auf (Alff, aaO).

13 bb) Dem ist zuzustimmen.

14 (1) Wenn der Schuldner die geschuldete Leistung – hier die Zahlung des rückständigen Wohngelds – endgültig an den Gläubiger bewirkt, erlischt das Schuldverhältnis gemäß § 362 Abs. 1 BGB (BGH, Urteile vom 19. Januar 1983 – VIII ZR 315/81, BGHZ 86, 267, 269 und vom 26. Februar 1986 – VIII ZR 28/95, NJW 1986, 1677, 1678). Der erfüllte Anspruch besteht nicht mehr und geht auch nicht auf einen anderen Gläubiger über. Wegen der nachgezahlten Rückstände kann die Zwangsversteigerung deshalb weder von der Wohnungseigentümergemeinschaft noch von einem anderen Gläubiger betrieben werden. Es kann deshalb nicht dazu kommen, dass die nachrangigen Gläubiger mit bevorrechtigten Hausgeldansprüchen von insgesamt mehr als 5% des Verkehrswerts bei der Verteilung des Versteigerungserlöses ausfallen oder einen weitergehenden Betrag aufwenden müssten, um einen solchen Ausfall zu vermeiden.

15 (2) Etwas anderes ergibt sich entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts auch nicht daraus, dass Zahlungen des Schuldners zur Befriedung vorrangiger Wohngeldansprüche in einem Zwangsversteigerungsverfahren wie Ablösungen wirken müssten, weil die von dem Schuldner zu diesem Zweck aufgebrachten Mittel den nachrangigen Gläubigern nicht mehr zur Verfügung stünden. Dabei übersieht das Beschwerdegericht, dass die Anordnung der Zwangsversteigerung – anders als nach § 35 Abs. 1 InsO die Anordnung des Insolvenzverfahrens – nicht zu einer Beschlagnahme des gesamten Vermögens des Schuldners führt, sondern nach §§ 20, 21 ZVG, § 1120 BGB nur zu einer Beschlagnahme des Grundstücks und des Zubehörs. In dem Zwangsversteigerungsverfahren können die Gläubiger nur auf den Erlös aus der Versteigerung dieser beschlagnahmten Teile des Schuldnervermögens zugreifen. Diese Verwertungsmasse wird nicht geschmälert, wenn der Schuldner aus beschlagnahmefreiem Vermögen Hausgeldansprüche erfüllt. Solche Zahlungen des Schuldners können daher den Aufwendungen anderer Gläubiger zur Ablösung der Wohngeldansprüche nicht gleichgestellt werden.

16 IV. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Eine Erstattung außergerichtlicher Kosten findet bei Beschwerden in Zwangsversteigerungsverfahren grundsätzlich nicht statt (vgl. Senat, Beschluss vom 25. Januar 2007 – V ZB 125/05, BGHZ 170, 378, 381 Rn. 7). Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens entspricht dem Wert der angestrebten Änderung des Beitrittsbeschlusses.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Wettbewerb

Internet – Umschau Juli 2012

Rechtsanwalt Daniel Dingeldey, Berlin

landgut-borsig.de

Bereits im Herbst 2011 hatte der Bundesgerichtshof (BGH) in einem verzwickten Streit um den Domain-Namen landgut-borsig.de geurteilt und die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen (Urteil vom 28. 9. 2011, Az.: I ZR 188/09).

Der Kläger ist ein Nachfahre der Industriellenfamilie von Borsig, die im Besitz des „Gut Groß Behnitz“ westlich von Berlin war und die 1947 enteignet wurde. Der Beklagte zu 1) ist der Geschäftsführer der Beklagten zu 2), der Landgut Borsig Kontor GmbH. Er hatte im Jahr 2000 von der Treuhandgesellschaft einen Teil des Guts erworben und die Domain landgut-borsig.de registriert. Beide verwendeten im Rahmen ihres Geschäftsbetriebes den Begriff „Landgut Borsig Groß Behnitz“. Der Kläger sah darin eine Verletzung seines Namensrechts. Er verlangte von den Beklagten unter anderem die Unterlassung des Namens „Borsig“, insbesondere die Verwendung des Begriffs „Landgut Borsig“, und die Freigabe der Domain. Vor dem Landgericht und dem Kammergericht jeweils in Berlin war der Kläger weitgehend erfolgreich, jedoch zogen die Beklagten in Revision vor den Bundesgerichtshof, der die vorangegangenen Urteile aufhob und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwies.

Aus Sicht des BGH ist die Sachlage noch unklar, denn es konnte nicht ausgeschlossen werden, dass sich der Name „Landgut Borsig“ für das Gut Groß Behnitz im Zeitpunkt der Benutzungsaufnahme durch die Beklagten derart verselbständigt hatte, dass die Zustimmung des Klägers zur Benutzung des Namens „Borsig“ sowohl für die Liegenschaft selbst als auch für die Beklagte zu 2) und deren Geschäftsbetrieb nicht mehr erforderlich war.

Das Gericht erkennt eine dem Namen einer Person entsprechende Unterscheidungs- und Identitätsfunktion auch der Bezeichnung eines Gebäudes zu, wenn sie im Sprachgebrauch des relevanten Verkehrs zu seiner Benennung anerkannt ist. Ein Erwerber der Immobilie erlangt dann auch die mit ihr im Zeitpunkt des Erwerbs etwa verbundene Befugnis zur entsprechenden Namensführung. Entscheidend ist für den BGH, dass zwei Voraussetzungen erfüllt sind: Zum einen muss ein objektiv berechtigtes Interesse an der Benennung bestehen, etwa weil durch die Bezeichnung auf die besonderen Beziehungen einer bekannten Persönlichkeit des kulturellen oder politischen Lebens zu einem Gebäude (Geburtshaus, Wohnhaus) hingewiesen werden soll; zudem muss diese Bezeichnung im Zeitpunkt der Benutzungsaufnahme im allgemeinen Sprachgebrauch des maßgeblichen Verkehrs üblich sein. Bezogen auf das streitige Landgut kommt es dabei in erster Linie auf den Sprachgebrauch in der Gegend an, in der es belegen ist; ein jedenfalls nicht unerheblicher Teil der relevanten Verkehrskreise muss das Gebäude als solches unter diesem Begriff benennen.

Da das Berufungsgericht unter Verletzung von § 286 ZPO keine ausreichenden Feststellungen dazu getroffen hatte, ob die Bezeichnung „Landgut Borsig" für die Liegenschaft in den relevanten Verkehrskreisen üblich war, muss es diese Frage erneut klären. So hatten die Beklagten unter anderem mehrere Zeugen und hilfsweise Sachverständigengutachten zum Beweis dafür angeboten, dass der Volksmund in Groß Behnitz die Liegenschaft seit langem und auch nach der Wiedervereinigung bis heute als „Landgut Borsig" bezeichne. Es mag daher sein, dass sich der Begriff „Landgut Borsig" durch den Sprachgebrauch in der näheren Umgebung verselbständigt hat und nur unmittelbar das „Gut Groß Behnitz" bezeichnet.

Die Entscheidung des BGH ist erneut für das Domain-Recht wegweisend. Mit dem Erwerb eines Gebäudes oder Grundstücks kann das Recht verbunden sein, dieses Anwesen mit dem Namen eines früheren Eigentümers zu bezeichnen. Ein solches Namensrecht wäre dann neu verankert: Um sich darauf beziehen zu können, muss der Nutzer nicht auf eine Zustimmung etwaiger Namensträger zurückgreifen, sondern das Eigentum an einem Gebäude oder Grundstück berechtigt zur Nutzung eines Namens, den es gar nicht offiziell, sondern nur im Sprachgebrauch trägt.

OLG Hamm – wenn der Abmahner treuwidrig handelt

Ein Urteil des Oberlandesgerichts Hamm macht derzeit von sich reden: Ein abmahnendes Unternehmen, das für sich auf der eigenen Webseite reklamiert, dass es selbst vor einer Abmahnung kontaktiert werde, um Anwaltskosten zu sparen, mahnte ab und blieb auf den Anwaltskosten sitzen (Urteil vom 31. 1. 2012, Az. I-4 U 169/11). Wir haben uns die Entscheidung angesehen.

Die Klägerin vermittelt unter anderem Pflegekräfte. In ihrem Internetangebot bat sie unter dem Label „Haftungsausschluss" darum, im Falle von wettbewerbsrechtlichen Vorkommnissen und ähnlichen Problemen nicht gleich kostenpflichtig abzumahnen, sondern zuvor Kontakt aufzunehmen, um so die Kosten eines Rechtsstreits zu vermeiden. Man werde sich andernfalls auf Schadensminderungspflicht des Gegner berufen. Die Klägerin ließ den Beklagten abmahnen, weil er eine Zeitungsanzeige geschaltet hatte, in der er Pflegedienste anbot. Die Anzeige erweckte aus Sicht der Klägerin den unzutreffenden Eindruck eines privaten Stellengesuchs, jedoch betreibe der Beklagte seine Pflegedienstleistung gewerblich. Der Beklage gab die Unterlassungserklärung ohne Anerkennung einer Rechtspflicht ab, weigerte sich aber, die Kosten zu tragen. Die Klägerin reichte daher Klage auf Zahlung der entstandenen Rechtsanwaltskosten ein. Das Landgericht Bielefeld wies die Klage jedoch ab (Urteil vom 18. 10. 2011, Az.: 15 O 123/11); die Klägerin ging nunmehr in Berufung zum OLG Hamm.

Das OLG Hamm bestätigte die Entscheidung der Vorinstanz und wies die Berufung zurück. Das OLG Hamm schließt nicht aus, dass der Unterlassungsanspruch gegebenenfalls bestanden habe, doch sei die Abmahnung nicht berechtigt gewesen. Wie das LG Bielefeld sah das OLG Hamm seitens der Klägerin treuwidriges Verhalten, denn sie verlange von ihren Mitbewerbern, diese sollten sie vor einer kostenpflichtigen Abmahnung kontaktieren, um die Kosten der rechtlichen Auseinandersetzung niedrig zu halten. Dieser selbst aufgestellten Anforderung wurde sie aber nicht gerecht, da sie den Beklagten sogleich anwaltlich abmahnen ließ. Dieses widersprüchliche Verhalten verstoße gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). Das OLG Hamm führte aus:

„Derjenige, der eine solche Vorgehensweise von den Mitbewerbern unter Androhung einer Sanktion verlangt und diese dadurch zu einem bestimmten Verhalten veranlasst, muss sich dann auch selbst so verhalten. Er bindet sich mit einer solchen Verhaltensempfehlung in Bezug auf sein eigenes Verhalten in ähnlicher Weise, als wenn er sich vertraglich zu einem solchen Vorabkontakt verpflichtet hätte." Aufgrund des so entstehenden, unauflösbaren Selbstwiderspruches sei der Klägerin ein Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten zu versagen.

Das Urteil des OLG Hamm überrascht nicht, sondern ist im Sinne des von der Klägerin aufgestellten Maßstabes nur konsequent. Dabei ist die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben eine der schwammigsten juristischen Angelegenheiten überhaupt. Diese beruht weitestgehend auf Einzelfallentscheidungen, zu denen dieses Urteil des OLG Hamm nun zu zählen ist.

Das Urteil des OLG Hamm findet man unter:
http://www.domain-recht.de/verweis/574

zahnwelt-dortmund.de – das OLG Frankfurt /M sieht genau hin

Das Oberlandesgericht Frankfurt/M hat in einem Urteil über unterschiedliche Domain-Namen, die jeweils als Bestandteil einen als Marke mit schwacher Kennzeichnungskraft geschützten Begriff beinhalten, differenziert geurteilt. In Verbindung mit einem Ortsnamen lag eine Markenrechtsverletzung vor, nicht jedoch in Verbindung mit einem Namen und anderen Begriffen (Urteil vom 23. 2. 2012, Az.: 6 U 256/10).

Die Klägerin ist Inhaberin der Marke „Zahnwelt". Der Beklagte ist Zahnarzt und Inhaber der Domain-Namen zahnwelt-dortmund.de, kinderzahnwelt.de und einer Domain bestehend aus dem Begriff „Zahnwelt" und seinem Nachnamen, unter denen er lediglich seine Praxisanschrift anzeigt. Die Klägerin sah sich in ihren Markenrechten verletzt und verlangte vom Beklagten unter anderem die Nutzung der Domains für diverse medizinische, sanitäre, dentale und andere Erzeugnisse, Produkte und Dienstleistungen zu unterlassen. In einem Verfahren vor dem Landgericht Frankfurt/M war die Klägerin erfolglos. Sie legte Berufung beim OLG Frankfurt/M ein.

Das OLG Frankfurt/M gab ihr teilweise, alleine auf die Domain zahnwelt-dortmund.de, Recht. Im Übrigen wies es die Berufung zurück. Nach Ansicht des OLG Frankfurt/M besteht zwischen der Klagemarke „Zahnwelt" und der Domain zahnwelt-dortmund.de markenrechtliche Verwechslungsgefahr. Die Kennzeichnungskraft der aus zwei allgemeinen Begriffen bestehenden Marke „Zahnwelt" sei zwar gering. Auch die intensive Benutzung der Marke habe die Situation nicht wesentlich verbessert. Den Bekanntheitsgrad schätzt das Gericht als gering ein. Doch angesichts der Identität der Dienstleistungen, für die die Marke eingetragen ist und die der Beklagte anbietet, sieht das Gericht trotz der geringen Kennzeichnungskraft der Marke ausreichende Zeichenähnlichkeit zwischen „Zahnwelt" und zahnwelt-dortmund.de, und bejahte die Verwechslungsgefahr zwischen beiden. Die Marke sei vollständig und unverändert im Domain-Namen enthalten, und der Bestandteil „Dortmund" lediglich eine geographische Angabe.

Derartigen Ortszusätzen fehle aber in der Regel jede Kennzeichnungskraft, da sie lediglich beschreibend sind, so dass im Grunde alleine der markenidentische Begriff bleibe. Und da dem Beklagten zumindest Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist, haftet er

auch für den der Klägerin entstandenen Schaden. Was allerdings die anderen Domains betrifft, kinderzahnwelt.de und die, die den Nachnamen des Beklagten als Zusatz hat, wies das OLG Frankfurt/M die Berufung zurück, weil keine Verwechslungsgefahr bestand. Denn in diesen Fällen war der Begriff „Zahnwelt" nicht mehr prägend und ihm kam auch keine selbständig kennzeichnende Stellung zu.

Das OLG Frankfurt/M legt ein feinsinniges Urteil im Hinblick auf die Relevanz von schwachen Kennzeichen in Zusammenhang mit anderen Begriffen vor. Die Entscheidung ist gut vertretbar. Wer Domains registriert, die generische Begriffe mit als geographischer Angabe genutzten Ortsnamen verbindet, sollte desto gründlicher in Markendatenbanken prüfen, ob entsprechende Marken eingetragen sind. Die Domain zahnweltdortmund.de hat der Beklagte gelöscht; sie befindet sich mittlerweile in Händen von schwedischen Grabbern, die sie geparkt haben und Billigflüge darüber anbieten. Das sollte, wegen fehlender Branchennähe, keine Probleme machen.

Das Urteil des OLG Frankfurt/M findet man unter:
http://www.domain-recht.de/verweis/576

OLG Köln – Foulspiel durch Vertipperdomains

Das Oberlandesgericht Köln entschied in einem aktuellen Urteil, dass geparkte Vertipperdomains eine wettbewerbsrechtliche Behinderung darstellen können (OLG Köln, Urteil vom 10. 2. 2012, Az. 6 U 187/11).

Die Klägerin bietet einen Online-Wetterdienst an. Bereits 2004 mahnte sie den Beklagten ab, der unter einer Vertipperdomain ebenfalls meteorologische Dienste anbot. Dieser gab die Unterlassungserklärung ab und bot fortan keine meteorologischen Dienste mehr an, sondern parkte diese und andere Domains. Nun meinte die Klägerin, dass der Beklagte aufgrund der registrierten Vertipper-Domain sie im Wettbewerb behindere (§§ 3, 4 Nr. 10, 8 Abs. 1 Abs. 3 Nr. 1 UWG), da er Interessenten auf seine Parking-Seite mit Versicherungsangeboten umleitet. Das Landgericht Köln (81 O 42/11) gab der Klage statt. Der Beklagte legte Berufung zum Oberlandesgericht Köln ein.

Das OLG Köln bestätigte das Urteil des LG Köln überwiegend und wies die Berufung zurück. Die Revision liess das Gericht nicht zu. Nach Ansicht des OLG Köln stellt die geparkte Domain eine geschäftliche Handlung dar, die hier auch im Wettbewerb zur Klägerin steht, da beim Behinderungswettbewerb ein Wettbewerbsverhältnis schon dann vorliegt, wenn die konkrete geschäftliche Handlung objektiv geeignet und darauf gerichtet ist, den Absatz des Handelnden zum Nachteil des Absatzes eines anderen Unternehmers zu fördern. Dies erfolge hier dadurch, dass der Beklagte Interessenten, die es versäumen, den letzten Buchstaben der Klägerdomain einzugeben, auf eine Parking-Seite leitet.

Dass der Beklagte hier zielgerichtet handelt, ergibt sich aus dem Umstand, dass er dies nicht nur mit der streitbefangenen Domain, sondern mit einer Vielzahl weiterer Vertipperdomains handhabt. Damit einher geht eine sich wirtschaftlich auswirkende Behinderung, da fehlgeleitete Nutzer unter Umständen verärgert oder aus anderen Gründen einen anderen Wetterdienst aufsuchen und der Klägerin so Werbeeinnahmen entgehen.

Auch der Umstand, dass die Klägerin auf die Vertipperdomain des Beklagten nicht angewiesen ist, ändere nichts daran, dass sie durch diese vom Beklagten unlauter behindert wird.

Das OLG Köln bestätigte das Urteil des Landgerichts auch im Hinblick auf kumulativ vorliegende namensrechtliche Ansprüche (§§ 12, 823, 1004 BGB), weil in diesem Falle keine Markenrechtsverletzung vorliegt, der gegenüber namensrechtliche Ansprüche zurücktreten. Vertipperdomain und Name seien zwar nicht identisch, aber es läge eine abstrakte Verwechslungsgefahr vor, die ausreiche. Zudem konkretisiere sich die Verwechslungsgefahr beim Tippen des Domain-Namens in die Browserzeile. Wägt man die Interessen der Parteien ab, so stünden die des Beklagten nach, da er kein schützenswertes Interesse habe, potentielle Besucher der Klägerseite auf sein Parking-Angebot zu ziehen. Der Klägerin stehe allerdings kein Anspruch unter dem Gesichtspunkt des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (§§ 823 Abs. 1, 1004 BGB) zu.

Das Urteil des OLG Köln überrascht nicht. Wirkliche Vertipperdomains sind eben in der Regel rechtsverletzend. Dass dies auch im Rahmen von wettbewerbsrechtlicher Behinderung zu Tage treten würde, war nur eine Frage der Zeit.

Das Urteil des OLG Köln findet man unter:
http://www.domain-recht.de/verweis/582

Bewertungsportal – Störerhaftung des Providers bei mangelhafter Nachfrage bei dem Bewerter?

Das Landgericht Nürnberg-Fürth teilt in einer Pressemitteilung zu einer aktuellen Entscheidung mit, dass der Betreiber eines Bewertungsportals konkrete Beanstandungen eines Arztes zu einer ihn betreffenden Bewertung prüfen muss und als Störer haftet, wenn er dies nicht in angemessenem Maße tut (LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 8. 5. 2012, Az. 11 O 2608/12).

Der Kläger ist Zahnarzt. Über diesen schrieb ein Nutzer hinsichtlich seiner Implantatbehandlung anonym in das vom Beklagten betriebene Internetportal zur Bewertung ärztlicher Leistungen, der Zahnarzt sei fachlich inkompetent, verfolge vorrangig eigene wirtschaftliche Interessen und lasse dabei das Interesse seiner Patienten an einer dem medizinischen Standard entsprechenden Behandlung außer Acht. Der Zahnarzt wies den Betreiber des Bewertungsportals darauf hin, dass er nach Durchsicht aller Patientenunterlagen eine der Bewertung zu Grunde liegende Implantatbehandlung in dem angegebenen Zeitraum gar nicht durchgeführt habe und die Bewertung schon aus diesem Grund falsch sei. Er verlangte die Löschung des Beitrags. Der Provider fragte darauf hin beim Nutzer nach, ob sich der Sachverhalt wie von ihm vorgetragen zugetragen habe, was dieser bejahte. Damit gab sich der Provider zufrieden. Dem Zahnarzt teilte er das mit und berief sich auf das schützenswerte Anonymisierungsinteresse des Beitragsverfassers nach dem Telemediengesetz sowie darauf, dass wegen der ärztlichen Schweigepflicht eine „Pattsituation" hinsichtlich des Wahrheitsgehaltes der widerstreitenden Angaben bestehe. Der Zahnarzt wandte sich daraufhin im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens an das Landgericht Nürnberg-Fürth und forderte die Unterlassung der Verbreitung der Bewertung.

Das LG Nürnberg-Fürth gab diesem Antrag statt: Der Provider muss die Verbreitung des Eintrags des Nutzers vorläufig unterlassen. Das Gericht ist der Ansicht, der Internetprovider hafte als Störer. Er hätte auf die konkrete Beanstandung des betroffenen Zahnarztes hin den Sachverhalt sorgfältiger prüfen und sich vom Nutzer des Forums einen Nachweis für die Behandlung vorlegen lassen müssen. Dem sei er nicht nachgekommen. Zudem stehe auf Seiten des Zahnarztes eine mögliche Verletzung des Persönlichkeitsrechts im Raum. Deshalb hafte der Betreiber des Bewertungsportals als Störer, unabhängig davon, ob die Bewertung nun zutreffe oder nicht. Damit, so das LG Nürnberg-Fürth, habe man die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hinsichtlich der Störerhaftung von Internetprovidern konkretisiert.

Ob diese Entscheidung des LG Nürnberg-Fürth den Vorstellungen des Bundesgerichtshofs über die Störerhaftung von Internetprovidern entspricht, muss sich erst noch herausstellen.

Man kann Zweifel daran haben, dass die Pflichten eines „Internetproviders" tatsächlich soweit gehen, wie vom Landgericht angenommen. Die Haftung soll sich daraus ergeben, dass der Provider keine Nachweise verlangt hat; vom Provider fordert das Landgericht also eine – weitergehende – Untersuchung des Sachverhalts. Ob es auf die korrekte Bewertung desselben ankommt, bleibt unklar. Es fragt sich freilich, welchen Nachweis da der Nutzer hätte erbringen können, und hätte sich etwas am Ergebnis geändert, wenn keine Nachweise möglich gewesen wären? Wie auch immer, der beklagte Provider hat schon angekündigt, ein Hauptsacheverfahren anzustrengen.

Wir sind gespannt und werden nach Möglichkeit berichten.

Die Pressemitteilung des LG Nürnberg-Fürth findet man unter: http://www.domain-recht.de/verweis/583

mailto: dingeldey@domain-recht.de
mailto: RA@daniel-dingeldey.de

§§ 1, 2, 6, 7, 8, 10, 15, 22 AGG
Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG; Anwendung auf GmbH-Geschäftsführer

a) Auf den Geschäftsführer einer GmbH, dessen Bestellung und Anstellung infolge einer Befristung abläuft und der sich erneut um das Amt des Geschäftsführers bewirbt, sind gemäß § 6 Abs. 3 AGG die Vorschriften des Abschnitts 2 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes und § 22 AGG entsprechend anwendbar.

b) Entscheidet ein Gremium über die Bestellung und Anstellung eines Bewerbers als Geschäftsführer, reicht es für die Vermutungswirkung des § 22 AGG aus, dass der Vorsitzende des Gremiums die Gründe, aus denen die Entscheidung getroffen worden ist, unwidersprochen öffentlich wiedergibt und sich daraus Indizien ergeben, die eine Benachteiligung im Sinne des § 7 Abs. 1 AGG vermuten lassen.

c) Macht der Kläger einen Anspruch auf Ersatz seines Erwerbsschadens nach § 15 Abs. 1 AGG geltend, obliegt ihm grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Benachteiligung für die Ablehnung seiner Bewerbung ursächlich geworden ist. Ihm kommt aber eine Beweiserleichterung zugute, wenn nach der Lebenserfahrung eine tatsächliche Vermutung oder Wahrscheinlichkeit für eine Einstellung bei regelgerechtem Vorgehen besteht.

(BGH, Urteil vom 23. 4. 2012 – II ZR 163/10)

Hinw. d. Red.: Hierzu lautet die BGH-Pressemitteilung Nr. 49/2012 vom 23. 4. 2012:

»Bundesgerichtshof wendet erstmals Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz auf GmbH-Geschäftsführer an

Der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass ein auf eine bestimmte Dauer bestellter Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der nach Ablauf seines Vertrages nicht als Geschäftsführer weiterbeschäftigt wird, in den Schutzbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) fällt (Urteil vom 23. April 2012 – II ZR 163/10).

Der Kläger war bis zum Ablauf seiner Amtszeit am 31. 8. 2009 der medizinische Geschäftsführer der beklagten Kliniken der Stadt Köln, einer GmbH. Die Anteile an dieser Gesellschaft werden von der Stadt Köln gehalten. Der Aufsichtsrat der Gesellschaft hat über den Abschluss, die Aufhebung und die Änderung des Dienstvertrags der Geschäftsführer zu entscheiden. In dem mit einer Laufzeit von fünf Jahren abgeschlossenen Dienstvertrag des Klägers war vereinbart, dass die Vertragsparteien spätestens 12 Monate vor Vertragsablauf mitteilten, ob sie zu einer Verlängerung des Vertragsverhältnisses bereit waren. Der Aufsichtsrat der Beklagten beschloss im Oktober 2008, das Anstellungsverhältnis mit dem im Zeitpunkt der (regulären) Vertragsbeendigung 62 Jahre alten Kläger nicht über den 31.08. 2009 hinaus fortzusetzen. Die Stelle des medizinischen Geschäftsführers wurde vielmehr mit einem 41-jährigen Mitbewerber besetzt.

Der Kläger ist der Auffassung, dass ihm der Neuabschluss seines Dienstvertrags sowie die weitere Bestellung als Geschäftsführer nur aus Altersgründen versagt worden seien und dass diese Entscheidung gegen das Altersdiskriminierungsverbot des am 18. 8. 2006 in Kraft getretenen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes verstoße. Er hat mit dieser Begründung Ersatz seines materiellen und immateriellen Schadens verlangt. Das Landgericht [Köln] hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht [Köln] hat ihr im Wesentlichen stattgegeben, statt des beantragten Ersatzes des immateriellen Schadens in Höhe von 110.000 Euro jedoch nur 36.600 Euro zugesprochen. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Revision eingelegt.

Der Bundesgerichtshof hat die Entscheidung des Berufungsgerichts, der Kläger sei in unzulässiger Weise wegen seines Alters benachteiligt worden, bestätigt.

Nach § 6 Abs. 3 AGG findet das Gesetz Anwendung auf Geschäftsführer einer GmbH, soweit es um den Zugang zu dem Geschäftsführeramt und um den beruflichen Aufstieg geht. In dem Beschluss, den Kläger nach dem Auslaufen seiner Bestellung nicht weiter als Geschäftsführer zu beschäftigen, hat der Senat eine Entscheidung über den Zugang zu dem Amt gesehen.

Weiter hat er die Beweislastregel des § 22 AGG angewendet. Danach muss der Bewerber nur Indizien beweisen, aus denen sich eine Diskriminierung ergibt. Das Unternehmen hat dann zu beweisen, dass der Bewerber nicht wegen seines Alters oder aus anderen unzulässigen Gründen benachteiligt worden ist. Hier hatte der Aufsichtsratsvorsitzende gegenüber der Presse erklärt, dass der Kläger wegen seines Alters nicht weiterbeschäftigt worden sei. Man habe wegen des „Umbruchs auf dem Gesundheitsmarkt“ einen Bewerber gewählt, der das Unternehmen „langfristig in den Wind stellen“ könne. Das hat der Senat als ausreichend für die Beweislastumkehr nach § 22 AGG angesehen. Die Beklagte hat den damit ihr obliegenden Gegenbeweis nicht geführt.

Der Senat hat weiter ausgeführt, dass die Diskriminierung des Klägers wegen seines Alters nicht aus den im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz vorgesehenen Gründen gerechtfertigt war.

Damit hat der Kläger Anspruch auf Ersatz seines Vermögensschadens und auf Entschädigung wegen seines immateriellen Schadens. Aufgrund von Fehlern bei der Feststellung dieses Schadens hat der Senat das angefochtene Urteil teilweise aufgehoben und die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurückverwiesen.«

§§ 4, 8 UWG; § 242, 307, 308, 309 BGB; § 322 ZPO
Wettbewerb; missbräuchliche Vertragsstrafe; Unterlassungsanspruch; Abmahnung; Bestimmungen aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Marktverhaltensregelungen; Unionsrecht

a) Die Frage, ob die Geltendmachung einer Vertragsstrafe rechtsmissbräuchlich ist, richtet sich nicht nach § 8 Abs. 4 UWG, sondern nach § 242 BGB.

b) Die Rechtskraft der Entscheidung über den Unterlassungsanspruch hat grundsätzlich keine Bindungswirkung für die Frage, ob die Abmahnung begründet war.

(nur Leitsatz zu a) und b)

c) Die Vorschriften der §§ 307, 308 Nr. 1, § 309 Nr. 7a BGB sind Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG.

(BGH, Urteil vom 31. 5. 2012 – I ZR 45/11)

41 **Aus den Gründen:** III. Bei seiner neuen Entscheidung wird das Berufungsgericht Folgendes zu beachten haben:

42 1. Sofern das Berufungsgericht einen Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten nicht bereits unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs verneint, wird es feststellen müssen, ob dem Kläger zum Zeitpunkt der Abmahnung am 25. November 2009 ein Unterlassungsanspruch wegen der darin beanstandeten Verhaltensweisen gegen den Beklagten zustand. Ein solcher Anspruch kann sich im Streitfall aus § 8 Abs. 1, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit verschiedenen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (etwa §§ 307, 308 Nr. 1, § 309 Nr. 7a, §§ 312c und d, §§ 355, 475 Abs. 1 Satz 1, § 477 BGB) ergeben.

43 a) Nach der Rechtsprechung des Senats sind die Bestimmungen des § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB über den Gewährleistungsausschluss, des § 477 Abs. 1 BGB über die Garantieerklärung und der §§ 312c, 355 BGB über die Informationspflichten bei Fernabsatzverträgen Marktverhaltensregelungen (vgl. BGH, Urteil vom 31. März 2010 – I ZR 34/08, GRUR 2010, 1117 Rn. 24 ff. = WRP 2010, 1475 – Gewährleistungsausschluss im Internet zu § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB; Urteil vom 14. April 2011 – I ZR 133/09, GRUR 2011, 638 Rn. 22 = WRP 2011, 866 – Werbung mit Garantie zu § 477 Abs. 1 BGB; Urteil vom 29. April 2010 – I ZR 66/08, GRUR 2010, 1142 Rn. 14 und 22 = WRP 2010, 1517 – Holzhocker zu §§ 312c, 355 BGB). Da es sich bei § 312d BGB lediglich um eine spezielle Regelung des Widerrufsrechts des Verbrauchers bei Fernabsatzverträgen handelt, ist diese Vorschrift ebenso wie § 355 BGB eine Marktverhaltensregelung.

44 Der Kläger stützt die Abmahnung gegen Klauseln der Widerrufsbelehrung und der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Beklagten teilweise auf Verstöße gegen §§ 312c und d BGB sowie § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 4 Nr. 11 UWG (etwa bei den unter 2 a bis c, 3 und 4 a und b sowie 4 e der landgerichtlichen Urteilsformel angeführten Klauseln). Zum Teil kommt aber auch eine Kontrolle anhand der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Unwirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach §§ 307, 308 Nr. 1, § 309 Nr. 7a BGB in Betracht. Dies gilt etwa für die Klauseln:

„Für einen Teil der Waren besteht keine Vorratshaltung, der Käufer hat kein Recht wegen zu langer Lieferdauer Ansprüche an … zu stellen“;

„Ansprüche, insbesondere eine verschuldensunabhängige Haftung, ist ausgeschlossen. Für Schäden, die nicht an der Ware selbst entstanden sind, haftet der Verkäufer nur bei Vorsatz, bei grober Fahrlässigkeit des Inhabers, deren Erfüllungsgehilfen und bei schuldhafter Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit“;

„Nicht ersetzt werden jedoch Wertminderung des Kaufgegenstandes, entgangener Gewinn, Abschleppkosten und Wageninhalt sowie Ladung. Schadensersatzansprüche aus Unmöglichkeit der Leistung, Forderungsverletzung, Verschulden bei Vertragsschluss oder unerlaubter Handlung sind sowohl gegen den Verkäufer als auch gegen dessen Erfüllungs-/Verrichtungsgehilfen ausgeschlossen, soweit nicht vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln vorliegt“.

45 b) Der Senat hat bislang nicht entschieden, ob auch die Vorschriften der §§ 307 bis 309 BGB als Marktverhaltensregelungen anzusehen sind.

46 Diese Frage ist jedenfalls im Hinblick auf die Anwendung der Klauselverbote der §§ 307, 308 Nr. 1, § 309 Nr. 7a BGB auf die im Streitfall verwendeten Geschäftsbedingungen zu bejahen. Die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen widerspricht regelmäßig den Erfordernissen fachlicher Sorgfalt (vgl. BGH, GRUR 2010, 1117 Rn. 17 – Gewährleistungsausschluss im Internet). Die hier in Rede stehenden Verstöße gegen §§ 307, 308 Nr. 1, § 309 Nr. 7a BGB sind auch geeignet, die wirtschaftlichen Interessen des Durchschnittsverbrauchers spürbar zu beeinflussen. Trotz ihrer Unwirksamkeit können Vertragsklauseln, die gegen Verbote des § 308 Nr. 1 BGB (unangemessene Annahmeoder Lieferfrist), § 307 BGB (unangemessene Benachteiligung durch pauschale Abbedingung verschuldensunabhängiger Haftung) und § 309 Nr. 7a BGB (Haftungsausschluss für fahrlässig verursachte Körperschäden) verstoßen, Verbraucher davon abhalten, berechtigte Ansprüche gegen den Verwender geltend zu machen.

47 Die Anerkennung dieser Bestimmungen aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG ist auch mit dem Unionsrecht vereinbar. Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken hat in ihrem Anwendungsbereich (Art. 3 der Richtlinie) zu einer vollständigen Harmonisierung des Lauterkeitsrechts geführt (vgl. Art. 4 der Richtlinie; EuGH, Urteil vom 14. Januar 2010 – C-304/08, GRUR 2010, 244 Rn. 41 = WRP 2010, 232 Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs/Plus Warenhandelsgesellschaft). Sie regelt die Frage der Unlauterkeit von Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern abschließend (EuGH, Urteil vom 23. April 2009 – C-261/07 und 299/07, Slg. 2009, I-2949 = GRUR 2009, 599 Rn. 51 – VTB/Total Belgium). Dementsprechend kann ein Verstoß gegen nationale Bestimmungen eine Unlauterkeit nach § 4 Nr. 11 UWG grundsätzlich nur noch begründen, wenn die betreffenden Regelungen hier die Bestimmungen der §§ 307, 308 Nr. 1, § 309 Nr. 7a BGB eine Grundlage im Unionsrecht haben (vgl. Erwägungsgrund 15 Satz 2 der Richtlinie 2005/29/EG; vgl. auch BGH, GRUR 2010, 1117 Rn. 16 Gewährleistungsausschluss im Internet). Das ist vorliegend der Fall. Die in Rede stehenden Klauseln haben ihre Grundlage in der Nr. 1 Buchst. a des Anhangs der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

48 Das Verbot des § 309 Nr. 7a BGB entspricht der Richtlinie 93/13/EWG. Nach Art. 3 Abs. 3 dieser Richtlinie enthält der Anhang eine als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln, die für missbräuchlich erklärt werden können. Die Bestimmungen der §§ 307 und 308 Nr. 1 BGB finden in der Generalklausel des Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG ihre unionsrechtliche Grundlage. Danach bestehen keine Zweifel, dass eine pauschale Abbedingung verschuldensunabhängiger Haftung des Verwenders im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner zum Nachteil des Verbrauchers verursacht. Auch eine Klausel, die dem Verwender eine unbestimmt lange Frist für die Erbringung seiner Leistungen vorbehält und dadurch Schadensersatzansprüche oder Rücktrittsrechte der Kunden wegen Verzögerung der Lieferung ausschließen will, ist mit Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG unvereinbar. Die Anwendung von § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 308 Nr. 1 BGB auf eine solche Klausel steht mit dem Unionsrecht ebenfalls in Einklang.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 307 BGB; §§ 1, 3 UKlaG; Nr. 18 AGB-Sparkassen; Nr. 12 AGB Banken

Auslagenersatz des Bankkunden nach AGB-Sparkassen und AGB-Banken; Verbraucherschutz

Die dem Muster von Nr. 18 AGB-Sparkassen nachgebildete Klausel einer Sparkasse

„Die Sparkasse ist berechtigt, dem Kunden Auslagen in Rechnung zu stellen, die anfallen, wenn die Sparkasse in seinem Auftrag oder seinem mutmaßlichen Interesse tätig wird (insbesondere für Ferngespräche, Porti) oder wenn Sicherheiten bestellt, verwaltet, freigegeben oder verwertet werden (insbesondere Notarkosten, Lagergelder, Kosten der Bewachung von Sicherungsgut).“

ist im Verkehr mit Verbrauchern nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam (Abgrenzung von BGH, Urteil vom 10. November 1988 – III ZR 215/87, WPM 1989, 129).

(BGH, Urteil vom 8. 5. 2012 – XI ZR 61/11)

Hinw. d. Red.: Hierzu lautet die BGH-Pressemitteilung Nr. 60/2012 vom 8. 5. 2012:

»Bundesgerichtshof erklärt die Auslagenersatzklausel in Nr. 18 der AGB-Sparkassen sowie in Nr. 12 Abs. 6 der AGB-Banken für unwirksam

Der u. a. für das Bankrecht zuständige XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf zwei Verbandsklagen eines Verbraucherschutzvereins gegen eine Sparkasse sowie gegen eine Bank entschieden, dass die nachfolgende, den – inhaltlich gleichlautenden – Bestimmungen in Nr. 18 AGB-Sparkassen und in Nr. 12 Abs. 6 AGB-Banken entsprechende Klausel im Bankverkehr mit

Privatkunden (Verbrauchern) nicht verwendet werden darf, weil sie diese unangemessen benachteiligt und deswegen nach § 307 BGB unwirksam ist:

„Auslagen

Die [Sparkasse/Bank] ist berechtigt, dem Kunden Auslagen in Rechnung zu stellen, die anfallen, wenn die [Sparkasse/Bank] in seinem Auftrag oder seinem mutmaßlichen Interesse tätig wird (insbesondere für Ferngespräche, Porti) oder wenn Sicherheiten bestellt, verwaltet, freigegeben oder verwertet werden (insbesondere Notarkosten, Lagergelder, Kosten der Bewachung von Sicherungsgut)."

Die Instanzgerichte haben der Unterlassungsklage jeweils stattgegeben. Die Revisionen der beklagten Sparkasse und der beklagten Bank hat der XI. Zivilsenat zurückgewiesen (Urteil vom 8. Mai 2012 – XI ZR 61/11; und Urteil vom 8. Mai 2012 – XI ZR 437/11) und zur Begründung ausgeführt:

Der erste Regelungsabschnitt der streitigen Klausel („Die [Sparkasse/Bank] ist berechtigt, dem Kunden Auslagen in Rechnung zu stellen, die anfallen, wenn die [Sparkasse/Bank] in seinem Auftrag oder seinem mutmaßlichen Interesse tätig wird (insbesondere für Ferngespräche, Porti")) enthalte keine Preisabrede für eine entgeltliche Dienstleistung der Sparkasse bzw. Bank. Vielmehr gehe es um Auslagenersatz für Tätigkeiten des Geldinstituts im Rahmen eines Auftrags (§§ 662 ff. BGB) oder einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 683 BGB). Nach der – auch im Rahmen einer Geschäftsführung ohne Auftrag geltenden – Vorschrift des § 670 BGB könne der Beauftragte jedoch nur solche Aufwendungen ersetzt verlangen, die er den Umständen nach für erforderlich halten dürfe. Diese Einschränkung sehe die streitige Klausel nicht vor. Sie könne ihr auch nicht im Wege der Auslegung, die am Verständnishorizont eines rechtsunkundigen durchschnittlichen Verbrauchers auszurichten sei, entnommen werden. Insbesondere ergebe sie sich nicht allein aus dem Begriff der „Auslagen", der auch umgangssprachlich weitgehend mit demjenigen der „Aufwendungen" gleichgesetzt werde. Die bloße Anknüpfung an einen „Auftrag" des Kunden oder an dessen „mutmaßliches Interesse" helfe insoweit ebenfalls nicht weiter, da sich hieraus nichts für die Frage der Erforderlichkeit konkret angefallener Kosten ergebe. Der hiernach eröffneten Inhaltskontrolle halte die Klausel mit ihrem ersten Regelungsabschnitt nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand, weil der Sparkasse bzw. Bank danach ein über die gesetzlichen Schranken des § 670 BGB hinausgehender Aufwendungsersatzanspruch gegen ihre Kunden zustehe.

Der zweite Regelungsabschnitt der streitigen Klausel („oder wenn Sicherheiten bestellt, verwaltet, freigegeben oder verwertet werden (insbesondere Notarkosten, Lagergelder, Kosten der Bewachung von Sicherungsgut")) unterliege ebenfalls der Inhaltskontrolle. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seien gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB solche Klauseln kontrollfähig, durch die allgemeine Betriebskosten, Aufwand zur Erfüllung eigener Pflichten oder für Tätigkeiten im eigenen Interesse auf den Kunden abgewälzt werde. Das treffe auf den zweiten Regelungsabschnitt der angegriffenen Bestimmung zu. Die gesetzliche Einschränkung, dass Aufwendungsersatz nur zum Zwecke der Ausführung des Auftrags (§ 670 BGB) bzw. nur dann verlangt werden könne, wenn die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspreche, komme darin nicht zum Ausdruck. Sie lasse sich in diesem Zusammenhang der Klausel gleichfalls nicht im Wege der Auslegung – insbesondere auch hier nicht allein anhand des Auslagenbegriffs – entnehmen. Zudem lägen die angeführten Tätigkeiten des Bestellens, Verwaltens und Verwertens von Sicherheiten allein im Interesse der Sparkasse bzw. Bank. Die Freigabe von Sicherheiten, mit der das Kreditinstitut regelmäßig nur einer eigenen Verpflichtung nachkomme, sei lediglich die Kehrseite ihrer Bestellung. Der danach eröffneten Inhaltskontrolle halte auch der zweite Regelungsabschnitt der streitigen Klausel gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand, weil der Sparkasse bzw. Bank danach ein – zudem uneingeschränkter – Aufwendungsersatzanspruch für in ihrem eigenen Interesse liegende Tätigkeiten zustehe.«

Kurzfassungen/Leitsätze (KL)
Wettbewerb etc.

§ 12 BGB – Domain-Recht; Namensrecht; „Landgut Borsig"

Der Eigentümer einer Liegenschaft, die im allgemeinen Sprachgebrauch des maßgeblichen Verkehrs mit dem bürgerlichen Namen einer Familie bezeichnet wird, kann diese Bezeichnung ungeachtet der Zustimmung der Namensträger für die Liegenschaft oder einem damit verbundenen Geschäftsbetrieb (weiter-)verwenden, wenn hierfür ein berechtigtes Interesse besteht.

(BGH, Urteil vom 28. 9. 2011 – I ZR 188/09)

Hinw. d. Red.: S. dazu Dingeldey GuT 2012, 312 (in diesem Heft).

§ 4 UWG; § 73 AMG – Wettbewerb; Apotheken; Verbringung von Medikamenten; Europa-Apotheke Budapest

Ein inländischer Apotheker, der seinen Kunden anbietet, für sie Medikamente bei einer ungarischen Apotheke zu bestellen, diese Medikamente nach Lieferung in seiner eigenen Apotheke zusammen mit einer Rechnung der ungarischen Apotheke zur Abholung bereitzuhalten, die Medikamente auf Unversehrtheit ihrer Verpackung, Verfallsdatum sowie mögliche Wechselwirkungen zu überprüfen, gegebenenfalls nicht ordnungsgemäße Medikamente an die ungarische Apotheke zurückzuleiten sowie die Kunden, die Medikamente auf diesem Weg beziehen, auf Wunsch in seiner Apotheke auch pharmazeutisch zu beraten, verstößt damit nicht gegen das Verbringungsverbot des § 73 Abs. 1 Satz 1 AMG.

(BGH, Urteil vom 12. 1. 2012 – I ZR 211/10)

§ 7 UWG – Wettbewerb; Verteilung kostenloser Anzeigenblätter mit redaktionellem Teil in Briefkästen

1 I. Die Parteien stehen auf dem Gebiet der Verteilung von Prospektwerbung miteinander in Wettbewerb.

2 Die Beklagte geht dabei so vor, dass sie Werbeprospekte als lose hinzugefügte Beilagen zu einem von ihr verlegten, zweimal wöchentlich erscheinenden, auch einen redaktionellen Inhalt aufweisenden Gratis-Anzeigenblatt vertreibt, das samt den Beilagen in die Briefkästen der Haushalte in der Region eingeworfen wird.

3 Die Klägerin betätigt sich als Direktverteilerin. Auch bei ihr erfolgt die Verteilung der Werbeprospekte durch Einwurf in die Briefkästen der Haushalte in der Region. Die Klägerin legt jedoch nur die Werbeprospekte selbst ein, wobei sie bei den zahlreichen Verbrauchern, die die Zustellung von Werbung in ihre Briefkästen ablehnen und deshalb einen entsprechenden Aufkleber angebracht haben, keine Werbeprospekte einwirft.

4 Die Klägerin hält die von der Beklagten vertretene und gegenüber den Werbekunden auch gezielt als Verkaufsargument eingesetzte Ansicht, bei ihrem Geschäftsmodell in solchen Fällen nicht am Einlegen ihrer Anzeigenblätter samt Werbebeilagen gehindert zu sein, für falsch. Ihre deswegen erhobene Klage ist in beiden Vorinstanzen [LG Dortmund; OLG Hamm] ohne Erfolg geblieben.

5 II. Die gegen die Nichtzulassung der Revision im Berufungsurteil gerichtete Beschwerde der Klägerin hat keinen Erfolg.

6 Das Berufungsgericht, dessen Urteil in GRUR-RR 2011, 469 und NJW 2011, 3794 veröffentlicht ist, hat mit Recht angenommen, dass das Verhalten der Beklagten nicht gegen § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG verstößt. Die genannte Bestimmung setzt einen erkennbar entgegenstehenden Willen des Empfängers der Werbung voraus. Hieran fehlt es bei kostenlosen Anzeigenblättern, die einen redaktionellen Teil enthalten, wenn ein Aufkleber auf einem Briefkasten sich lediglich gegen den Einwurf von Werbung richtet. Dies gilt auch dann, wenn in den Anzeigenblättern lose Werbeprospekte einliegen. Eine denkbare Belästigung wäre zudem nicht unzumutbar, weil der Empfänger ihr ohne weiteres durch das Anbringen eines entsprechenden Aufklebers – „Keine Werbeprospekte und keine Anzeigenblätter" oder „Keine Werbeprospekte und keine Anzeigenblätter mit einliegenden Werbeprospekten" – entgegentreten könnte.

(BGH, Beschluss vom 16. 5. 2012 – I ZR 158/11)

Besteuerung

§ 12 UStG; Anlage 2 Nr. 34 UStG
Umsatzsteuer; Lieferung von Wasser; Legen eines Hausanschlusses; Arbeiten an den Wasseranschlüssen; ermäßigter Steuersatz

a) Der Begriff „Lieferungen von Wasser" in § 12 Abs. 2 Nr. 1 UStG in Verbindung mit Nr. 34 der Anlage 2 zum UStG ist gemeinschaftsrechtlich so auszulegen, dass auch das Legen des – für die Wasserbereitstellung unentbehrlichen – Hausanschlusses darunter fällt, so dass auf diese Leistung der ermäßigte Steuersatz von 7% anzuwenden ist (Anschluss an EuGH, UR 2008, 432 – Zweckverband zur Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung Torgau Westelbien; BFHE 222, 176; 223, 482).

b) Die Anwendung dieses ermäßigten Steuersatzes setzt weder voraus, dass die Lieferung von Wasser und das Legen des Hausanschlusses von demselben Wasserversorgungsunternehmen erbracht werden, noch ist sie auf das erstmalige Legen eines Hausanschlusses beschränkt; der ermäßigte Steuersatz findet auch auf Arbeiten zur Erneuerung oder zur Reduzierung von Wasseranschlüssen Anwendung.

(BGH, Urteil vom 18. 4. 2012 – VIII ZR 253/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Berichtigung von Rechnungen sowie die Rückzahlung von Umsatzsteuerbeträgen im Zusammenhang mit dem Legen von Trinkwasseranschlüssen.

2 Die Klägerin ist eine Wohnungsgenossenschaft, deren Wasser- und Abwasserversorgung in den Aufgabenbereich des Wasserversorgungs- und Abwasserentsorgungszweckverbandes L. fällt. Dieser ist neben vier weiteren Zweckverbänden und zwei Gemeinden Gründungsgesellschafter der Beklagten. Diese führt namens und im Auftrag ihrer Gesellschafter den Betrieb der wasserwirtschaftlichen Anlagen zur Trinkwasserversorgung und Abwasserentsorgung.

3 In den Jahren 1999 und 2000 erneuerte die Beklagte Trinkwasserhaushaltsanschlüsse im Objekt E.-W.-Straße und stellte der Klägerin im Rahmen der hierauf bezogenen Rechnungen vom 26. August 1999 und 22. Mai 2000 Umsatzsteuer in Höhe von 16% in Rechnung. Insgesamt zahlte die Klägerin einen Betrag von 2603,70 € als Umsatzsteuer an die Beklagte.

4 Für die Herstellung neuer Wasseranschlüsse für das Objekt C.-Z.-Straße im Jahr 2005 zahlte die Klägerin der Beklagten auf der Grundlage des in den Rechnungen vom 7. April 2005 und 29. Juni 2005 ausgewiesenen Umsatzsteuersatzes von 16% Umsatzsteuer in Höhe von insgesamt 851,63 €.

5 Im Jahr 2009 berechnete die Beklagte mit Rechnungen vom 17. und 18. März 2009 für Arbeiten zur Reduzierung von Wasseranschlüssen und Wasserzählergrößen verschiedener Wohnhäuser der Klägerin Umsatzsteuer in Höhe von 19%, insgesamt 1778,92 €.

6 Die Klägerin ist der Ansicht, dass jeweils nur ein ermäßigter Umsatzsteuersatz von 7% hätte berechnet werden dürfen, und verlangt eine entsprechende Berichtigung der vorgenannten Rechnungen und die Rückzahlung der zu viel gezahlten Umsatzsteuer in Höhe von insgesamt 3067,14 €. Das Amtsgericht Königs Wusterhausen hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Das Landgericht Potsdam hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

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

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

9 Die Klägerin habe gegen die Beklagte einen Anspruch auf Berichtigung der streitgegenständlichen Rechnungen aus § 241 BGB in Verbindung mit §§ 14, 14c, 17 UStG. Denn die Rechnungen wiesen fehlerhaft einen nicht ermäßigten Steuersatz von 16% beziehungsweise 19% aus. Die von der Beklagten erbrachten Leistungen unterfielen gemäß § 12 Abs. 2 Nr. 1 UStG in Verbindung mit Anlage 2 Nr. 34 einem ermäßigten Steuersatz von 7%. Dies ergebe sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften und des Bundesfinanzhofs. Diese hätten sich zwar mit Fällen befasst, in denen der Wasserversorger selbst den Hausanschluss gelegt habe. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften habe aber den Begriff der Lieferung von Wasser über den Einzelfall hinaus definiert, indem er entschieden habe, dass das Legen eines Hausanschlusses selbst unmittelbar unter den Begriff der Lieferung von Wasser des Art. 12 Abs. 3 Buchst. a, Anhang H Kategorie 2 der Richtlinie 77/388/EWG falle. § 12 Abs. 2 Nr. 1 UStG in Verbindung mit der Nr. 34 der Anlage 2 verwende den identischen Begriff der Lieferung von Wasser und sei gemeinschaftsrechtlich und daher nach der Definition des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften auszulegen. Entgegen der Ansicht der Beklagten erfordere die Anwendung des ermäßigten Steuersatzes nicht, dass die Hauswasseranschlussleistung und die Wasserbereitstellung durch dasselbe Unternehmen erfolgten. Denn nur wenn man das Legen eines Wasseranschlusses als eine Nebenleistung zur Lieferung von Wasser – der Hauptleistung – qualifizierte, müsste eine Identität zwischen dem Erbringer der Hauptleistung und dem Erbringer der Nebenleistung bestehen. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und ihm folgend der Bundesfinanzhof hätten jedoch das Legen eines Hausanschlusses selbst unmittelbar unter den Begriff der Lieferung von Wasser subsumiert und dabei gerade nicht auf eine Qualifikation dieser Tätigkeit als Nebenleistung abgestellt. Es komme daher nicht auf die Vertragsparteien, sondern allein

auf den Leistungsgegenstand an. Soweit sich die Beklagte auf einen Erlass des Bundesministeriums der Finanzen vom 7. April 2009 berufe, rechtfertige dies keine andere Entscheidung. Denn dieser Erlass widerspreche der insoweit eindeutigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften und des Bundesfinanzhofs.

10 Die Klägerin habe gegen die Beklagte einen Anspruch auf Rückzahlung der zu viel gezahlten Umsatzsteuer aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dadurch, dass die Klägerin die ihr gestellten Rechnungen beglichen und Zahlung an die Beklagte geleistet habe, sei es zu einer Mehrung des Vermögens der Beklagten gekommen. Dass die Beklagte die vereinnahmte Umsatzsteuer an das Finanzamt weitergeleitet habe, führe nicht zu einer Entreicherung der Beklagten nach § 818 Abs. 3 BGB; der Beklagten stehe ein Bereicherungsanspruch gegen das Finanzamt zu.

11 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand. Die Revision ist daher zurückzuweisen.

12 Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Rückzahlung in Höhe von 3067,14 € aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB. Diesen Betrag hat die Beklagte ohne rechtlichen Grund erlangt, da den Rechnungen nur der ermäßigte Steuersatz in Höhe von 7% hätte zugrunde gelegt werden dürfen. § 818 Abs. 3 BGB steht diesem Bereicherungsanspruch nicht entgegen, weil die Beklagte die an das Finanzamt abgeführten, den Satzvon 7% übersteigenden Umsatzsteuerbeträge erstattet verlangen kann. In diesem Zusammenhang hat die Beklagte aufgrund einer vertraglichen Nebenpflicht die Rechnungen zu berichtigen.

13 1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass auf die streitgegenständlichen Hausanschlussleistungen der Beklagten der ermäßigte Steuersatz von 7% anzuwenden ist. Denn dabei handelt es sich steuerrechtlich auch dann um die steuerermäßigte Lieferung von Wasser, wenn zwischen dem Wasserversorgungsunternehmen und dem Ersteller des Hausanschlusses keine Personenidentität besteht.

14 a) Gemäß § 12 Abs. 1 UStG aF beträgt die Steuer für jeden steuerpflichtigen Umsatz 16%; gemäß § 12 Abs. 1 UStG in der ab dem 1. Januar 2007 geltenden Fassung sind es 19%. Nach § 12 Abs. 2 Nr. 1 UStG ermäßigt sich die Steuer auf 7% für die Lieferungen, die Einfuhr und den innergemeinschaftlichen Erwerb der in der Anlage zu § 12 UStG bezeichneten Gegenstände. Darin ist in Nummer 34 aufgeführt:

„Wasser, ausgenommen

– Trinkwasser, einschließlich Quellwasser und Tafelwasser, das in zur Abgabe an den Verbraucher bestimmten Fertigpackungen in den Verkehr gebracht wird,
– Heilwasser
– und Wasserdampf."

15 Diese Steuerermäßigung für die Lieferung von Wasser steht im Einklang mit Artikel 12 Abs. 3 Buchst. a in Verbindung mit Anhang H Kategorie 2 der Sechsten Mehrwertsteuer-Richtlinie, wonach Lieferungen von Wasser mit einem ermäßigten Satzbesteuert werden dürfen (Sechste Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern – Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage ‹ABl. EG Nr.L 145 S. 1›, hier in der Fassung der Richtlinie 92/77/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 zur Ergänzung des gemeinsamen Mehrwertsteuersystems und zur Änderung der Richtlinie 77/388/EWG (Annäherung der MWSt.-Sätze) ‹ABl. EG Nr.L 316 S. 1› und der Richtlinie 1999/49/EG des Rates vom 25. Mai 1999 zur Änderung der Richtlinie 77/388/EWG über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem im Hinblick auf den Normalsteuersatz ‹ABl. EG Nr.L 139 S. 27›).

16 b) Der Begriff der Lieferung von Wasser ist gemeinschaftsrechtlich auszulegen (BFHE 222, 176, 182; BFHE 223, 482, 486). Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009: Gerichtshof der Europäischen Union) hat entschieden, dass das Legen eines Hausanschlusses unter den Begriff der Lieferung von Wasser fällt (EuGH, UR 2008, 432 Rn. 38 ff., 44 – Zweckverband zur Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung Torgau-Westelbien). Denn es stehe fest, dass ohne den Hausanschluss dem Eigentümer oder Bewohner des Grundstücks kein Wasser bereitgestellt werden könnte. Der Anschluss sei also für die Wasserbereitstellung unentbehrlich (EuGH, aaO Rn. 33 f., 40). Der Bundesfinanzhof ist dem gefolgt und legt den Begriff „Lieferungen von Wasser" in § 12 Abs. 2 UStG in Verbindung mit Nr. 34 der Anlage 2 zum UStG so aus, dass auch das Legen eines Hausanschlusses darunter fällt, so dass auf diese Leistung der ermäßigte Steuersatz anzuwenden ist (BFHE 222, 176, 182; BFHE 223, 482, 486).

17 c) Entgegen der Ansicht der Revision setzt diese Rechtsprechung nicht voraus, dass sowohl die Lieferung von Wasser als auch das Legen des Hausanschlusses von demselben Wasserversorgungsunternehmen erbracht werden müssen. Diese Sichtweise der Revision knüpft an die früher vertretene Auffassung an, wonach das Legen eines Hausanschlusses nur dann dem ermäßigten Steuersatz unterliegen kann, wenn es eine unselbständige Nebenleistung zu der Lieferung von Wasser darstellt. Eine solche Einordnung setzt nach verbreiteter Meinung Identität des Empfängers und des Leistenden für Haupt- und Nebenleistung voraus (vgl. BFHE 225, 224, 228; Klein, DStR 2009, 1127, 1130 mwN; Wagner, UVR 2008, 189, 190; aA Korf, StE 2009, 12, 13).

18 Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat bei seiner Entscheidung jedoch nicht darauf abgestellt, ob es sich bei dem Legen eines Hausanschlusses um eine unselbständige Nebenleistung zu der Lieferung von Wasser handelt (BFHE 222, 176, 181 f.; BFHE 223, 482, 486; Rau/Dürrwächter/Nieskens, Umsatzsteuergesetz, Stand Oktober 2011, § 3 UStG, „Hausanschluss"; Grube, jurisPR-SteuerR 4/2009, Anm. 6 C; Uhlmann, KStZ 2009, 29, 30; Klein, aaO S. 1130 f.; Korf, aaO S. 12; Wagner, aaO). Vielmehr hat er das Legen eines Hausanschlusses umsatzsteuerrechtlich selbst als Lieferung von Wasser angesehen, weil diese Tätigkeit für die Lieferung von Wasser unentbehrlich ist. Kommt es für die Subsumtion allein auf das Merkmal der Unentbehrlichkeit an, ist es sowohl unbeachtlich, ob der Empfänger des Hausanschlusses identisch ist mit dem Empfänger der Wasserlieferung (BFHE 223, 482, 487; Martin, BFH/PR 2009, 103), als auch, ob die Leistung von demselben Unternehmer erbracht wird, der das Wasser liefert (Wagner, aaO; Tehler, EU-UStB 2008, 38, 39; Vellen, UStB 2009, 6, 7; Küffner/Streit, NWB 2009, 1831 f.; Grube, aaO Anm. 6 D; aA Kronawitter, VersorgungsW 2009, 181, 182; Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 7. April 2009, Az.: IV B 8 – S 7100/07/10024, 2009/0215132, juris). Das Erfordernis einer Personenidentität lässt sich der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften nicht entnehmen.

19 Es kann dahingestellt bleiben, ob zwischen dem wasserliefernden Unternehmen und dem Unternehmen, das den Hausanschluss legt, ein besonderer Zusammenhang bestehen muss und ob es dabei, wie die Revision in der mündlichen Verhandlung angedeutet hat, auf die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ankommt. Denn die Beklagte ist unter anderem von dem für die Wasserversorgung der Klägerin zuständigen Zweckverband gegründet worden, um im Auftrag ihrer Gesellschafter den Betrieb der wasserwirtschaftlichen Anlagen zu führen.

20 d) Die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften beschränkt sich entgegen der von der Revision in der mündlichen Verhandlung vertretenen Auffassung nicht auf das erstmalige Legen eines Hausanschlusses, sondern kann auf – hier erfolgte – Arbeiten zur Erneuerung oder zur Reduzierung von Wasseranschlüssen übertragen werden (vgl. Uhlmann, aaO S. 31; Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 7. April 2009, Az.: IV B 8 – S 7100/07/10024, 2009/0215132, aaO). Denn der Wasseranschluss ist für den Bezug von Wasser aus dem Wasserverteilungsnetz auf Dauer not-

wendig (vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Mazák vom 10. Juli 2007 in der Rechtssache C-442/05, juris Rn. 57 – Zweckverband zur Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung Torgau-Westelbien). Auch Arbeiten am Wasseranschluss, die der Aufrechterhaltung einer ordnungsgemäßen Wasserversorgung dienen, sind somit unentbehrlich für die Lieferung von Wasser.

21 e) Eine Ausnahme von der Steuerermäßigung ist gesetzlich nicht geregelt. Der Bundesfinanzhof geht aufgrund der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zwar davon aus, dass die Mitgliedstaaten das Legen eines Hausanschlusses von der grundsätzlichen Steuerermäßigung für die „Lieferungen von Wasser“ ausschließen dürfen (BFHE 222, 176, 182). Dazu ist aber eine gesetzliche Regelung erforderlich (BFHE 222, 176, 183).

22 Eine derartige gesetzliche Ausnahmeregelung kann – entgegen der in der mündlichen Verhandlung geäußerten Auffassung der Revision – nicht daraus hergeleitet werden, dass die Steuerermäßigung nach § 12 Abs. 2 Nr. 1 UStG in Verbindung mit Nummer 34 der Anlage 2 zum UStG nur „Lieferungen“ (sowie die Einfuhr und den innergemeinschaftlichen Erwerb) von Wasser begünstigt, nicht aber „sonstige Leistungen“ wie das Legen von Hausanschlüssen (vgl. BFHE 222, 176, 183). Denn der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat entschieden, dass das Legen eines Hausanschlusses unter den Begriff „Lieferungen von Wasser“ fällt; er hat also eine rein begriffliche Zuordnung vorgenommen. Auf die Frage, ob es sich dabei um eine Lieferung eines Gegenstandes oder um eine sonstige Leistung (Dienstleistung) handelt, kommt es nach der Rechtsauffassung des Gerichtshofs nicht an (BFHE 222, 176, 184).

23 2. Zu Recht hat das Berufungsgericht den von der Beklagten geltend gemachten Einwand der Entreicherung gemäß § 818 Abs. 3 BGB gegenüber dem zutreffend angenommenen Bereicherungsanspruch der Klägerin nicht durchgreifen lassen.

24 a) Zwar kann sich der Bereicherungsschuldner in Höhe der an das Finanzamt abgeführten Umsatzsteuer grundsätzlich auf den Wegfall der Bereicherung berufen (BGH, Urteile vom 8. Mai 2008 – IX ZR 229/06, NJW-RR 2008, 1369 Rn. 11 mwN; vom 25. März 1976 – VII ZR 32/75, BGHZ 66, 150, 157; vom 30. September 1970 – VIII ZR 221/68, NJW 1970, 2059 unter 4 b bb). Allerdings ist die Beklagte vorliegend – wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat – aufgrund einer vertraglichen Nebenpflicht (vgl. Senatsurteil vom 11. Dezember 1974 – VIII ZR 186/73, NJW 1975, 310 unter I 1) verpflichtet, die Rechnungen gemäß § 14c Abs. 1 Satz 2, § 17 Abs. 1 Satz 1, 7 UStG (beziehungsweise § 14 Abs. 2 UStG aF, § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Satz 3 UStG aF für die in den Jahren 1999 und 2000 gestellten Rechnungen) zu berichtigen, so dass sie die gezahlten Umsatzsteuerbeträge gemäß Art. 37 Abs. 2 AO vom Finanzamt erstattet verlangen kann (vgl. zur Vorgehensweise die detaillierten Ausführungen im Schreiben des Bayerischen Landesamts für Steuern vom 25. Juni 2009, Az.: S 7221. 1. 1-1/16 St34, juris; sowie Himmelstoß, KommunalPraxis Bayern 2009, 286, 288 ff.). Damit besteht die Bereicherung der Beklagten fort.

25 b) Entgegen der Ansicht der Revision ist nicht anzunehmen, dass dieser Anspruch gegenüber dem Fiskus praktisch wertlos wäre. Dies ist nur der Fall, wenn der Anspruch uneinbringlich ist oder es nach den Umständen zumindest äußerst schwierig ist, die Forderung durchzusetzen (BGH, Urteil vom 29. Mai 1978 – II ZR 166/77, BGHZ 72, 9, 13). So verhält es sich hier nicht.

26 Aus dem – von der Revision in Bezug genommenen – Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 7. April 2009 (Az.: IV B 8 – S 7100/07/ 10024, 2009/0215132, aaO) ergibt sich nur, dass es für vor dem 1. Juli 2009 ausgeführte Leistungen nicht beanstandet wird, wenn sich der leistende Unternehmer auf die Regelungen des BMF-Schreibens vom 5. August 2004 (Az.: IV B 7 – S 7220 – 46/04) beruft, das heißt wenn er den allgemeinen und nicht den ermäßigten Steuersatz ansetzt. Dies besagt aber lediglich, dass der leistende Unternehmer aus Sicht des Bundesfinanzministeriums steuerrechtlich nicht verpflichtet ist, eine Berichtigung von Rechnungen vorzunehmen. Die Berechtigung oder die zivilrechtliche Verpflichtung des Unternehmers, die Rechnungen zu berichtigen, wird dadurch gerade nicht berührt (vgl. Schreiben der Oberfinanzdirektion Magdeburg vom 1. September 2009, Az.: S 7221-20-St 243, juris). Es liegen daher keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Beklagte gezwungen sein wird, ihren Erstattungsanspruch gegen den Fiskus gerichtlich geltend zu machen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 143 InsO; §§ 100, 987 BGB
Herausgabe gezogener Nutzungen aus wirksam angefochtener Steuerzahlung; Fiskus

a) Der Fiskus ist von der Rechtshandlung an dem Insolvenzverwalter zur Herausgabe gezogener Nutzungen aus wirksam angefochtenen Steuerzahlungen verpflichtet, wobei es auf die steuerliche Ertragshoheit nicht ankommt.

b) Als gezogene Nutzungen herauszugeben sind Zinserträge von Einnahmeüberschüssen, die im Haushaltsvollzug ausnahmsweise zeitweilig nicht benötigt werden, und ersparte Zinsen für Kassenverstärkungskredite oder andere staatliche Refinanzierungsinstrumente, die infolge des Eingangs wirksam angefochtener Steuerzahlungen zurückgeführt oder vermieden worden sind.

(BGH, Urteil vom 24. 5. 2012 – IX ZR 125/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger ist Verwalter in dem am 13. Juli 2006 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen des S. Er focht Steuerzahlungen des Schuldners an das beklagte Land in Höhe von insgesamt 103.120,21 € an und verlangte Rückgewähr dieses Betrages nebst Zinsen. Der Beklagte hat die Hauptforderung nebst Zinsen ab Insolvenzeröffnung beglichen.

2 Im Streit befinden sich noch Zinsen auf die Hauptforderung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, welche der Kläger in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz von der jeweiligen Zahlung des Insolvenzschuldners an mit einem ursprünglichen Gesamtbetrag von 14.435,02 € beansprucht hat. Zur Begründung dieser Forderung hat er sich auch darauf berufen, ohne die angefochtenen Steuerzahlungen habe der Beklagte wenigstens Mittel auf dem Finanzmarkt in entsprechender Höhe aufnehmen müssen und damit Schuldzinsen erspart.

3 Das Landgericht Essen hat den Beklagten zur Zahlung von 7707,59 € verurteilt. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht Hamm die Klage abgewiesen. Die Anschlussberufung des Klägers, mit welcher dieser die Zahlung weiterer 3478,04 € verlangt, ist zurückgewiesen worden. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger den Anspruch auf Zahlung von 11.185,63 € weiter.

4 **Aus den Gründen:** Die Revision ist begründet, die Sache aber noch nicht zur Endentscheidung reif.

5 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, dem Kläger stehe der geltend gemachte Anspruch gemäß § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO, § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, § 292 Abs. 2, § 987 BGB nicht zu. Das beklagte Land habe weder Nutzungen aus den vom Schuldner gezahlten Lohn- und Umsatzsteuern gezogen noch schuldhaft unterlassen, Nutzungen zu ziehen. Wenn höhere Einnahmen zu einer geringeren Neuverschuldung geführt haben sollten, so sei dies unerheblich. Zu einer zinsbringenden Sonderverwahrung der vom Schuldner entrichteten Steuern sei der Beklagte nicht verpflichtet gewesen. Abgesehen davon fehle es an einem Verschulden des beklagten Landes, dessen zuständige Bedienstete nicht mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners hätten rechnen müssen. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

6 II. Der in der Hauptsache erhobene Zinsanspruch besteht nicht. Der Bundesgerichtshof hat seine Entscheidung, wonach von der angefochtenen Rechtshandlung an nach § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO, § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB auch Prozesszinsen zugunsten der Masse entstehen (vgl. BGH, Urteil vom 23. März 2006 – IX ZR 116/03, BGHZ 167, 11 Rn. 20), durch sein Urteil vom 1. Februar 2007 (IX ZR 96/04, BGHZ 171, 38 Rn. 20) wieder aufgegeben, weil der Rückgewähranspruch erst mit der Insolvenzeröffnung fällig wird. Hiervon abzugehen, besteht kein Anlass.

7 Rechtlich nicht zu beanstanden sind die Ausführungen des Berufungsgerichts auch insoweit, als es einen Hilfsanspruch des Klägers wegen schuldhaft nicht gezogener Nutzungen des Beklagten nach § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO, § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, §§ 292, 987 Abs. 2 BGB verneint (vgl. dazu BGH, Urteil vom 1. Februar 2007, aaO Rn. 23). Der Kläger hat nicht widerlegt, dass die Steuerzahlungen des Schuldners in der Haushaltsführung der jeweiligen Etatjahre zur Deckung staatlicher Ausgaben verbraucht werden mussten. Diese Tatfrage kann bei öffentlichen Trägern, die zeitweise Überschüsse erwirtschaften und diese nicht zur Schuldentilgung, sondern zum Aufbau von Rücklagen für künftige Ausgaben verwenden, anders liegen.

8 Soweit das Berufungsgericht den Hilfsanspruch der Klage auch unter dem Gesichtspunkt der Herausgabe gezogener Nutzungen nach § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO, § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, §§ 292, 987 Abs. 1 BGB aberkannt hat, hält seine Entscheidung rechtlicher Prüfung nicht stand. Dieser Anspruch entsteht mit der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung (BGH, Urteil vom 1. Februar 2007, aaO Rn. 22).

9 1. Nutzungen sind nach § 100 BGB die Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt. Zutreffend verweist die Revision darauf, dass nicht nur Zinserträge und sonstige Erträge, die dem Schuldner aus einer rentierlichen Anlage zugeflossen sind, zu den Nutzungen eines erlangten Geldbetrages zählen können, sondern auch die durch Tilgung einer verzinslichen Schuld ersparten Schuldzinsen (BGH, Urteil vom 6. März 1998 – V ZR 244/96, BGHZ 138, 160, 164 ff; vgl. auch Staudinger/Jickeli/Stieper, BGB 2012, § 100 Rn. 5). Wird durch Geldzahlung eine Kreditaufnahme des Empfängers von vornherein vermieden oder hinausgeschoben, gilt nichts anderes. Hat der Fiskus erhaltene Abgaben zurück zu gewähren, umfasst diese Verpflichtung daher grundsätzlich auch die Herausgabe von ersparten Zinsen (BayObLG, NJW 1999, 1194, 1195; OLG Köln, JurBüro 2001, 312; LG Potsdam, NVwZ-RR 2008, 513). Für hier nicht gegebene öffentlich-rechtliche Steuererstattungsansprüche gilt die Verzinsungspflicht der § 37 Abs. 2, § 233a Abs. 3 AO.

10 Das Reichsgericht hat allerdings für die Rückzahlung von Stempelabgaben durch den preußischen Fiskus angenommen, dass bei verhältnismäßig geringfügigen Beträgen entgegen seinerzeitiger Behauptung Anleihezinsen nicht erspart worden seien, weil bei dem Fehlen solcher Summen vom Fiskus keine höheren Anleihen aufgenommen worden wären (RGZ 72, 152, 153). Damit sind jedoch die Gegebenheiten der Haushaltsführung des beklagten Landes in dem hier maßgeblichen Zeitraum nicht erschöpfend gewürdigt. Haushaltswirtschaftlich von Belang sind hier die Anforderungen an den Haushaltsplan nach den §§ 13 und 18 LHO-NW, die geplanten und durchgeführten Einnahmen aus Krediten gemäß § 13 Abs. 3 Nr. 1, § 18 Abs. 2 Nr. 1 LHO-NW sowie die tatsächliche Inanspruchnahme von Kassenverstärkungskrediten innerhalb der haushaltsgesetzlichen Ermächtigung nach § 18 Abs. 2 Nr. 2 und § 60 Abs. 3 LHO-NW.

11 2. Wie auch bei Banken und anderen Anfechtungsgegnern mit komplexer Refinanzierungsstruktur kommt es im Rahmen der Schadensschätzung nach § 987 Abs. 1 BGB, § 287 ZPO nicht darauf an, rückzugewährende Einnahmen des Steuerfiskus einzelnen Zinserträgen oder Zinsersparnissen bestimmter Maßnahmen des Haushaltsvollzuges zuzuordnen. Es gelten hier keine anderen Grundsätze, als sie für den umgekehrten Fall eines weitergehenden Verzugsschadens der öffentlichen Hand in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seit langem anerkannt sind (vgl. BGH, Urteil vom 17. April 1978 – II ZR 77/77, WM 1978, 616, 617; vom 18. Oktober 1988 – VI ZR 223/87, NJW-RR 1989, 670, 672 unter B. I. 2. b, ee). Sie werden für die Nutzungsherausgabe auch vom Bundesverwaltungsgericht gebilligt (vgl. BVerwG, NJW 1999, 1201, 1202 f). Die gezogenen Mindestnutzungen des beklagten Landes sind jedenfalls die in Höhe der eingegangenen Steuerzahlungen vermiedenen oder zurückgeführten Kassenverstärkungskredite (vgl. Schön, NJW 1993, 3289, 3292), sofern sie in entsprechender Höhe und Zeit in Anspruch genommen worden sind.

12 Die tatsächliche Vermutung, dass Banken Kapitalerträge oder Zinsersparnisse in Höhe des gesetzlichen Verzugszinses erwirtschaften (vgl. BGH, Urteil vom 24. April 2007 – XI ZR 17/06, BGHZ 172, 147 Rn. 35 [= GuT 2007, 383 KL]), die sie als Nutzungen herauszugeben haben, findet jedoch in der Haushaltsführung von Bund und Ländern keine Entsprechung. Sie beruht auf der Durchführung von Bankgeschäften.

13 3. Der Einwand der Revisionserwiderung, dass nach Art. 106 Abs. 3 GG die Ertragshoheit der gezahlten Lohn- und Umsatzsteuern nur teilweise bei dem beklagten Land liege, ändert an dem Umfang der anfechtungsrechtlichen Rückgewährpflicht nichts. Es kommt anfechtungsrechtlich insoweit allein auf die Verwaltungshoheit der entrichteten Abgaben an, wie das beim Einzug des Gesamtsozialversicherungsbeitrags durch die gesetzlichen Krankenkassen und beim Einzug tarifvertraglicher Sozialkassenbeiträge seit langem anerkannt ist. Anfechtungsgegner ist in allen Fällen allein die Einzugsstelle (BGH, Urteil vom 12. Februar 2004 – IX ZR 70/03, NJW 2004, 2163, 2164 mwN; vom 21. Oktober 2004 – IX ZR 71/02, ZIP 2005, 38 f). Der Senat hat bereits entschieden, dass dieser Grundsatz auch für den hier gegebenen Fall der Erhebung von Steuern gilt, die von der einziehenden Stelle (teilweise) an einen anderen Rechtsträger abzuführen sind (BGH, Beschluss vom 11. Oktober 2007 – IX ZR 87/06, WPM 2007, 2158 [= GuT 2007, 405] Rn. 4; ebenso OLG Hamm, ZIP 2010, 996). Der Beklagte hat sich auf eine anderweitige Rechtsfolge für die Rückgewähr der gezahlten Steuern und die nach Verfahrenseröffnung geschuldeten Rechtshängigkeitszinsen, die nicht mehr im Streit stehen, auch nicht berufen. Es wäre widersprüchlich, für die Nutzungsherausgabe nach § 987 Abs. 1 BGB anders zu entscheiden, weil eine anteilige Verpflichtung der im Innenverhältnis am Steueraufkommen beteiligten öffentlichen Körperschaften nicht besteht.

14 4. Der Anspruch auf Nutzungsherausgabe wegen ersparter Kreditzinsen gegen den Fiskus als Nebenfolge des anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs in der Insolvenz gemäß § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO, § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, §§ 292, 987 Abs. 1 BGB weicht nicht von der Auslegung des § 818 Abs. 1 BGB durch den XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs ab, auf die sich das Berufungsgericht gestützt hat und auf die sich die Revisionserwiderung gleichfalls beruft. Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat bei einem Bereicherungsanspruch gegen den Steuerfiskus einen Anspruch auf Zinszahlungen wegen tatsächlich gezogener Nutzungen nach § 818 Abs. 1 BGB verneint, weil der Staat Steuereinnahmen in der Regel nicht gewinnbringend anlege, sondern im Interesse der Allgemeinheit verwende (BGH, Urteil vom 3. Februar 2004 – XI ZR 125/03, BGHZ 158, 1, 9; vom 30. März 2004 – XI ZR 145/03, juris Rn. 32). Je nach Lage der Staatsfinanzen ist von Rechts wegen aber nicht ausgeschlossen, dass im Haushaltsvollzug zeitweilig auch Überschüsse erwirtschaftet werden und zum Aufbau von zinsbringenden Rücklagen verwendet werden können. Der Beklagte hat eine solche Sachlage bestritten.

15 Unterstellt man den genannten Urteilen des XI. Zivilsenats die vom Berufungsgericht angenommene Absicht, den Fiskus bei der Nutzungsherausgabe rechtsgrundlos erlangter Steuern hinsichtlich ersparter Kreditzinsen gegenüber anderen Schuldnern zu privilegieren, so kann dieses Rechtsverständnis nicht auf den im Streit stehenden Regelungszusammenhang

übertragen werden. Mit dem Zweck des § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO und dessen Rechtsfolgenverweisung ist nicht vereinbar, dass dem Anfechtungsgegner die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens aus dem Rückgewährbetrag gezogenen Zinsen verbleiben (BGH, Urteil vom 1. Februar 2007, aaO Rn. 22). Für zurückgeführte oder vermiedene Kreditinanspruchnahmen des Anfechtungsgegners und die hierdurch erzielten Zinsersparnisse kann nichts anderes gelten (BGH, Urteil vom 6. März 1998, aaO und oben unter 1.). Eine anfechtungsrechtliche Besserstellung des Fiskus wegen des Interesses der Allgemeinheit am Einsatz der Steuereinkünfte für öffentliche Staatszwecke ist in der Insolvenzordnung nicht mehr vorgesehen. Sie findet nach gefestigter Auslegung des geltenden Rechts weder bei der Rückgewähr anfechtbarer Steuerzahlungen selbst statt noch bei der Verpflichtung zur Zahlung von Rechtshängigkeitszinsen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO, § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. Es gibt mithin keinerlei rechtlichen Anhalt dafür, dass bei der Herausgabe gezogener oder ersparter Zinsen als Nutzungen nach § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO, § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, §§ 292, 987 Abs. 1 BGB der Wille des Gesetzes zugunsten des Fiskus in eine andere Richtung gegangen sein könnte.

16 III. Das Berufungsurteil kann demnach mit der gegebenen Begründung nicht bestehen bleiben. Es kann auch nicht aus anderen Gründen nach § 561 ZPO aufrechterhalten werden, wie die Revisionserwiderung zu bedenken gibt.

17 Der Kläger hat seiner Darlegungslast für den geltend gemachten Anspruch auf Nutzungsherausgabe nach § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO, § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, §§ 292, 987 Abs. 1 BGB genügt, indem er zumindest hilfsweise Zinsersparnisse des Beklagten beim Haushaltsvollzug infolge der angefochtenen Steuerzahlungen behauptet hat. Hierbei war, wie ausgeführt, allein auf den Beklagten und nicht auch auf die im Innenverhältnis an dem Steueraufkommen beteiligten Körperschaften abzustellen. Die näheren haushaltswirtschaftlichen Daten bei dem Beklagten kann der Kläger nicht vortragen. Der Haushaltsvollzug auch in seiner zeitlichen Entwicklung während der fraglichen Etatjahre ist dagegen dem Beklagten in allen Einzelheiten bekannt und belegbar. Ihn trifft daher entgegen dem Rechtsstandpunkt der Revisionserwiderung die sekundäre Darlegungslast, hierzu in der gebotenen Klarheit vorzutragen. Dazu bestand nach den Rechtsauffassungen beider Tatrichter bisher keine zwingende Veranlassung. Die ausgesprochene Zurückverweisung gibt dem Beklagten Gelegenheit, die zur Spruchreife des Streitgegenstandes fehlenden Tatsachen seines Verwaltungsbereichs in den Rechtsstreit einzuführen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Kurzfassungen/Leitsätze (KL)
Steuerrecht etc.

§ 675 BGB; § 287 ZPO; § 128 HGB; §§ 51a, 59a BRAO – Rechtsanwalt; Sozietät mit Steuerberater; Belehrungspflichten im Mandat; Regresshaftung aller Sozien

a) Eine Rechtsanwaltssozietät ist auch dann verpflichtet, über die Erfolgsaussichten eines von der Mandantin beabsichtigten Rechtsstreits zu belehren, wenn das Mandat von einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung erteilt worden ist, deren Geschäftsführer und Gesellschafter selbst Rechtsanwälte und Mitglieder der beauftragten Sozietät sind. Auch in diesem Fall kann vermutet werden, die Mandantin hätte sich bei pflichtgemäßer Belehrung beratungsgerecht verhalten und wäre dem anwaltlichen Rat gefolgt.

b) Wird ein Anwaltsvertrag mit einer Sozietät geschlossen, der neben Rechtsanwälten auch Steuerberater angehören, so haften für einen Regressanspruch wegen Verletzung anwaltlicher Beratungspflichten auch diejenigen Sozien persönlich, die selbst nicht Rechtsanwälte sind.

(BGH, Urteil vom 10. 5. 2012 – IX ZR 125/10)

§ 39 AO; § 17 EStG; § 127 FGO – Abgabenordnung; Einkommensteuer; wirtschaftliches Eigentum in logischer Sekunde

1. Ein zivilrechtlicher Durchgangserwerb (in Gestalt einer logischen Sekunde) hat nicht zwangsläufig auch einen steuerlichen Durchgangserwerb i. S. des Innehabens wirtschaftlichen Eigentums in der Person des zivilrechtlichen Durchgangserwerbers zur Folge; vielmehr ist die steuerliche Zuordnung nach Maßgabe des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO zu beurteilen.

2. Für die Feststellung des wirtschaftlichen Eigentums i. S. von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO kommt es entscheidend auf das wirtschaftliche Gewollte und das tatsächlich Bewirkte an, also auf konkrete tatsächliche Umstände; daher ist eine – nicht reale – logische Sekunde als lediglich gedankliche Hilfskonstruktion für eine solche tatsächliche Feststellung unerheblich.

(BFH, Urteil vom 26. 1. 2011 – IX R 7/09)

Vorinstanz: FG Köln (EFG 2009, 932)

– Veröffentlichung in BStBl II 2011, 540 –

§§ 7, 9, 16, 21, 55 EStG – Einkommensteuer; immaterielles Wirtschaftsgut „Milchlieferrechte“

1. Durch die MGV zugeteilte und vom Grund und Boden abgespaltene Milchlieferrechte sind abnutzbare immaterielle Wirtschaftgüter.

2. Werden solche Milchlieferrechte nach einer Betriebsaufgabe verpachtet, bemisst sich die AfA nach dem Entnahmewert. Eine Abschreibung auf zehn Jahre ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

(BFH, Urteil vom 29. 4. 2009 – IX R 33/08)

Vorinstanz: Schleswig-Holsteinisches FG (EFG 2008, 1711)

– Veröffentlichung in BStBl II 2010, 958 –

Hinw. d. Red.: MGV = Milch-Garantiemengen-Verordnung vom 25. 5. 1984 (BGBl I, 720).

§ 4 EStG; § 4 KultPflAZV; § 5 FlächenZV – Einkommensteuer; immaterielles Wirtschaftsgut „Ackerprämienberechnung“

Ein immaterielles Wirtschaftsgut „Ackerprämienberechtigung“ (Ackerquote) ist im Geltungsbereich der KultPflAZV und der FlächenZV erst in dem Zeitpunkt entstanden, in dem es in den Verkehr gebracht worden ist. In den Verkehr gebracht wurde die Ackerprämienberechtigung entweder mit der Erteilung einer Genehmigung eines Flächenaustauschs im Zusammenhang mit einer Verpachtung bzw. Anpachtung von Ackerflächen oder dadurch, dass sie von den Vertragsbeteiligten zum Gegenstand des Kauf- oder Erwerbsvertrags gemacht worden ist.

(BFH, Urteil vom 30. 9. 2010 – IV R 28/08)

Vorinstanz: Schleswig-Holsteinisches FG (EFG 2008, 1273)

– Veröffentlichung in BStBl II 2011, 406 –

§§ 8, 21, 22 EStG – Einkommensteuer; Städtebauförderung; Darlehenssubvention; Herstellungskostenminderung durch nachträgliche Umwandlung in Zuschuss

Werden Vorauszahlungsmittel i. S. des § 43 Abs. 3 StBauFG, die nach den öffentlich-rechtlichen Subventionsvorgaben zunächst ausdrücklich als Darlehen gewährt werden, in einem späteren Veranlagungszeitraum in einen verlorenen Zuschuss umgewandelt, so führt diese (endgültige) Subventionsentscheidung in diesem Veranlagungszeitraum, nicht aber rückwirkend auf den Zeitpunkt der Gewährung der Vorauszahlung, zu einer Minderung der Herstellungskosten.

(BFH, Urteil vom 7. 12. 2010 – IX R 46/09)

Vorinstanz: Hessisches FG (EFG 2010, 46)

– Veröffentlichung in BStBl II 2012, 310 –

§ 24 UStG; Art. 25 Richtlinie 77/388/EWG – Umsatzsteuer; Durchschnittssatzbesteuerung; Umsätze aus sog. Pensionspferdehaltung

Die Umsätze eines Landwirts aus dem Einstellen, Füttern und Betreuen von Reitpferden (sog. Pensionspferdehaltung) unterliegen nicht der Durchschittssatzbesteuerung nach § 24 UStG.

(BFH, Urteil vom 13. 1. 2011 – V R 65/09)

Vorinstanz: Niedersächsisches FG vom 5. 11. 2009 16 K 10340/07

– Veröffentlichung in BStBl II 2011, 465 –

§§ 4, 12 UStG; Art. 13 Richtlinie 77/388/EWG – Umsatzsteuer; Verwaltung von Sporthallen; gemeinnütziger Verein; Zweckbetrieb; sportliche Veranstaltung

Die Verwaltung von Sporthallen sowie das Einziehen der Hallenmieten einschließlich des Mahn- und Vollstreckungswesens durch einen gemeinnützigen Verein gegen Entgelt im Auftrag einer Stadt ist weder nach § 4 Nr. 22 Buchst. b UStG als „sportliche Veranstaltung“ noch nach Art. 13 Teil A Abs. 1 Buchst. m der Richtlinie 77/388/EWG steuerbefreit.

(BFH, Urteil vom 5. 8. 2010 – V R 54/09)

Vorinstanz: Niedersächsisches FG (EFG 2010, 359)

– Veröffentlichung in BStBl II 2011, 191 –

§ 1 UStG; § 45 AO; § 1922 BGB; Art. 5 Richtlinie 77/388/EWG – Umsatzsteuer; Erblasser als Gesellschafter einer Rechtsanwaltssozietät; Veräußerung von Gegenständen des Unternehmensvermögens durch die Erbengemeinschaft

Die Veräußerung eines zum Unternehmensvermögen des Erblassers gehörenden Gegenstandes durch den Gesamtrechtsnachfolger ist eine steuerbare und steuerpflichtige Lieferung.

(BFH, Urteil vom 13. 1. 2010 – V R 24/07)

Vorinstanz: FG Rheinland-Pfalz (EFG 2007, 965)

– Veröffentlichung in BStBl II 2011, 241 –

§ 68 StBerG a. F. – Revisionszulassung; Grundsätzlichkeit auslaufenden Rechts; Steuerberaterhaftung; Sekundärverjährung; Fehlerwiederholungen; Fortwirkungen eines Fehlers

1 Ein gesetzlicher Grund zur Zulassung der Revision besteht nur in der zulassungsrechtlich auch vom Berufungsgericht angesprochenen Frage der Sekundärverjährung. Die insoweit berührte Einheitlichkeit der Rechtsprechung ist trotz der besonderen Anforderungen an die Prüfung der Grundsätzlichkeit auch bei der Anwendung auslaufenden Rechts zu sichern, hier der des § 68 StBerG aF.

2 Die vom Berufungsgericht verneinte verjährungsrechtliche Schadenseinheit steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Wird der Fehler eines Steuerberaters infolge der Periodizität von Steuererklärungen wiederholt, so setzt die Fehlerwiederholung jeweils eine eigene haftungsausfüllende Kausalität in Gang und erzeugt einen Schaden in Gestalt eines ungünstigen Steuerbescheides (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juli 2005 – IX ZR 284/01, WPM 2005, 2106, 2107 f unter A. und B. II. 2. [= GuT 2005, 234 KL]). Davon abzugrenzen sind Fälle, in denen ein abgeschlossener Beratungs- oder Gestaltungsfehler in mehrere nachfolgende Veranlagungszeiträume fortwirkt (vgl. dazu BGH, Urteil vom 18. Dezember 1997 – IX ZR 180/96, WPM 1998, 779, 780 unter II. 1.).

3 Diese Abgrenzung ist nach heutigen Verhältnissen ausreichend geklärt, so dass sie der Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung verleiht. Daran ändert die von der Beschwerde angegriffene Wertungsparallele zum Steuerstrafrecht nichts, schon weil sie im Berufungsurteil als nicht entscheidungserheblich entfallen und vom Berufungsgericht nur zur Begründung seines schriftlichen Vergleichsvorschlags herangezogen worden ist.

(BGH, Beschluss vom 21. 6. 2012 – IX ZR 109/09)

www.gut-netzwerk.de

Magazin

Politik und Recht

Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Seehandelsrechts

Rede der Bundesministerin der Justiz Sabine Leutheusser-Schnarrenberger vor dem Deutschen Bundestag am 9. Mai 2012 in Berlin

Herr Präsident!
Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen!

Mit dem heute vom Bundeskabinett beschlossenen Gesetzentwurf zur Reform des Seehandelsrechts soll das weitgehend noch aus dem 19. Jahrhundert stammende deutsche Seehandelsrecht den Bedürfnissen der maritimen Wirtschaft im Jahre 2012 angepasst werden. Ziel ist, den Wirtschafts-, Rechts- und Justizstandort Deutschland zu stärken. Das gilt besonders mit Blick auf Norddeutschland und seine wichtigen Häfen.

Zu diesem Zweck sieht der Gesetzentwurf Folgendes vor: Wir strukturieren in unserem Handelsgesetzbuch, HGB – das ist also leicht zu finden –, das Seehandelsrecht. Wir schaffen aber auch überholte Institute ab. Manche stammen noch aus dem Mittelalter. Bei der sogenannten Partenreederei beispielsweise kommt es allein auf das Eigentum am Schiff an. Das ist mit den Entwicklungen im Gesellschaftsrecht nicht mehr in Einklang zu bringen.

Wir wollen das Gesetz aber auch vereinfachen; denn es geht hier um verschiedene Verträge. Zu den Beförderungsverträgen gehören zum einen die Seefrachtverträge und zum anderen die Personenbeförderungsverträge. Hier werden deutliche Differenzierungen in Bezug auf die Übersichtlichkeit und Klarstellung geschaffen und Unsicherheiten, welche vertraglichen Regelungen noch gelten, beseitigt. Neben den Beförderungsverträgen gibt es noch die Schiffsüberlassungsverträge. Dazu zählen Schiffsmieten und Zeitcharterverträge. All das soll jetzt getrennt geregelt werden. Damit ist es für die Betroffenen übersichtlicher gestaltet.

Zur Neuregelung gehört die Differenzierung zwischen Stückgutfrachtverträgen und Reisefrachtverträgen. Daneben wird die Personenbeförderung vertraglich geregelt.

Ein wichtiger Punkt dieses Gesetzentwurfes ist: Mit unseren Haftungsregelungen orientieren wir uns an internationalen Übereinkommen. Das ist für den Standort Deutschland wichtig. Hätten wir hier ein von internationalen Standards abweichendes Recht, dann wäre es für die Reeder in Deutschland und für die Reeder, die den Haftungsregelungen in Deutschland unterworfen sind, von Nachteil. Es würde dann versucht werden, nicht das deutsche Recht anwenden zu müssen. Wir wollen uns nicht vom Recht anderer wichtiger Seerechtsnationen abkoppeln.

Nach deutschem Recht sollen vor allem Beförderer nicht schlechter gestellt werden als Beförderer, die ausländischem Recht unterliegen.

In einem weiteren Punkt nehmen wir eine Änderung vor: Wir halten nicht mehr am gesetzlichen Ausschluss der Haftung von Beförderern fest, wenn es um Schäden geht, die entweder von der Schiffsbesatzung bei der Führung oder der sonstigen Bedienung des Schiffes oder durch Feuer an Bord des Schiffes verursacht werden.

Das ist ein Haftungsausschluss, der aus dem 19. Jahrhundert stammt und der sich heute wohl kaum noch rechtfertigen lässt. Daher machen wir Schluss damit, gerade im Interesse derjenigen, deren Güter mit Schiffen befördert werden.

Auf europäischer Ebene gibt es die „EG-Verordnung von 2009 über die Unfallhaftung von Beförderern von Reisenden auf See", die im Dezember dieses Jahres in Kraft tritt. Darin werden die Haftungsregelungen ebenfalls verschärft. Wie wichtig ein guter Schutz von Schiffspassagieren ist, hat der Unfall der „Costa Concordia" gezeigt. Mit der Reform soll sichergestellt werden, dass das hohe Schutzniveau, das ab Ende dieses Jahres auf EU-Ebene gilt, auch für Schiffsbeförderungen zutrifft, die nicht unter die EG-Verordnung fallen, zum Beispiel bei innerstaatlicher Küstenschifffahrt oder der Binnenschifffahrt. Daher wünschen und hoffen wir, dass das sehr umfangreiche Gesetzentwurfspaket bis zum Ende dieses Jahres beraten und verabschiedet werden kann, sodass wir unser nationales Recht im Gleichklang mit den entsprechenden EU-Regelungen ausrichten können.

Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Rede des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie Dr. Philipp Rösler vor dem Deutschen Bundestag am 15. Juni 2012 in Berlin

Herr Präsident! Meine sehr verehrten Damen und Herren!

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist seit mehr als 50 Jahren gleichsam das Grundgesetz unserer Wirtschaftsordnung. Ludwig Erhard hat das Wettbewerbs- und Kartellrecht als einen wesentlichen Baustein in das Fundament der sozialen Marktwirtschaft eingefügt. Die Bedeutung des Wettbewerbs galt damals, sie gilt allerdings natürlich auch noch heute, und zwar gerade deshalb, weil sich die Märkte verändert haben und sich weiter verändern werden. Es ist unser Ziel, dieses Grundgesetz der Wirtschaftsordnung den neuen Gegebenheiten anzupassen und es weiter zu modernisieren. Die Märkte haben sich, wie gesagt, verändert. Also müssen wir auch unseren Kartellbehörden neue Instrumente an die Hand geben. Sie brauchen schärfere Instrumente bis hin zur Ultima Ratio der Entflechtung.

Wir brauchen auf und in diesen neuen Märkten mehr Transparenz; auch dafür sorgt diese Novelle. Schließlich wollen wir die Verbraucherinnen und Verbraucher besser schützen. Am Ende nützt ein gutes Wettbewerbs- und Kartellrecht nämlich vor allem den Menschen in unserem Land. Mit der Vorlage der Achten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bekennt sich diese Regierungskoalition aus CDU/CSU und FDP klar zur Bedeutung des Wettbewerbs. Denn wir wissen: Den Wohlstand in unserem Lande verdanken wir dem Wachstum. Wachstum wird durch Wettbewerbsfähigkeit möglich. Und zur Wettbewerbsfähigkeit gehört eben auch ein gutes Wettbewerbs- und Kartellrecht. Es wird durch diese Novelle eindeutig verbessert.

Es geht um drei Bereiche:

Erstens haben sich die Strukturen verändert. Es gibt heutzutage große Konzerne, und hier wollen wir einen besseren Einblick bekommen. Wir brauchen mehr Transparenz, gerade für unsere Kartellbehörden, zum Beispiel in den Bereichen Energie, also Strom und Gas, aber auch im Hinblick auf die Tankstellen. Mit dem Markttransparenzstellen-Gesetz schaffen wir

Ev. Johanneswerk e.V. mit dem KVI Innovationspreis 2012 ausgezeichnet

Auf dem 7. KVI Kongress – Kirche, Verwaltung & Informationstechnologien, der vom 11. Juni bis zum 12. Juni 2012 im Wilhelm-Kempf-Haus, dem Tagungshaus des Bistums Limburg, stattgefunden hat, wurde zum dritten Mal der KVI Innovationspreis verliehen. Prämiert wurde das Evangelische Johanneswerk für die Erstellung und Umsetzung eines Personalentwicklungskonzeptes im Rahmen des strategischen Personalmanagements.

Der KVI Innovationspreis wurde in diesem Jahr vom Beirat der KVI Initiative – Kirche, Verwaltung & Information zum dritten Mal vergeben. Er würdigt jährlich eine herausragende und nachhaltige innovative Leistung mit Vorbildcharakter für andere Bistümer, Landeskirchen sowie kirchliche und kirchennahe Organisationen. Adalbert Bayer, der Vorsitzende des KVI Beirats, übergab den KVI Innovationspreis 2012 an Thomas Sopp, den Vorstand des Ev. Johanneswerks e.V. sowie an seine beiden Referentinnen Personalmanagement Stefanie Brandt und Wilma Weber.

In seiner Laudatio hob Prof. Dr. Friedrich Vogelbusch, Dresden, besonders hervor, dass das Ev. Johanneswerk e.V. in einem fast 10-jährigen Entwicklungsprozess die Personalentwicklung als wichtiges Instrument zur Weiterentwicklung der eigenen Organisation erkannt habe.

Das Johanneswerk habe in den vergangenen Jahren eine beispielhafte Strukturentwicklung, verbunden mit einem intensiven Leitbildprozess, in Angriff genommen. Damit habe das Johanneswerk den Ansatz der KVI Initiative vorbildlich umgesetzt, nämlich im Bereich der Kirche und freien Wohlfahrtsverbände innovative Methoden der gewerblichen Wirtschaft auf ihre Eignung für Kirche und Verbände zu prüfen und die geeigneten Managementinstrumente und -methoden auf den kirchlichen Bereich zu übertragen.

„Der KVI Innovationspreis 2012 will mit seiner Vergabe die herausragende Rolle des Personalmanagements für die gedeihliche Entwicklung kirchlicher Träger unterstreichen" so Prof. Dr. Vogelbusch. Für die Leitung von Organisationen sei es überlebensnotwendig und entscheidend, geeignete Führungskräfte zu entwickeln und bei der Stange zu halten, die in den immer komplexer werdenden Zusammenhängen der Kirche und Welt die richtigen Entscheidungen und Impulse im Management setzen.

Bewerbungen für den KVI Innovationspreis 2013 können formlos an beirat@kviinitiative.de eingesendet werden.

Über die KVI Initiative

Die KVI Initiative – Kirche, Verwaltung & Information greift seit ihrer Gründung im Jahr 2004 aktuelle und zukunftsweisende Themen auf, um verwaltungsorientierten Führungskräften in Kirchen, kirchlichen und kirchennahen Organisationen neue Impulse für ihre tägliche Arbeit zu geben. Sie erfüllt darüber hinaus die Funktion einer produkt-, verbands-, und arbeitsfeldübergreifenden Plattform für den Erfahrungsaustausch der Führungskräfte und stellt einen regelmäßigen Dialog mit Experten und der Wissenschaft her. An vielen Stellen der KVI Initiative wirken Persönlichkeiten der zwei großen Amtskirchen, Wissenschaftler und leitende kirchliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit. So werden die Qualität und das Wirken der KVI Initiative stetig optimiert.

Kontakt:
interim2000 GmbH, Peter S. Nowak,
Im Mediapark 8, 50670 Köln,
Tel. mobil: 01 73 / 855 83 44, Web: www.kviinitiative.de
Email: pnowak@kviinitative.de

eine gute Grundlage für eine noch einzurichtende Markttransparenzstelle. Wir wollen, dass die Kartellbehörden auch einen Einblick in die vertikalen Strukturen im Bereich der Energieversorgung bekommen, um dann im Interesse der Verbraucherinnen und Verbraucher handeln zu können. Künftig haben auch die Verbraucherschutzverbände die Möglichkeit, gegen Kartellrechtsverstöße selber aktiv vorzugehen. Die Kartellbehörden wiederum haben die Möglichkeit der Vorteilsabschöpfung. Das nützt den Kundinnen und Kunden und zeigt, wie sehr das Wettbewerbsrecht auch dem Verbraucherschutz in Deutschland hilft und dient.

Der zweite Bereich, in dem sich die Märkte aus unserer Sicht dramatisch geändert haben und sich noch weiter ändern werden, sind die Verlage und die Medien. Wir stellen fest, dass die klassischen Verlage mehr und mehr das Ziel verfolgen, sich zu Medienhäusern umzubauen, weil sie den Gegebenheiten auf den Märkten – bedingt durch das Internet und die Globalisierung – gerecht werden wollen. Das Wettbewerbsgeschehen spielt sich künftig nicht mehr primär innerhalb von Kreisgrenzen, beispielsweise zwischen zwei Kreiszeitungen, und auch nicht zwischen zwei Landkreisen ab, sondern mindestens national, eher aber noch europäisch oder global.

Es stellt sich so die Frage: Wie sehen die Märkte der Zukunft aus? Wir wollen, dass auf diesen Märkten der Zukunft künftig auch deutsche Verlage eine starke Rolle spielen können. Dafür müssen sie die Möglichkeit bekommen, selber zu wachsen und sich den neuen Strukturen anzupassen. Deswegen ist es richtig, dass wir die Aufgreifschwellen auch bei Pressefusionen weiter erhöhen, damit unsere Unternehmen die Chance haben, zu wachsen und damit auf den globalen Märkten weiter aktiv und erfolgreich zu sein.

Auch das zeigt: Wir haben erkannt, dass es neue Marktstrukturen gibt. Wir handeln, um unseren deutschen Unternehmen auf den Weltmärkten auch künftig eine Chance geben zu können.

Der dritte Bereich ist das Gesundheitswesen. Eine gute Versorgung fängt schon bei den Krankenkassen an: flexible Angebote, wenig Bürokratie, gute Leistungen. Wie in allen anderen Bereichen auch, ist die beste Garantie dafür eben der Wettbewerb.

Deswegen müssen wir auch bei den Krankenkassen für mehr Wettbewerb sorgen. Die Krankenkassen werden sich künftig auch dem Kartellrecht unterwerfen müssen. Es kann nicht sein, dass sich Krankenkassen zum Beispiel bei Zusatzbeiträgen oder anderen Dingen absprechen. Wenn sie im Sinne der Versicherten zusammenarbeiten wollen, dann ist das gut. Wenn sie sich aber absprechen, dann schadet das den Patientinnen und Patienten.

Gleichzeitig wollen wir auch Krankenkassenfusionen wieder der Aufsicht des Kartellamts unterstellen. Wir wollen Vielfalt bei den Krankenhäusern und bei den Krankenversicherungen; denn dieser Wettbewerb durch Wahlfreiheit nützt den Patientinnen und Patienten. Das zeigt ganz konkret, wie ein gutes Kartellrecht den Menschen im Alltagsleben nützt.

All diese Beispiele zeigen, dass wir erkannt haben, dass sich die Märkte verändert haben. Also muss man auch das Wettbewerbs- und Kartellrecht entsprechend anpassen. Wir kommen zu Verbesserungen und zu einem modernen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, das für mehr Transparenz sorgt, schärfere Instrumente für die Kartellrechtsbehörden bereitstellt und am Ende mehr Leistungen für die Verbraucherinnen und Verbraucher, für die Kundinnen und Kunden, ermöglicht.

Das beweist: Wettbewerb nützt zuallererst den Menschen, und das ist das Ziel eines gutes Wettbewerbsrechts.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 29. 6. 2012

Zukunft der deutschen Vollblutpferdezucht vorerst gesichert
Steuerrückvergütungen für Zuchtvereine

Der Deutsche Bundestag beschließt am heutigen Freitag das Gesetz zurBesteuerung von Sportwetten zur Flankierung des Glückspieländerungsstaatsvertrages der Bundesländer. Ein von den Koalitionsfraktionen eingebrachter Änderungsantrag enthält maßgebliche Anpassungen zum Schutz der deutschen Vollblutpferdezucht. Dazu erklären der Vorsitzende der AG Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Franz-Josef Holzenkamp, und der zuständige Berichterstatter Dieter Stier:

„Die Zukunft der deutschen Vollblutpferdezucht ist vorerst gesichert. Auf Druck der Agrarpolitiker der Koalitionsfraktionen wurde der Entwurf des Bundesrates für das Gesetz zur Besteuerung von Sportwetten dahingehend geändert, dass die Pferderennvereine auch weiterhin Rückzahlungen aus dem Steueraufkommen für Pferdewetten zum Zwecke der Zucht erhalten können.

Für die deutsche Pferdezucht sind diese Steuerrückvergütungen von erheblicher Bedeutung. Mit ihnen können die Pferderennvereine Rennen als Leistungsprüfungen für die Zucht durchführen und somit auch den Betrieb der Rennbahnen aufrechterhalten.

Die Bundesländer hatten mit ihrem Gesetzentwurf in Kauf genommen, dass die Europäische Kommission die traditionell in Deutschland für die Vollblutzucht gewährten Steuerrückvergütungen als unerlaubte Beihilfe verbietet. Für viele Rennvereine und Rennbahnen hätte dies das Aus bedeutet.

Im Übrigen begrüßen wir den Hinweis des Finanzausschusses, dass die Länder die Möglichkeit haben, den Pferderennvereinen Übergangslösungen zur Anpassung ihrer Wettvertriebsstruktur anzubieten. Wir fordern die Länder auf, diese Übergangslösungen im Sinne der Vollblutzucht zu gewährleisten. Andernfalls wäre der Fortbestand der Vollblutzucht erneut gefährdet."

Hintergrund:

Die Änderung des Glückspielstaatsvertrages der Länder war aufgrund europarechtlicher Vorgaben zur Ausgestaltung des staatlichen Glückspielmonopols notwendig geworden. Während die Länder für die Lotterien und die Sportwetten verantwortlich zeichnen, obliegt die Regelung der Pferdewette dem Bund.

Das Rennwett- und Lotteriegesetz – unverändert seit 1922 – regelt die Besteuerung von Pferdewetten und die Rückzahlung von bis zu 96 Prozent des daraus resultierenden Steueraufkommens zum Zwecke der Pferdezucht. Die Öffnung des Rennwett- und Lotteriegesetzes wird über das Gesetz zur Besteuerung von Sportwetten vollzogen. Durch diese Öffnung verliert das Rennwett- und Lotteriegesetz seinen vorkonstitutionellen Charakter. Die Steuerrückerstattung an die Rennvereine in der alten Form wäre von der Europäischen Kommission als Beihilfe nicht akzeptiert worden. Durch die Änderung des Gesetzes zur Besteuerung von Sportwetten soll dies verhindert werden.

FDP-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 11. 7. 2012

Staatliche Zwangsanleihen sind das falsche Instrument zur falschen Zeit

Zu der Forderung des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung (DIW) nach einer Zwangsanleihe zur Staatsschuldenfinanzierung, erklärt der finanzpolitische Sprecher und stellvertretende Vorsitzende der FDP-Bundestagsfraktion Volker Wissing:

Mit dem Vorschlag einer Zwangsanleihe für die Schuldenbekämpfung hat das Deutsche Institut für Wirtschaftsforschung

(DIW) ganz tief in die rote Mottenkiste gegriffen. Der Vorschlag ist in seiner Pauschalität politisch wenig brauchbar und dient vor allem der Stimmungsmache.

Im Prinzip stellen sich die gleichen Probleme wie bei der Einführung einer Vermögensbesteuerung: Welche Vermögensarten sollen erfasst werden, und wie soll die Trennung zwischen betrieblichem und privatem Vermögen erfolgen? Das DIW bleibt die Antwort auf diese Fragen schuldig und gesteht, dass die „Erhebung von Zwangsanleihen und einmaligen Vermögensabgaben nicht einfach sei".

Wenn das DIW schreibt, dass „Zwangsanleihen später getilgt, in Vermögensabgaben oder in andere Reichensteuern überführt werden könnten", zeigt das deutlich, dass das Ganze letztlich in Enteignung endet. Wenn das Institut auch Betriebsvermögen in die Vermögensabgabe einbeziehen will, macht es die vorgeschlagene Abgabe zu einem ökonomischen Experiment mit offenem Ausgang. Wer Betriebsvermögen zusätzlich besteuern will, schwächt die Unternehmen systematisch und gefährdet Arbeitsplätze. Was der Staat an Steuereinnahmen mehr bekommt, wird durch die steigenden Sozialausgaben, infolge eines geringeren Wirtschaftswachstums und höherer Arbeitslosigkeit, mehr als überkompensiert.

Die FDP-Bundestagsfraktion lehnt deshalb die Vorschläge des DIW als vollkommen ungeeignet und kontraproduktiv ab.

FDP-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 18. 6. 2012

Piraten sparen auf Kosten der Bürgerrechte

Zur Forderung des Fraktionsvorsitzenden der Piratenpartei im nordrhein-westfälischen Landtag, Joachim Paul, den Verfassungsschutz in die Polizeibehörden zu integrieren, erklärt der Verfassungsexperte und Vorsitzende der AG-Recht der FDP-Bundestagsfraktion Marco Buschmann:

Die FDP-Bundestagsfraktion möchte nicht, dass aus unserer Polizei eine neue Geheimpolizei wird. Daher gehört die Tätigkeit von Polizei und Nachrichtendiensten getrennt. Das verlangen Rechtsstaatsgebot und Grundrechte. Wer diese Trennung aus Kostengründen aufgeben möchte, dem sind Grundrechte und Transparenz offenbar nichts wert.

Das Grundgesetz gebietet die Trennung zwischen Polizei einerseits und sämtlichen Geheimdiensten wie dem Verfassungsschutz anderseits.

Deutscher Städte- und Gemeindebund DStGB
Pressemitteilung vom 8. 5. 2012

Gemeinsamer Forstausschuss
EU-Fördergelder auch für kommunale Wälder

„Der Platz auf dem Baum des Bürgermeisters ist teuer" – Nach dem Grundsatz „Wer bestellt, zahlt" fordern die Bürgermeister Wald besitzender Städte und Gemeinden in Deutschland von der EU-Kommission Ausgleichszahlungen für Naturschutzmaßnahmen in NATURA 2000-Gebieten.

„Die Vorschläge der EU-Kommission zur Förderung der ländlichen Entwicklung durch den europäischen Landwirtschaftsfonds (ELER) für die nächste Finanzperiode 2014–2020 müssen nachgebessert werden. Der Kommunalwald muss zukünftig auch wie der Privatwald einen finanziellen Ausgleich für die Nachteile durch die EU-Vorschriften erhalten. Den kommunalen Waldbesitzern entstehen durch die europäischen Naturschutzauflagen finanzielle Mehraufwendungen und Mindereinnahmen in Millionenhöhe, die sie aus eigener Kraft nicht mehr länger schultern können", begründet der Vorsitzende des Gemeinsamen Forstausschusses „Deutscher Kommunalwald", Verbandsdirektor Winfried Manns (Mainz) die Forderung nach Einbeziehung des Kommunalwaldes in die EU-Förderprogramme.

„Wer den Naturschutz im Wald voranbringen will, darf seine Förderung nicht von der Besitzart abhängig machen. Der Platz auf dem Baum des Bürgermeisters ist teuer. Den Kommunen kostet die Ausweisung von so genannten Flora-Fauna-Habitat-Waldgebieten (FFH) etwa 500 Euro je Jahr und Hektar", erläutert Manns. Nach den europäischen Naturschutzanweisungen dürften Waldbesitzer beispielsweise in Altholzbeständen nicht mehr wie bisher Holz fällen und müssten Nadelwälder in kostspieligere Laubwälder umwandeln. Angesichts der angespannten Haushaltslage seien deshalb immer mehr Kommunen auf finanzielle Unterstützung angewiesen.

Fördergelder für ein wirksames Management der NATURA 2000-Gebiete seien auch deshalb dringend erforderlich, um die EU-Ziele zum Stopp und zur Umkehrung des Biodiversitätsverlustes bis 2020 zu erreichen. Dies könne nicht ohne den Kommunalwald gelingen, weil gerade Städte und Gemeinden aufgrund ihrer Vorbildfunktion in der Vergangenheit großflächig FFH-Gebiete ausgewiesen hätten. Kommunen, die über Jahrzehnte ökologisch wertvolle Wälder im Sinne von NATURA 2000 geschaffen haben, sollten von der EU für ihr Engagement belohnt werden. Die jetzt auf dem Tisch liegenden Brüsseler Vorschläge würden stattdessen diese Kommunen abstrafen. Das gleiche gelte für den Ausgleich von finanziellen Nachteilen im Rahmen der Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie. Auch hier dürfe der Kommunalwald nicht schlechter gestellt werden.

Manns weist darauf hin, dass die EU-Kommissions-Dienststellen im Dezember letzten Jahres in einem Arbeitspapier zur Finanzierung des NATURA 2000-Netzwerkes selber die Notwendigkeit einer deutlichen Erhöhung der Investitionen für das Management unterstrichen haben. Mit der Einbeziehung des Kommunalwaldes leiste die EU einen weiteren entscheidenden Beitrag zur Sicherung dieser wertvollen Schutzgebiete.

Die EU-Kommissionsvorschläge sehen für die ELER-Förderperiode 2014–2020 Zahlungen im Rahmen von NATURA 2000 an private Waldbesitzer von 200 bis 500 Euro je Jahr und Hektar vor. Für Nachteile im Rahmen der Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie sind Ausgleichszahlungen von 50 Euro mindestens für Jahr/Hektar an private Waldbesitzer vorgesehen.

FDP-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 12. 7. 2012

Der Europäische Gerichtshof bricht eine Lanze für den Artenschutz

Zur heutigen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zum lizenzfreien Handel mit alten und seltenen Obst- und Gemüsesorten erklärt die Sprecherin für Naturschutz der FDP-Bundestagsfraktion Angelika Brunkhorst:

Heute ist ein großer Tag für die Artenvielfalt in Europa. Die FDP-Bundestagsfraktion begrüßt die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, der heute eine Lanze für seltene und bedrohte Obst- und Gemüsesorten gebrochen hat. So können künftig nicht lizensierte alte Sorten gehandelt werden.

Die Lizensierung sorgt für verlässliche und gleichbleibende Qualität von Obst und Gemüse. Sie verdrängt jedoch alte Sorten. Denn nach der Saatgutrichtlinie der EU unterliegen alle Sorten, die in den Handel kommen einem teuren Zulassungsverfahren. Selten gewordene, meist nur regional vorkommende Sorten rechnen sich nicht für eine kostspielige Lizensierung und gehen uns somit mehr und mehr verloren.

Die heutige Entscheidung, dass seltene Sorten auch ohne Lizenz auf den Markt kommen dürfen, ist ein großer Schritt für die Biodiversität. Sie flankiert unsere Ziele zum Artenerhalt und sorgt für mehr Vielfalt auf unseren Tischen.

www.gmbbl.de

FDP-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 23. 7. 2012

Jürgen Trittin hat kurze Beine

Zur heute von Jürgen Trittin geäußerten Kritik an Philipp Rösler erklärt der Parlamentarische Geschäftsführer und haushaltspolitische Sprecher der FDP-Bundestagsfraktion Otto Fricke:

Wenn Herr Trittin behauptet, es gäbe längst eine Vergemeinschaftung von Schulden, soll dies nur dazu dienen, die von SPD und Grünen geplante Einführung von Eurobonds oder eines Schuldentilgungsfonds vorzubereiten.

Beiden Instrumenten ist gemein, dass sie eine gesamtschuldnerische Haftung bedeuten, so dass in den Wunschfällen von Herrn Trittin erst einmal Deutschland für alle Schulden in der Eurozone haften würde. Das versteht man unter einer Vergemeinschaftung von Schulden.

Dieser Plan ist nicht nur im höchsten Maße verantwortungslos gegenüber den deutschen Steuerzahlern, sondern im Übrigen auch schlicht verfassungswidrig, da die Belastungen für den Bundeshaushalt in der Höhe unbegrenzt und nicht von Deutschland beeinflussbar wären. Alleine bei dem von Trittin favorisierten Schuldentilgungsfonds steht ein Haftungsvolumen von 2300 Mrd. Euro im Raume.

Die bisherigen Rettungsmaßnahmen der Koalition hingegen werden in Form von Gewährleistungen für Kredite gewährt, die an konkrete Sanierungsbedingungen geknüpft sind. Überdies ist für jede Maßnahme von der Koalition ein strikter Parlamentsvorbehalt errichtet worden, so dass Deutschland über die Höhe der Hilfen direkte Kontrolle behält. Für diese Hilfskredite stehen die Kreditgeber, also auch Deutschland, nur mit einem begrenzten Anteil ein. Durch dieses Vorgehen wird ein Anreiz dafür geschaffen, dass die eigentliche Ursache der Krise bekämpft wird, nämlich die strukturell zu hohe Staatsverschuldung.

Wenn Herr Trittin zwischen seinen Eurobonds und den bisherigen Stabilisierungsmaßnahmen der Bundesregierung keinen Unterschied erkennen kann, dann sollte er seine Ambitionen auf den Wunschposten „Bundesfinanzminister“ an den Nagel hängen.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 49/2012 vom 5. 7. 2012

Erfolglose Verfassungsbeschwerde eines Notars gegen die aufsichtsbehördliche Weisung zur Dokumentation notarieller Verwahrungsgeschäfte

Notare werden als unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und andere Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege in den Ländern bestellt. Sie unterstehen der Aufsicht durch den Präsidenten des Landgerichts, durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts sowie durch die Landesjustizverwaltung (§ 92 Bundesnotarordnung -BNotO), die unter anderem die regelmäßige Prüfung und Überwachung der Amtsführung der Notare umfasst. Der Notar ist verpflichtet, den Aufsichtsbehörden Akten, Verzeichnisse und Bücher sowie die in seiner Verwahrung befindlichen Urkunden zur Einsicht vorzulegen und auszuhändigen (§ 93 BNotO). Die Notare sind in Notarkammern zusammengeschlossen, denen es insbesondere obliegt, in Richtlinien die Amtspflichten und sonstigen Pflichten ihrer Mitglieder im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und auf deren Grundlage erlassener Verordnungen durch Satzung näher zu bestimmen.

Zu den Aufgaben des Notars gehört unter anderem die Verwahrung von Geld und Wertgegenständen, die ihnen zur Aufbewahrung oder Ablieferung an Dritte übergeben werden. Die Dokumentation notarieller Verwahrungsgeschäfte ist in der von den Landesjustizverwaltungen erlassenen Dienstordnung für Notarinnen und Notare geregelt. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Vorschrift des § 10 der schleswig-holsteinischen Dienstordnung für Notarinnen und Notare (DONot). Danach sind für die Verbuchung von empfangenen oder ausgezahlten Fremdgeldern jede Einnahme und jede Ausgabe im Verwahrungsbuch und im Massenbuch einzutragen. Bei bargeldlosem Zahlungsverkehr sind die Eintragungen an dem Tag vorzunehmen, an dem die Kontoauszüge oder die Mitteilung über Zinsgutschriften oder Spesenabrechnungen beim Notar eingehen (§ 10 Abs. 3 DONot).

Der Beschwerdeführer, ein in Schleswig-Holstein zugelassener Notar, nahm dagegen die Verbuchung von bargeldlosen Zahlungen unter dem Datum der Gutschrift oder der Abbuchung im Verwahrungs- und im Massenbuch vor. Nachdem er seine Buchungspraxis trotz entsprechender Beanstandung nicht änderte, wies ihn der Präsident des Landgerichts schriftlich an, Buchungen bei bargeldlosem Zahlungsverkehr entsprechend § 10 Abs. 3 DONot durchzuführen, mit dem Hinweis, dass erneute Verstöße zu dienstaufsichtsrechtlichen Maßnahmen führen müssten. Die dagegen eingelegten Rechtsmittel des Beschwerdeführers blieben vor dem Oberlandesgericht und dem Bundesgerichtshof ohne Erfolg. Der Beschwerdeführer sieht sich durch die mit seiner Verfassungsbeschwerde angegriffenen Entscheidungen im Wesentlichen in seinem Grundrecht auf Berufsfreiheit verletzt, weil die Dienstordnung für Notarinnen und Notare und die gegen ihn auf dieser Grundlage ergangene Weisung nicht von einer gesetzlichen Grundlage getragen seien und daher nicht dem Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG genügten.

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerde als unbegründet zurückgewiesen (Beschluss vom 19. 6. 2012 – 1 BvR 3017/09). Durch die angegriffene Weisung und die sie bestätigenden gerichtlichen Entscheidungen wird der Beschwerdeführer nicht in seiner durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit verletzt.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

1. Der Notar übt einen staatlich gebundenen Beruf aus. Er nimmt als selbständiger Berufsträger im Bereich vorsorgender Rechtspflege Staatsaufgaben wahr, die richterlichen Funktionen nahe kommen, und wird mithin typischerweise in sachlich bedingter Nähe zum öffentlichen Dienst tätig. Auch für einen solchen Beruf gilt ebenso wie für die Berufe, die im engeren Sinne zum öffentlichen Dienst gehören, grundsätzlich die grundrechtliche Gewährleistung der freien Berufsausübung aus Art. 12 Abs. 1 GG. Aufgrund der Nähe staatlich gebundener Berufe zum öffentlichen Dienst müssen es jedoch die Notare hinnehmen, dass für sie die Wirkungen des Grundrechts der Berufsfreiheit durch Sonderregelungen zurückgedrängt werden. Wegen der unterschiedlichen beruflichen Tätigkeitsfelder im Zusammenhang mit der notariellen Amtsführung ist hinsichtlich des genauen Grades der Annäherung und der damit im konkreten Fall verbundenen Zulässigkeit von Sonderregelungen zu differenzieren.

Die hier maßgeblichen Vorschriften über die Dokumentation der Verwahrungsgeschäfte nach der Dienstordnung für Notare sind dem übertragenen Bereich der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben zuzuordnen, der Sonderregelungen zugänglich ist. Sie betreffen nicht lediglich die der privaten Freiheit unterfallende Organisation der internen Betriebsabläufe des Notariats. Die Führung des Verwahrungs-und des Massenbuchs als Dokumentation des Verwahrungsgeschäfts ist notwendiger Teil der Durchführung dieses notariellen Amtsgeschäfts. Sie dient nicht nur der Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Aufbewahrung fremder Gelder und Wertgegenstände in den Notariaten, sondern soll auch die Kontrolle dieser Amtsgeschäfte durch die Dienstaufsichtsbehörde gewährleisten.

2. Danach sind die von dem Beschwerdeführer angegriffene Weisung und die ihr zugrunde liegende allgemeine Vorschrift in § 10 Abs. 3 Satz 1 DONot weder der Form noch dem Inhalt nach verfassungsrechtlich zu beanstanden. Selbst wenn die angegriffenen Maßnahmen am Grundrecht der Berufsfreiheit zu messen sein sollten, was der Beschluss offen lässt, genügen sie

den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Weisung als Mittel der Dienstaufsicht als auch hinsichtlich des Inhalts der Weisung.

a) Die dem Beschwerdeführer erteilte Einzelweisung als Mittel der Dienstaufsicht ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Für ein Weisungsrecht der Dienstaufsichtsbehörden gegenüber Notaren fehlt es zwar an einer ausdrücklichen Regelung im Gesetz. Es genügt jedoch den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG, wenn den Aufsichtsbehörden im Rahmen ihrer in §§ 92, 93 BNotO geregelten Aufsichtsbefugnisse ein Weisungsrecht gegenüber Notaren zugebilligt wird. Das Weisungsrecht zählt zu den typischen Instrumentarien der öffentlichen Aufsicht. Der Mittel und Möglichkeiten der Dienstaufsicht bedient sich der Gesetzgeber auf der Grundlage der §§ 92, 93 BNotO zur Kontrolle notarieller Amtsführung. Es ist daher vertretbar, wenn die Fachgerichte durch Auslegung der §§ 92, 93 BNotO zu dem Ergebnis gelangen, dass ein Weisungsrecht bei den gesetzlich ausdrücklich geregelten Aufsichtsbefugnissen der Justizverwaltung vorausgesetzt wird und in der Gesamtregelung der Dienstaufsicht über Notare angelegt ist.

In materieller Hinsicht bestehen gegen das Mittel der Weisung als solches weder in der Form einer Einzelweisung noch in der Form der allgemeinen Weisung verfassungsrechtliche Bedenken. In beiden Fällen dient die Weisung vernünftigen Gründen des Gemeinwohls, nämlich der Aufsicht über die notarielle Amtsführung und damit der demokratischen und rechtsstaatlichen Rückbindung eines außerhalb der staatlichen Verwaltungsorganisation stehenden Amtsträgers sowie der Sicherung eines ordnungsgemäßen Handelns im Bereich der staatlichen Aufgabe zur vorsorgenden Rechtspflege.

b) Auch ihrem Inhalt nach genügt die dem Beschwerdeführer erteilte Einzelweisung den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Es besteht eine gesetzliche Grundlage. Die Regelungen der Dienstordnung zur Dokumentation von Verwahrungsgeschäften lassen sich auf die Befugnisse der Landesjustizverwaltung als Dienstaufsichtsbehörde zur Erteilung allgemeiner Weisungen nach Maßgabe des § 93 BNotO stützen. Insbesondere ermächtigen die gesetzlichen Regelungen die Aufsichtsbehörden dazu, nähere Vorgaben zur konkreten Ausgestaltung technischer Einzelfragen der Dokumentation zu machen, wenn dies die Adressaten nicht wesentlich belastet. Das ist hier der Fall. Die in der Dienstordnung enthaltenen Regelungen zur Dokumentation der Verwahrungsgeschäfte dienen der staatlichen Aufsicht. Die Regelung zum Buchungsdatum ist, wenn überhaupt, nur mit einer geringen Mehrbelastung gegenüber anderen Arten der Buchführung verbunden. Die allgemeine Weisung in § 10 Abs. 3 Satz 1 DONot verstößt auch nicht deshalb gegen höherrangiges Recht, weil dadurch eine Amtspflicht auferlegt wird, deren Begründung nach der Konzeption der Bundesnotarordnung den Notarkammern vorbehalten wäre. Es entspricht der Nähe des Notarberufs zum öffentlichen Dienst, dass die unmittelbare staatliche Aufsicht über die notarielle Amtsführung schon angesichts der fortbestehenden Verantwortung des Staates nicht vollständig durch die Kompetenzen einer Selbstverwaltungskörperschaft verdrängt werden kann.

OLG Köln-Pressemitteilung vom 29. 6. 2012

Gratis-Zugaben müssen bei der Angabe des Grundpreises eingerechnet werden

Bewirbt ein Lebensmittelhändler einen Artikel mit einer „Gratis-Zugabe“, so ist der beim Verkauf an den Endverbraucher anzugebende Grundpreis aus der Gesamtmenge einschließlich der Zugabe zu errechnen. Dies entschied das Oberlandesgericht Köln in einem heute verkündeten Urteil (Az: 6 U 174/11).

In dem zur Entscheidung stehenden Fall hatte eine Lebensmittel-Handelskette Kästen mit 12 × 1-Liter-Flaschen eines Erfrischungsgetränkes beworben mit dem Zusatz:

„Beim Kauf eines Kastens erhalten Sie zusätzlich
2 Flaschen GRATIS“
bzw.:
„2 Flaschen GRATIS beim Kauf eines Kastens“.

In beiden Fällen war in der Werbung der Liter-Preis mit „0,57“ angegeben, was rechnerisch dem Preis des Kastens geteilt durch 14 Liter entsprach. Der Kläger, eine Verbraucherzentrale, sah dies als einen Verstoß gegen die Preisangabenverordnung und als irreführend an und nahm die Handelskette auf Unterlassung der Werbung in Anspruch. Seiner Ansicht nach hätte der Grundpreis nur aus dem Kastenpreis geteilt durch 12 Liter errechnet werden dürfen, was zu einer Grundpreisangabe von 0,67 Euro geführt hätte. Die beiden zusätzlich abgegebenen Flaschen hätten, so seine Argumentation, als Gratis-Zugabe keinen Preis und damit auch keinen Grundpreis. Der Verbraucher werde durch die niedrigere Preisangabe, wie sie sich aus der Berechnung des Händlers ergebe, irregeführt.

Anders als noch das Landgericht in erster Instanz schloss sich das Oberlandesgericht dieser Argumentation nicht an und wies die Klage ab. Die gesetzliche Pflicht zur Angabe des Grundpreises pro Liter solle dem Verbraucher die leichte Vergleichbarkeit verschiedener Angebote mit unterschiedlichen Verpackungsgrößen ermöglichen. Ein sinnvoller Vergleich mit anderen Angeboten sei dem Verbraucher in Fällen der vorliegenden Art jedoch nur möglich, wenn er den Preis unter Einrechnung der Gratis-Zugabe kenne. Denn der Kunde werde in einen Preisvergleich auch die beiden gratis erhaltenen Flaschen einbeziehen. Würde der Preis nur unter Berücksichtigung von 12 Flaschen ermittelt, müsste der Kunde vielmehr die beiden Gratisflaschen selbst aufwendig in die Berechnung einstellen, um das Preis-Leistungs-Verhältnis des beworbenen Angebots mit Konkurrenzangeboten ohne Gratis-Zugabe vergleichen zu können.

Der Senat hat die Revision zum Bundesgerichtshof zugelassen, da die Frage der Berechnung des Grundpreises in Fällen einer Gratis-Zugabe bisher nicht höchstrichterlich geklärt ist.

Die Entscheidung ist in der Rechtsprechungsdatenbank NRWE unter www.nrwe.de abrufbar.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 18. 7. 2012

Asyl-Urteil sorgt für Klarheit und notwendige Differenzierung
Keine grundsätzliche Gleichstellung von Asylbewerbern und Hartz-IV-Empfängern

Das Bundesverfassungsgericht hat heute über die Verfassungsmäßigkeit der Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz entschieden. Dazu erklären der arbeitsmarkt- und sozialpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Karl Schiewerling, sowie der zuständige Berichterstatter, Peter Tauber:

„Das Verfassungsgericht hat der Bundesregierung einen klaren Auftrag erteilt. Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion geht davon aus, dass das Bundesministerium für Arbeit und Soziales umgehend einen entsprechenden Gesetzesvorschlag erarbeiten und die geforderten Sofortmaßnahmen umsetzen wird.

Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch auch in anderer Hinsicht für verfassungsrechtliche Klarheit gesorgt: Entgegen der Erwartung mancher Verbände hat das Bundesverfassungsgericht keine grundsätzliche Gleichstellung von Asylbewerbern und Hartz-IV-Empfängern gefordert. Damit beanstandet das Bundesverfassungsgericht eben nicht den grundlegenden Re-

www.prewest.de

gelungscharakter des Asylbewerberleistungsgesetzes. Eine Differenzierung ist somit weiterhin möglich, wenn in einem transparenten Verfahren nachgewiesen wird, dass ein abweichender Bedarf besteht.

Ebenso klar hat das Gericht festgestellt, dass das Prinzip „Sachleistung vor Geldleistung" absolut zulässig ist. Wer existenzsichernde Sachleistungen bezieht, erhält daher nach der Übergangsregelung keine ergänzende Geldleistung zur Deckung des notwendigen Bedarfs (Ernährung, Unterkunft, Heizung, Kleidung, Gesundheits- und Körperpflege und Gebrauchs- und Verbrauchsgütern des Haushalts). Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gibt dem Gesetzgeber sowie den Ländern bei der praktischen Umsetzung vor Ort weiterhin einen erheblichen Gestaltungsspielraum. Diesen Gestaltungsspielraum gilt es bei der Neuregelung zu nutzen."

FDP-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 18. 7. 2012

Asylbewerbern jetzt Arbeiten ermöglichen

Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts wonach die Leistungssätze nach dem Asylbewerberleistungsgesetz verfassungswidrig sind, erklärt der Obmann der FDP-Bundestagsfraktion im Ausschuss für Arbeit und Soziales Pascal Kober:

Neben der raschen Umsetzung des Bundesverfassungsgerichtsurteils, muss auch über die Arbeitserlaubnis von Asylbewerbern gesprochen werden. Asylbewerber sollten eine Arbeitserlaubnis in Deutschland erhalten, sodass sie auch die Chance zur Selbstversorgung und Beschäftigung bekommen. Darüber hinaus müssen die Asylverfahren dringend verkürzt werden.

Das heutige Urteil des Bundesverfassungsgerichts ist nachvollziehbar und wohlbegründet. Es ist gut für die Asylbewerber, dass es jetzt zu einer Neuregelung kommt. Diese werden wir gründlich vorbereiten und zügig umsetzen.

Bei der Neuberechnung der Sätze nach dem Asylbewerberleistungsgesetz wird für die FDP eine nachvollziehbare und gründliche Berechnung der Sätze im Vordergrund stehen. Eine migrationspolitische Motivation, wonach die Leistungssätze gering sein sollen, um möglichst geringe Asylbewerberzahlen zu bekommen, ist mit der FDP nicht zu machen.

SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 18. 7. 2012

Gut für die Betroffenen, peinlich für die Bundesregierung

Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit des Asylbewerberleistungsgesetzes erklärt der Sprecher der Arbeitsgruppe Migration und Integration der SPD-Bundestagsfraktion Rüdiger Veit:

Der Urteilsspruch der Karlsruher Richter ist gut für die Betroffenen und peinlich für die Bundesregierung. Eine Anpassung der Leistungen war längst überfällig. Das konnte spätestens nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu den Hartz IV-Sätzen vor zwei Jahren niemand mehr übersehen.

Neben einer Neuberechnung der Leistungen müssen wir das Gesetz insgesamt überdenken. Das Sachleistungsprinzip darf nicht mehr so starr angewandt werden wie bisher. Es ist eine Schikane für die Betroffenen und für die Kommunen ist es oftmals teurer und bürokratisch aufwändiger. Grundsätzlich müssen Geldleistungen statt Wertgutescheinen ausgegeben werden. Die Unterbringung in Wohnungen muss Vorrang vor der in Gemeinschaftsunterkünften haben.

Auch die medizinischen Leistungen müssen verbessert werden. Hier gibt es kluge Vorbilder wie das sogenannte Bremer Modell, bei dem das Land Bremen schon 2005 eine Vereinbarung mit der Krankenkasse vor Ort getroffen hat, um medizinisch notwendige Leistungen über die Krankenkasse statt das Sozialamt erstatten zu lassen. Davon können wir auch im Bund lernen.

Zuletzt ist die derzeit geltende Bezugsdauer von 48 Monaten zu lang. Als das Asylbewerberleistungsgesetz eingeführt wurde, lag sie bei maximal einem Jahr. Was einmal als Provisorium gedacht war, darf nicht zum Dauerzustand werden.

SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 18. 7. 2012

Asylbewerberleistungen: Regierung hat Lösung auf die lange Bank geschoben

Zum heutigen Urteil des Bundesverfassungsgerichtes zur Höhe und Bemessung der Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz erklären die stellvertretende Fraktionsvorsitzende Elke Ferner, die sozialpolitische Sprecherin Anette Kramme und die zuständige Berichterstatterin Gabriele Hiller-Ohm:

Das heutige Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) ist eine weitere schallende Ohrfeige für die Bundesregierung: Spätestens seit der Entscheidung vom Februar 2010 hätte jedem in der Bundesrepublik klar sein müssen, dass willkürlich festgesetzte Leistungen, wie sie beim Asylbewerberleistungsgesetz der Fall sind, nicht dem Grundgesetz entsprechen. Anstatt hier eine verfassungskonforme Neuregelung – wie von der SPD-Bundestagsfraktion mehrfach gefordert – auf den Weg zu bringen, hat die Regierung zwei Jahre verstreichen lassen. Die Vorgabe des Verfassungsgerichtes, nunmehr „unverzüglich" eine Neuregelung vorzulegen, zeigt deutlich, dass die Geduld des BVerfG erschöpft ist.

Das höchste deutsche Gericht hat zudem deutlich gemacht, dass das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum nicht nur Deutschen, sondern gleichermaßen allen Ausländerinnen und Ausländern zustehe, die sich in der Bundesrepublik aufhalten. Dieses Grundrecht umfasst eben auch das soziokulturelle Existenzminimum zur Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben. Es ist daher zwangsläufig, dass das BVerfG als Übergangsregelung vorgibt, dass die Höhe der Leistungen für Flüchtlinge sich nach den seit dem 1. Januar 2011 geltenden Regelbedarfen für die Grundsicherung für Arbeitsuchende bzw. die Sozialhilfe zu orientieren haben. Dies gilt um so mehr, als die Leistungen seit dem Jahr 1993 nicht mehr angepasst worden sind.

Die eindeutige Vorgabe des BVerfG, die Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz in einem „inhaltlich transparenten und sachgerechten Verfahren nach dem tatsächlichen Bedarf (zu) bemessen", entspricht der Forderung der SPD-Bundestagsfraktion. Ungeachtet des Aufenthaltsstatus der Eltern, dürfen zudem Kinder vom Menschenrecht auf Bildung nicht ausgeschlossen werden: Auch Kinder, die unter das Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) fallen, müssen die Leistungen aus dem Bildungs- und Teilhabepaket erhalten.

Die SPD-Bundestagsfraktion wird sich zudem dafür aussprechen, die zeitliche Befristung, für wie lange Personen unter das AsylbLG fallen sollen, neu zu regeln: Das AsylbLG soll nur noch für zwölf Monate – wie ursprünglich geregelt – Anwendung finden, und danach die regulären Sicherungssysteme der Grundsicherung für Arbeitsuchende oder der Sozialhilfe greifen sollen.

Bündnis 90/Die Grünen im Bundestag
Pressemitteilung vom 18. 7. 2012

Asylbewerberleistungsgesetz abschaffen

Zum heutigen Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Asylbewerberleistungsgesetz (Az: 1 BvL 10/10 u. a.) erklären Markus Kurth, Sprecher für Sozialpolitik und Josef Winkler, stellvertretender Fraktionsvorsitzender und Sprecher für Flüchtlingspolitik:

Wir begrüßen das heutige Urteil – das bestehende Sonderrecht für Asylsuchende muss jetzt aufgehoben werden. Ein Gesetz, das den Zweck verfolgt, Menschen zu diskriminieren, hat keinen Platz in der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik. Wir haben die Abschaffung des Asylbewerberleistungsgesetzes seit Jahren gefordert.

Die Bundesregierung hat auf ganzer Linie verloren. Ein solches Urteil und die sofortige Übergangsregelung zeigen, dass Karlsruhe offenbar das Vertrauen in die Handlungsfähigkeit der Bundesregierung abhanden gekommen ist.

Die Grundsätze unserer Verfassung und damit auch das Existenzminimum gelten für alle Menschen. Es ist gut und richtig, dass das Bundesverfassungsgericht dies ein für allemal festgestellt hat. Damit hat die jahrelange Diskriminierung ein Ende. Auch ausländische Staatsangehörige haben ein Recht auf ein menschenwürdiges Leben in Deutschland.

Deutscher Städte- und Gemeindebund DStGB
Pressemitteilung vom 18. 7. 2012

Asylbewerberleistungen
Kommunen von Kosten der Asylbewerberleistungen vollständig entlasten!

Zur heutigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu Leistungen für Asylbewerber betonte der Deutsche Städte- und Gemeindebund, dass die Unterbringung und Versorgung von Asylbewerbern staatliche, und keine kommunalen Aufgaben und daher auch vollständig von den Ländern bzw. dem Bund zu finanzieren sind.

Derzeit erhalten über 130.000 Personen Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz. Eine Erhöhung der Regelsätze ist zwar sozialpolitisch verständlich, wird aber erhebliche Mehrkosten verursachen. Im Falle einer Angleichung der Regelsätze an die Leistungen für SGB II/XII-Empfängern wären jährliche Mehrkosten in Höhe von 250 Mio. € möglich.

„Die Länder müssen den Kommunen die durch das Urteil entstehenden Mehrkosten vollständig erstatten", erklärte der stellvertretende Hauptgeschäftsführer des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Uwe Zimmermann. „Die Asylbewerberleistungen sind nur ein Teil der Sozialausgaben. Die Kommunen müssen mittlerweile mehr als 43 Mrd. Euro im Jahr für Sozialleistungen ausgeben. Solange der Bund und die Länder die Kommunalhaushalte hier nicht nachhaltig entlasten, werden diese nicht aus der Finanzmisere heraus kommen können".

Das Bundesverfassungsgerichtsurteil zur Höhe der Asylbewerberleistungen wird in vielen Bundesländern die Debatte über eine vollständige Erstattung dieser Kosten an die vorfinanzierenden Kommunen neu entfachen. Es muss nun in ganz Deutschland flächendeckend zu einer vollständigen und zügigen Entlastung der Kommunen von diesen Ausgaben insgesamt kommen.

KfW-Presseerklärung vom 4. 7. 2012

Fast jeder vierte Gründer hat einen Migrationshintergrund

- Migranten beleben Gründungsgeschehen in Deutschland
- Vergleichsweise häufig setzen sie innovative Geschäftsideen um
- Gründer mit Migrationshintergrund stoßen häufiger auf Probleme bei der externen Finanzierung

184.000 Personen und damit etwas weniger als ein Viertel aller Menschen, die sich in Deutschland im Jahr 2011 selbstständig gemacht haben, hatte einen Migrationshintergrund (22%). Im Vergleich zum Vorjahr ist die Anzahl der Gründer mit Migrationshintergrund um 15% gestiegen, bei einem generellen Rückgang der Gründerzahl um 11%. Treiber des Anstiegs waren selbstständige Nicht-EU-Ausländer (+31%). Dies ist ein zentrales Ergebnis der Sonderauswertung des KfW Gründungsmonitors 2012. „Viele Migranten, insbesondere wenn sie über keinen in Deutschland anerkannten Bildungs- und Berufsabschluss verfügen, konnten offenbar nicht in gleichem Maße von den guten Arbeitsmarktbedingungen profitierten wie deutsche Gründer", sagt Dr. Margarita Tchouvakhina, Abteilungsdirektorin bei der KfW Bankengruppe. „Sie lassen sich aber nicht entmutigen, sondern nehmen ihr Schicksal selbst in die Hand und wagen den Schritt in die Selbstständigkeit. Dadurch wird das Gründergeschehen hierzulande deutlich belebt", sagt Dr. Tchouvakhina.

In ihren Gründungsvorhaben unterscheiden sich Migranten und Deutsche nur geringfügig. So gründen Migranten etwas häufiger im Team als deutsche Gründer (26% vs 19%) und stellen deutlich öfter zu Beginn der Selbstständigkeit schon Mitarbeiter ein (48% vs. 27%), die zu 35% aus dem eigenen familiären Umkreis stammen (Deutsche 30%). Gründer mit Migrationshintergrund bieten am häufigsten mit ihrem Unternehmen persönliche Dienstleistungen an (35%; z. B. Friseure, Kosmetiksalons, Fotografen oder DJ's) an (ebenfalls Spitzenposition bei deutschen Start ups: 30%).

Ein Unterschied ist allerdings auffällig: Unter den Gründern mit Migrationshintergrund sind vergleichsweise häufig Personen zu finden, die als ihr Hauptmotiv für den Start angeben, eine – oft innovative – Geschäftsidee umzusetzen, und von Beginn an Mitarbeiter beschäftigen:

Im Durchschnitt der Jahre 2008 bis 2011 liegt der Anteil dieser sogenannten Entrepreneure bei den Gründern mit Migrationshintergrund bei 24% Prozent, bei Deutschen hingegen lediglich bei 11%. „Entrepreneure sind in der Regel deutlich erfolgreicher als andere Gründungen. Sie geben wichtige Impulse für unsere Volkswirtschaft", sagt Dr. Tchouvakhina.

Der Blick auf die Datenlage der Jahre 2008 bis 2011 zeigt, dass knapp ein Viertel aller Gründungen mit Migrationshintergrund durch Menschen mit türkischer Staatsangehörigkeit vollzogen werden; fast jeder Zehnte kommt aus Russland. Mit Anteilen von jeweils 4–5% sind Österreicher, Polen, Italiener und Griechen die nächst größeren Gruppen. „Die Zuwanderung aus EU-Ländern, die von der Finanz- und Schuldenkrise schwer betroffen sind, hat sich im Jahr 2011 deutlich erhöht: Allein aus Griechenland kamen etwa 90% mehr Einwanderer, 52% mehr aus Spanien. Wir erwarten in den kommenden Jahren einen Anstieg der Gründungen durch diese Gruppen", sagt Dr. Tchouvakhina.

Für die Umsetzung ihres Gründungsvorhabens setzen Migranten etwas seltener finanzielle Mittel ein als Deutsche (70% vs. 67%) und benötigen in diesem Fall etwas häufiger externe Kapitalgeber (41% vs. 33%). 24% von ihnen – und somit fast doppelt so häufig wie deutsche Gründer – stoßen dabei jedoch auf Schwierigkeiten: „Insbesondere bei Gründungen aus der Arbeitslosigkeit heraus verstärken sich die strukturellen Nachteile von Gründern beim Zugang zu Finanzmitteln. Hinzu mögen nicht anerkannte Bildungs- und Berufsabschlüsse kommen, was die externen Kapitalgeber verständlicherweise restriktiver agieren lässt", sagt Dr. Tchouvakhina.

Das Förderangebot der KfW Bankengruppe für Gründer und junge Unternehmen finden Sie unter www.kfw.de/gruenden.

BGH-Pressemitteilung Nr. 091/2012 vom 18. 6. 2012

Neuer Vorsitzender Richter beim Bundesgerichtshof

Der Bundespräsident hat Richter am Bundesgerichtshof Hans-Joachim Dose zum Vorsitzenden Richter am Bundesgerichtshof ernannt.

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof Dose ist 55 Jahre alt. Nach Abschluss seiner juristischen Ausbildung trat er im Jahr 1986 in den höheren Justizdienst des Landes Niedersachsen ein. Er war zunächst bei der Staatsanwaltschaft Hannover, bei den Landgerichten Hannover und Göttingen sowie beim

Amtsgericht Einbeck eingesetzt. 1990 erfolgte seine Ernennung zum Richter am Amtsgericht Einbeck. Von 1995 bis 1997 war er als wissenschaftlicher Mitarbeiter an den Bundesgerichtshof abgeordnet. Noch während seiner Abordnung wurde er zum Richter am Oberlandesgericht Celle befördert. Am 10. Dezember 2003 erfolgte seine Ernennung zum Richter am Bundesgerichtshof. Seither gehört er dem XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs an, seit 1. Juli 2009 als dessen stellvertretender Vorsitzender.

Das Präsidium des Bundesgerichtshofs hat Herrn Dose den Vorsitz im XII. Zivilsenat übertragen, der vornehmlich für das Familienrecht und das Gewerberaummietrecht zuständig ist.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen
Pressemitteilung vom 12. 4. 2012

Inzestverbot überholt

Zur heutigen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, wonach die deutsche Strafvorschrift des Beischlafverbots zwischen Verwandten und Geschwistern nicht gegen Europäische Menschenrechte verstößt, erklärt Jerzy Montag, Sprecher für Rechtspolitik:

Die heutige – noch nicht endgültige – Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte überrascht nicht. Sie ist gleichwohl ein Rückschlag für eine rationale, an Kriterien der Sozialschädlichkeit und des Rechtsgüterschutzes ausgerichtete Kriminalpolitik. Wie der EGMR zu Recht ausführt, sind die Auffassungen zum Inzestverbot in den 49 Staaten der Europäischen Menschenrechtskonvention zu unterschiedlich, um in einer moralisch so sensiblen Frage einen Verstoß gegen elementare Menschenrechte zu erblicken.

In der Sache bleibt die strafrechtliche Verfolgung vom Beischlaf unter Verwandten und Geschwistern ein Anachronismus. Moralische Tabus und soziale Anstandsregeln dürfen nicht mit dem Strafrecht durchgesetzt werden. Früher vielleicht schlüssige Begründungen für eine solche Strafbarkeit halten heute einer Überprüfung nicht mehr Stand.

So wird auf angebliche Gesundheitsgefahren für eventuell gezeugte Kinder verwiesen, wobei die Zeugung von gesundheitlich gefährdeten Kindern in vielen anderen Konstellationen – völlig zu Recht – straffrei ist.

Unter Strafe gestellt ist dabei nicht die Zeugung von Kindern, sondern lediglich der Beischlaf. Andere Formen der Sexualität bleiben straffrei.

Es gibt nur eine richtige Konsequenz: Die Strafvorschrift des Beischlafs unter Verwandten und Geschwistern ist aufzuheben. Dies stellt keine Befürwortung moralisch und ethisch fragwürdiger Sexualpraktiken dar. Es ist nur die Einsicht, dass eine rationale Kriminalitätspolitik kein Ersatz für Regelungen des Anstands oder der Moral ist.

SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 28. 6. 2012

Homo-Ehe: Gleiche Rechte wie für Ehepaare

Zum Christopher Street Day und zum Antrag der SPD, die Homo-Ehe zu ermöglichen, mit dem sich der Bundestag heute befasst, erklärt die stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion Christine Lambrecht:

Trotz der fast vollständigen Gleichstellung mit der Ehe werden gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften immer noch diskriminiert. Die Bundesregierung weigert sich, diese Lebenspartnerschaften vollständig der Ehe gleichzustellen. Während sogar die FDP fordert, dass dort, wo gleiche Pflichten übernommen würden, auch gleiche Rechte bestehen sollten, setzt sich die wiederholte Uneinigkeit innerhalb der Bundesregierung fort.

Das geht zulasten vieler homosexueller Paare, die immer noch schlechter gestellt sind, vor allem im Steuer- und Adoptionsrecht. Das geht auch zulasten des Kindeswohls. Wir fordern in unserem Antrag
http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/081/1708155.pdf,
dass die Ehe endlich auch für gleichgeschlechtliche Paare möglich ist.

Eine Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare wäre ein wichtiges Signal. Dies würden auch mittlerweile fast zwei Drittel der Bevölkerung in Deutschland begrüßen. Und das gilt auch für Europa. Die Niederlande, Schweden, Spanien und Belgien haben sich bereits dafür entschieden, die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare als Institut im nationalen Recht zu verankern und im September 2011 kündigte auch die britische Gleichstellungsministerin an, diesen Schritt in den kommenden vier Jahren zu gehen. Wir sollten nicht hinter Europa zurück stehen und endlich das Institut der Ehe modernisieren.

SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 27. 4. 2012

Verfassungsmaessigkeit des Betreuungsgelds ist zu bezweifeln

Anlaesslich der Meldung, das Bundesjustizministerium bezweifele die Verfassungsmaessigkeit des Betreuungsgelds, erklaert die stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion Dagmar Ziegler:

Die SPD-Bundestagsfraktion teilt die Bedenken des Bundesjustizministeriums an der Verfassungsmaessigkeit des Betreuungsgelds. Es verstoesst gegen das Nichteinmischungsgebot des Staates in Fragen der Familienorganisation, es steht im Widerspruch zum Gleichheitssatz sowie zum staatlichen Gleichstellungsgebot. Das zeigen die vorliegenden Rechtsgutachten von Prof. Dr. Ute Sacksofsky und Prof. Dr. Margarete Schuler-Harms:

1. Das Betreuungsgeld schafft einen Anreiz fuer Eltern, ihr Kind nicht in eine Kita zu geben. Damit verletzt die Bundesregierung das Gebot, dass – nach Artikel 6 Absatz 1 Grundgesetz – die Ausgestaltung der Kinderbetreuung Angelegenheit der Eltern ist und der Staat sich in solche Fragen nicht einzumischen hat.

2. Wenn der Staat nur bestimmte Familien foerdern will, verstoesst das gegen den Gleichheitssatz des Grundgesetzes nach Artikel 3. Absatz 1. Eine Abweichung davon muss zwingend gut begruendet sein – eine Anforderung, die das Betreuunsgeld [sic!] nicht erfuellt.

3. Ausserdem setzt das Betreuungsgeld einen Anreiz fuer Frauen, laengere Zeit aus dem Erwerbsleben auszusteigen und damit mittelbar schlechtere Berufs- und Verdienstchancen in Kauf zu nehmen. Das steht im Widerspruch zum Gleichstellungsgebot des Grundgesetzes nach Artikel 3 Absatz 2 Satz 2: Danach ist der Staat verpflichtet, Gleichberechtigung nicht nur auf dem Papier zu verwirklichen, sondern tatsaechlich durchzusetzen. Das Betreuungsgeld ist eine bildungspolitische Katastrophe, ein gleichstellungspolitischer Irrweg und eine Verschwendung von wertvollen Steuermilliarden, die beim Kitaausbau fehlen. Wenn diese Koalition so unverantwortlich ist, das Betreuungsgeld – trotz massiver Widerstaende aus allen gesellschaftlichen Bereichen – tatsaechlich einzufuehren, sind wir sehr zuversichtlich, dass der Unsinn spaetestens in Karlsruhe gestoppt wird.

GuT

G 58438 Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Postfach 30 13 45, 53193 Bonn

SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 10. 7. 2012

Jede Frau hat das Recht auf Familienplanung

Anlässlich des Weltbevölkerungstages am 11. Juli 2012 erklärt die zuständige Berichterstatterin der Arbeitsgruppe Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung der SPD-Bundestagsfraktion Karin Roth:

Seit 1968 ist das Recht auf Familienplanung ein international anerkanntes Menschenrecht. Trotz der Erfolge der vergangenen Jahrzehnte bleibt dieses Recht, über den Zeitpunkt einer Schwangerschaft und die Zahl der Kinder selbst zu bestimmen, immer noch zu vielen Frauen verwehrt – vor allem in Entwicklungsländern. Etwa 76 Millionen Frauen in Entwicklungsländern werden ungewollt schwanger. Über 20 Millionen unsichere Abtreibungen jährlich sind ein Hinweis darauf, dass notwendige Aufklärung und Verhütungsmittel fehlen.

Die SPD-Bundestagsfraktion fordert die Bundesregierung auf, das Recht auf Familienplanung beim Familienplanungsgipfel, der zum Weltbevölkerungstag am 11. Juli in London stattfindet, einzufordern. Wir brauchen zusätzliche Mittel, um 120 Millionen Frauen in Entwicklungsländern bis zum Jahr 2020 Zugang zu Aufklärung und Verhütungsmitteln zu ermöglichen. Im Rahmen der G8-Muskoka-Initiative, in der Deutschland sich verpflichtet hat, bis 2015 insgesamt zusätzlich 400 Millionen Euro zur Senkung der Kinder- und Müttersterblichkeit bereitzustellen, muss die Bundesregierung Flagge zeigen und einen Schwerpunkt in der Entwicklungszusammenarbeit setzen.

Weltweit verwenden 62 Prozent der verheirateten Frauen eine Form von Familienplanung. In den Entwicklungsländern sind es knapp 60 Prozent. Hingegen verhüten in Afrika südlich der Sahara lediglich 23 Prozent der verheirateten Frauen.

Immer mehr Menschen wollen verhüten. Zudem wird es in den kommenden Jahren immer mehr Menschen im fortpflanzungsfähigen Alter geben. Bis zum Jahr 2015 wird die Zahl derjenigen, die Verhütungsmittel anwenden wollen, voraussichtlich um 40 Prozent steigen.

Etwa ein Drittel des Weltbevölkerungswachstums beruht heute auf ungewollten Schwangerschaften. Um das Bevölkerungswachstum zu verlangsamen spielen Familienplanung und Frauenförderung zentrale Schlüsselrollen. Nur wenn gezielt Frauen gestärkt werden – dazu gehört neben der Frauenförderung besonders der Zugang zu Familienplanung und Verhütungsmitteln, zu Aufklärung und Bildung – kann das rasante Bevölkerungswachstum gedrosselt werden.

Frauen übernehmen Verantwortung – im Großen wie im Kleinen, für sich und ihre Familie – wenn sie es können. Umso beschämender ist es, dass die Bundesregierung die Zielgröße „Gender“ mit den Hauptinhalten Frauenförderung und Gleichstellung der Geschlechter, aus den Haushalten 2010, 2011 und 2012 entfernte.

Es ist auch keine Frage, dass die Erreichung aller Millenniumsziele nur dann gelingt, wenn die Industriestaaten ihre Zusagen einhalten. Die SPD-Bundestagsfraktion fordert die Bundesregierung auf, die „ODA-Quote“ (Anteil der Entwicklungsausgaben bezogen auf das Bruttonationaleinkommen) auf 0,7 Prozent bis 2015 zu steigern und damit ihre internationalen Zusagen zu erfüllen. Es bleiben nur noch knapp drei Jahre bis 2015, um den Ärmsten der Armen zu helfen und die Millenniums-Entwicklungsziele zu erreichen.

Bündnis 90/Die Grünen im Bundestag
Pressemitteilung vom 20. 7. 2012

Bundeswehr braucht aktive Familienpolitik

Zur Forderung des Wehrbeauftragten, Auslandseinsätze von Soldatinnen mit Kleinkindern zu verbieten, erklärt Katja Keul, Mitglied im Verteidigungsausschuss:

Die Bundeswehr erreicht eine bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf nur, wenn sie in einer modernen Personalplanung auf die Bedürfnisse von Müttern und Vätern eingeht. Es erschließt sich nicht, warum der Wehrbeauftragte glaubt, Frauen durch Arbeitsverbote vor sich selbst schützen zu müssen, aber bei Vätern von Kleinkindern keine Probleme im Auslandseinsatz sieht.

Wir fordern das Verteidigungsministerium auf, im Gespräch mit Soldatinnen und Soldaten mit Kleinkindern Modelle zu entwickeln, die ihren Anforderungen an ein ausgefülltes Familienleben und dem Kindeswohl entsprechen. Hier kommt es auf individuelle Lösungen an, die es den Eltern überlassen, für welches Familienmodell sie sich entscheiden.

Die verantwortlichen Stellen sollten in allen Truppenteilen Verständnis und Solidarität für die Situation junger Familien erreichen. Mit Entscheidungen, die über die Köpfe der Betroffenen getroffen werden, wird dieses Ziel nicht gelingen.

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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