

Kai-Oliver Knops
Heinz Georg Bamberger
Gerrit Hölzle
Herausgeber

Zivilrecht im Wandel

Festschrift
für Peter Derleder
zum 75. Geburtstag

 Springer

Zivilrecht im Wandel

Kai-Oliver Knops · Heinz Georg Bamberger ·
Gerrit Hölzle
Herausgeber

Zivilrecht im Wandel

Festschrift für Peter Derleder
zum 75. Geburtstag

Herausgeber

Prof. Dr. Kai-Oliver Knops
Lehrstuhl für Zivil- und Wirtschaftsrecht,
insbes. Bank-, Kapitalmarkt- und
Verbraucherrecht
Universität Hamburg
Hamburg, Deutschland

Dr. Heinz Georg Bamberger
Neuwied, Deutschland

PD Dr. Gerrit Hölzle
GÖRG Rechtsanwälte/Insolvenzverwalter
GbR
Bremen, Deutschland

ISBN 978-3-662-45871-6
DOI 10.1007/978-3-662-45872-3

ISBN 978-3-662-45872-3 (eBook)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Springer

© Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2015

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen.

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier.

Springer-Verlag GmbH Berlin Heidelberg ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media
(www.springer.com)

Vorwort

Die Wissenschaft vom Recht war, wie das Recht selbst, meistens eher bewahrend. Das lag in der Natur der Sache begründet, wenn man denn das Recht eine Sache nennen darf. Es ging um das was galt, oft schon lange galt, weniger um die Frage, warum es Geltung hatte, woher es kam und was es auslösen und bewirken würde. Die Ordnung der Wirtschaft, Fortschritt und Gefüge der Gesellschaft, kulturelle Hintergründe spielten in der Betrachtung und Prüfung eine eher geringere Rolle. Die Auslegung des Rechts und die Kunst seiner Anwendung im einzelnen Fall, darum ging es und das war ja auch für sich schon schwierig genug, und die Ergebnisse waren meistens umstritten. Welche Politik das Recht hervorgebracht hatte, welche Mächte ihm Ausdruck und Geltung gaben und auch Ziele damit verbanden, das war weniger wichtig.

In den Siebzigerjahren des letzten Jahrhunderts änderte sich das. Man erkannte und betonte, dass das Recht nicht gut zu denken ist ohne das Politische, aus dem es hervorgeht, und ohne eine soziologische Betrachtung und Prüfung. Es wurden auch die Fragen wichtiger, was das Recht bewirkt, welchen Schaden, welchen Nutzen – und für wen.

Peter Derleder hat diesen Wandel erlebt, ihn auch gern gesehen und begrüßt. Dieser Wandel hat ihn geprägt. Und später hat er selbst diesen Wandel befördert. Die Eberhard-Karls-Universität in Tübingen, wo er sein Jurastudium begann, ihre juristische, auch übrigens ihre theologische Fakultät, gehörten zum Besten, was es in unserem Land damals gab. Dort lehrten, mit einer glänzenden wissenschaftlichen Reputation, Ludwig Raiser, Walter Dürig, Horst Schröder, Jürgen Baumann, Otto Bachof, Fritz Baur, Joachim Gernhuber, um nur einige der damaligen Juristen zu nennen, bei den Theologen waren es unter anderen Ernst Käsemann und Jürgen Moltmann. Einige von ihnen waren im Krieg gewesen und hatten den Nazi-Terror erlebt. Sie wussten, was die neue Ordnung für die Menschen wert war und was sie selbst an ihr hatten. Und sie konnten es ihren Schülern und Studenten vermitteln.

Deutschland war jetzt ein sozialer Bundesstaat (Art. 20 Abs. 1 des Grundgesetzes), nach dem Wortlaut der Verfassung. Das Soziale war wichtig geworden, auch wenn es manchmal schien, als bliebe die Ordnung des privaten Rechts und des Rechts der Wirtschaft – mit Erbrecht, Eigentum, Vertragsfreiheit – davon eher un-

berührt. Das Soziale hatte seine eigene Macht. Es erlaubte und gebot, auch im Recht – auch in der Rechtswissenschaft – neue kritische Fragen zu stellen. Autorität wurde plötzlich hinterfragt. Es wurde beleuchtet, wie sich die „Autoritäten“ im „Dritten Reich“ verhalten hatten. Die Hierarchien schienen sich zu ändern. Arbeit im Team wurde wichtiger, Autorität durch Kompetenz und Charakter geschätzt.

Peter Derleder ist aus den engen Gassen Tübingens, nach einer Station an der Universität im schönen rheinischen Bonn, unter den weiten Himmel Norddeutschlands gezogen (Manche gehen den umgekehrten Weg, ziehen von Hamburg nach Tübingen, was den Schluss erlauben mag, dass man hier wie dort frei atmen kann.). Nach der Promotion und einer Tätigkeit als wissenschaftlicher Assistent an der Universität in Kiel wurde Peter Derleder 1974 an die neu gegründete Universität Bremen berufen, als Professor für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Wirtschafts- und Arbeitsrecht. Er blieb der Hochschule, die sich schnell einen hervorragenden Ruf erwerben konnte, und er blieb der Hansestadt treu. Dort wurde er im zweiten Hauptamt Richter am Hanseatischen Oberlandesgericht, seit 1995 stellvertretender Vorsitzender des Landesprüfungsamtes für Juristen. Heute, im Ruhestand, wie man so sagt, ist er auch als Rechtsanwalt aktiv, mit facettenreicher Tätigkeit und hohem Engagement, insbesondere auch für die Opfer und Hinterbliebenen des Luftangriffs bei Kunduz vom September 2009. Zudem ist er stellvertretender Vorsitzender des Mietgerichtstages, Mitglied im Beirat Recht der Stiftung Warentest, nicht zuletzt und mit viel Leidenschaft, Redakteur der Zeitschrift Kritische Justiz. Neben der Rechtswissenschaft gehört seine Liebe den schönen Künsten: Freunde und Wegbegleiter wissen ihn (auch hier) als Kenner und Feingeist zu schätzen.

Peter Derleder ist ein streitbarer Mann, dabei offen, freundlich, versöhnlich. Er ist klug, ganz und gar unprätentiös, verbindlich und großzügig. Er ist einer, der weiß, wie viel allzu Menschliches auch in die Fragen und Probleme des Rechts und die Angelegenheiten der Justiz hineinspielen kann. Wir müssen, er weiß es, geduldig sein und beobachten, wie sich die Dinge entwickeln, aber auch selbst engagieren, es zum Besseren wenden zu wollen.

Sein wissenschaftliches Interesse – das zeigen mehr als 400 Publikationen – gilt Fragen des Zivilrechts, des Zivilprozessrechts, des Verbraucherschutzrechts, des Mietrechts, des Wirtschaftsrechts, des Rechts der Banken. Es sind vor allem solche Fragen, bei denen das Soziale eine Rolle spielt. Es gilt den Auswirkungen des Rechts auf das Leben der einfachen Menschen, auf Verbraucher, Mieter, Wohnungseigentümer, auf Kunden und Schuldner von Banken. Peter Derleder hat das Zivilrecht, das Zivilprozessrecht, auch das Wirtschaftsrecht neu und anders gedacht, in vielen ihrer Fragen und Probleme. Es war ein anderer Ansatz und Inhalt, mit neuen Ideen, mit neuen Ergebnissen, mit Nutzen und Vorteilen für andere Menschen. Wer auf die Themen seiner Arbeiten blickt, sieht: Es ist fast die ganze Weite des Rechts.

Peter Derleder ist eine Ausnahmeerscheinung im besten Sinne des Wortes: als hervorragender Rechtswissenschaftler und Lehrer, als engagierter Freund und Förderer seiner Schüler und Studenten, als ein eindrucksvoller Mann des praktischen Denkens und Handelns. Er ist darüber jung geblieben. Wer ihn sieht und erlebt, glaubt ihm sein Alter nicht. Er arbeitet weiter. Wir freuen uns.

Wir wünschen Professor Peter Derleder zu seinem 75. Geburtstag von Herzen weiterhin Glück und Erfolg, Gesundheit und Kraft, alles erdenklich Gute – für noch viele Jahre.

Inhaltsverzeichnis

Eine neue Justiz	1
H. G. Bamberger	
Das Absonderungsrecht der Eigentümergemeinschaft	33
M. Becker	
Die unzulässige aktienrechtliche Einlagenrückgewähr im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen	49
W.-R. Bub	
Das Schicksal der Quotenklauseln	75
V. Emmerich	
Entwicklungen im Betriebskostenrecht – vom Preisrecht zum Müllmanagement	81
B. Flatow	
Informationspflichten gegenüber Verbrauchern – ein zahloser Papiertiger?	101
T. Gessner	
Wie frei ist der Familienrichter? – Zur Bindung an mietrechtliche Vorgaben im Rahmen des § 1568 a Abs. 5 BGB	119
I. Götz und G. Brudermüller	
„Kettengewährleistung“ – Mängelrechte des Käufers im Anschluss an ein Nacherfüllungsbemühen des Verkäufers	135
B. Gsell	
Ein Kämpfer für Gerechtigkeit	171
H. Hannover	

Veräußerungszustimmung und Selbstauskunft des Erwerbers	175
M. Häublein	
Die „Kuchelbader Schlacht“ des Jahres 1881 aus der Sicht der akademischen Untersuchungsbehörde der Universität Prag	189
J. Herrlein	
Die Verjährungshemmung in außergerichtlichen Schlichtungsverfahren	211
H. Hiort	
Das Insolvenzrecht im Wandel – Der Insolvenzverwalter: Vom Verwerter zum Unternehmer; das Insolvenzverfahren: Vom unglücklichen Übel zur strategischen Option	223
G. Hölzle	
Die Inhaltskontrolle des Verwaltervertrags	235
F. Jacoby	
Zur Aufnahme der Rechtsprechung in den Willen des Gesetzgebers . . .	247
L. Kähler	
Haftungsfreizeichnung im (internationalen) Auktionsgeschehen	267
A. Kappus	
Vorteilsausgleichung bei Widerruf und Rücktritt?	287
K.-O. Knops	
Die Wirkung des § 215 BGB im Falle der Verwandlung der Hauptforderung in einen Zahlungsanspruch bei verjährter Gegenforderung	311
S. Kröger	
Soziales Geschäftsraummietrecht – Eine Spurensuche	325
A. Lehmann-Richter	
Die Ausübung des Widerrufsrechts bei Gesamtschuldnerschaft	333
U. Martens	
Die Unternehmenskrise als Haftungsfalle für Geschäftsführer, Vorstand und Berater	345
A. Pallas	
Thesen zur Dogmatik eines sozialen Nutzungsvertrages (Life Time Contract)	369
U. Reifner	

Inklusion im Quartier – Wohn- und Investitionsmodelle der Zukunft . .	393
D. Reiß-Fechter	
Nichtbeachtung, Ausstrahlungswirkung, Integration: Die Entwicklung der Verfassungsrechtsprechung im Spannungsfeld zum Privatrecht, speziell zum Mietrecht	407
F.-G. Rips	
Die Entwicklung des Sondernutzungsrechts von den Anfängen bis heute	425
F. Schmidt	
Wohnraummiete und Green Lease	455
F. Sternel	

Autorenverzeichnis

Dr. Bamberger, Heinz Georg Staatsminister der Justiz a. D., Neuwied am Rhein

Professor Dr. Becker, Matthias Fachhochschule für Rechtspflege NRW, Bad Münstereifel

Prof. Dr. Dr. h. c. Brudermüller, Gerd Vors. Richter am OLG a. D., Karlsruhe/Bad Dürkheim

Prof. Dr. Bub, Wolf-Rüdiger Rechtsanwalt, Bub, Gauweiler & Partner, München

Prof. em. Dr. Emmerich, Volker Richter am OLG Nürnberg a. D., Universität Bayreuth, Bayreuth

Dr. Flatow, Beate Vizepräsidentin des Amtsgerichts, Amtsgericht Kiel

Prof. Dr. Gessner, Timm Rechtsanwalt, GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten, Hamburg

Dr. Götz, Isabell Vors. Richterin am OLG, München

Prof. Dr. Gsell, Beate Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht, Ludwig-Maximilians-Universität München, RiOLG München

Dr. h. c. Hannover, Heinrich Rechtsanwalt, Autor, Worpswede

Prof. Dr. Häublein, Martin Universitätsprofessor Innsbruck, stellv. Präsident des ESWiD – Evangelischer Bundesverband für Immobilienwesen in Wissenschaft und Praxis e. V., Berlin

Herrlein, Jürgen Rechtsanwalt, Frankfurt am Main

Dr. Hiort, Horst Geschäftsführer des Versicherungsombudsmann e. V., Berlin

Priv.-Doz. Dr. Hölzle, Gerrit Rechtsanwalt, GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten, Bremen

Prof. Dr. Jacoby, Florian Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrens-, Insolvenz- und Gesellschaftsrecht, Universität Bielefeld, Bielefeld

Prof. Dr. Kähler, Lorenz Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht und Rechtsphilosophie, Universität Bremen

Dr. Kappus, Andreas Rechtsanwalt, Poppe & Kappus Rechtsanwälte, Schriftleiter der Neuen Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht (NZM), Frankfurt a. M.

Prof. Dr. Knops, Kai-Oliver Lehrstuhl für Zivil- und Wirtschaftsrecht insbes. Bank-, Kapitalmarkt- und Verbraucherrecht, Universität Hamburg, Hamburg

Dr. Kröger, Sebastian Rechtsanwalt, Bremen

Prof. Dr. Lehmann-Richter, Arnold Professor an der Hochschule für Wirtschaft und Recht, Berlin

Martens, Ulf Rechtsanwalt, Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Hamburg, Bremen

Dr. Pallas, Alexander Rechtsanwalt, Rechtsanwälte Grezesch & Bachmann, Bremen

Prof. Dr. Reifner, Udo Universität Trento, Direktor Institut für Finanzdienstleistungen e. V., Hamburg

Reiß-Fechter, Dagmar Rechtsanwältin, Geschäftsführender Vorstand, ESWiD Evangelischer Bundesverband für Immobilienwesen in Wissenschaft und Praxis e. V., Nürnberg

Dr. Rips, Franz-Georg Rechtsanwalt, Präsident des Deutschen Mieterbundes (DMB) e. V., Berlin

Schmidt, Friedrich Notar a. D., Bayreuth

Prof. Dr. Sternel, Friedemann VorsRiLG a. D., Hamburg

Eine neue Justiz

Heinz Georg Bamberger

„C'est à la Loi seule que les hommes doivent la justice et la liberté.“
Jean-Jaques Rousseau, Economie politique, Vaughan, I, 245

Inhaltsverzeichnis

A	Recht im Sozialstaat	2
I	Die Lage	3
II	Regeln des Rechts	5
1	Gerechtigkeit	5
2	Garantie der Grundrechte	6
3	Europa	7
III	Aufgaben, Ziele	8
1	Ordnung und Entwicklung	8
2	Rechtsschutz durch Gerichte	9
3	Schlichtung	9
B	Richterliche Gewalt	10
I	Justiz	10
1	Alte Justiz	11
2	Neuer Anfang?	12
3	Rolle des Bundesgerichtshofs	14
II	Fortschritte	15
1	Richter heute?	15
2	Entwicklung	16
3	Reformen	16
III	Rechtsprechung heute	17
C	Eine neue Justiz	19
I	Demokratie, Sozialstaat, Rechtsstaat	19
1	Vielfalt	19
2	Soziale Rechtsprechung	20
3	Maß und Kontinuität	21

Dr. H. G. Bamberger (✉)
Neuwied am Rhein, Deutschland
e-mail: h.g.bamberger@t-online.de

II	Anforderungen	23
1	Qualität	24
2	Zeit	25
3	Personen: Wissen, Erfahrung, Mit-Gefühl	26
III	Schutz	28
1	Persönlichkeitsschutz	28
2	Schutz der Schwachen	29
3	Frauen, Fremde, Minderheiten	30
D	Fazit	32

A Recht im Sozialstaat

Bärbel Bohleys Satz „Wir wollten Gerechtigkeit und bekamen den Rechtsstaat“ bringt ein Erstaunen und eine Enttäuschung zum Ausdruck.¹ Der Rechtsstaat in Deutschland, der Sozialstaat ebenso: Blasse Abbilder gerechter Verhältnisse und gerechten Handelns, selbst heute noch. Das positive Recht als die Gerechtigkeit in ihrer kleinen Gestalt. Von den weiten Gebieten des sozialen Rechtsstaats sind die Justiz und der Rechtsschutz durch die Gerichte nur eine ziemlich begrenzte Region. In ihr waren Reformen immer notwendig.²

Daran einen wesentlichen Anteil hatte die Rechtswissenschaft. Das gilt insbesondere für deren namhafte und kritische Vertreter, die Fehler und Defizite des positiven Rechts und auch der Justiz gesehen und aufgedeckt haben. Persönlichkeiten wie *Peter Derleder* gehören in hervorragender Weise dazu. Sie haben, aus einer eigenen richterlichen Erfahrung, aber auch mit dem klaren und genauen Blick des Rechtswissenschaftlers gesehen, was falsch war. Sie haben es ihren Schülern und Studenten vermittelt und darüber geschrieben. Das hat auch in der Justiz nicht wenig verändert. Wir sind ihnen dafür dankbar. Aber immer noch ist vieles zu erneuern.

Die Bundesrepublik ist ein sozialer Bundesstaat (Art. 20 I GG). Das Prinzip der Sozialstaatlichkeit ist Verfassungsgrundsatz. Es bindet auch die Justiz. Dann dürfte es, denkt man, keine Frage sein, dass heute auch die Gerichte und die Staatsanwaltschaften sich in ihren Verfahren und Entscheidungen danach richten. Dass dies so war, hat über viele Jahre das in sie gesetzte Vertrauen und auch ihr Ansehen in der Bevölkerung mit begründet. Dass die Justiz modern und sozial sei, dass sie ein Gefühl – ein Mit-Gefühl – für die nicht selten schwierigen Verhältnisse und Belange der Menschen hat, über die sie entscheidet, ist in der letzten Zeit aber wie-

¹ Dieser Text wurde im Wesentlichen zeitgleich mit dem Beitrag „Rechtsschutz durch Gerichte“ verfasst, der 2015 in der dritten Auflage des Handbuchs zum deutschen und europäischen Bankrecht erscheinen soll. Die Aufsätze haben eine unterschiedliche Thematik und Zielrichtung, decken sich aber in einzelnen Absätzen.

² In diesem Beitrag werden aufgrund des besseren Leseflusses die Wörter Richter, Staatsanwälte, Bürger etc. verwendet, sie implizieren aber immer auch die weibliche Form, ohne diese diskriminieren zu wollen.

der zunehmend in Zweifel geraten. Es geht um spektakuläre Fälle, die zum Teil noch untersucht werden. Ein Mensch, der für Jahre, womöglich ohne ausreichende Gründe, in der Psychiatrie verschwindet, ohne Chance auf Befreiung; der Fall des, obgleich unschuldig, über Jahre seiner Freiheit beraubten angeblichen Mörders; der Verdacht des massiven Betruges von Kassenärzten, dem kein Staatsanwalt nachgeht; ein Gericht, das offenbar Mühe hat, den Verbrennungstod eines Häftlings angemessen zu ahnden. Es geht aber auch um den Alltag etwa der Strafverfahren, in denen sich Beschuldigte und Angeklagte arrogant und unangemessen behandelt und mit ihrem Vorbringen nicht gewürdigt fühlen. Es geht um eine Sprache, die keiner versteht.

I Die Lage

Die Lage, sie ist bestimmt durch immer schnelleren Wandel und die zunehmende Furcht, ihm nicht gewachsen zu sein. Die Entwicklung in der Folge neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse und ihrer Anwendung in neuartigen Technologien, die globalisierte Wirtschaft, das Internet und die Digitalisierung haben am Beginn des 21. Jahrhunderts eine neue Lage geschaffen. Sie ist gegenwärtig auch bestimmt durch Klimawandel, Kriege, Flüchtlingselend; jeden Tag sterben im Mittelmeer Menschen, weil das reiche Europa nicht bereit ist, sie aufzunehmen. Wachstum bedeutet nicht mehr nur wirtschaftliches Wachstum, sondern auch wachsende Komplexität, wachsende Ungleichheit und Armut, wachsende alltägliche Ungerechtigkeit, diese als immanentes Element kapitalistischer Wirtschaft. Der Kontrast: Das tagtägliche kleine und größere Unrecht, und auf der anderen Seite in den Rechtsstaaten der ständige und mühsame Versuch einer humanen Rechtsordnung, die es im vorhandenen Chaos unternehmen soll, Menschenwürde, Persönlichkeit und Menschenrechte zu schützen. Autorität braucht keine überzogene Performance, auch nicht in den Gerichten. In einer Epoche immer schnellerer Entwicklungen wirken diese mit ihrer manchmal enervierenden Langsamkeit, wirken auch die Richter in ihren schwarzen Roben und mit ihren dunklen Reden bisweilen wie aus der Zeit gefallen.

Sie agieren in einem merkwürdigen Land. Seit mehr als einem halben Jahrhundert scheint die Politik, scheinen die herrschenden Eliten und ihre Helfer unfähig – oder unwillig? –, die skandalöse Ungleichheit der Verteilung der Bildungs- und Lebenschancen zu beseitigen, oder auch nur abzumildern. Es ist schon bemerkenswert für Deutschland als einem der reichsten Länder der Erde: Bei einer wachsenden Anzahl der Millionäre ist jeder sechste Deutsche arm. Nirgendwo in Europa ist das Vermögen so ungerecht verteilt wie in Deutschland.³ Jedes fünfte Kind lebt in Deutschland in Armut.⁴ Hartz-IV-Empfänger und Asylbewerber leben unter

³ Vgl. Schirrmacher, Ego, *Das Spiel des Lebens*, 2013; Streeck, *Gekaufte Zeit, Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus*, 2. Aufl. 2013; Piketty, *Das Kapital im 21. Jahrhundert*; Süddeutsche Zeitung vom 24.10.2014, S. 24.

⁴ Süddeutsche Zeitung vom 13./14.09.2014, S. 6.

Bedingungen unterhalb des Existenzminimums.⁵ In nicht wenigen Bereichen der Wirtschaft werden derart unanständig niedrige Löhne (Hungerlöhne) gezahlt,⁶ dass sich die Politik – recht spät und reichlich zögerlich – gehalten sieht, Mindestlöhne einzuführen.⁷ Seit den neunziger Jahren des vorigen Jahrhunderts gibt es in immer größer werdender Anzahl sog. Tafeln,⁸ ein „vornehmer“, beschönigender, vielleicht aber auch in frecher Weise ironisch-spöttisch gemeinter Ausdruck für eine Art von Suppenküchen für die wachsende Anzahl der Armen. Es sind Einrichtungen, wie man sie in den offenbar für Deutschland besseren sechziger und siebziger Jahren jenes fernen letzten Jahrhunderts als für das Elend der großen Städte der USA und der sog. dritten Welt charakteristisch und kennzeichnend kannte.

Seit Jahren beobachten wir, wie desolat gekleidete und aussehende Menschen – Männer und Frauen – versuchen, aus den Müllbehältern der Bahnhöfe und Innenstädte Essbares und Verwertbares herauszufischen. Menschen ohne Aufenthaltserlaubnis sind gesundheitlich mangelhaft versorgt.⁹ Das alles ist entwürdigend und würdelos zugleich.

Wenige weitere Beispiele von unendlich vielen sind die Normalität von Kinderarbeit – in Bolivien, in Indien, auf den Philippinen scheint es gängige Praxis zu sein, dass Kinder ab zehn Jahren arbeiten – sowie die menschenverachtenden Produktionsbedingungen (Sklavenarbeit) in vielen armen Ländern. Näherinnen in Bangladesch z. B. müssen unter solchen Bedingungen arbeiten; eine jüngst erfolgte Kontrolle der Produktionsstätten hat unzählige Sicherheitsmängel ergeben.¹⁰ Diese Menschen werden schamlos ausgebeutet, mit Billigproduktion für westliche Textilfirmen und Modeunternehmen, damit die – auch in Deutschland, wenn auch nicht vergleichbar ausgenutzten – Niedriglöhner und Minijobber sich überhaupt noch Kleidung kaufen können. So werden die Armen gegeneinander ausgespielt, zur Bereicherung weniger,¹¹ ein Armutszeugnis auch für unser Land und seine Regierungen. Mit der Armut wachsen die Ungleichheit und die Ungerechtigkeit, mit absehbaren Folgen für den einzelnen Menschen, für die Gesellschaft, für die Demokratie. Die Ungerechtigkeit, auch die soziale Ungerechtigkeit, das ist der Normalfall.

Es sind zuerst die Regeln des Rechts, sodann, eher begrenzt und zunehmend beschränkter, die Mechanismen der Märkte, der wirtschaftliche Wettbewerb, die gegen Übertreibungen und Verletzungen einen gewissen Schutz geben, Rationalität herstellen und die Schäden, die unsere Art des Wirtschaftens verursacht, in Gren-

⁵ Kreß, Ethik der Rechtsordnung, Staat, Grundrechte und Religion im Licht der Rechtsethik, Stuttgart 2012, S. 151 m. w. N.

⁶ Däubler, NJW 2014, 1924.

⁷ 8,50 Euro Mindestlohn pro Stunde ergeben bei einer 40-Stunden-Woche ein monatliches Bruttoeinkommen von 1462 Euro im Monat, ein Betrag, von dem eine sparsam wirtschaftende Einzelperson in einer deutschen Großstadt überleben kann; vgl. Däubler, NJW 2014, 1924.

⁸ Heute bereits mehr als 900, auf die mittlerweile auch Studenten und Beschäftigte angewiesen sind.

⁹ Kreß a. a. O.

¹⁰ Süddeutsche Zeitung vom 15.10.2014, S. 17.

¹¹ Vgl. den Artikel in der Süddeutschen Zeitung vom 27.05.2014, S. 25: Armutszeugnis.

zen halten können. Im Prozess der demokratischen Willensbildung helfen für gute Entscheidungen und gegen Korruption: Information und Transparenz. Die Gerichte spielen eine besondere Rolle. Wo sichtbar abhängige Akteure in Politik, Wirtschaft und Verwaltung nicht den Mut finden oder auch die Kraft nicht haben, Widerspruch zu erheben und einzuschreiten, sollten unabhängige Gerichte eher in der Lage sein, Opportunitätserwägungen und Machtverhältnissen zu widerstehen und die in vielen Verfahren bestehende Ungleichheit in Wissen, Erfahrung und Möglichkeiten auszugleichen sowie den Schwächeren Schutz und, wo notwendig, Hilfe auch gegen „Giganten“ zu geben.¹² Es geht um die Hilfsbereitschaft unserer Gerichte gegenüber den Schmerzen, „den unendlichen“¹³ der einfachen Menschen.

II Regeln des Rechts

1 Gerechtigkeit

La justice et la liberté, die Gerechtigkeit und die Freiheit. Darum geht es, in dieser Reihenfolge. Gerechtigkeit, Würde und Freiheit gehören zum Wesen der Person. Sie schützt das Recht. Am Recht hängt unser Glück.¹⁴ Das Recht, das die Gerichte zu beachten und das sie anzuwenden haben, verlangt zuerst Gerechtigkeit¹⁵: Die Idee der Gerechtigkeit, „ein Ewiges, Sichgleichbleibendes ... das durch die Mannigfaltigkeit und die Willkür der positiven Satzungen nicht angetastet werden kann.“¹⁶ In kaum einem unserer Gesetze wird sie erwähnt.¹⁷ Die Richter allerdings schwören in ihrem Amtseid, „nur der Wahrheit und Gerechtigkeit zu dienen“, und so steht es denn auch im Gesetz, § 38 I DRiG. Gerechtigkeit ist etwas Besonderes und Anderes und ist für sich unabhängig von wirtschaftlichen, gesellschaftlichen oder psychologischen Aspekten oder auch politischen Zwecken zu denken. Der Gedanke der Gerechtigkeit – das Ideal, die Idee – ist essenzieller Teil des Rechtsstaats (Bundesverfassungsgericht). Es geht darin auch um den Respekt vor dem Anderen, es geht um die „Anerkennung des Anderen“ (*Emmanuel Lévinas*). Für Gerechtigkeit ist Gleichheit wichtig, im Sinne gleicher Lebenschancen. Recht und Gerechtigkeit sind die zentralen und fundamentalen Werte unserer Ordnung.

Gerechtigkeit, die alle wollen, nach der sich manche sehnen, sie gegen viele Widerstände herzustellen, erweist sich in der Wirklichkeit meistens als schwie-

¹² So zutreffend Däubler, NJW 2013, 282, 283.

¹³ *Alles geben die Götter, die unendlichen, Ihren Lieblingen ganz, Alle Freuden, die unendlichen, Alle Schmerzen, die unendlichen, Ganz.*
(Johann Wolfgang Goethe)

¹⁴ Cassirer, Rousseau, Kant, Goethe, 1991, S. 29: „Der Traum vom menschlichen Glück zerrinnt, wenn es nicht gelingt, dem Recht in der Menschheit zum Sieg zu verhelfen.“

¹⁵ Zu den Begriffen Recht und Gerechtigkeit Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 119 ff.; Nussbaum, Die Grenzen der Gerechtigkeit, 2010.

¹⁶ Cassirer zur Auffassung Rousseaus von Gerechtigkeit, a. a. O., S. 55.

¹⁷ Heussen, NJW 2012, 3142 und seinen Verweis auf ein Wort des Richters und Schriftstellers Rosendorfer.

rig. Unser Erbrecht, das Eigentum an Produktionsmitteln und die Vertragsfreiheit schaffen immer aufs Neue Ungleichheit und damit in wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht ungerechte Verhältnisse: Zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, Mietern und Vermietern, Unternehmern und Verbrauchern, auch ungerechte Verhältnisse, in denen Minderheiten leben müssen, Menschen, die auch in reichen Gesellschaften fortwährend benachteiligt werden, Flüchtlinge etwa, mit ihren Kindern. Es entstehen Armut und Hoffnungslosigkeit.

Dabei wissen wir: Eine Ordnung, die für sich in Anspruch nehmen kann, gerecht zu sein, bewirkt eine besser Akzeptanz, Engagement und Unterstützung ihrer Bürger. Sie verlangt äußerste Anstrengung, ist aber auch der äußersten Anstrengung wert. Wie schwierig es indessen ist, gerecht zu sein, erleben Richter und Staatsanwälte in ihrem Beruf jeden Tag. Wer als Strafrichter eine Freiheitsstrafe verhängen muss, sieht dabei fast immer, dass es einen Menschen trifft, dessen Leben durch Armut, soziale Deklassierung, Verwahrlosung in Kindheit und Jugend, Perspektivlosigkeit, Gewalterfahrung und Gewalt geprägt ist und der manchmal bereits Jahre oder gar Jahrzehnte seines Lebens im Gefängnis verbracht hat.¹⁸ Ist ihm Gerechtigkeit widerfahren, jemals? Im Gegenteil setzt nicht selten sich das Unrecht für ihn fort: Der Entzug der Freiheitsstrafe erfolgt immer noch in sog. Justizvollzugsanstalten (Gefängnissen), die alles andere als zeitgemäß sind, ungeeignet für eine Resozialisierung, zum Teil in vollkommen unzureichenden Hafträumen, in denen aber durchaus auch mehrere Untersuchungs- oder Strafgefangene untergebracht werden.

2 Garantie der Grundrechte

Grundrechte sichern unsere Freiheit gegen den Zugriff des Staates, genauso aber gegen mächtige Private.¹⁹ Sie bilden eine objektive Werteordnung, die wesentlicher Teil der guten Sitten ist (§ 138 I BGB). Dazu gehören an erster Stelle, in Art. 1 GG, die Unantastbarkeit und der Schutz der Würde des Menschen. Dazu gehören im Grunde auch – und deshalb folgen sie im Text des Grundgesetzes – die Grund- und Freiheitsrechte: Die allgemeine Handlungsfreiheit, die Garantie der Gleichheit aller Menschen, die Gewährleistung gleicher Rechte für Frauen und Männer, das Diskriminierungsverbot, das Recht auf freie Meinungsäußerung und die Pressefreiheit etc. Ohne sie sind ein moderner freiheitlicher Staat und damit auch eine moderne freiheitliche und soziale Justiz nicht denkbar. Damit die Grund- und Menschenrechte Bestand haben und Wirkung entfalten können, bedarf es ihres Schutzes durch den Staat. Ihn hat die Verfassung auch den Gerichten übertragen. Eine unmittelbare Garantie des Rechtsschutzes durch die Gerichte enthält Art. 19 IV des Grundgesetzes

¹⁸ Vgl. Müller/Nedopil/u. a.-Bamberger, Sicherungsverwahrung, 2012, S. 213; Roth/Hubig/Bamberger-Bamberger/Nedopil/Roth, Schuld und Strafe – Neue Fragen, 2012, S. 1ff., 65ff., 89ff.

¹⁹ Zu den Formen der Freiheit vgl. Honneth, Das Recht der Freiheit, 2011; Inzwischen finden die Grund- und Menschenrechte auch Eingang in Compliance-Systeme und zivilrechtliche Verträge, vgl. Spießhofer, NJW 2014, 2473.

(GG). Die Norm gewährleistet gegen Entscheidungen und Maßnahmen „der öffentlichen Gewalt“ den Rechtsweg, bei Fehlen einer anderen Zuständigkeit den zu den ordentlichen Gerichten. Sie ist im Zusammenhang zu sehen mit dem an anderer Stelle der Verfassung umfassend garantierten gerichtlichen Rechtsschutz (Rechtsschutzgarantie; Justizgewährungsanspruch, Art. 3 I, 103 I GG). Das in Art. 20 III GG gewährleistete Rechtsstaatsprinzip befestigt diese Garantie. Näher ausgestaltet wird sie durch die sog. Justizgrundrechte (Art. 101ff. GG). Hier zu nennen sind der Anspruch der Person auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 I GG), der in den Gerichtsverfassungs- und Gerichtsorganisationsgesetzen sowie den Verfahrens- und Zuständigkeitsordnungen der fünf Gerichtsbarkeiten (ordentliche Gerichtsbarkeit, also Zivil-, Familien- und Strafgerichte, Verwaltungs-, Arbeits-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit) sowie den ergänzenden Geschäftsverteilungsplänen der Gerichte konkretisiert wird sowie ihr Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) und die Rechtsgarantien bei Freiheitsentziehung (Art. 104 GG).

Art. 79 III GG schließlich erklärt eine Änderung des Grundgesetzes in Bezug auf die in den Artikeln 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze für unzulässig. Dadurch werden auch der Wesensgehalt der Menschenrechte, die Garantie der Rechtsstaatlichkeit und mit ihr diejenige eines umfassenden Rechtsschutzes durch die Gerichte in besonderer Weise durch die Verfassung geschützt. Für den Fall der Gefährdung bestehender Rechte ist ein (Eil-)Verfahren auf Erlass eines Arrests oder einer einstweiligen Verfügung (§§ 916 bis 945 ZPO) vorgesehen. Bereits in diesem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes sind die Gerichte nach Art. 19 IV GG verpflichtet, den jeweiligen Sachverhalt hinreichend aufzuklären, jedenfalls sofern eine erhebliche Grundrechtsverletzung in Rede steht. Je gewichtiger die drohende Grundrechtsverletzung und je höher ihre Eintrittswahrscheinlichkeit, desto intensiver hat die tatsächliche und rechtliche Durchdringung der Sache bereits im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu erfolgen.²⁰

3 Europa

Das Soziale, die Herstellung sozial gerechter Verhältnisse für möglichst viele ihrer Bürger, sie sind nicht das erste Ziel der Europäischen Union. Eine gerechte Justiz wohl auch nicht. Aber es gibt einen Fortschritt. Im „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“, den schrittweise zu schaffen sich die Europäische Union (EU) vorgenommen hat (Art. 67 AEUV), bestimmt zunehmend – als Primärrecht oder sekundäres Gemeinschaftsrecht – europäisches Recht die Lebensverhältnisse der Menschen. Es gilt zuerst die Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000,²¹ dort insbesondere der Art. 1, der dem Art. 1 GG entspricht. Es gilt ferner in Deutschland und für die übrigen Beitrittsstaaten die Europäische

²⁰ BVerfG NJW 2014, 1229.

²¹ ABl. Nr. C 364 S. 1.

Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Oktober 2010.²²

Der verbesserte Rechtsschutz durch Gerichte, der leichtere Zugang zu den Gerichten der Mitgliedstaaten durch die Bürger der EU und damit auch eine Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts sind Ziele der Europäischen Union. Grundlegend ist hierfür die Entscheidung 2001/470/EG des Rates vom 28. Mai 2002 über die Einrichtung eines Europäischen Justiziellen Netzes für Zivil- und Handelssachen.²³ Mit dem Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007, in Kraft seit dem 1. Dezember 2009, hat sich die Europäische Union die Kompetenz zur Vereinheitlichung des Internationalen Zivilprozessrechts gegeben. Auf der Grundlage der Art. 61 und 67 EGV hat der Rat eine Reihe von Verordnungen erlassen. Sie betreffen z. B. ein europäisches Mahnverfahren, einen europäischen Vollstreckungstitel, die Zusammenarbeit der Gerichte bei der Beweisaufnahme in Zivil- und Handelssachen, die Zustellung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen und das Insolvenzverfahren. Die Verordnungen haben als Rechtsakte des sekundären Gemeinschaftsrechts grundsätzlich Vorrang vor den Vorschriften des nationalen Rechts.²⁴ Die Europäisierung vor allem des Zivilrechts und des Handelsrechts geht weiter. Das betrifft das Verbraucherschutzrecht und wichtige Teile des Gesellschafts-, Kapitalmarkt- und Arbeitsrechts, jetzt, mit der Richtlinie über kartellrechtliche Schadensersatzklagen, auch das Deliktrecht und das Zivilprozessrecht.²⁵

III Aufgaben, Ziele

1 Ordnung und Entwicklung

Recht ist auch Reaktion auf die Herausforderungen und Zumutungen der Zeit. In unserer Gesellschaft ist es zuerst Sache der Politik und der Verfassungsorgane, in einem demokratischen, transparenten Prozess der Willensbildung, auf eine menschliche und gerechte Ordnung hinzuwirken und sie mit der Hilfe des Rechts zu gestalten und weiterzuentwickeln. Heute, wo die Dinge durch den weltweiten Wettbewerb, aber auch durch den schnellen technologischen Fortschritt komplexer werden, fällt es schwerer, diesen Prozess rational zu leiten und zu Ergebnissen zu gelangen, die gerecht und vernünftig sind und die den Menschen Chancen geben, ihnen helfen und Schutz bieten können. Es geht um Chancen und Gefährdungen; das betrifft die Wissenschaften, Technologie, Biotechnologie, Überwachungstechnologie, Internet, Ungleichheit, Konzentration von Macht, die schwer zu kontrollieren scheint, die Notwendigkeit der Integration, Bereitschaft zur Hilfe, Solidarität, Pressefreiheit

²² BGBl. II S. 1198.

²³ ABl. EG Nr. L 174 S. 25.

²⁴ Zu Fragen des europäischen Zivilprozessrechts vgl. Musielak, Zivilprozessrecht, 10. Aufl. 2013, Europäisches Zivilprozessrecht, Vorbemerkung und Text der Verordnungen.

²⁵ Weitbrecht, Innovation im deutschen Zivilprozess, NJW-Editorial Heft 26/2014.

sowie Macht und Missbrauch der Medien. Es geht um eine offene Debatte, die die Defizite aufzeigt und hilft bei der Lösung der Probleme.

2 Rechtsschutz durch Gerichte

Der Gang zu den Gerichten kann, auch nach dem zuvor Gesagten, nur der allerletzte Schritt sein, das letzte Mittel, wenn nichts anderes mehr hilft. Betroffen sind, mit durchaus unterschiedlicher Belastung, alle Gerichtsbarkeiten. Dabei liegt der Schwerpunkt des Rechtsschutzes, insbesondere soweit die Grund- und Freiheitsrechte betroffen sind, bei den Verfassungsgerichten und den Verwaltungsgerichten. Die Aufgabe der Zivil- und Strafjustiz liegt bei den ordentlichen Gerichten, also den Landgerichten und Amtsgerichten als Gerichten erster Instanz (sowie den Staatsanwaltschaften), den Oberlandesgerichten als Berufungs- (und Revisions-)gerichten und dem Bundesgerichtshof als Revisionsgericht, der, mit den Oberlandesgerichten, die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung sichert und darüber hinaus die Aufgabe der Rechtsfortbildung hat. Entsprechendes gilt, in Bezug auf andere Aufgaben, für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, die Sozialgerichte, die Arbeitsgerichte, die Finanzgerichte, nicht zuletzt für die Verfassungsgerichte.

3 Schlichtung

Der kluge Anwalt schöpft für seinen Mandanten alle Mittel einer vorgerichtlichen oder, noch nach einer Klageerhebung, außergerichtlichen Streitbeilegung aus. Der Gesetzgeber hat dafür, klug und sinnvoll, eine Reihe von Möglichkeiten geschaffen, die auch die Justiz besser und moderner werden lassen. Das selbständige Beweisverfahren (§§ 485ff. ZPO)²⁶ kann, wenn es lediglich um die Aufklärung streitiger Tatsachen geht, den Prozess und seine Kosten vermeiden helfen. Der vorgerichtlich oder außergerichtlich geschlossene Anwaltsvergleich (§§ 796 a bis 796 c ZPO) kann auf Antrag einer Partei für vollstreckbar erklärt werden und erspart dann oder beendet den Rechtsstreit.

Klug besetzte private Schiedsgerichte (§§ 1029ff. ZPO) erfüllen oft den Zweck der Streitbeilegung besser und schneller als staatliche Gerichte. Die Richter dort müssen nicht Juristen sein. Es ist also möglich, von den (z. B.) drei Richtern des Schiedsgerichts einen zu bestimmen, der wirklich etwas von der Sache selbst versteht. Da für schiedsgerichtliche Verfahren grundsätzlich nur eine Instanz besteht, sind sie in der Regel nicht nur schneller, sondern für die Parteien auch kostengünstiger.

Der Konfliktbeilegung dienen Schlichtungsverfahren vor den Einigungsstellen (etwa) der Industrie- und Handelskammern (§§ 675 a bis 676 g und 676 h S. 1 BGB), ferner die Schlichtungsstelle der Deutschen Bundesbank.

²⁶ Willer, NJW 2014, 22; zur Erstattung der Kosten OLG Celle, NJW 2013, 475.

Für die außergerichtliche Schlichtung hat der Gesetzgeber die gesetzlichen Grundlagen erweitert. Das gilt insbesondere für die diversen Formen der alternativen Streitbeilegung. Namentlich die in der Praxis wohl wichtigste, zunehmend attraktiver werdende und immer breitere Anwendung findende Alternative zum Gerichtsverfahren, die Mediation, ist heute endlich durch das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21. Juli 2012²⁷ geregelt.²⁸ Seit Langem ist in der Zivilprozessordnung das Gebot verankert, in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Einigung über die Streitpunkte hinzuwirken (vgl. § 779 BGB, §§ 278, 794 I Z. 1 ZPO). Gegenüber diesem traditionellen Prozessvergleich ist die Mediation das sensiblere und fortschrittlichere Verfahren der Vermittlung, das anstrebt, auf der Grundlage einer durch eingehendere Kommunikation der Streitenden und rationales, kooperatives Verhandeln gefundenen Wahrheit, den Frieden besser und dauerhafter wiederherzustellen.

In allen Verfahrensordnungen – ein Fortschritt hin zu einer sozialeren Justiz – heißt es heute gleichlautend: Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation nutzen (vgl. z. B. § 278 V ZPO). Moderne und soziale Justiz macht sich an der Bereitschaft aller Verantwortlichen fest, sich neuen Ideen und Wegen in ihrer ganzen Vielfalt zu öffnen. Bislang besteht der Eindruck, dass das Potenzial, das die Neuregelung enthält, und deren – nicht auf die Mediation beschränktes - Instrumentarium, bei Weitem nicht ausgeschöpft sind²⁹. Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Zusammenhang festgestellt³⁰: „Eine zunächst streitige Problemlage durch eine einverständliche Lösung zu bewältigen, ist auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitscheidung.“

B Richterliche Gewalt

I Justiz

Die Probleme der deutschen Justiz sind weniger rechtlicher als politischer Art; das Hauptproblem betrifft die Frage ihrer Reformierbarkeit. In unserer Ordnung müsste die Justiz deutliches Zeichen des sozialen Rechtsstaats und darin Vorbild sein. Stattdessen meinen manche, unser Justizsystem müsse in Ordnung gebracht werden, ein eher trauriger Befund. Ihre Hauptaufgaben sind nach der Verfassung die Garantie der Menschenwürde und der Grund- und Freiheitsrechte sowie der Schutz der Sozialstaatlichkeit gegen illegitime staatliche und private Macht. Ob sie ihrem Auftrag gewachsen ist, erscheint indessen nicht unzweifelhaft.

²⁷ BGBl. I S. 1577.

²⁸ Vgl. dazu Ahrens, NJW 2012, 2465.

²⁹ Zutreffend Fritz/Schroeder, NJW 2014, 1910, 1912.

³⁰ Vgl. BVerfG NJW-RR 2007, 1073f.

1 Alte Justiz

Die deutsche Justiz hat eine wechselvolle Geschichte. Darin erscheint sie meistens nicht rühmenswert. Über die längste Zeit ihrer Geschichte hat sie den Menschen den ihnen geschuldeten Schutz nicht selten verweigert. Es gab eine recht kurze Epoche, die des Vormärz in der Mitte des 19. Jahrhunderts, als Richter für die damalige Zeit fortschrittliche, liberale Positionen vertraten. Vergleichsweise liberal in seiner Rechtsordnung, und deshalb den anderen Territorien Deutschlands im Fortschritt voraus, war auch das nach der Französischen Revolution bis 1814 unter der Hoheit Frankreichs stehende linksrheinische Rheinland, wo bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts im Wesentlichen französisches Recht galt, so bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs am 1. Januar 1900 der Code civil. Dort, im französischen Rheinland, gab es Grundfreiheiten lange bevor sie in den vielfach kleinen und geistig zum Teil recht engen anderen deutschen Herrschaften eingeführt wurden.³¹ Richterinnen übrigens gab es damals noch nicht, und sie wird es auch nach jener kurzen Epoche relativen Fortschritts lange nicht geben im strengen Patriarchat des Deutschen Reichs und seiner autoritären Richterschaft. Noch 1930 waren im gesamten Reichsgebiet nur 74 Frauen im richterlichen Dienst tätig, wovon lediglich vier Frauen planmäßige Richterstellen innehatten und die übrigen als Gerichtsassessorinnen arbeiteten.

Nach der Gründung des Deutschen Reichs 1870/71 war die Justiz für fast ein Jahrhundert autoritär und immer auf der falschen Seite. Das galt für das Kaiserreich, vor dem ersten großen Krieg: Ein kleiner Teil der Gesellschaft lebte im Licht, der größere eher im Elend. Dies galt in der ersten deutschen, der Weimarer Republik. Die Zeit von Weimar war eine für Demokraten, Liberale und Linke, für Sozialdemokraten, Kommunisten und Juden schwierige, nicht selten leidensvolle Zeit. Dies auch deshalb, weil ihnen die Justiz nicht nur den Schutz versagte, sondern sich von den reaktionären Eliten –, die, wie der größere Teil der Medien, das „Weimarer System“ bekämpften und die Totengräber der Republik wurden –, als Instrument der Unterdrückung missbrauchen ließ. Die Justiz hielt man in den fortschrittlichen Kreisen jener Zeit für nicht fähig, die sozialen Probleme überhaupt zu begreifen. Das war auch der erklärte Grund dafür, die arbeitsrechtlichen Streitigkeiten nicht den ordentlichen Gerichten zuzuweisen, sondern für sie eine eigene Gerichtsbarkeit zu schaffen.

Auch die Richter waren weit überwiegend Gegner der Republik, konservativ, antiliberal, monarchistisch. Schon 1921 rief der Deutsche Richterbund nach einem „Führer“. Ihm gehörten 1932 rund 12.000 Richter und Staatsanwälte an. Zum Vergleich: Dem eine Zeit lang von dem großen sozialdemokratischen Juristen und Justizminister der Republik von Weimar *Gustav Radbruch* geleiteten Republikanischen Richterbund gehörten nur 500 Richter an.³² Das ist bezeichnend.

³¹ Vgl. Erkens, Die französische Friedensgerichtsbarkeit 1789–1814 unter besonderer Berücksichtigung der vier rheinischen Departements, Köln 1994; Wesel, Geschichte des Rechts in Europa, 2010, S. 479f.

³² Zu Radbruch vgl. Kleinheyer/Schröder, Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, 1975, S. 219ff. und die dort angegebene weiterführende Literatur.

Kurt Tucholsky fasst seine Kritik 1926 in dem vernichtenden und richtigen Urteil zusammen: „Das ist überhaupt keine Justiz.“

Die Verbrechen deutscher Richter im sog. Dritten Reich, aber genauso das Versagen der Justiz der frühen Bundesrepublik bei der Aufarbeitung und Bewältigung ihrer kriminellen Vergangenheit sind die Folgen jenes falschen Geistes und einer immer noch undemokratischen Haltung. Man muss sich das vorstellen: Für das sogenannte Euthanasie-Programm der Nazis, dessen Ziel die massenhafte Ermordung kranker und behinderter Menschen war, treffen sich am 23. April 1941 die Oberlandesgerichtspräsidenten und Generalstaatsanwälte des Reichs in Berlin. Das Programm wird vorgetragen und beschlossen. Keiner der Anwesenden sagt dagegen auch nur ein einziges Wort: die höchsten Repräsentanten der deutschen Justiz als Gehilfen des staatlich organisierten Massenmordes an wehrlosen und unschuldigen Menschen.³³ Das waren, in (im Wesentlichen) denselben Strukturen, die unmittelbaren Vorläufer unserer Justiz. Es ist keine achtzig Jahre her. Nach dem Sieg der Alliierten über den Faschismus in Europa ist keiner der NS-Richter und Juristen für seine Verbrechen zur Verantwortung gezogen worden.

2 Neuer Anfang?

Über die Justiz der Nachkriegszeit, in der nicht wenige alte Nazis Zuflucht gefunden hatten, hat der große hessische Generalstaatsanwalt *Fritz Bauer* in den letzten und schwierigsten Jahren seines Lebens gegenüber *Rudolf Wassermann* geäußert: „In der Justiz lebe ich wie im Exil.“ *Fritz Bauer*, 1903 geboren, nach 1933 als junger Amtsrichter, allein aus dem Grund, weil er Jude war, gedemütigt und diskriminiert, hat überlebt, weil er sich durch Flucht und Emigration nach Dänemark und Schweden der Verfolgung durch die Mörder entzog. In den fünfziger und frühen sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts wurde er, auch im Zusammenhang mit der von ihm betriebenen Vorbereitung des Auschwitzprozesses, aus der deutschen Justiz heraus und durch die politische Rechte – die meistens eng verbunden waren –, angegriffen, bekämpft, diffamiert, bedroht.³⁴

Für die bundesdeutsche Justiz der Nachkriegszeit, für ihren Geist, für ihr Personal, für ihre Entscheidungen werden wir uns immer schämen müssen. Erwähnt seien nur die schändlichen Urteile des Bundesgerichtshofs in der Strafsache gegen den beim Volksgerichtshof als Beisitzer Freislers tätigen Kammergerichtsrat Rehse und in der Strafsache gegen den Mörder, SS-Obersturmführer und „Euthanasie“-Arzt Borm.³⁵ Beide wurden in erster Instanz vom Vorwurf des Mordes freigesprochen. Der BGH hat die Urteile gebilligt. Von den SS-Mördern, die 1944 in einem Massa-

³³ Vgl. Helmut Kramer, Oberlandesgerichtspräsidenten und Generalstaatsanwälte als Gehilfen der NS-„Euthanasie“; vgl. zur Justiz im NS-Staat auch das Buch zur Ausstellung des Bundesministers der Justiz: Sahler, Im Namen des deutschen Volkes – Justiz und Nationalsozialismus, 1993.

³⁴ Vgl. hierzu das eindrucksvolle Buch von Wojak, Fritz Bauer 1903–1968, Eine Biographie, 2009.

³⁵ BGH NJW 1968, 1790 und 2346.

ker fast alle Einwohner des französischen Dorfes Oradour ermordeten, wurde von bundesdeutschen Gerichten niemand zur Verantwortung gezogen.³⁶

Viele andere kamen mit milden Urteilen deutscher Nachkriegsrichter davon. Der 1909 in Breslau geborene *Kurt Lischka*, um nur ein Beispiel zu nennen, trat 1933 der SS bei und war ab Herbst 1943 als stellvertretender Befehlshaber und Befehlshaber der Sicherheitspolizei und des Sicherheitsdienstes in Frankreich tätig, wo er maßgeblich an der Deportation und Ermordung der französischen Juden mitgewirkt hat. Nach der Befreiung Deutschlands lebte er bis 1979 unbehelligt als angepasster Bürger in Köln. Man kann es sich eigentlich nicht vorstellen. Erst als *Beate* und *Serge Klarsfeld* auf seine Vergangenheit aufmerksam gemacht hatten, kam das lange fällige Strafverfahren gegen *Lischka* und andere Beteiligte in Gang. Die Staatsanwaltschaft Köln brauchte – bei einem offen zutage liegenden Sachverhalt – dreieinhalb Jahre, ehe sie Anklage erhob. *Lischka* wurde zu milden zehn Jahren Freiheitsstrafe wegen Beihilfe (!) zum Mord an 40.000 französischen Juden verurteilt.³⁷ Bereits 1985 wird er aus der Haft entlassen. Solche Dinge wirken lange nach.

Dass es zu solch skandalösen Entscheidungen kam, lag an Einstellung und Weltanschauung der beteiligten Richter. Das Oberlandesgericht Koblenz und die Gerichte seines Bezirks in den fünfziger und sechziger Jahren sind dafür nur ein Beispiel. Woanders wird es genauso gewesen sein. Selbst in den Entschädigungssenaten dieses Oberlandesgerichts, wo es um die Entscheidungen über Entschädigungen („Wiedergutmachung“ nannte man das mit einem merkwürdig unpassenden Begriff) für erlittenes Nazi-Unrecht ging, saßen in Koblenz alte Nazis als Richter. Es gab dort Richter, die nicht nur Mitglied in der NSDAP gewesen, sondern in besonderer Weise belastet waren, sei es, dass sie Mitglied der SS oder eines Sondergerichts gewesen waren. Ein Richter, der ab Mai 1933 Mitglied der NSDAP gewesen war, dem NS-Staat als „politisch zuverlässig“ galt, im Sondergericht tätig war, wurde bei dem Oberlandesgericht Koblenz Vorsitzender eines Entschädigungssenats, später Vizepräsident dieses Oberlandesgerichts.³⁸

Weniger erfolgreich verlief die Laufbahn des am 4. Juli 1903 geborenen, während der NS-Diktatur in der Emigration in Schanghai gewesen und nach 1945 in die Justiz in Mainz (französische Besatzungszone; später Land Rheinland-Pfalz) eingetretenen jüdischen Richters Dr. *Robert Michaelis*. Hier ist der Eindruck, als hätten seine Vorgesetzten in der rheinland-pfälzischen Justiz – Antisemitismus der subtileren Art, nur wenige Jahre nach der Shoa – den Bürger jüdischen Glaubens Dr. *Michaelis* noch in seiner Zeit als Richter am Landgericht in Mainz diskriminiert und anders behandelt als jene „alten Kämpfer“, die zwanzig Jahre vorher in den fest geschlossenen Reihen derer gewesen waren, die ihn verfolgten und aus Deutschland vertrieben.³⁹ *Ursula Krechel* hat in ihrem schönen und wahren Roman

³⁶ Vgl. den Bericht in der Süddeutschen Zeitung vom 02.04.2014, S. 3.

³⁷ Vgl. Klee, Das Personenlexikon zum Dritten Reich, 2. Aufl., 2007; Becker-Jäckli, Das Jüdische Köln, Geschichte und Gegenwart, 2012, S. 131ff.

³⁸ Vgl. Bamberger/Kempf, Zur Geschichte und Vorgeschichte des Oberlandesgerichts Koblenz, in: 50 Jahre Oberlandesgericht und Generalstaatsanwaltschaft Koblenz 1996, S. 21ff., 50.

³⁹ Bamberger/Kempf. a. a. O., S. 46.

„Landgericht“⁴⁰ über eine „Rückkehr ohne Ankunft“ eindrucksvoll das Schicksal des Richters Dr. *Robert Michaelis* und die Nachkriegsjustiz in Mainz und Koblenz beschrieben.

Ein besonderes Kapitel deutscher Justiz der Nachkriegszeit, nicht zu vergleichen mit den Zuständen in Westdeutschland, anders, schlimmer, härter, ist das der DDR-Justiz. Die Staatssicherheit und der Strafvollzug dort gehören dazu. Sie kannte einseitige und parteiliche Verfolgung des „Klassenfeindes“, mit zum Teil unbarmherziger Härte. Sie verhängte und vollstreckte die Todesstrafe. Die Anerkennung und Achtung von Grund- und Menschenrechten waren ihr fremd.⁴¹ Ein beschränkter, ein in Teilen schrecklicher und verkommener Staat.

3 Rolle des Bundesgerichtshofs

An der Schonung der NS-Richter in der Nachkriegszeit, die wohl den Tatbestand der Rechtsbeugung erfüllte, hatte der Bundesgerichtshof den größten Anteil⁴². Immerhin: Der V. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat, recht spät im Jahr 1995, zur Rolle der deutschen Justiz im „Dritten Reich“ und danach richtige und eindrucksvolle Worte gefunden⁴³:

Willfähige Richter und Staatsanwälte pervertierten das Recht durch Anwendung des Unrechts. Die exzessive Verhängung von Todesstrafen rechtfertigt es, sie als „Blutjustiz“ zu bezeichnen. Allein die Zahl der vom Volksgerichtshof zum Tode Verurteilten stieg mit Kriegsbeginn 1939 sprunghaft an. 1943 waren es 1662 Todesurteile, etwa die Hälfte der überhaupt vor dem Volksgerichtshof angeklagten Personen. Bis 1945 wurden rund 5200 Todesurteile des Volksgerichtshofs vollstreckt. Für die Verurteilung genügten Vergehen wie die Verbreitung von Nachrichten ausländischer Sender, abwertende Bemerkungen im privaten Kreis über den „Führer“ oder Zweifel am sogenannten „Endsieg“.

Bis heute sind diese vom Volksgerichtshof gefällten Todesurteile ungesühnt geblieben. Keiner der am Volksgerichtshof tätigen Berufsrichter und Staatsanwälte wurde wegen Rechtsbeugung verurteilt; ebenso wenig Richter der Sondergerichte und der Kriegsgeschichte. Einen wesentlichen Anteil an dieser Entwicklung hatte nicht zuletzt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Diese Rechtsprechung ist auf erhebliche Kritik gestoßen, die der Senat als berechtigt erachtet.

Doch darf bei diesem Fehlverhalten des BGH in den fünfziger und sechziger Jahren nicht vergessen werden, dass der Bundesgerichtshof in nicht wenigen Bereichen etwa des Zivilrechts – beim Persönlichkeitsschutz und bei dem Recht auf Privatheit, bei der Betonung der Grundrechte auf freie Meinungsäußerung und der Pressefreiheit, zuletzt auch stärker im Verbraucherschutz und im Recht des gewerblichen Rechtsschutzes – zu einer fortschrittlichen Rechtsprechung gefunden hat.

⁴⁰ Salzburg und Wien 2012.

⁴¹ Vgl. Bundesministerium der Justiz, *Im Namen des Volkes? Über die Justiz im Staat der SED*.

⁴² Vgl. Gritschneder. NJW 1993, 369; ders., NJW 1996, 1239.

⁴³ BGH NJW 1996, 857, 860, 863.

II Fortschritte

1 Richter heute?

Immer noch weist die Justiz in Deutschland Defizite auf. Motor des Fortschritts sind die Gerichte, ist die Justiz leider auch heute noch nicht, am Beginn des 21. Jahrhunderts, auch nicht in Sachen der Gerechtigkeit und eines menschenfreundlichen Umgangs, und dies, obgleich sie es, im Rechtsstaat, sein müsste. Dass ihr alter Ungeist nicht ganz verschwunden ist, zeigen in jüngster Zeit recht eindringlich der für die bayerische Justiz skandalöse Fall des *Gustl Mollath* und ähnliche mehr als peinliche Vorkommnisse.⁴⁴ Als ein neuer Justizskandal in Bayern hat sich der Fall Peggy erwiesen.⁴⁵ Der Fall der von der bayerischen Justiz unterlassenen Ermittlung gegen Ärzte wegen Betruges in hunderten von Fällen wird untersucht.

Es gibt persönlich und fachlich fähige, sensible, engagierte, verantwortungsvolle und auch sozial denkende Richter und Staatsanwälte, die den Anforderungen, welche Verfassung und Gesetze an sie stellen, in vorbildlicher Weise gerecht werden. Allerdings ist von den drei Staatsgewalten – Gesetzgebung, Verwaltung, Justiz – Letztere wohl auch heute noch die am stärksten konservativ Geprägte. Nicht wenige Richter, so scheint es, wollen, dass alles so bleibt, wie es ist, am liebsten für immer und ewig. Eine gewisse Intoleranz, manchmal Überheblichkeit, gepaart bisweilen auch mit geistiger Enge, Lebensfremdheit und Rechthaberei kennzeichnen leider Teile der Justiz noch heute. Auch heute sind unsere Richter oft nicht großzügig, wo sie es sein könnten, nicht menschenfreundlich, wo sie es sein müssten, und kühl-distanziert dort, wo Mit-Gefühl und Solidarität gezeigt und erwartet werden können. Mit Recht bemerkt *Johann Bader*⁴⁶, der Praxis einzelner Berliner Richter, die sich an Kopftuch tragenden Rechtsanwältinnen stören und die religiöse Neutralität der Justiz verletzt sehen, stehe man fassungslos gegenüber. *Albert Schäffer* schreibt zum Fall des *Gustl Mollath*⁴⁷: „Vielleicht ist es an der Zeit, darüber nachzudenken, ob es klug ist, dass viele Richter ihr ganzes Berufsleben in der Justiz verbringen. Die Gefahren, falsche Loyalitäten und Binnenwahrnehmungen zu entwickeln, liegen auf der Hand.“ So ist es leider. Mit Recht ist auch das Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Hannover gegen Bundespräsident *Christian Wulff* kritisiert worden, der inzwischen rechtskräftig freigesprochen ist⁴⁸. Mindestens etwas eng wirkt die Betrachtung, die dem Verfahren gegen *Bodo Ramelow* zugrunde liegt.⁴⁹ Aber gegenüber der politischen Linken hatte die deutsche Justiz traditionell schon immer eine besondere, nicht unbedingt durch Fairness und

⁴⁴ Vgl. zu größeren und kleineren Gefahren für das Ansehen der Justiz Gross, NJW 2014, 3140; ferner Süddeutsche Zeitung vom 10.12.2013, S. 34: „Die Sturheit der Justiz“.

⁴⁵ Vgl. NJW-aktuell Heft 17/2014, S. 32.

⁴⁶ NJW-Editorial Heft 45/2013.

⁴⁷ FAZ vom 30.06.2013.

⁴⁸ Süddeutsche Zeitung vom 21./22.12.2013, S. 5.

⁴⁹ Vgl. Süddeutsche Zeitung vom 27.11.2013, S. 5.

Gerechtigkeit bestimmte Haltung.⁵⁰ Überhaupt können Richter, die sich gern als unpolitisch sehen und ständig bemüht sind, auch so zu erscheinen, höchst politisch und ziemlich aggressiv agieren, wenn es um ihre eigenen und egoistischen Interessen geht (wie sich bei der Auseinandersetzung um das – aus vielen Gründen sinnvolle und vernünftige – Vorhaben der rheinland-pfälzischen Landesregierung, die beiden eher kleinen Oberlandesgerichte Koblenz und Zweibrücken zusammenzulegen, 2011 gezeigt hat).

Die Justiz wäre nicht zuletzt deutlich besser, gäbe es mehr Richterinnen und Staatsanwältinnen. Weiblicher wird sie zwar seit Jahren, aber immer noch sind die Widerstände der männlichen Hierarchie nicht gering einzuschätzen.⁵¹

2 Entwicklung

Insgesamt ist indessen die Entwicklung hin zu einer moderneren und sozialen Justiz in den letzten vier Jahrzehnten, nachdem die nicht wenigen alten Nazis und ähnlich faschistisch-autoritär gestimmtes Personal das Feld verlassen hatten, doch eine eher positive gewesen. Erst vor dem historischen Hintergrund der grauenhaften Sinn- und Rechtlosigkeit des NS-Staats und seiner Justiz, sind diese Entwicklung sowie Sinn und Bedeutung einer humanen Rechtsordnung und ihrer Gerichte voll und ganz zu begreifen.

Dabei sind diejenigen Bereiche der Justiz besonders hervorzuheben, wo heute eine größere Vielfalt der Anschauungen und Einstellungen vorhanden ist, weil die Richter in einem demokratisch legitimierten Verfahren durch Richterwahlausschüsse gewählt werden. Die Justiz ist heute mit Personal, insbesondere, was dessen Qualität betrifft, aber auch mit Informationstechnologie und sächlichen Mitteln, deutlich besser ausgestattet. Das von der EU erstellte „Justizbarometer“ 2014 zeigt, dass die deutsche Justiz in nicht wenigen Bereichen im vorderen Drittel der verglichenen Länder liegt, bei der Fortbildung deutscher Richter im EU-Recht sowie bei der Verfahrenslänge von verwaltungsgerichtlichen Verfahren allerdings leider im hinteren Drittel.⁵²

3 Reformen

Wissenschaft und Praxis haben geholfen, Gesetze und Gerichte zu reformieren. Das hat mit dazu beigetragen, dass die Gerichte, die Justiz insgesamt, heute strenger

⁵⁰ Dazu passt dann auch, dass das Landgericht München in einem Rechtsstreit der Rechteverwalterin des Chefpropagandisten der Nazis Goebbels gegen einen Verlag, für viele doch ziemlich überraschend, Goebbels im Recht sah; vgl. Süddeutsche Zeitung vom 20./21.09.2014, S. 13.

⁵¹ Vgl. den aufschlussreichen Artikel zur Behandlung von Frauen in der bayerischen Juristenausbildung, Süddeutsche Zeitung vom 8./9.03.2014, S. 1.

⁵² S. NJW-aktuell, Heft 16/2014, S. 16; Was die Verfahrenslänge verwaltungsgerichtlicher Verfahren angeht, so ist hervorzuheben, dass im Vergleich der Bundesländer das Land Rheinland-Pfalz eine vorbildliche Position einnimmt.

und kritischer betrachtet werden. Der Presse und den Medien kommt dabei eine wichtige Rolle der Kontrolle und Kritik durch Herstellung von Transparenz und Öffentlichkeit zu. Die Aufgaben der Gerichte – Schutz von Würde, Freiheit, Grund- und Menschenrechten, Garantie von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit – bleiben im demokratischen und sozialen Rechtsstaat unverändert wichtig.

Es hat Reformen gegeben. Zu nennen ist auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts das Zivilprozessreformgesetz von 2002, mit dem eine Reihe von EG-Richtlinien umgesetzt wurde,⁵³ ferner sind anzuführen das am 1. September 2004 in Kraft getretene Erste Justizmodernisierungsgesetz und weitere Reformgesetze, die wichtige Details betreffen.⁵⁴

Nicht schlecht für das Land wäre eine große Justizreform, die bekanntlich immer wieder angekündigt, aber nie in Angriff genommen wurde.⁵⁵ Ihre ersten Ziele müssten Qualitätssicherung und Qualitätsverbesserung sein. Dafür wären Reformen von Gerichtsverfassung und Gerichtsorganisation wichtig. Es geht um eine Verbesserung von Ausbildung und Fortbildung. Es geht auch um andere Einstellungen und Haltungen, um einen anderen Geist.

III Rechtsprechung heute

Die Justiz ist Angelegenheit des Bundes und der Länder. Richter des Bundes und der Länder bilden die Judikative (Art. 92 GG), zu der auch die Staatsanwaltschaften zählen. Bei der Erfüllung ihrer Aufgabe helfen das unschätzbare und unangefochtene Gut der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter (Art. 97 I GG)⁵⁶ und deren inzwischen doch gewachsene Bereitschaft, sich auch neuen Wegen und Entwicklungen zu öffnen. Das Vertrauen in die Justiz und damit auch in ihr Ansehen sind über die Jahre gewachsen. Vor allem das **Bundesverfassungsgericht** mit seiner fortschrittlichen, Menschenwürde, Freiheit und Sozialstaat betonenden, fördernden und entfaltenden Rechtsprechung repräsentiert wie kein Gericht in Deutschland sonst Wert und Würde unseres demokratischen Verfassungsstaats.

Auch das Bewusstsein von Bedeutung und Tragweite der Einstellungen und Haltungen der Richter ist heute in großen Teilen der Justiz vorhanden. Man weiß, dass davon die Entscheidung meistens stärker abhängt, als vom juristischen Wissen und Können: Ob der Richter arrogant-distanziert ist oder menschenfreundlich-empathisch, ob seine kritische Haltung Selbstkritik einschließt, daran vor allem hängt, wie er dem Einzelnen begegnet und wie er wirkt und entscheidet.

⁵³ Musielak, Einl. Rn. 77ff.

⁵⁴ Musielak, Einl. Rn. 77, 78ff.

⁵⁵ Vgl. schon Arndt, *Gesammelte juristische Schriften*, 1976, S. 343; in neuerer Zeit Heister-Neumann, ZRP 2005, 12; Gaier, NJW 2013, 2871; Keders/Walter, NJW 2013, 1697; Bamberger, *Perspektiven der Justizpolitik in Rheinland-Pfalz*, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Trier e. V., 2007, S. 23ff.

⁵⁶ Dazu Arndt, *Gesammelte juristische Schriften*, 1976, S. 315ff., 325ff.; neuerdings Rojahn/Jerger, NJW 2014, 1147.

Hin und wieder gefällt sich die Justiz darin, gefällt es namentlich den Verbandsvertretern der Richterschaft, zu klagen: über fehlende Wahrnehmung ihrer „herausgehobenen Bedeutung als dritte Staatsgewalt“, mangelhafte flächendeckende Versorgung mit Justizstandorten, mangelhafte Personalausstattung, fehlende „amtsangemessene Besoldung“ und Ähnliches mehr.⁵⁷ Die Klagen werden auch durch ihre ständige Wiederholung nicht berechtigt. Die Justiz wird, etwa in und durch die Medien, nicht weniger wahrgenommen oder beachtet als Gesetzgebung oder Verwaltung. Es gibt, jedenfalls für Rheinland-Pfalz mit seinen zum Teil sehr kleinen Amtsgerichten, eher zu viele als zu wenige Gerichtsstandorte (In unserem schönen Bundesland befinden sich in jedem Landkreis, der **eine** Kreisverwaltung hat, **zwei** Amtsgerichte. Notwendig ist das nicht.). Die Besoldung ist, gemessen an anderen Ämtern mit vergleichbarer Verantwortung, angemessen und wird der Bedeutung der Aufgabe gerecht. Die Personalausstattung ist m. E. ausreichend. Junge Richter mögen am Anfang ihrer Dienstzeit, wie Berufsanfänger in anderen vergleichbaren Berufen auch, an manchen Stellen ihr Pensum als zu große Belastung empfinden. Ein durchschnittlich erfahrener und engagierter Richter, der in seine Aufgaben eingearbeitet ist und sich darin auskennt, ist – entgegen der Äußerungen der Verbandsvertreter – nicht überlastet. Was an gerichtlicher Leistung mit durchschnittlicher Ausstattung möglich ist, zeigt das Beispiel des Oberlandesgerichts Oldenburg.⁵⁸

Ein Hindernis für sinnvolle Veränderungen ist die dafür fehlende Bereitschaft vor allem der Richterschaft selbst. Ein schönes Beispiel gibt dafür das NJW-Editorial Heft 6/2014: Die Justizministerin des Landes Mecklenburg-Vorpommern, *Uta-Maria Kuder*, hat am 16. Januar 2014 den bisherigen Vizepräsidenten des Obergerichts (OVG) Mecklenburg-Vorpommern zu dessen Präsidenten und zugleich zum Präsidenten des Finanzgerichts ihres Bundeslandes ernannt. Das ist eine aus vielfältigen Gründen richtig und vernünftig erscheinende Maßnahme. Das OVG und das Finanzgericht dieses Bundeslandes werden nicht gerade zu den größeren Gerichten dieser Art in Deutschland gehören. Sinnvoll wäre es, ginge der Bundesgesetzgeber den weitergehenden Schritt, die öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten – Verwaltungsgerichte, Sozialgerichte, Finanzgerichte – insgesamt zusammenzulegen. Die dort bearbeiteten Rechtsgebiete unterscheiden sich nicht stärker untereinander als sich in der (einen) ordentlichen Gerichtsbarkeit Strafsachen, Zivilsachen, Familiensachen und Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit voneinander unterscheiden. Dass der Präsident des vermutlich ebenfalls nicht sonderlich großen saarländischen Finanzgerichts das Verhalten von Frau *Kuder* kritisieren zu können glaubt, ist bezeichnend, ist auch irgendwie verständlich, macht seine Kritik aber nicht überzeugend.

⁵⁷ Vgl. das NJW-Editorial, Heft 48/2013 des Vorsitzenden des Deutschen Richterbundes Christoph Frank.

⁵⁸ Vgl. NJW-aktuell, Heft 17/2013.

C Eine neue Justiz

I Demokratie, Sozialstaat, Rechtsstaat

Justiz muss hell sein, transparent, offen und öffentlich, ihre Vertreter kritisch, skeptisch, auch gegenüber sich selbst, aufgeklärt im umfassenden und besten Sinne des Wortes. Dazu muss sie pluralistisch sein, nach Möglichkeit die ganze Vielfalt der Gesellschaft repräsentieren.

1 Vielfalt

Eine Justiz, die mit humanen Entscheidungen dem Rechtsfrieden dienen will, kann nicht anders als demokratisch-pluralistisch sein. Demokratisches Verfahren bei der Besetzung der Stellen und Pluralität in der Zusammensetzung (vor allem) des richterlichen und staatsanwaltschaftlichen Personals bringen eine die Vielfalt unserer gesellschaftlichen Anschauungen widerspiegelnde Pluralität der Vorstellungen und Meinungen auch in die Gerichte und Staatsanwaltschaften.

Das hat Bedeutung und Wirkung in mehrfacher Hinsicht. Vielfalt gewährleistet eine breitere Erfahrungs- und Wissensgrundlage, dadurch mehr Objektivität bei der Erforschung des der Entscheidung zugrunde zu legenden Sachverhalts und auch besseres Recht im Einzelfall. In weltanschaulicher Hinsicht „betonierte“ Blöcke wirken sich einseitig und in der Regel zulasten der benachteiligten gesellschaftlichen Gruppen aus. Das lässt sich vielleicht nicht an jeder einzelnen Entscheidung festmachen. Es zeigt sich aber deutlich bei einer Betrachtung der Gesamtheit der Rechtsprechung.⁵⁹

Auch eine einseitig konservativ-bürgerliche Justiz ist für nicht wenige Menschen, die mit ihr zu tun haben und auf Unverständnis stoßen, „überhaupt keine Justiz“ (*Tucholsky*). Allein durch ein demokratisch bestimmtes Verfahren der Stellenbesetzung und durch weltanschauliche Vielfalt kann verhindert werden, dass die eine gesellschaftliche Gruppe nach ihren eigenen Anschauungen die andere beherrscht („Klassenjustiz“, vergleichbar der „Rassenjustiz“ in den USA). Darüber hinaus wird das Verhalten demokratisch-pluralistisch besetzter Gerichte in der Bevölkerung besser verständlich, und ihre Entscheidungen werden eher akzeptiert. Das bringt eine insgesamt geringere Distanz zum Publikum und eine im Zweifel flachere Hierarchie. Es schafft Vertrauen und Ansehen bei einem möglichst großen Teil der Bevölkerung, vor allem auch bei den vermutlich nicht wenigen, die nach ihren Erfahrungen mit der deutschen Justiz nicht ganz ohne Grund meinen könnten, vor einem deutschen Gericht bekomme man einiges, kaum aber sein Recht.⁶⁰

⁵⁹ Vgl. Wesel, Die Hüter der Verfassung, 1996, S. 20ff., 25, 26, 48ff.

⁶⁰ Interessant und aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang das Buch von Blüm, Einspruch! Wider die Willkür an deutschen Gerichten, 2014.

2 Soziale Rechtsprechung

Der Rechtsstaat, das ist das eher Formale, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, Schutz der Grundrechte vor allem gegenüber der öffentlichen Gewalt, Gewaltenteilung. Der Sozialstaat und soziale Rechtsprechung bedeuten in ihrer eigentlichen, wahren Form mehr Gerechtigkeit, die Berücksichtigung der Ungleichheit und die Bemühung um Ausgleich und Herstellung gleicher Bildungs- und Lebenschancen. Soziale Rechtsprechung bedeutet Schutz (siehe C. III.).

Unter den Grundsätzen sozialer Rechtsprechung steht mit an erster Stelle der Anspruch auf rechtliches Gehör vor Gericht (Art. 103 GG).⁶¹ Er schützt in subjektiver Hinsicht Würde und Persönlichkeit der Prozessbeteiligten und dient objektiv der Wahrheitsfindung, die nicht nur vor Gericht bekanntlich nicht ganz einfach ist. Für sie ist es wichtig, in manchen Fällen notwendig, dass der Richter die Prozessparteien persönlich lädt und sich im Gespräch mit den Personen einen unmittelbaren Eindruck von ihren Verhältnissen und von der Sache verschafft.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist für ein rechtsstaatliches Verfahren schlechthin konstitutiv.⁶² Erhebliche Bedeutung für alle schwierigeren Verfahren hat, dass der Anspruch grundsätzlich auch die Anhörung gerichtlicher Sachverständiger umfasst. Dabei kommt es auf die Frage, ob das Gericht selbst das schriftliche Sachverständigengutachten für erklärungsbedürftig hält, nicht an. Denn es ist Sache der Prozesspartei, dem Sachverständigen Fragen zu stellen, ihm Bedenken vorzutragen, oder ihn um die Erläuterung von Zweifelsfragen zu bitten. Das Gericht darf einen entsprechenden Antrag der Partei nicht übergehen.⁶³ Im Verfahren, insbesondere in der Beweisaufnahme, die Teil der mündlichen Verhandlung ist, gehört es ungeachtet dessen zu den wichtigen Aufgaben des Gerichts, den Sachverständigen angemessen und im Verhältnis zu den Prozessparteien fair zu leiten sowie darauf hinzuwirken, dass er sich vollständig und richtig zu den entscheidungserheblichen Fragen und Problemen äußert.⁶⁴

Jedermann hat einen Anspruch auf ein faires Verfahren. Das Bundesverfassungsgericht hat ihn aus Art. 2 I, 20 III GG hergeleitet. Er begründet ein „allgemeines Prozessgrundrecht“.⁶⁵ Fairness ist dabei zu verstehen als Verfahrensgerechtigkeit. Dazu zählen Verhaltensweisen wie das Anhören, Aufklären, Rücksicht nehmen, Schlichten, Geradlinigkeit im Verhalten.⁶⁶ Es zählen hierzu als ein Minimum Freundlichkeit, Höflichkeit und Hilfsbereitschaft. Aus Art. 19 IV GG folgt, auch als Ausdruck

⁶¹ Arndt, Gesammelte juristische Schriften, 1976, S. 359.

⁶² BVerfG NJW 2003, 1924ff.

⁶³ BVerfG NJW 2013, 3433.

⁶⁴ Seibel, NJW 2014, 1628.

⁶⁵ BVerfG NJW 1991, 3140; NJW 2008, 2243.

⁶⁶ Musielak, Einleitung, Rn. 27ff. bis Rn. 54.

fairen Verhaltens, der Grundsatz wohlwollender Auslegung prozessualer Anträge im Sinne des erkennbaren Rechtsschutzanliegens des Prozessbeteiligten.⁶⁷

Es gilt der Grundsatz auf gleiche Behandlung (Waffengleichheit), hergeleitet aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG). Damit eng zusammenhängend gilt das Willkürverbot (Art. 3 I GG).⁶⁸

Ein ganz besonderer Aspekt sozialer Rechtsprechung ist der recht große Bereich, in dem sie leider nicht stattfinden kann, nämlich bei Massenschäden vieler kleiner, oft armer Geschädigter, weil für deren wirksame Geltendmachung im deutschen Recht die notwendige Möglichkeit zur Gruppenklage fehlt.⁶⁹

3 Maß und Kontinuität

Die Hauptgründe für Akzeptanz und Bindungskraft einer gerichtlichen Entscheidung sind die (nicht allein juristische) Qualität des Urteils sowie die persönliche und fachliche Befähigung der Richter, die es zu verantworten haben. Eine gerichtliche Entscheidung sollte im wahren Sinne des Wortes maßvoll, sie sollte ausgewogen sein. Sie muss Maß und Ziel haben. Die ausgesprochenen Rechtsfolgen müssen in einem angemessenen Verhältnis zum Sachverhalt stehen und dürfen die betroffenen Personen nicht unverhältnismäßig belasten. Der im Rechtsstaatsprinzip der Verfassung begründete Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beherrscht unser gesamtes Recht. Meistens stellt das Recht selbst – wie z. B. das Strafgesetzbuch – die Maßstäbe zur Verfügung. So ist das Maß für Art und Höhe der Strafe in erster Linie die Schuld des Täters. Unser Strafrecht ist Schuldstrafrecht. Die im Einzelfall verhängte Strafe muss schuldangemessen sein. Auch zivilrechtliche Haftung auf Schadensersatz setzt in aller Regel (Ausnahme: Gefährdungshaftung) Verschulden, also Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus. In anderen Fällen ist das Ausmaß der Rechtswidrigkeit oder der verursachten Gefahr für die auszusprechende Rechtsfolge der wesentliche Maßstab. Die Verurteilung zum Schadensersatz dient dem Ausgleich des Schadens und der Wiederherstellung der durch die Handlung des Schädigers verursachten Beschädigung. Sie hat, anders als etwa im amerikanischen Recht, das punitive damages – Strafschadensersatz – kennt, keinen Bestrafungscharakter. Allerdings sind, bei Ehr- und Persönlichkeitsrechtsverletzungen, aber auch

⁶⁷ BVerfG NJW 2014, 991.

⁶⁸ BVerfGE 69, 248, 254 = NJW 1985, 3005; EGMR NJW 1995, 1413; Britz, NJW 2014, 346.

⁶⁹ Bamberger, Gruppenklagen bei Massenschäden – für einen wirksamen kollektiven Rechtsschutz, in: FS Eichele, S. 19ff.

im Bank- und Kapitalmarktrecht, bei eingetretenen Massenschäden, Fallgestaltungen denkbar, in denen Strafschadensersatz sinnvoll sein kann.

Die Richter müssen sich klug zurückhalten in der Beurteilung von Dingen, für die sie nicht die Sachkunde haben. Sachkundig sind sie für das Recht, für die Beurteilung der Rechtsfragen. Nicht selten wagen sie sich ziemlich weit vor auf Sachgebiete, von denen sie glauben, sie verstünden etwas davon, von denen sie aber in Wahrheit nicht allzu viel verstehen. Den zugrunde liegenden Sachverhalt müssen sie sich immer erst vermitteln lassen, durch den Vortrag der Parteien, durch Zeugen, die bei dem zu beurteilenden Geschehen – anders als der Richter – dabei waren, durch Sachverständige, die die schwierigen und oft sehr speziellen und schwierigen, auch wissenschaftlichen Sachfragen zu beurteilen in der Lage sind.

Schon die Feststellung des wahren Sachverhalts ist nicht selten schwierig. Oft kennen wir nicht genau die Gesetze der Zusammenhänge und Abläufe in der natürlichen Welt und nicht selten sind bereits bei der Feststellung eines alltäglichen Geschehens Unkenntnis und mangelnde Erfahrung, aber auch Täuschung, Illusion, auch Manipulation im Spiel. Sachverhalte, in denen häufig auch subjektive, sehr persönliche Momente eine Rolle spielen, sind oft von einer Tiefe, die im Rahmen eines Gerichtsverfahrens kaum ausgemessen werden kann, und in die richterliches Denken nicht eindringt. Vollends Teil der geistigen Welt ist das Recht und ist die Rechtsanwendung. Ich fürchte, was genau „das Recht“ ist, was bei seiner Anwendung geschieht, welche Rolle das Denken, Gesinnungen, Stimmungen, Motive, Haltungen, unterschiedliche Anschauungen der Welt, Erziehung, Sozialisation und vieles andere spielen, und wie sie sich im ganz konkreten komplexen Einzelfall, und mit welchem Gewicht auswirken, das wissen wir in Wirklichkeit nicht. Deshalb ist die Einhaltung eines akzeptierten, fairen Verfahrens wichtig, und die Beachtung der Grundsätze des Verfahrensrechts.

Manchmal verstehen die Richter auch vom Recht nicht genug. Das ist dann fatal. Aber heute ist das Recht, anders als noch vor hundert Jahren, eine bisweilen nicht einfach zu überschauende Masse von Normen und Vorschriften: Verfassungstexte, allgemeinere und zahlreiche zum Teil äußerst spezielle Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsvorschriften, allgemeine Geschäftsbedingungen, Vertragstexte usw. Unmöglich kann ein Richter das alles kennen. Jeder Richter muss sich heute einarbeiten und sich spezialisieren.

Er muss die Dinge kritisch hinterfragen können. Was ist, im Lichte der Gerechtigkeit betrachtet, im positiven Recht bloßer Schein oder nur Gerede? Das aufzudecken ist auch Sinn und Zweck rechtswissenschaftlichen Denkens. Und der Richter muss selbstkritisch und zurückhaltend sein, besonders in der Beurteilung von Fragen und Sachverhalten, von denen er eigentlich nichts versteht. Er muss zuhören können. Er muss tolerant sein, großzügig und liberal in der Führung des Verfahrens. Ein Richter oder Vorsitzender Richter, der in der mündlichen Verhandlung autoritär agiert, und, damit nicht selten einhergehend, fortwährend selbst redet (was selbst bei Bundesgerichten vorkommen soll), läuft Gefahr, Wichtiges und Entscheidendes schon nicht zu hören oder nicht zu verstehen und dann falsch zu entscheiden.

Gerichte, insbesondere die Bundesgerichte, sollten an einer eigenen, langjährigen, bewährten und klugen ständigen Rechtsprechung, die bei den Betroffenen Ak-

zeptanz und Zustimmung gefunden hat, nach Möglichkeit festhalten. Das gebietet schon der in der Verfassung und dort gleichfalls im Rechtsstaatsprinzip verankerte Vertrauensgrundsatz. Das folgt aus dem Sinn und Zweck von Rechtsprechung überhaupt. Auch kann von Rechtsfortbildung durch die Bundesgerichte nicht gut gesprochen werden, wenn diese selbst sich an das fortgebildete Recht nicht mehr halten.

Eine ständige Rechtsprechung wirkt wie Recht und Gesetz. Erst die Rechtsprechung bestimmt in Auslegung und Anwendung des Gesetzes – seiner Generalklauseln, seiner unbestimmten Rechtsbegriffe – dessen konkrete Gestalt. Wen sie angeht, der richtet sich danach, in seinen Lebensplänen, in seinem Alltag, in seinen Entscheidungen, Überzeugungen und Meinungsäußerungen. Die plötzliche und unvermittelte – insbesondere nicht durch eine Veränderung der Sachlage vermittelte – Änderung einer ständigen Rechtsprechung ohne klare und vernehmbare vorherige Ankündigung erscheint willkürlich und ist deshalb ein Vertrauensbruch. Es mag Fallgestaltungen geben, in denen die ständige Rechtsprechung in der Öffentlichkeit oder in der wissenschaftlichen Literatur oder auch von anderen Gerichten infrage gestellt oder, auch mit guten Gründen, angegriffen wird. Hier kann es fraglich erscheinen, ob Vertrauen schutzwürdig ist. Das kann besonders dann der Fall sein, wenn die Gerichte selbst unsicher und in ihren Auffassungen schwankend erscheinen.⁷⁰

Immer dann aber, wenn keine vernünftigen Zweifel oder Einwände gegen die Rechtsprechung geltend gemacht werden, oder aber die Gerichte die gegen ihre ständige Rechtsprechung erhobenen Einwände aufnehmen, sich mit ihnen auseinandersetzen und trotzdem bei ihrer alten Haltung bleiben, ist das in die Beständigkeit dieser Rechtsprechung gesetzte Vertrauen nach Treu und Glauben schutzwürdig und geschützt (§ 242 BGB). Weil die Rechtsprechung immer einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt betrifft, bedeutet die plötzliche Änderung einer ständigen Rechtsprechung eine unvorhergesehene rückwirkende und aus Verfassungsgründen höchst zweifelhafte Veränderung des Rechts. Sie schadet dem Ansehen und der Autorität der Gerichte.

II Anforderungen

Will die deutsche Justiz Stellung, Rang und Reputation im Staat – und im internationalen Vergleich – behalten, muss sie gut sein, muss sie nach Möglichkeit besser werden, muss sie sich erneuern. Das betrifft die Qualität ihrer Verfahren und Entscheidungen, die dafür notwendige Ausstattung wie auch vor allem Können, Wissen und Erfahrung ihres Personals.

⁷⁰ Brocker, NJW 2012, 2996.

Die deutsche Justiz könnte allgemein nicht unerheblich gestärkt werden durch Zusammenfassung der fünf zu zwei Gerichtsbarkeiten (eine öffentlich-rechtliche Gerichtsbarkeit, mit Verwaltungsgerichten, Sozialgerichten, Finanzgerichten; eine ordentliche Gerichtsbarkeit, zu der die Arbeitsgerichte dazukommen). Daneben bestünde selbstständig die Verfassungsgerichtsbarkeit. Wichtig wäre eine Straffung der Instanzenzüge, ferner eine Beschränkung der Gerichte und Staatsanwaltschaften auf ihre wirklich wichtigen Aufgaben. Die Möglichkeiten alternativer vorge richtlicher und außergerichtlicher Konfliktbeilegung müssten dazu weiter verbessert werden.

1 Qualität

Der heute erlebte schnelle Wandel in komplexen Verhältnissen – Änderung der Gesellschaft, Globalisierung der Wirtschaft, technologischer Fortschritt, Einflüsse des Internets – verlangt bei entstehenden Konflikten gute Entscheidungen, mit überzeugenden Lösungen, in einer vertretbaren Frist. Soweit es dabei um Recht geht, um die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten oder um die Bestrafung überführter Straftäter, hat unsere Verfassung diese Aufgabe der Justiz und dort den Richtern zugewiesen. Das sollte heute nicht irgendeine Justiz sein, die es schon irgendwie richten wird, erst recht nicht eine Justiz, die ihre Aufgabe in erster Linie darin sieht, die bestehende, nicht immer gerechte Ordnung zu repräsentieren und mit ihren Entscheidungen Tag für Tag zu befestigen, sondern eine moderne, kritische und soziale Justiz, die auf der Höhe der Zeit ist, das Unrecht sieht, Erneuerung will und den Menschen mit guten Entscheidungen hilft. Vor dem historischen Hintergrund ihrer desaströsen Vergangenheit müsste das für Deutschland eine neue Justiz sein. Dazu gehört einiges, vor allem jedoch fachlich versiertes, lebens- und berufserfahrenes und menschenfreundliches Personal, das offen ist für neue Entwicklungen und Wege, bereit und fähig für Innovation. Das betrifft alle am Prozess beteiligten Personen, neben den Rechtsanwälten, die für eine wirksame Vertretung der Prozessparteien (oder Beschuldigten) unerlässlich sind, auch die Richter und die Staatsanwälte. Es gehört dazu aber zuerst ein neuer, anderer Geist, der bestimmt ist durch Empathie, Mit-Gefühl, Freundlichkeit, Höflichkeit, Hilfsbereitschaft.

Die Justiz, will sie eine gute Arbeit leisten, braucht helle, freundliche Häuser, lichte, die Kommunikation fördernde Sitzungssäle und ebensolche Arbeitsräume für ihre Mitarbeiter. Die vielfach noch vorhandenen Gerichtsgebäude aus der deutschen Kaiserzeit, mehr als hundert Jahre alt, dunkel, muffig, furchteinflößend, sind unzeitgemäß und bedürfen dringend der Renovierung. Die Gerichte sind auszustatten mit hervorragenden Bibliotheken, mit dem Zugang zu elektronischen Datenbanken, in denen Entscheidungen der Gerichte und wissenschaftliche Literatur abgerufen werden können. Sie sind auszustatten mit modernster EDV.

2 Zeit

Justiz ist zu leisten in angemessener Zeit. Es kommt leider vor, dass Prozessparteien das Ende ihres Prozesses nicht mehr erleben. Recht braucht sicher auch im Einzelfall Zeit, aber der Sachverhalt, um dessen Beurteilung es geht, wird mit dem Ablauf der Zeit leider mehr und mehr vergessen. Zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes (Art. 2 I i. V. m. Art. 20 III GG) gehört deshalb die Beachtung des verfassungsrechtlich verankerten Beschleunigungsgebots. Das Gericht hat das Verfahren in jedem seiner Abschnitte nach Möglichkeit zu fördern. Das gebietet zunächst die Achtung und Rücksichtnahme gegenüber den Prozessbeteiligten, deren Zeit, Geduld und Geld das Verfahren kostet. Es folgt aber auch daraus, dass für eine zuverlässige Feststellung des rechtlich zu beurteilenden Sachverhalts und die Erhebung der dafür notwendigen Beweise nicht eine zu lange Zeit vergangen sein darf. Beweise müssen zeitnah zum Geschehen erhoben werden, weil Urkunden und Schriftstücke verloren gehen können und vor allem die Erinnerung von Zeugen sehr schnell verblasst und ungenau wird und ihre Aussage dann nicht mehr verwertbar ist. Die Möglichkeit einer zeitnahen Entscheidung ist daher für eine richtige und gerechte Entscheidung notwendige Voraussetzung. Aus Art. 2 I in Verb mit Art. 20 III GG und Art. 19 IV GG sowie Art. 6 I EMRK folgt deshalb die Verpflichtung des Staates und seiner Gerichte, Gerichtsverfahren in angemessener Zeit zum Abschluss zu bringen. Welche Dauer eines Gerichtsverfahrens angemessen und welche unangemessen ist im Sinne von § 198 I Satz 1 GVG, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles. Dabei darf der verfassungsrechtliche Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 I GG) nicht unberücksichtigt bleiben. Dem Gericht muss eine angemessene Vorbereitungs- und Bearbeitungszeit zur Verfügung stehen. Es hat einen Gestaltungsspielraum, der es ihm ermöglicht, dem Umfang und der Schwierigkeit der einzelnen Rechtssachen ausgewogen Rechnung zu tragen.⁷¹

Wird das Gerichtsverfahren unangemessen verzögert (unangemessene, überlange Verfahrensdauer), stehen dem Betroffenen Entschädigungsansprüche zu.⁷² Für die Frage der unangemessenen Verfahrensdauer besteht ein Wertungsrahmen (Art. 6 EMRK, Art. 19 IV GG, Art. 20 III GG). Es kommt auf eine gewisse Schwere der Belastung des Gerichts (des Richters, der Kammer) an. Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalles.

Die für die Entschädigung immaterieller Nachteile maßgebliche Frage, ob eine Wiedergutmachung auf andere Weise im konkreten Fall ausreichend ist (§ 198 II 2, IV 1 GVG), muss unter Abwägung aller Belange im Einzelfall entschieden wer-

⁷¹ BGH NJW-aktuell. Heft 51/2013, S. 8; vgl. auch BVerfG. NJW 2013, 3630; NJW 2013, 3432; BVerwG. NJW 2014, 96.

⁷² Gesetz zum Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (BGBl. I S. 2011, 2302; §§ 198ff. GVG, in Kraft seit 3.12.2011; vgl. EGMR NJW 2001, 2694 Rn. 146ff.; NJW 2006, 2389 Rn. 138f.; BGH NJW 2014, 939; NJW 2014, 2443; BSG NJW 2014, 248; NJW 2014, 253; BVerwG. NJW 2014, 96 Rn. 39; Steinbeiß-Winkelmann/Sporrer, NJW 2014, 177.

den.⁷³ Für die Höhe der Entschädigung wegen Verfahrensverzögerung kann eine Mitverursachung durch den Entschädigungskläger mit maßgeblich sein.⁷⁴

3 Personen: Wissen, Erfahrung, Mit-Gefühl

Art. 92 des Grundgesetzes bestimmt kurz und knapp und, wie es sich für eine Verfassung gehört, etwas unklar: „Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetz vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt.“ Rechtsprechung ist Streitentscheidung (und Bestrafung) durch Richter nach Maßgabe von Recht und Gesetz. Ihr kommt im sozialen und demokratischen Rechtsstaat eine wichtige, ja essenzielle Rolle zu. Die Bedeutung dieser Staatsaufgabe und damit der Gerichte und der Richter ist in den letzten sechzig Jahren beständig gewachsen. Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Im Letzten ist, was sie tun, normativ-ethisch geprägt. Richtersein ist Charaktersache. Dafür muss sich der Richter nicht ständig im Widerstand sehen. Aber er muss standhalten können, wenn es wichtig wird, wenn es darauf ankommt.

Richter haben ihr Amt unparteiisch und in weltanschaulicher Neutralität wahrzunehmen.⁷⁵ Dass die Mehrheit der Deutschen nicht christlich ist und nennenswerte Anteile der Bevölkerung in Deutschland anderen Religionen anhängen, spielt dafür nur eine untergeordnete Rolle. Rechtsprechung bedeutet Ausgleich von Interessen in einem geordneten, transparenten Verfahren, aufgrund rationaler Kommunikation; sie behauptet den Anspruch auf Geltung und zielt auf Akzeptanz. Vieles ist hier besser geworden in den letzten vierzig Jahren. Vieles wirkt, selbst bei den Bundesgerichten, immer noch etwas veraltet.⁷⁶

Dass die Richter und die Staatsanwälte, aber genauso auch die weiteren Mitarbeiter der Gerichte und Strafverfolgungsbehörden exzellent ausgebildet und ständig gut fortgebildet sein sollten, ist, nicht zuletzt im Blick auf die Verantwortung, die sie mit ihren Verfahren und Entscheidungen für andere haben, selbstverständlich. Wichtig ist die Erfahrung. Ob diese in ausreichendem Maße hat, wer mit 27 Jahren in ein Richteramt oder in das eines Staatsanwalts kommt, ist fraglich.

Die Beantwortung schwieriger Fachfragen verlangt heute zudem Spezialisierung. Das Gesetz hat dem in einigen, aber leider letztlich in zu wenigen Punkten Rechnung getragen. So sollen nach § 37 JGG die Richter der Jugendgerichte und die Jugendstaatsanwälte erzieherisch befähigt und in der Jugenderziehung

⁷³ BGH a. a. O.

⁷⁴ BGH NJW 2014, 1183; zur Frage des Rechtsmittels bei Versagung der Prozesskostenhilfe s. BGH NJW 2012, 2449.

⁷⁵ Weil unser Grundgesetz weltanschaulich neutral ist, weshalb Kruzifixe in Gerichtssälen, entgegen der Meinung des früheren Bischofs von Trier Marx, selbstverständlich fehl am Platze sind. So zutreffend Kreß, a. a. O., S. 45.

⁷⁶ Siehe Derleder, Myops 21, 5; Lamprecht, NJW 2013, 3563; ders., NJW 2013, 440; Hassemer, NJW-Editorial Heft 35/2013; rechtsvergleichend zur richterlichen Unabhängigkeit Oberto, ZRP 2004, 207.

erfahren sein, eigentlich eine Selbstverständlichkeit. Entsprechendes hätte auch oder erst recht zu gelten für andere komplexe oder noch kompliziertere Materien (Urheberrecht, Medienrecht, Wettbewerbsrecht, Recht der Wirtschaftsstrafsachen, Bank- und Kapitalmarktsachen, Recht der Kommunikations- und Informationstechnologie). Oft kommt hinzu, dass es nicht allein um schwierige Rechtsfragen geht. In Rede stehen nicht selten wissenschaftliche Fragen, die mit mathematisch-naturwissenschaftlichen Problemen eng verbunden sind. Ferner geht es um betriebswirtschaftliche und volkswirtschaftliche Komplexe, die ein besonderes Spezialwissen erfordern. Auch größere und speziellere Erfahrungen und Kenntnisse der ehrenamtlichen Beisitzer der Kammern für Handelssachen, die Kaufleute sind, genügen hier im Allgemeinen nicht. Die Gerichte brauchen heute Spruchkörper mit spezialisierten Richtern, die Strafverfolgung benötigt dringend Spezialisierung, auch durch Schwerpunktstaatsanwaltschaften, insbesondere im Wirtschafts-, Bank- und Kapitalmarktrecht.

Vielfach wird im Prozess, auf Antrag einer Partei oder beider Prozessparteien oder aber von Amts wegen durch das Gericht, ein Sachverständiger hinzugezogen werden müssen. Je nach Umfang und Komplexität des Verfahrens werden es auch mehrere Sachverständige sein. Das kann von Fall zu Fall teuer werden. Es ist aber meistens unumgänglich, da das Fachwissen des Richters (oder im Strafverfahren auch das des Staatsanwalts) meistens nicht ausreichen dürfte. Die Hinzuziehung von Sachverständigen macht aber eigene Fachkenntnisse des Gerichts und des Staatsanwalts und deren entsprechende Spezialisierung nicht entbehrlich. Der beste Sachverständige ist für das Verfahren und die Entscheidung ganz und gar nutzlos, wenn ihm der Richter nicht folgen kann. Schon für das Verstehen der fachspezifischen Probleme, sodann aber auch für eine erkenntnisfördernde Kommunikation sowohl mit dem Sachverständigen als auch mit den Prozessbeteiligten und nicht zuletzt für seine Fähigkeit, die richtigen und weiterführenden Fragen stellen zu können (um keine törichten oder überflüssigen Fragen zu stellen), braucht der Richter (Staatsanwalt) eigene Fachkenntnisse durch eine entsprechende Ausbildung, Fortbildung und Spezialisierung. Er muss begreifen können, worum es geht. Er muss die Schwachstellen des Sachverständigengutachtens sehen oder mindestens spüren können. Er muss ein sicheres Gefühl für die Erkenntnismöglichkeiten und Wissensgrenzen der Fachwissenschaft entwickelt haben.⁷⁷ Das ist für die Justiz und die von ihr betroffenen Menschen immer noch ein durchaus ernstes und m. E. noch nicht gelöstes Problem. Ein Außenstehender könnte geneigt sein, die nach wie vor herrschenden Verhältnisse in den Gerichten mit der Absurdität eines Gesundheitswesens zu vergleichen, in dem es einem Allgemeinmediziner oder Augenarzt erlaubt wäre, am offenen Herzen zu operieren. Eingestandenes Nichtwissen ist nicht gut. Unangenehmer ist freilich, wenn Richter irrig meinen, sie verstünden etwas von der Sache oder wenn es ihnen gar gelingt, erfolgreich – und bisweilen folgenreich – nicht vorhandene Kenntnis vorzutäuschen.

⁷⁷ Müller/Nedopil/u. a.-Bamberger, Sicherungsverwahrung, S. 228.

Die Möglichkeiten interdisziplinären Arbeitens müssen verbessert werden. Die ganze Wirklichkeit auch eines Streitfalles ist nur interdisziplinär zu erfassen. Das selbe gilt für schwierige Strafverfahren, wenn es um die Beurteilung der Persönlichkeit des Angeklagten und ihrer Defizite oder um die Entwicklung eines Konzepts für die Vollziehung von Sicherungsverwahrung geht. Hier müssen ggf. alle mitarbeiten, die für die Beurteilung bestimmter Sachverhalte das Spezialwissen haben: Psychiater und Psychologen, Hirnforscher und Neurobiologen, Psychotherapeuten, Sozialtherapeuten, die Praktiker des Vollzugs.⁷⁸ Deshalb ist die Zusammenarbeit mit anderen Stellen und Fachgebieten – und sind entsprechende Netzwerke – für eine zutreffende Erfassung des Sachverhalts wie auch für dessen rechtliche Beurteilung von hohem Wert.⁷⁹

III Schutz

Es geht um die Schmerzen der einfachen Menschen. Die Probe für eine gerechte und gute Justiz ist die Gewährung von Rechtsschutz auch gegen die Großen – gegen große Unternehmen, aber auch gegen den Staat. So wie Gerechtigkeit sollte auch das Soziale als ein unerlässlicher Teil von ihr den Gerichten vertraut sein.

1 Persönlichkeitsschutz

Einiges ist insoweit in den letzten fünfzig Jahren geschehen. Das beginnt mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, bei dem es weniger um den Schutz des Schwachen als um Anerkennung und Schutz des Individuums als Person mit Würde und mit dem Recht auf freie Entfaltung geht. Später ist der Schutzgedanke im Recht weiter entfaltet worden. Es geht heute um durchaus unterschiedliche Ausgestaltungen wie den Verbraucherschutz, Mieterschutz, Anlegerschutz, den Schutz von Frauen, Fremden, Minderheiten, von Schwulen und Lesben, den Schutz der Gefangenen. Tragende Grundsätze dafür sind die Privatautonomie, das Sozialstaatsprinzip und der Gleichheitssatz der Verfassung (Art. 3 GG). Insbesondere Autonomie im Rechtsverkehr, Privatautonomie, ist nicht gut möglich, ohne dass bei rechtlichen Verfahren und Entscheidungen Ungleichheit nach Möglichkeit beseitigt und Gleichheit der maßgeblichen Sachverhalte hergestellt werden.

Es gibt eine „Hilfestellung des Rechts für die schwächere Vertragspartei“⁸⁰; auch sie soll von der Privatautonomie Gebrauch machen können.⁸¹ So z. B. beim

⁷⁸ Müller/Nedopil/u. a.-Bamberger, Sicherungsverwahrung, S. 225.

⁷⁹ Vgl. Bamberger, Arbeiten in Netzwerken – Ein Plädoyer für neue Wege in der Justiz, in: FS Rudolph, S. 15.

⁸⁰ Derleder/Knops/Bamberger-Tonner, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl. 2009, § 4, Rn. 55.

⁸¹ BVerfGE 89, 214.

Verbraucherschutz. Es ist nicht nur keine Seltenheit, sondern üblich, dass Unternehmen ihre Verträge und Vertragsbedingungen (AGB) so gestalten, dass die Vor- und Nachteile eines Geschäfts einseitig zugunsten des Unternehmens verteilt sind. Der Verbraucher ist dann nicht selten der Dumme. Er durchschaut die Dinge oft schon nicht. Selbst wenn er weiß, dass er benachteiligt wird, kann er sich nicht wehren, weil er das Gerichtsverfahren scheut.⁸²

2 Schutz der Schwachen

Zwei Gründe gibt es in unserer Ordnung, wirtschaftlich und/oder rechtlich Schwächere zu schützen. Der eine liegt im Sozialstaatsprinzip, das in seinem Ursprung auf die Überlieferung der jüdischen Ethik zurückgeht, die den Schutz der Armen und Kranken gebietet. Der zweite, speziell für das Verfahren geltende ist das Gebot der Fairness im Prozess.

Das betrifft die wirtschaftlich schwächere Partei, aber auch die in Wissen und Erfahrung schwächeren Betroffenen. Das sind sehr viele Beschuldigte und Angeklagte in Strafverfahren, immer dann, wenn Kriminalität aus Armut und Vernachlässigung hervorgegangen ist. Das sind oft Kläger in arbeitsgerichtlichen Verfahren. Es geht aber beispielsweise auch um Probleme des rechtlichen Schutzes des unerfahrenen, oft getäuschten oder betrogenen und meistens unprofessionellen Kapitalanlegers. Insbesondere für den gesamten Bereich der Anlageberatung in Bezug auf komplexe Finanzprodukte stellt sich die Frage nach der ausreichenden Information. Sie betrifft nicht erst den unerfahrenen Anlageinteressenten und -kunden, sondern je nach Fallgestaltung bereits die – den Anlageberater oder auch Privatkunden – schützenden Verbraucherverbände, weil auch sie oft nicht wissen (können), welche spezifischen Gefahren, Nachteile und Risiken mit dem Finanzprodukt verbunden sind. Hier folgt aus dem Gebot der Fairness im Verfahren eine umfassende Schutzpflicht des Gerichts. Es hat der uninformierten, unerfahrenen, unprofessionellen Prozesspartei in Ausübung seines Frage- und Aufklärungsrechts im Rahmen von Recht und Fairness zu helfen. Das gilt nicht selten auch gegenüber dem professionellen Kunden.

Es geht allgemein um die Beseitigung von Ungleichgewichten in Wissen und Erfahrung. Es geht um den in den meisten Fällen letztmöglichen Ausgleich von Ungerechtigkeit. Und es geht nicht zuletzt um die Wiederherstellung von Vertrauen, ohne das eine menschliche Ordnung nicht gut funktionieren kann. Komplexität und Undurchschaubarkeit der in den Handel gebrachten Produkte und gehandelten Dienstleistungen machen die Beachtung des Fairnessgebots dringender und schwieriger.

⁸² Vgl. Knops, Verbraucherschutz bei der Begründung, Beendigung und Übernahme von Immobiliarkreditverhältnissen, 2000, S. 2ff., 7f.

3 Frauen, Fremde, Minderheiten

Der Wert einer Rechtsordnung bemisst sich nicht zuletzt danach, wie sie mit benachteiligten Menschen umgeht. Das gilt auch für die Gerichte und die Frage, ob sie hier auf der Höhe der Zeit sind. Benachteiligt sind in unserem so fortschrittlichen Land – mehr als sechzig Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes – immer noch die Frauen. Vieles ist hier in den letzten Jahren in der Folge von Gesetzen gegen die Diskriminierung (auch) von Frauen geschehen (Allgemeine Gleichbehandlungsgesetze). Vieles bleibt hier, insbesondere für die Bereiche der Wirtschaft und der Gesellschaft und leider auch für die Justiz, immer noch zu tun. Eine ganz besondere Gefahr der Benachteiligung besteht aber in Deutschland in Bezug auf die Fremden und die Menschen anderer Minderheiten.

Das deutsche Verfassungsrecht kennt keinen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz von Inländern und Ausländern. Zwar ist eine willkürliche Ungleichbehandlung von Ausländern nicht zulässig. Doch ist die Staatsangehörigkeit kein nach Art. 3 III GG verbotenes Unterscheidungskriterium. In der Praxis der Verwaltungen und auch in den Verfahren der Gerichte wirkt sich das noch heute eher ungünstig aus. Fremde, wenn sie nicht gerade aus den Mitgliedstaaten der Europäischen Union kommen, erst recht, wenn sie ersichtlich afrikanischer oder asiatischer Herkunft sind, laufen Gefahr, anders behandelt zu werden als Deutsche. Dabei folgt schon unmittelbar aus Art. 1 GG, der zu jederzeit auch von den Gerichten zu beachten ist, die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz. Sie gilt ganz unabhängig von der Leistungsfähigkeit und dem „Wert“ eines Menschen. Und sie hat heute womöglich einen noch höheren Rang als die Freiheitsrechte der Verfassung, weil in Zeiten wachsender Ungleichheit für eine immer größere Anzahl von Menschen Gleichheit, also gleiche Behandlung vor dem Gesetz, vor Gericht und vor den Behörden – das bedeutet auch gleiche Ausbildungs-, Bildungs- und Lebenschancen – allgemein und im Alltag einen noch größeren Wert hat als die doch eher als abstrakt wahrgenommenen Freiheitsrechte (die beispielsweise einem Hartz-IV-Empfänger nicht allzu viel bedeuten dürften, weil er Eigentum nicht hat und Freiheit nicht nutzen kann).

Die Gerichte, die Strafgerichte, wenn Fremde angeklagt sind oder als Zeugen vernommen werden, die Verwaltungsgerichte in Asylverfahren haben auch zu beachten: Diese Menschen leben hier nicht selten in Verhältnissen, die unsicherer sind als unsere und die ihnen, weil sie fremd sind, noch komplexer erscheinen als dies für uns der Fall ist. Die Richter und die Staatsanwälte haben die oft unfassbar erscheinende Entwicklungsdifferenz zu sehen, die immer noch besteht zwischen den reichen Ländern des Nordens und nicht wenigen armen Ländern der Erde: das Bevölkerungswachstum in Afrika und großen Teilen Asiens, die Folgen des Klimawandels und der Zerstörung der Umwelt, die nicht wenigen bewaffneten Auseinandersetzungen und Kriege und aus alledem folgend Armut, Hunger, Verfolgung, Flucht.⁸³

In einigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, aber auch in Teilen Deutschlands, sehen wir heute leider wieder wachsenden Rechtspopulismus, Antisemitis-

⁸³ Barwig/u. a.-Bamberger, Gleichheit, 2012, S. 19ff.

mus, Fremdenfeindlichkeit. Wir erleben sogenannte „Normalisierungsprozesse“, in denen erneut akzeptiert wird, dass in kommunalen und anderen Parlamenten rechtsradikale Parteien vertreten sind, für die Diskriminierung, Rassismus, Fremdenfeindlichkeit und Antisemitismus zum Parteiprogramm gehören. Hier sind die Anfänge. Hier ist deshalb mit Nachdruck und Entschiedenheit der Einspruch notwendig. Das muss auch in den Verfahren und Entscheidungen der Staatsanwaltschaften und Gerichte in aller Klarheit sichtbar sein.

Die Entwicklung Deutschlands hin zu einem Land, das die Behauptung, es sei kein Einwanderungsland, bereits aufgegeben hat, war schwierig. Wenn es um Ausländer, um Fremde ging, war früher Sicherheit wichtig, Ordnung, Ruhe und Bequemlichkeit der Bürger. Gesichtspunkte der Freiheitsrechte und der Rechtssicherheit für den Ausländer setzten sich eher langsam durch. Skepsis und Ablehnung, auch der Gerichte, blieben in Deutschland lange erhalten. Das Asylrecht zum Beispiel, aus bitteren historischen Erfahrungen, auch von Deutschen, im Grundgesetz als Menschenrecht verankert, blieb zunächst nur unzureichend umgesetzt und wurde schließlich durch eine Verfassungsänderung aufgrund des sogenannten „Asylkompromisses“ erheblich in seiner Bedeutung beschränkt – ein mit Blick auf den historischen Kontext seiner Entstehung wie auch die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Möglichkeiten Deutschlands trauriger Vorgang.⁸⁴

Heute ist Deutschland durch Zuwanderung und durch die Kultur vieler Bürger mit Migrationshintergrund, die hier zum Teil seit Jahrzehnten leben, mit geprägt. Es wird in der öffentlichen politischen und gesellschaftlichen Debatte als tolerantes und offenes Land dargestellt. Ein Land mit einer dazu passenden Willkommenskultur ist es leider immer noch nicht.⁸⁵ Wir sind ein wohlhabendes Land. Aus unserer durch die jüdisch-christliche Überlieferung und die Epoche der Aufklärung geprägten Werteordnung folgt auch die Forderung, Menschen in Not aufzunehmen. Es wäre nicht schlecht für unser Land und für die Menschen, die es aufnimmt, ergäben sich für die Fragen ihrer Aufnahme und ihrer Integration die Antworten aus dem Bewusstsein der überlieferten Ideen und Ideale und nicht vorwiegend aus den beschränkten und kleinlichen Aspekten der Nützlichkeit.⁸⁶

Minderheiten sind in Deutschland anscheinend immer gefährdet. Das gilt für Fremde, wenn sie nicht europäisch aussehen, für Juden, für Sinti und Roma, für religiöse Minderheiten. Besonders der Antisemitismus als mit dem Christentum nicht nur historisch verbundenes, sondern durch das Christentum und seine Vertreter über die Zeit von 2000 Jahren bewusst hervorgerufenes und offenbar nicht zu beseitigendes Krebsgeschwür ist wieder allgegenwärtig. Jüdische Friedhöfe werden geschändet. Wer die Kippa trägt, wird in Deutschland heute wieder belästigt und beleidigt, unverhohlen, am helllichten Tag. Es geschieht alltäglich, und nicht nur durch freche Rechtsradikale. Auch hier reagiert die Justiz (und reagiert die Polizei) nicht ausreichend. Es sieht so aus, als könnte der Antisemitismus wieder in der Mitte unserer Gesellschaft ankommen. Es ist verständlich, wenn Juden in Deutsch-

⁸⁴ Bamberger, in: FS Brinkmann, 2012, S. 27, 32, 35.

⁸⁵ Bamberger a. a. O., S. 35f.

⁸⁶ Bamberger a. a. O., S. 39.

land wieder darüber nachdenken, unser Land zu verlassen. Das ist, siebzig Jahre nach dem Völkermord an den europäischen Juden, ein zutiefst beschämender und beunruhigender Befund.

D Fazit

Es muss sich einiges ändern in der deutschen Justiz: in ihrer Verfassung und Organisation, viel in Sprache, Haltung und Geist. Veränderungen, sporadische Reformen hier oder dort, Stückwerk dürften kaum ausreichen. Notwendig ist eine neue Justiz. Sie müsste stärker demokratisch legitimiert und pluralistisch sein. Einseitige weltanschauliche, gegenwärtig meistens eher konservative Ausrichtungen sind nicht nützlich. Die derzeit bestehenden fünf sollten zu zwei Gerichtsbarkeiten, die neben den Verfassungsgerichten bestehen, zusammengefasst werden: die Zivil-, Straf-, Familien- und Arbeitsgerichtsbarkeit in der sog. ordentlichen Gerichtsbarkeit, die Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit in einer öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeit. Das ergibt sinnvolle Einsparungen in den derzeit zu großen Verwaltungen, die für eine maßvolle Verstärkung des richterlichen Dienstes genutzt werden könnten. In nicht wenigen Bereichen dauern die Verfahren zu lange. Fortbildung ist heute notwendiger als früher, ebenso die Aneignung speziellen Wissens und Könnens, besonders im Recht der Europäischen Union. Stärker zu betonen sind die Elemente alternativer Streitbeilegung. Zu entwickeln ist nicht zuletzt eine bessere Kultur der Sprache und des Umgangs mit den Menschen vor Gericht. Es geht darum, die Justiz neu zu denken.

Das Absonderungsrecht der Eigentümergeinschaft

Matthias Becker

Inhaltsverzeichnis

A	Einführung	33
B	Grundlagen des Absonderungsrechts	35
I	Das Absonderungsrecht aus § 49 InsO	35
II	Absonderung aus persönlichem Recht	35
1	Die freihändige Veräußerung des Wohnungseigentums	35
2	Die Insolvenz des werdenden Wohnungseigentümers	37
III	Die dingliche Wirkung des Vorrechts	38
1	Die Funktion des Verwertungsvorrechts	38
2	Der Wortlaut des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG	38
3	Die gesetzliche Systematik	39
4	Verdinglichung obligatorischer Rechte oder dingliches Recht?	40
IV	Zwischenergebnis	41
C	Der Umfang des Absonderungsrechts	41
I	Die Gemeinschaft als Insolvenzgläubigerin	42
II	Die Gemeinschaft als Massegläubigerin	42
III	Die Kritik von Peter Derleder	42
IV	Das Verhältnis von dinglichem Recht und persönlicher Forderung	43
V	Die zeitlichen Grenzen des Vorrechts	44
D	Die Durchsetzung des Rechts gegen den Insolvenzverwalter	45
E	Zusammenfassung	46
F	Gesetzgebungsvorschlag	47

A Einführung

Seit der WEG-Reform 2007 räumt § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bei der Vollstreckung in das Wohnungseigentum wegen ihrer Hausgeldansprüche ein begrenztes Vorrecht ein, das den Rechten der Gläubiger öf-

Prof. Dr. M. Becker (✉)

Fachhochschule für Rechtspflege Nordrhein-Westfalen, Bad Münstereifel, Deutschland

e-mail: matthias.becker@fhr.nrw.de

fentlicher Lasten in Rangklasse 3 und den Rechten der Grundpfandrechtsgläubiger in Rangklasse 4 vorgeht. Das Vorrecht erfasst die aus dem Wohnungseigentum des Schuldners fälligen Ansprüche auf Zahlung der Beiträge zu den Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums oder des Sondereigentums in Höhe von nicht mehr als 5 % des nach § 74a Abs. 5 ZVG festgesetzten Verkehrswertes. Der Vorrangbereich erfasst die laufenden und die rückständigen Beträge aus dem Jahr der Beschlagnahme und den letzten zwei Jahren davor.

Peter Derleder hat das Vorrecht als „Grundpfandrecht ohne Eintragung“ bezeichnet und damit den Grundstein für das Absonderungsrecht der Gemeinschaft in der Insolvenz des säumigen Wohnungseigentümers gelegt.¹ Soweit § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG der Gemeinschaft ein Vorrecht auf Befriedigung aus dem Wohnungseigentum des Schuldners zusteht, ist sie wie ein Grundpfandrechtsgläubiger nach § 49 InsO zur abgesonderten Befriedigung berechtigt.² Der für das Insolvenzrecht zuständige IX. Zivilsenat des BGH ist dieser Ansicht in seiner Entscheidung vom 21.07.2011 (IX ZR 120/10) gefolgt³: In der Insolvenz eines Wohnungseigentümers sei die Gemeinschaft wegen der bevorrechtigten, vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig gewordenen Hausgeldansprüche absonderungsberechtigt, ohne dass es einer vorherigen Beschlagnahme des Wohnungseigentums bedürfe. Sofern die Gemeinschaft gegen den säumigen Wohnungseigentümer vor der Insolvenzeröffnung keinen Zahlungstitel erlangt habe, könne sie den Insolvenzverwalter analog § 1147 BGB auf Duldung der Zwangsversteigerung in Anspruch nehmen.

Folgerichtig müsste das Vorrecht der Gemeinschaft wie ein Grundpfandrecht dingliche Wirkung gegen den Erwerber entfalten, wenn der Insolvenzverwalter das zur Insolvenzmasse gehörende Wohnungseigentum freihändig veräußert. Dem hat der V. Zivilsenat des BGH in seiner Entscheidung vom 13.09.2013 (V ZR 209/12) jedoch widersprochen⁴: Das Vorrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG begründe kein dingliches Recht, sodass die Gemeinschaft den Erwerber wegen der Hausgeldschulden des Rechtsvorgängers nicht auf Duldung der Zwangsversteigerung in Anspruch nehmen könne. Die Rechtsprechung des V. Zivilsenats lässt sich schwerlich mit der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats in Einklang bringen, wonach die Hausgeldansprüche der Gemeinschaft „ähnlich einer privaten Last auf dem Grundstück ruhen“.⁵ Es besteht daher Anlass, nochmals über die Grundlagen und den Umfang des Absonderungsrechts der Eigentümergemeinschaft in der Insolvenz eines Wohnungseigentümers nachzudenken.

¹ Derleder, ZWE 2008, 13.

² Derleder, ZWE 2008, 13, 20.

³ BGH, ZIP 2011, 1723 = ZfIR 2011, 825 m. Anm. Derleder; zuvor bereits BGH, ZfIR 2009, 482 (obiter dictum).

⁴ BGH, ZfIR 2013, 806 m. krit. Anm. Becker.

⁵ BGH, ZfIR 2011, 825 (Rz. 23).

B Grundlagen des Absonderungsrechts

I Das Absonderungsrecht aus § 49 InsO

Das Absonderungsrecht ist ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung im Insolvenzverfahren aus einem Gegenstand der Insolvenzmasse.⁶ Gläubiger, denen ein Recht auf Befriedigung aus Gegenständen zusteht, die der Immobiliervollstreckung unterliegen, sind nach Maßgabe des ZVG zur abgesonderten Befriedigung berechtigt (§ 49 InsO). Gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG hat auch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer wegen ihrer Hausgeldansprüche im Vorrangbereich ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Wohnungseigentum des Schuldners. Daher hat sie in der Insolvenz eines Wohnungseigentümers jedenfalls wegen ihrer vor Insolvenzeröffnung fälligen bevorrechtigten Hausgeldansprüche ein Absonderungsrecht aus § 49 InsO. Die Gemeinschaft unterliegt insoweit während der Dauer des Insolvenzverfahrens nicht dem Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO. Sie kann wegen der bevorrechtigten Ansprüche auch während der Dauer des Insolvenzverfahrens selbst die Zwangsversteigerung des zur Masse gehörenden Wohnungseigentums nach dem ZVG betreiben, wenn die Hausgeldforderungen einschließlich aller Nebenleistungen 3 % des Einheitswertes übersteigen (§ 10 Abs. 3 Satz 1 ZVG; § 18 Abs. 2 Nr. 2 WEG).

Ob der Gemeinschaft ein Absonderungsrecht aus persönlichem oder dinglichem Recht zusteht, lässt sich § 49 InsO nicht unmittelbar entnehmen. Maßgeblich ist, wie man das Befriedigungsrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG einordnet.

II Absonderung aus persönlichem Recht

Wie eingangs geschildert, gewährt § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG nach Ansicht des V. Zivilsenates lediglich ein persönliches Verwertungsvorrecht der Gemeinschaft. Als verfahrensrechtliche Norm enthalte die Vorschrift keine ausreichende Rechtsgrundlage für eine dingliche Haftung des Wohnungseigentums.⁷ Dies wirkt sich in der Insolvenz des Hausgeldschuldners für die Gemeinschaft nachteilig aus.

1 Die freihändige Veräußerung des Wohnungseigentums

Veräußert der verfügungsbefugte Insolvenzverwalter das zur Masse gehörende Wohnungseigentum des Schuldners freihändig, kann die Gemeinschaft den Erwer-

⁶ Uhlenbruck-Brinkmann, InsO, 13. Aufl. 2010, § 49 Rz. 1; Eckardt, Grundpfandrechte im Insolvenzverfahren, 13. Aufl. 2012, Rz. 13.

⁷ BGH, ZfIR 2013, 806, 808.

ber wegen rückständiger Hausgeldansprüche im Vorrangbereich nicht auf Duldung der Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums in Anspruch nehmen. Hatte die Gemeinschaft bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen Zahlungstitel gegen den Schuldner erwirkt, kann sie diesen nicht gemäß § 727 Abs. 1 ZPO in einen Duldungstitel gegen den Erwerber umschreiben lassen.

Mangels dinglicher Wirkung hat die freihändige Veräußerung des Wohnungseigentums zur Folge, dass das Recht zur abgesonderten Befriedigung aus dem Wohnungseigentum untergeht. Absonderungsrechte können nur an Gegenständen der Insolvenzmasse bestehen. Nach der freihändigen Veräußerung gehört das Wohnungseigentum nicht mehr zur Insolvenzmasse, sodass das Absonderungsrecht am Wohnungseigentum zwangsläufig erlischt. Das Recht dürfte sich im Wege der dinglichen Surrogation am Veräußerungserlös fortsetzen, sodass der Gemeinschaft im Vorrangbereich des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG ein Ersatzabsonderungsrecht am Erlös zusteht.⁸

Was aber ist, wenn der Insolvenzverwalter gar keinen Veräußerungserlös erzielt, etwa weil er durch die Veräußerung lediglich einen Anspruch auf Rückübertragung des Wohnungseigentums erfüllt? Denkbar ist, dass sich der Hausgeldschuldner bereits anlässlich seines Erwerbs für den Fall der Insolvenzeröffnung zur Rückübertragung des Wohnungseigentums verpflichtet hat und der aufschiebend bedingte Anspruch auf Rückübertragung durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch gesichert ist (§ 883 Abs. 1 Satz 2 BGB). In diesem Fall muss der Insolvenzverwalter den gemäß § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO insolvenzfesten Anspruch auf Rückübertragung erfüllen, ohne dass ein Erlös zur Insolvenzmasse fließt. Mangels Erlös geht eine Ersatzabsonderung der Gemeinschaft ins Leere. Das Absonderungsrecht erlischt.⁹ Die Gemeinschaft wird wegen ihrer bevorrechtigten Insolvenzforderungen nur nach der Insolvenzquote befriedigt, wenn sie diese zur Insolvenztabelle angemeldet hat.

Es steht zu befürchten, dass die Praxis den aufschiebend bedingten, durch Vormerkung gesicherten Rückübertragungsanspruch als „Enthaltungsstrategie“ nutzt, um der Gemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners das Wohnungseigentum als Haftungsobjekt zu entziehen.¹⁰ Die Grundpfandrechtsgläubiger der Rangklasse 4 profitieren von dieser Strategie zulasten der Gemeinschaft. Ihr dingliches Grundpfandrecht bleibt auch nach der freihändigen Veräußerung noch bestehen, solange nicht die Aufhebung des Rechts vereinbart wird.¹¹ Die Grundpfandrechtsgläubiger können also weiterhin in das Wohnungseigentum vollstrecken, ohne den Vorrang der Gemeinschaft wegen bevorrechtigter Hausgeldansprüche in Rangklasse 2 dulden zu müssen. Diese Konsequenz einer fehlenden dinglichen Wirkung des Vorrechts widerspricht dem Ziel des Gesetzgebers, die Hausgeldansprüche der

⁸ Schneider, ZWE 2014, 61, 74.

⁹ Schneider, ZWE 2014, 61, 74; Becker/Ott/Suilmann, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl. 2015, Rz. 964 a. E.

¹⁰ Becker, ZfIR 2013, 809, 810.

¹¹ BGHZ 47, 181, 183; BGH, ZIP 2008, 2276 (Rz. 6); BGH, NZI 2010, 399 (Rz. 8).

Gemeinschaft im Vorrangbereich des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG gegenüber den Ansprüchen der Grundpfandrechtsgläubiger zu privilegieren.¹²

2 Die Insolvenz des werdenden Wohnungseigentümers

Probleme bereitet die Insolvenz eines Erwerbers, der als Mitglied einer sog. werdenden Eigentümergemeinschaft bereits Hausgeldschuldner ist, bevor er als Wohnungseigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Nach Ansicht des V. Zivilsenats des BGH schuldet der Erwerber beim Ersterwerb vom aufteilenden Bauträger als Mitglied einer sog. „werdenden Gemeinschaft“ Hausgelder, sobald eine Auflassungsvormerkung für ihn im Grundbuch eingetragen ist und er den Besitz an der Wohnung erlangt hat.¹³ In diesem Fall kann die – nach zutreffender Ansicht¹⁴ rechts- und parteifähige – „werdende Gemeinschaft“ aus einem Zahlungstitel gegen den persönlichen Hausgeldschuldner nicht die Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums betreiben. Da der Schuldner noch nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, kommt eine abgesonderte Befriedigung der Gemeinschaft im Wege der Zwangsversteigerung nicht in Betracht (§ 17 Abs. 1 ZVG). Das Wohnungseigentum gehört nicht zum Vermögen des Schuldners. Eine abgesonderte Befriedigung aus einem Gegenstand der Insolvenzmasse findet also auch in diesem Fall nicht statt.

Der noch als Wohnungseigentümer im Grundbuch eingetragene Bauträger schuldet unter den Voraussetzungen einer „werdenden Gemeinschaft“ keine Hausgelder für das veräußerte Wohnungseigentum.¹⁵ Wenn man eine dingliche Wirkung des Vorrechts aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG verneint, muss der Bauträger wegen rückständiger Hausgelder des Erwerbers auch nicht die Zwangsversteigerung seines Wohnungseigentums dulden. Die (werdende) Gemeinschaft kann ihren Zahlungstitel demnach also nicht analog § 727 ZPO in einen Duldungstitel gegen den noch als Wohnungseigentümer im Grundbuch eingetragenen Bauträger umschreiben lassen.

Ein lediglich persönliches Verwertungsvorrecht beschert somit dem Bauträger und den Ersterwerbern die Möglichkeit, der Gemeinschaft das Wohnungseigentum als Haftungsobjekt für Hausgeldschulden des Erwerbers zu entziehen. In der Praxis hält der Zustand einer „werdenden“ Gemeinschaft häufig mehrere Jahre an, insbesondere wenn der Erwerber wegen vermeintlicher Baumängel einen Teil des Kaufpreises zurückbehält mit der Folge, dass die Voraussetzungen für eine Eigentumsumschreibung auf den Erwerber nicht vorliegen. Der Erwerber kann als persönlicher Hausgeldschuldner auf Kosten der Gemeinschaft den Besitz an der Wohnung genießen, ohne befürchten zu müssen, dass die Gemeinschaft wegen rückständiger Hausgelder die Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums be-

¹² Vgl. Bt-Drucks. 16/887, S. 43.

¹³ BGHZ 193, 219 = ZfIR 2012, 603 m. Anm. Engelhardt; BGH, ZfIR 2008, 866 m. Anm. Becker.

¹⁴ Bärmann-Klein, WEG, 12. Aufl. 2013, § 10 Rz. 205; Hügel, DNotZ 2005, 753, 756; Hügel/Elzer, NZM 2009, 457, 458.

¹⁵ BGHZ 193, 219 lehnt eine gesamtschuldnerische Haftung von Bauträger und Erwerber ab.

treibt. Die durch Grundpfandrechte abgesicherten finanzierenden Banken könnten aus dinglichem Recht der Rangklasse 4 die Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums gegen den Bauträger betreiben, ohne ein Vorrecht der Gemeinschaft aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG dulden zu müssen.

III Die dingliche Wirkung des Vorrechts

1 Die Funktion des Verwertungsvorrechts

Dass das Vorrecht der Gemeinschaft in der Insolvenz des „werdenden Wohnungseigentümers“ und im Falle der freihändigen Veräußerung aufgrund einer Rückkauflassungsvormerkung ins Leere geht, dürfte der Gesetzgeber mit der Einführung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG im Jahre 2007 nicht gewollt haben. Die Vorschrift hat die Funktion, der Gemeinschaft wegen ihrer Hausgeldansprüche im begrenzten Umfang ein vorrangiges Recht auf Befriedigung aus dem Wohnungseigentum in Rangklasse 2 zu gewähren, das dem Recht der Grundpfandrechtsgläubiger in Rangklasse 4 vorgeht.¹⁶ Diese Funktion erfüllt § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG nicht, wenn das Vorrecht der Gemeinschaft im Falle der Veräußerung erlischt, die nachrangigen Rechte der Grundpfandrechtsgläubiger aber fortbestehen. Das Vorrecht erfüllt seine Funktion nur, wenn man ihm dingliche Wirkung zuerkennt. Dann nämlich könnte die Gemeinschaft den Bauträger im Falle einer werdenden Gemeinschaft auf Duldung der Zwangsversteigerung des noch nicht auf den Hausgeldschuldner umgeschriebenen Wohnungseigentums in Anspruch nehmen.¹⁷ Im Fall der freihändigen Veräußerung durch den Insolvenzverwalter müsste der Erwerber die Zwangsversteigerung wegen rückständiger Hausgelder dulden, sodass die Gemeinschaft gegen ihn einen entsprechenden Duldungstitel beschaffen und außerhalb des Insolvenzverfahrens die Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums betreiben kann.¹⁸

2 Der Wortlaut des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG

Entgegen der Ansicht des V. Zivilsenats spricht der Wortlaut des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG für eine dingliche Wirkung des Vorrechts. Entsprechend dem Einleitungssatz gewährt die Vorschrift „ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke“. Bei der Vollstreckung in ein Wohnungseigentum sind die „daraus fälligen Ansprüche auf Zahlung der Beiträge zu den Lasten und Kosten“ bevorrechtigt. Die Hausgeldansprüche werden „aus dem Wohnungseigentum“, also aus der Sache selbst

¹⁶ Bt-Drucks. 16/887, S. 44.

¹⁷ So LG Berlin, ZWE 2011, 97, 98; Schneider, ZWE 2010, 341, 350; Alff, Rpfleger 2013, 15, 18.

¹⁸ So Alff/Hintzen, ZInsO 2008, 480, 485f.; Alff, Rpfleger 2013, 15, 18; Bärmann-Becker, WEG, 12. Aufl. 2013, § 16 Rz. 218; ders., ZMR 2012, 930, 931, ders., ZWE 2013, 6, 11; Schneider, ZMR 2009, 165, 171; Sinz/Hieber, ZInsO 2012, 205, 207; vgl. auch LG Stuttgart, ZWE 2013, 52 = ZMR 2012, 731 m. Anm. Schneider zur Titelumschreibung gegen den Erwerber.

fällig. Die Vorschrift übernimmt hier eine Formulierung, die in anderen Vorschriften den dinglichen Charakter privater Lasten beschreibt, die auf dem Grundstück bzw. Wohnungseigentum ruhen. Durch die Bestellung einer Reallast wird etwa ein Grundstück in der Weise belastet, dass an den Berechtigten wiederkehrende Leistungen „aus dem Grundstück“ zu entrichten sind (§ 1105 Abs. 1 BGB). Auch bei der Hypothek ist zur Befriedigung wegen einer Forderung eine bestimmte Geldsumme „aus dem Grundstück“ zu zahlen (§ 1113 Abs. 1 BGB). Der Wortlaut spricht somit für die Ansicht des IX. Zivilsenats, wonach das Befriedigungsrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG wie eine private Last auf dem Wohnungseigentum ruht,¹⁹ mithin dinglichen Charakter hat.²⁰

3 Die gesetzliche Systematik

Für einen dinglichen Charakter des Vorrechts spricht auch die Systematik des § 10 ZVG. Mit Ausnahme der persönlichen Ansprüche in der Rangklasse 5 besteht das Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück nur wegen solcher Ansprüche, mit denen der Vollstreckungsgegenstand bereits vorbelastet ist.²¹ Der persönliche Gläubiger in der Rangklasse 5 muss selbst die Zwangsversteigerung betreiben, um die Beschlagnahme des Grundstücks zu seinen Gunsten zu erwirken und dadurch erstmals ein gegenstandsbezogenes Befriedigungsrecht zu erwerben. Die Gläubiger der Rangklassen 1 und 1a, die Gläubiger der öffentlichen Lasten in Rangklasse 3 sowie die Grundpfandrechtsgläubiger der Rangklasse 4 müssen hingegen nicht die Beschlagnahme des Grundstücks zu ihren Gunsten bewirken. Ihnen steht das gegenstandsbezogene Recht auf Befriedigung bereits kraft Gesetzes zu. § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG begründet unmittelbar ein solches Recht, denn die Gemeinschaft muss nicht vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Beschlagnahme des Wohnungseigentums erwirkt haben, um aus Rangklasse 2 absonderungsberechtigt zu sein.²² Für das Vorrecht der Hausgeldansprüche gilt insoweit nichts anderes als für die öffentliche Last der Grundsteuer gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG.²³

Darüber hinaus kann die Gemeinschaft ihre Hausgeldansprüche gemäß § 45 Abs. 3 ZVG im Vorrang der Rangklasse 2 anmelden, ohne vorher aufgrund eines Vollstreckungstitels die Beschlagnahme des Wohnungseigentums erwirkt zu haben. Der Gemeinschaft ist damit eine Anmeldebefugnis eingeräumt, die sonst nur betreibenden oder dinglich gesicherten Gläubigern zukommt.²⁴ Deshalb wird man davon ausgehen müssen, dass § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG – entgegen der Ansicht des V. Zivilsenats – nicht nur eine Verfahrensvorschrift darstellt, sondern als materiell-

¹⁹ BGH, ZfIR 2011, 825 (Rz. 23).

²⁰ So auch Schneider, ZWE 2014, 61, 62.

²¹ Zutreffend Schneider, ZWE 2014, 61, 62f. unter Hinweis auf Korintenberg/Wenz, ZVG, 6. Aufl. 1935, § 10 Anm. 1.

²² BGH, ZfIR 2011, 825 (Rz. 22).

²³ BGH, ZIP 2010, 994 = NZI 2010, 482.

²⁴ Schneider, ZWE 2014, 61, 63.

rechtliche Vorschrift der Gemeinschaft im Vorrangbereich unmittelbar ein Recht auf Befriedigung aus dem Wohnungseigentum gewährt.²⁵

4 Verdinglichung obligatorischer Rechte oder dingliches Recht?

Die dingliche Wirkung des Vorrechts bedeutet nicht, dass die Hausgeldansprüche im Vorrangbereich nicht mehr als persönliche Ansprüche anzusehen sind. Es handelt sich weiterhin „um persönliche Ansprüche, mit denen das Gesetz zum Zwecke der Zwangsversteigerung Dinglichkeit verbindet.“²⁶ Man kann § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG als einen Fall der gesetzlichen Verdinglichung obligatorischer Rechte ansehen.²⁷ Der Gesetzgeber misst den persönlichen Ansprüchen der Gemeinschaft dingliche Wirkung bei, um insbesondere im Falle der Veräußerung des Wohnungseigentums das vorrangige Befriedigungsrecht in Rangklasse 2 gegenüber den nachrangigen dinglichen Gläubigern abzusichern. Wie die angesprochenen Fälle der freihändigen Veräußerung in der Insolvenz des Wohnungseigentümers und der Insolvenz des werdenden Wohnungseigentümers zeigen, ist die Absicherung nur gewährleistet, wenn das Gesetz den persönlichen Ansprüchen der Gemeinschaft dingliche Wirkung bemisst.

Über eine bloße Verdinglichung persönlicher Ansprüche hinaus geht der Ansatz *Peter Derleders*, wonach das Vorrecht der Gemeinschaft den Charakter eines gesetzlichen Grundpfandrechts ohne Grundbucheintragung hat.²⁸ Das Befriedigungsrecht ist demnach selbst ein dingliches Recht, das in der Insolvenz des Wohnungseigentümers zur abgesonderten Befriedigung aus dem Wohnungseigentum berechtigt. Diesem Ansatz folgt ersichtlich auch der IX. Zivilsenat, wenn er der Gemeinschaft wegen ihrer bevorrechtigten Insolvenzforderungen gegen den Insolvenzverwalter analog § 1147 BGB einen Anspruch auf Duldung der Zwangsversteigerung zubilligt.²⁹

Das dingliche Befriedigungsrecht ist demnach von den persönlichen Hausgeldansprüchen der Gemeinschaft zu unterscheiden, die durch das Befriedigungsrecht im Vorrangbereich der Rangklasse 2 dinglich abgesichert werden sollen. Gegenstand der dinglichen Absicherung ist die abstrakte Pflicht des Wohnungseigentümers, gemäß § 16 Abs. 2 WEG anteilige Beiträge zu den Lasten und Kosten zu leisten. Die gesetzliche Beitragspflicht gehört zum Inhalt des Wohnungseigentums. Sie korrespondiert mit dem abstrakten Anspruch der Gemeinschaft auf Zahlung anteiliger Lasten- und Kostenbeiträge. Auf der Grundlage dieses von Anfang an mit dem Wohnungseigentum verbundenen „Kernrechts“³⁰ begründen

²⁵ So auch OLG Königsberg, JW 1930, 419 zu den Vormalen in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG geregelten sog. Litlohnansprüchen.

²⁶ Jaekel/Güthe, ZVG, 5. Aufl. 1915, § 9 Rz. 7.

²⁷ So bereits Schneider, ZWE 2014, 61, 65f.; zur Verdinglichung obligatorischer Schuldverhältnisse allgemein siehe Canaris, in: FS Flume I, 1978, S. 371, 372.

²⁸ Derleder, ZWE 2008, 13.

²⁹ BGH, ZfIR 2011, 825 (Rz. 24).

³⁰ Becker, ZIP 2013, 1554, 1558; ders., ZWE 2013, 6, 9; Schneider, ZWE 2014, 61, 62: „Grundlagenrecht“.

erst die Beschlüsse der Wohnungseigentümer über den Wirtschaftsplan und die Jahresabrechnung gemäß § 28 Abs. 5 WEG konkrete betragsmäßig bestimmte Zahlungsansprüche der Gemeinschaft. Das Vorrecht ähnelt insoweit einer Reallast, bei der der Eigentümer für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen auch persönlich haftet (§ 1108 Abs. 1 BGB). Die dingliche Haftung des Wohnungseigentums tritt im Vorrangbereich neben die persönliche Schuld des jeweiligen Wohnungseigentümers, der während der Dauer seines Eigentums die fällig werdenden Hausgeldbeiträge leisten muss.³¹ Dass der Umfang der dinglichen Haftung im Vorrangbereich nicht konkret beziffert ist, steht der Einordnung als dingliches Befriedigungsrecht nicht entgegen. Es genügt, dass sich der Vorrangbereich des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG im Zwangsversteigerungsverfahren anhand der angemeldeten persönlichen Hausgeldansprüche in betragsmäßiger und zeitlicher Hinsicht bestimmen lässt. Damit ist der Bestimmtheitsgrundsatz gewahrt.

IV Zwischenergebnis

Entgegen der Ansicht des V. Zivilsenats ergibt sich aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 WEG ein dingliches Befriedigungsrecht der Gemeinschaft wegen der aus dem Wohnungseigentum des Schuldners fälligen Hausgeldansprüche. In der Insolvenz des Schuldners steht der Gemeinschaft aus dinglichem Recht ein Absonderungsrecht zu. Durch freihändige Veräußerung geht das Befriedigungsrecht nicht unter. Vielmehr lastet es weiterhin auf dem Wohnungseigentum, sodass die Gemeinschaft wegen der rückständigen Hausgeldschulden nunmehr den Erwerber auf Duldung der Zwangsvollstreckung in Anspruch nehmen kann. Ebenso kann sie in der Insolvenz eines Erwerbers, der Mitglied einer werdenden Gemeinschaft ist, den noch als Eigentümer im Grundbuch eingetragenen Bauträger auf Duldung der Zwangsversteigerung in Anspruch nehmen.

C Der Umfang des Absonderungsrechts

Damit ist noch nicht geklärt, in welchem Umfang die Gemeinschaft in der Insolvenz eines Wohnungseigentümers zur abgesonderten Befriedigung aus dem Wohnungseigentum berechtigt ist. Nach der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats bewirkt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens für die Gemeinschaft eine Zäsur.³² Ihre Absonderungsrechte unterscheiden sich danach, ob die zu vollstreckenden Hausgeldansprüche bereits zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig waren oder ob sie erst während der Dauer des Insolvenzverfahrens fällig werden.

³¹ Zur sog. Fälligkeitstheorie siehe BGHZ 104, 197, 201; BGH, NJW 1999, 3713, 3715; BGH, ZWE 2012, 90, 91. Weitnauer, JZ 1986, 193 stützt die Fälligkeitstheorie ausdrücklich auf § 1108 BGB; kritisch dazu Kümmel, Die Bindung der Wohnungseigentümer und deren Sondernachfolger an Vereinbarungen, Beschlüsse und Rechtshandlungen nach § 10 WEG, 2002, S. 60.

³² BGH, ZfIR 2011, 825.

I Die Gemeinschaft als Insolvenzgläubigerin

Soweit die Hausgeldansprüche bereits zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig waren, ist die Gemeinschaft Insolvenzgläubigerin (§ 38 InsO). Diese Ansprüche kann die Gemeinschaft als Insolvenzforderungen zur Insolvenztabelle anmelden. Soweit die Insolvenzforderungen in den Vorrangbereich des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG fallen, ist die Gemeinschaft absonderungsberechtigte Insolvenzgläubigerin. Aufgrund ihrer Doppelstellung kann sie aus dem Vorrang der Rangklasse 2 die Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums betreiben und zugleich ihre Insolvenzforderungen zur Tabelle anmelden, um wegen eines Ausfalls bei der abgeordneten Befriedigung anteilmäßig aus der Insolvenzmasse befriedigt zu werden (§ 52 InsO).

II Die Gemeinschaft als Massegläubigerin

Wegen der nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens fälligen Hausgeldansprüche behandelt die Rechtsprechung die Gemeinschaft als Massegläubigerin. Es handelt sich demnach um Verbindlichkeiten, die durch die Verwaltung der Insolvenzmasse begründet werden (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Die Gemeinschaft kann den Insolvenzverwalter wegen dieser Ansprüche auf Zahlung aus der Insolvenzmasse in Anspruch nehmen, da sie als Masseverbindlichkeiten vorweg zu berichtigen sind (§ 53 InsO). Nach Ansicht des IX. Zivilsenats steht der Gemeinschaft als Massegläubigerin jedoch kein Absonderungsrecht am Wohnungseigentum des Schuldners zu. Rechte an Gegenständen der Insolvenzmasse könnten gemäß § 91 Abs. 1 InsO nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht wirksam erworben werden.³³

Die Beschränkung des Absonderungsrechts wirkt sich aus, wenn die Insolvenzmasse nicht ausreicht, um die fälligen Masseverbindlichkeiten zu erfüllen. Hat der Insolvenzverwalter die Masseunzulänglichkeit dem Insolvenzgericht angezeigt, ist eine Zwangsvollstreckung wegen vor der Anzeige bereits fälliger Masseverbindlichkeiten unzulässig (§§ 210, 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO). Da aus einem Zahlungstitel nicht mehr vollstreckt werden kann, fehlt einer Zahlungsklage der Gemeinschaft das Rechtsschutzbedürfnis. Wenn der Gemeinschaft wegen der Altmasseverbindlichkeiten kein Absonderungsrecht zusteht, kann sie den Insolvenzverwalter insofern auch nicht erfolgreich auf Duldung der Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums in Anspruch nehmen.

III Die Kritik von Peter Derleder

Peter Derleder hat die Rechtsprechung des IX. Zivilsenats in diesem Punkt zu Recht kritisiert.³⁴ Vor Einführung des Verwertungsvorrechts durch die WEG-Novelle habe

³³ BGH, ZfIR 2011, 825 (Rz. 8).

³⁴ Derleder, ZfIR 2011, 830f.

die Rechtsprechung die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer durch die Annahme einer vorweg zu bedienenden Masseverbindlichkeit schützen wollen. Nach der Grundsatzentscheidung des BGH vom 15.06.1989 beruhe die Annahme einer Masseverbindlichkeit auf dem Gedanken, durch eine solche Qualifizierung der Hausgeldansprüche der Werterhaltung des Wohnungseigentums Rechnung zu tragen.³⁵ Diese Schutzrichtung habe der Gesetzgeber der WEG-Novelle 2007 verstärkt, indem er den Hausgeldansprüchen den dinglichen Vorrang gegenüber den Grundpfandrechten eingeräumt habe. Paradoxerweise werde der beabsichtigte Schutz der Gemeinschaft jedoch geschmälert, wenn man das Absonderungsrecht auf vor Insolvenzeröffnung fällige Hausgeldansprüche beschränkt.

IV Das Verhältnis von dinglichem Recht und persönlicher Forderung

Im Ansatz geht *Peter Derleder* zutreffend davon aus, dass ein Recht an einem Gegenstand der Insolvenzmasse nicht im Sinne von § 91 Abs. 1 InsO „nach“ der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erworben wird, wenn es bereits vorher durch dingliche Bevorrechtigung gesichert ist.³⁶ Soweit also § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG der Gemeinschaft wegen ihrer Hausgeldansprüche ein dingliches Vorrecht auf Befriedigung aus dem Wohnungseigentum einräumt, ist dieses Recht bereits „vor“ Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden.

Dieser richtige Gedanke nötigt allerdings nicht dazu, die Qualifikation der nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens fälligen Hausgeldansprüche als Masseforderungen zurückzunehmen und sie als Insolvenzforderungen einzuordnen.³⁷ Die Unterscheidung von Masse- und Insolvenzforderungen spielt sich auf der Ebene der persönlichen Hausgeldansprüche der Gemeinschaft ab. Sie entstehen als betragsmäßig bezifferte Vorschussansprüche durch Beschluss über den Wirtschaftsplan oder als Nachzahlung durch Beschluss der Jahreseinzelnabrechnung (§ 28 Abs. 5 WEG). Auf dieser Ebene sind die vor Insolvenzeröffnung fälligen Hausgeldansprüche als Insolvenzforderungen, die nach Insolvenzeröffnung fälligen Ansprüche weiterhin als Masseforderungen gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 InsO zu qualifizieren. Die Sicherung der persönlichen Ansprüche im Vorrangbereich des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG spielt sich hingegen auf der Ebene des dinglichen Befriedigungsrechts ab. Als „Kernrecht“ gehört es wie die abstrakte anteilige Lasten- und Kostentragungspflicht gemäß § 16 Abs. 2 WEG von Anfang an zum Inhalt des Wohnungseigentums. Das dingliche Recht der Gemeinschaft ist untrennbar mit dem Wohnungseigentum verbunden. Es ruht bereits „vor“ Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf dem Wohnungseigentum des Schuldners, sodass es die Gemeinschaft nicht erst „nach“ der Eröffnung des Verfahrens erwirbt. § 91 Abs. 1 InsO steht dem Rechtserwerb

³⁵ BGHZ 108, 44, 50 = ZIP 1989, 930.

³⁶ Derleder, ZfIR 2011, 830f.

³⁷ So aber Derleder, ZfIR 2011, 830 f.

nicht entgegen. Das Absonderungsrecht der Gemeinschaft erfasst somit auch Hausgeldansprüche, die als Masseforderungen erst nach Eröffnung des Verfahrens fällig werden.

Das beschriebene Verhältnis von persönlichen Hausgeldansprüchen und dinglichem Befriedigungsrecht bringt das Bild vom „Grundpfandrecht ohne Eintragung“ treffend zum Ausdruck. Auch bei den Grundpfandrechten sind beide Ebenen zu unterscheiden. So kann etwa ein Kreditgeber vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Einigung und Eintragung im Grundbuch an dem Grundstück des Schuldners eine Sicherungshypothek erwerben, obgleich das gesicherte Darlehen noch nicht an den Schuldner ausgezahlt wurde. § 91 Abs. 1 InsO steht dem Erwerb auch hier nicht entgegen. Nimmt der Insolvenzverwalter den Kredit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens für die Insolvenzmasse in Anspruch, begründet er dadurch eine Masseverbindlichkeit gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 InsO. Da das Grundpfandrecht bereits vor Eröffnung des Verfahrens entstanden ist, steht dem Kreditgeber wegen der nach Eröffnung des Verfahrens entstandenen Masseverbindlichkeiten aus § 49 InsO ein Absonderungsrecht am Massegrundstück zu. Es genügt, dass mit Abschluss des Kreditvertrages bereits vor Eröffnung des Verfahrens der „Rechtsboden“ für das Entstehen der gesicherten Forderung begründet war.³⁸ Der Rechtsboden für das Entstehen von Hausgeldansprüchen ist bereits mit der Begründung von Wohnungseigentum gelegt, da die abstrakte Pflicht zur anteiligen Lasten- und Kostentragung gemäß § 16 Abs. 2 WEG zwingend zum Inhalt des Wohnungseigentums gehört.

Dass das Absonderungsrecht der Gemeinschaft auch wegen der nach Eröffnung des Verfahrens begründeten Masseverbindlichkeiten besteht, ergibt sich zwangsläufig aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG. Danach erfasst das Befriedigungsrecht auch die „laufenden“ Beträge. Gemäß § 13 Satz 2 ZVG sind dies die letzten vor der Beschlagnahme fällig gewordenen sowie die später fällig werdenden Beträge. Wenn man mit dem IX. Zivilsenat die Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Beschlagnahme des Wohnungseigentums ansieht,³⁹ dann muss man der Gemeinschaft im Vorrangbereich auch wegen der laufenden, d. h. während der Dauer des Insolvenzverfahrens fällig werdenden Masseforderungen ein Absonderungsrecht aus § 49 InsO zugestehen.

V Die zeitlichen Grenzen des Vorrechts

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Wohnungseigentümers bestimmt nach Ansicht des IX. Zivilsenats auch die zeitlichen Grenzen des Vorrechts gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG. Das Gericht misst der Insolvenzeröff-

³⁸ S. dazu Becker, ZIP 2013, 1554, 1556 m. w. N.

³⁹ BGH, ZfIR 2011, 825 (Rz. 34).

nung die Wirkung einer Beschlagnahme bei mit der Folge, dass der Vorrangbereich zeitlich auf Hausgeldansprüche „eingefroren“ wird, die im Jahr der Insolvenzeröffnung oder in den zwei Kalenderjahren davor fällig geworden sind.⁴⁰ Diese Ansicht ist bedenklich, denn im System des ZVG gilt erst die Anordnung der Zwangsversteigerung als Beschlagnahme zugunsten des betreibenden Gläubigers (§ 20 Abs. 1 ZVG). In zeitlicher Hinsicht hat das Vorrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG dynamischen Charakter. Damit rückständige Hausgeldansprüche nicht aus dem zeitlichen Rahmen des Vorrangbereichs herausfallen, muss die Gemeinschaft von ihrem Absonderungsrecht Gebrauch machen, d. h. sie muss selbst die Zwangsversteigerung betreiben bzw. einem bereits anhängigen Verfahren beitreten. Nur so erfolgt eine Beschlagnahme zu ihren Gunsten, die den zeitlichen Rahmen der bevorrechtigten Hausgeldansprüche absteckt. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat diese Wirkung nicht. Sie wirkt nicht allein zugunsten der bevorrechtigten Gemeinschaft, sondern zugunsten aller Insolvenzgläubiger.

D Die Durchsetzung des Rechts gegen den Insolvenzverwalter

Um aus ihrem Absonderungsrecht die Zwangsversteigerung in das zur Insolvenzmasse gehörende Wohnungseigentum betreiben zu können, benötigt die Gemeinschaft einen Duldungstitel gegen den das Absonderungsrecht bestreitenden Insolvenzverwalter. Wenn die Gemeinschaft vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen den Schuldner bereits einen Zahlungstitel erwirkt hat, kann sie diesen nach Eröffnung des Verfahrens analog § 727 ZPO in einen Duldungstitel gegen den Insolvenzverwalter umschreiben lassen. Andernfalls muss sie den Insolvenzverwalter analog § 1147 BGB vor dem Prozessgericht auf Duldung der Zwangsversteigerung im Vorrangbereich des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG verklagen.

Nach Ansicht des IX. Zivilsenats muss der konkrete Umfang des Vorrechts im Duldungsprozess betragsmäßig festgestellt und titulierte werden.⁴¹ Auch diese Ansicht ist bedenklich, denn der Umfang des Vorrechts lässt sich erst feststellen, wenn das spätere Versteigerungsverfahren beim Vollstreckungsgericht anhängig ist. Erst das Vollstreckungsgericht setzt den maßgeblichen Verkehrswert nach § 74a Abs. 5 ZVG fest, der zur Bestimmung des Vorrangbereichs nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG maßgeblich ist. Deshalb muss ein Duldungstitel genügen, der den Vorrangbereich abstrakt beschreibt (*„Der Beklagte wird verurteilt, die Zwangsversteigerung wegen der Ansprüche ... in das Wohnungseigentum ... aus Rangklasse 2 bis zu fünf Prozent des nach § 74a Abs. 5 ZVG festzusetzenden Verkehrswertes zu dulden.“*).⁴²

⁴⁰ BGH, ZfIR 2011, 825 (Rz. 34).

⁴¹ BGH, ZfIR 2011, 825 (Rz. 26).

⁴² So zutreffend LG Berlin, ZWE 2011, 97, 98; Becker, ZfIR 2013, 809, 811; Bärmann/Seuß-Bergerhoff, Praxis des Wohnungseigentums, 6. Aufl. 2013, Rz. 894a; Schneider, ZWE 2014, 61, 66; a. A. Brückner, ZNotP 2013, 326, 332.

E Zusammenfassung

Die Rechtsprechung des BGH zum Verwertungsvorrecht der Gemeinschaft gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG in der Insolvenz eines Wohnungseigentümers ist nicht aufeinander abgestimmt. Es ist ein Widerspruch, das Vorrecht einerseits wie eine private Last zu behandeln und der Gemeinschaft analog § 1147 BGB einen Anspruch auf Duldung der Zwangsversteigerung gegen den Insolvenzverwalter zuzugestehen (IX. Zivilsenat), andererseits im Falle der freihändigen Veräußerung des Wohnungseigentums aber eine dingliche Wirkung des Vorrechts zu versagen (V. Zivilsenat). Demgegenüber erweist sich der Ansatz *Peter Derleders*, das Verwertungsvorrecht wie ein gesetzliches „Grundpfandrecht ohne Eintragung“ zu behandeln, als dogmatisch überzeugendes und in seinen praktischen Auswirkungen tragfähiges Konzept:

1. Wie bei einem Grundpfandrecht ist das dingliche Befriedigungsrecht von den gesicherten persönlichen Forderungen der Gemeinschaft zu unterscheiden. Das dingliche Befriedigungsrecht im Vorrangbereich des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG entsteht kraft Gesetzes mit der Begründung von Wohnungseigentum. Es sichert die Befriedigung wegen persönlicher Hausgeldansprüche im Vorrangbereich, die als Zahlungsansprüche erst durch Beschluss der Wohnungseigentümer entstehen.
2. In der Insolvenz des Wohnungseigentümers gewährt das Befriedigungsrecht im Vorrangbereich wegen der bevorrechtigten Hausgeldansprüche gemäß § 49 InsO ein Absonderungsrecht an dem zur Insolvenzmasse gehörenden Wohnungseigentum des Schuldners. Da das dingliche Befriedigungsrecht bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden ist, sichert es die Vollstreckung sowohl wegen der vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens fälligen Hausgeldrückstände (Insolvenzforderungen) als auch wegen der während der Dauer des Insolvenzverfahrens fällig werdenden „laufenden“ Hausgeldansprüche (Masseforderungen).
3. Für die Ausübung des Befriedigungsrechts im Vorrangbereich des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG bewirkt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine Zäsur zugunsten der Gemeinschaft. Sie muss alsbald einen Duldungstitel gegen den Insolvenzverwalter erwirken, um selbst die Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums aus ihrem Absonderungsrecht zu betreiben. Erst dadurch bewirkt sie die Beschlagnahme des Wohnungseigentums zu ihren Gunsten, wodurch der zeitliche Rahmen des Vorrangbereichs (zwei Jahre vor dem Jahr der Beschlagnahme) festgelegt wird.
4. Im Falle der freihändigen Veräußerung des Wohnungseigentums durch den Insolvenzverwalter bleibt das dingliche Befriedigungsrecht als Inhalt des Wohnungseigentums erhalten, sodass die Gemeinschaft den Erwerber analog § 1147 BGB auf Duldung der Zwangsversteigerung wegen rückständiger Hausgeldansprüche im Vorrangbereich in Anspruch nehmen kann.
5. Das dingliche Befriedigungsrecht schützt die Gemeinschaft auch im Fall der Insolvenz eines Mitglieds der werdenden Gemeinschaft. Die Gemeinschaft kann den noch als Eigentümer im Grundbuch eingetragenen Bauträger wegen der Hausgeldrückstände des Erwerbers im Vorrangbereich analog § 1147 BGB auf Duldung der Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums in Anspruch nehmen.

F Gesetzgebungsvorschlag

Im Gegensatz zu dem hier vorgetragenen Konzept bietet ein lediglich persönliches Verwertungsvorrecht keine Lösung an, um in den letztgenannten Fällen der Veräußerung des Wohnungseigentums und der werdenden Gemeinschaft den Vorrang der Rangklasse 2 vor den nachrangigen Rechten der Gläubiger der Rangklassen 3 und 4 abzusichern. Dies widerspricht erkennbar dem Zweck des Vorrechts, den Hausgeldansprüchen im begrenzten Vorrangbereich in jeder Hinsicht den Vorrang gegenüber den Grundpfandgläubigern einzuräumen. Deshalb ist es nicht verwunderlich, dass bereits der Ruf nach dem Gesetzgeber laut geworden ist.⁴³ Wenn man – wie der V. Zivilsenat – eine Vorschrift des materiellen Rechts vermisst, die eine dingliche Wirkung des Vorrechts anordnet, muss der Gesetzgeber diese schaffen. Wie bereits an anderer Stelle vorgeschlagen,⁴⁴ bietet sich an, § 16 WEG in Anlehnung an § 1147 BGB um folgenden Abs. 9 zu ergänzen:

„Beiträge zu den Lasten und Kosten nach Absatz 2 sind nach Maßgabe des § 10 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung aus dem Wohnungseigentum zu leisten. Die Befriedigung aus dem Wohnungseigentum erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung.“

Vergleicht man die Regelung mit dem Wortlaut des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG, enthält der Vorschlag nichts Neues. Die Regelung ist entbehrlich, wenn man § 10 Abs. 1 ZVG nicht als reine Verfahrensvorschrift ansieht, sondern der Regelung einer Rangordnung von Rechten an einem Grundstück entsprechend einer althergebrachten Ansicht materielle Wirkungen beimisst.⁴⁵

⁴³ Herrler, NJW 2013, 3518; Schmidt-Räntsch, ZWE 2013, 429, 433; Schneider, ZWE 2014, 61, 75.

⁴⁴ Becker, ZfIR 2013, 809, 812.

⁴⁵ So bereits Jaeckel/Güthe, ZVG, 5. Aufl. 1915, § 9 Rz. 7, §§ 37, 38 Rz. 12 zu § 10 ZVG: „Dieser ist danach eine materiell-rechtliche Vorschrift.“

Die unzulässige aktienrechtliche Einlagenrückgewähr im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen

Wolf-Rüdiger Bub

Inhaltsverzeichnis

A	Einleitung	50
B	Überblick	50
C	Tatbestandsvoraussetzungen des § 57 AktG	53
I	„Vollwertigkeit“ einer „gedeckten“ Leistung	53
II	Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt	55
III	Rechtsfolge	56
D	Spezifische Problematik bei Dauerschuldverhältnissen	57
E	Preisfindung bei Darlehensverträgen zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär	58
I	Darlehensgewährung an den Aktionär	58
II	Darlehensgewährung durch den Aktionär	61
III	Cash-Pooling	61
IV	Rechtsfolge	62
F	Preisfindung bei Miet- und Pachtverhältnissen für Immobilien	63
I	Unterschied zwischen ortsüblicher Vergleichsmiete und Marktmiete	63
1	Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete bei Wohnraummietverhältnissen	64
2	Ermittlung der Marktmiete bei Gewerberaummietverhältnissen	65
II	Rechtsfolge	68
G	Preisfindung bei Dienstverhältnissen zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär	68
I	Sonderfall: Vergütung von Aktionärsvorständen	70
II	Rechtsfolgen	72
H	Fazit	72

A Einleitung

Rechtswissenschaftliche und rechtspolitische Problembehandlungen im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen, wie sie insbesondere im Miet- und Kreditrecht anzutreffen sind, kennzeichnen die akademische Karriere von Peter Derleder.¹ Dabei setzte er sich nicht selten mit Fragen der angemessenen Preisgestaltung intensiv auseinander.² Daneben rückten aber auch immer wieder gesellschaftsrechtliche Themata in den Fokus des Jubilars.³ So unterschiedlich diese Interessenbereiche auch zu sein scheinen, finden sie doch gemeinsame Berührungspunkte, so z. B. bei der Problematik der verbotenen, verdeckten Einlagenrückgewähr durch eine Aktiengesellschaft.

Das Verbot der Einlagenrückgewähr ist eine der tragenden Säulen des deutschen Aktienrechts. Danach ist grundsätzlich jede Form von Rückgewähr der von den Aktionären erbrachten Einlagen durch die Aktiengesellschaft untersagt. Das Verbot gilt auch für den Fall, dass die Rückgewähr verdeckt durch ein die Aktiengesellschaft benachteiligendes Rechtsgeschäft mit einem Aktionär vollzogen wird. Bei der Frage, auf welchen Zeitpunkt sich die Beurteilung der Unvorteilhaftigkeit bezieht, kommt speziell den Dauerschuldverhältnissen eine besondere Bedeutung zu, da sich die Marktverhältnisse während der typischerweise länger andauernden Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien erheblich ändern können. Es stellt sich die Frage, ob etwa bei einem langfristig abgeschlossenen Mietvertrag Handlungsbedarf besteht, wenn während der Vertragslaufzeit Leistung und Gegenleistung nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis stehen. Der folgende Beitrag befasst sich daher mit der Frage, wie nach der geltenden Rechtslage mit derartigen Problemen umzugehen ist. Dabei werden exemplarisch Fallkonstellationen eines Darlehensverhältnisses, eines Raummietverhältnisses und eines Dienstverhältnisses zwischen einem Aktionär und der Aktiengesellschaft unter dem Blickwinkel des § 57 AktG näher beleuchtet.

B Überblick

Zu den wesentlichen Grundprinzipien des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts zählt der Grundsatz der Kapitalaufbringung und -erhaltung. Da weder die Gesellschafter noch die Organe persönlich haften, soll eine definierte Vermögensmasse

¹ Vgl. FS Derleder, 2005, S. 1.

² Derleder, „Neue Gesetze zur Bekämpfung überhöhter Mieten?“, ZRP 2013, 158; ders., „Der Marktvergleich beim Konsumentenratenkredit als Mittel der Sittenwidrigkeitsprüfung“, NJW 1982, 2401; ders., „Transparenz und Äquivalenz bei bankvertragsrechtlicher Zinsanpassung“, WM 2001, 2029; ders., „Die Absenkung der Kappungsgrenze für Mieterhöhungen in laufenden Verträgen nach § 558 Abs. 3 BGB“, WuM 2013, 717; ders., „Strukturfragen der ortsüblichen Vergleichsmiete“, WuM 1983, 221.

³ Derleder, „Die Aufgabe der monistischen Struktur des Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch Verleihung der Rechtsfähigkeit“, BB 2001, 2485; Derleder/Fauser, „Der Regress bei gesamtschuldnerischer Haftung juristischer Personen und ihrer Organe und seine Auswirkungen auf die Organtätigkeit – Praxisfolgen des Kirch-Urteils“, BB 2006, 949.

den Gläubigern jedenfalls anfänglich zur Verfügung stehen. Während die §§ 30ff. GmbHG das Vermögen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung vor dem Zugriff der Gesellschafter bis zur Höhe des Stammkapitals schützen,⁴ geht der Grundsatz der aktienrechtlichen Vermögensbindung weiter.⁵ Das Aktiengesetz verbietet jede Verringerung des Vermögens der Aktiengesellschaft zugunsten eines Aktionärs. Verboten ist damit jede Minderung des Vermögens zugunsten eines Aktionärs, die weder Dividende noch Liquiditätserlös (§ 57 Abs. 3 AktG) oder eine gesetzlich zugelassene Ausnahme ist.⁶ Die Gläubiger der Aktiengesellschaft sollen davor geschützt werden, dass ihren Forderungen keine ausreichende Haftungsmasse der Aktiengesellschaft gegenübersteht.⁷ Daher sind einmal geleistete Einlagen der Aktionäre als gebundenes Gesellschaftsvermögen zu behandeln und dürfen grundsätzlich weder ganz noch teilweise durch die Aktiengesellschaft zurückgewährt werden.⁸ Dies ist jedoch nicht gegenständlich zu verstehen; entscheidend ist nur, ob das Vermögen der Aktiengesellschaft und damit der Haftungsfonds unzulässig reduziert wird.⁹ Neben dem bereits erwähnten Ziel des Gläubigerschutzes werden die weiteren Schutzziele der Regelung allgemein in der Gleichbehandlung der Aktionäre, der Sicherstellung eines korrekten Gewinnausweises sowie der Gewährleistung der gesetzlichen Kompetenzverteilung gesehen.¹⁰

Der Schutz des Gesellschaftsvermögens nach dem AktG ist somit sehr viel weitergehend als jener nach § 30 GmbHG.¹¹ Dennoch sind beide Vorschriften nach der gesetzgeberischen Intention hinsichtlich ihrer Ausgestaltung und ihres Regelungsziels weitgehend miteinander vergleichbar.¹²

Über den Wortlaut des § 57 AktG hinaus verbietet die Vorschrift sämtliche Leistungen der Aktiengesellschaft an die Aktionäre, die nicht ausdrücklich gesetzlich zugelassen sind.¹³

Ausgenommen sind demnach zum Beispiel

- Zahlungen aus dem tatsächlich angefallenen, förmlich ausgewiesenen Bilanzgewinn (§ 57 Abs. 3 AktG),
- die Zahlung des Preises für den Rückerwerb eigener Aktien (§ 57 Abs. 1 S. 2 AktG) und

⁴ Lutter/Hommelhoff-Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., § 30 Rn. 2 m. w. N.

⁵ KK-Drygala, AktG, 3. Aufl., § 57 Rn. 18.

⁶ KK-Drygala, AktG, 3. Aufl., § 57 Rn. 17.

⁷ BGH, NJW 2011, 2719, 2721; OLG Koblenz, DB 1977, 816; K. Schmidt/Lutter-Fleischer, 2. Aufl., § 57 Rn. 3; Wachter-Servatius, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 1; Henssler/Strohn-Lange, GesR, 2. Aufl., AktG, § 57 Rn. 1.

⁸ Spindler/Stilz-Cahn/v. Spannenberg, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 9.

⁹ Hüffer-Koch, AktG, 11. Aufl., § 57 Rn. 2.

¹⁰ MünchKommAktG-Bayer, 3. Aufl., § 57 Rn. 2; K. Schmidt/Lutter-Fleischer, § 57 Rn. 3; Wachter-Servatius, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 4f.

¹¹ OLG München, NJW 2012, 706, 708f.; Wachter-Servatius, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 8; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl., § 19 Rn. 1.

¹² Bt-Drucks. 16/6140 S.52; Wachter-Servatius, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 8.

¹³ BGH, NJW-RR 2007, 421, 422; Wachter-Servatius, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 1; K. Schmidt/Lutter-Fleischer, 2. Aufl., § 57 Rn. 9.

- Leistungen, die im Rahmen eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages erfolgen (§ 57 Abs. 1 S. 3 1. Alt. AktG) oder
- durch einen vollwertigen Gegenleistungs- bzw. Rückgewähranspruch gegen den Aktionär gedeckt sind (§ 57 Abs. 1 S. 3 2. Alt. AktG).¹⁴

Verschiedentlich wird für einen Verstoß gegen § 57 AktG über den Vermögensabfluss an den Aktionär hinaus noch gefordert, dass dieser „causa societatis“, also gerade wegen der Aktionärsstellung erfolge. Dies lehnt die ganz überwiegende Lehre zu Recht ab; die Vermögensbindung darf nicht „mit Hilfe der Torheit der Verwaltung“ unterlaufen werden.¹⁵

Unproblematisch findet die Vorschrift hingegen im Falle einer sogenannten offenen Einlagenrückgewähr Anwendung, d. h. wenn die Aktiengesellschaft dem Aktionär ein Vermögen zuwendet, ohne dass ihr hierfür ein Gegenwert zufließt, etwa im Falle einer Schenkung¹⁶ oder durch Zahlung einer Dividende ohne Vorliegen eines wirksamen Gewinnverwendungsbeschlusses.¹⁷ Unerheblich ist insofern, ob der Aktionär seiner Einlagepflicht schon nachgekommen ist oder es sich bei der zurückgewährten Leistung tatsächlich um die von dem Aktionär eingebrachte Einlage im Sinne des § 54 AktG handelt.¹⁸

Wesentlich häufiger sind jedoch die Fälle der sogenannten verdeckten Einlagenrückgewähr. Unter diesem Terminus werden Leistungsbeziehungen erfasst, bei denen Leistung und Gegenleistung nicht gleichwertig im Sinne des § 57 Abs. 1 S. 3 2. Alt. AktG sind und dem Aktionär hierdurch ungerechtfertigt Vermögensteile der Aktiengesellschaft zufließen.¹⁹

Bei verdeckten Einlagenrückgewährungen kann es mitunter jedoch schwierig sein, ein nicht äquivalentes Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung festzustellen,²⁰ insbesondere, wenn sich der Wert der Leistung oder Gegenleistung aufgrund der Umstände des Einzelfalls nicht ohne Weiteres ermitteln lässt. Hierbei nimmt die Gruppe der Dauerschuldverhältnisse eine besondere Stellung ein. Zum einen können sich die Marktverhältnisse äußerst heterogen darstellen, etwa mangels „greifbarer“ objektiver Kriterien, wie sie im Dienstvertragsrecht häufig anzutreffen sind oder aufgrund individueller Besonderheiten, so zum Beispiel im Falle der Vermietung von Immobilien. Zum anderen können sich – anders als bei einem sofortigen Leistungsaustausch – die Verhältnisse ändern; angemessene Leistungen können unangemessen werden und umgekehrt.

¹⁴ Wachter-Servatius, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 2.

¹⁵ MünchKommAktG-Bayer, 3. Aufl., § 57 Rn. 45 m. w. N.

¹⁶ Wachter-Servatius, AktG 2. Aufl. § 57 Rn. 11.

¹⁷ GroßkommAktG-Henze, 4. Aufl., § 57 Rn. 25; Beck'sches Hdb. AG-Müller, 2. Aufl. § 8 Rn. 21; MünchKommAktG-Bayer, 3. Aufl., § 57 Rn. 76.

¹⁸ MünchKommAktG-Bayer, 3. Aufl., § 57 Rn. 9; K. Schmidt/Lutter-Fleischer, § 57 Rn. 9; Spindler/Stilz-Cahn/v. Spannenberg, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 14.

¹⁹ Vgl. BGH, NJW 1992, 2821; für die strukturell ähnliche Situation im Genossenschaftsrecht: BGH, NJW-RR 1997, 985, 986; s. a. Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl., § 19 Rn. 4; Bürgers/Körber-Westermann, AktG, 3. Aufl., § 57 Rn. 20; Henssler/Strohn-Lange, GesR, 2. Aufl., AktG, § 57 Rn. 7.

²⁰ BGH, NJW 2013, 1742, 1744.

C Tatbestandsvoraussetzungen des § 57 AktG

Wie die Regelung des § 57 Abs. 1 S. 3 2. Alt. AktG zeigt, ist der Leistungsaustausch zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär grundsätzlich zulässig. § 57 AktG und der Grundsatz der Vermögensbindung verbieten Geschäfte des Aktionärs mit der Aktiengesellschaft nicht. Voraussetzung ist aber, dass die Leistung der Aktiengesellschaft durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Aktionär gedeckt ist.²¹ Eine verbotene Einlagenrückgewähr im Sinne des § 57 Abs. 1 S. 1 AktG kommt somit erst dann in Betracht, wenn ein objektiv ungleiches Verhältnis zwischen dem Wert der Leistung und der Gegenleistung zum Nachteil der Gesellschaft, mithin ein Verstoß gegen das Deckungsgebot, vorliegt.²² Für die Anwendung der Vorschrift spielen subjektive Gesichtspunkte aus Gründen des effektiven Kapitalschutzes ebenso wenig eine Rolle²³ wie das Verschulden einer der Parteien. Entscheidend sind allein objektive Maßstäbe.

I „Vollwertigkeit“ einer „gedeckten“ Leistung

Sinn und Zweck der Vorschrift des § 57 AktG ist der wertmäßige, nicht der gegenständliche Schutz des Gesellschaftsvermögens.²⁴ Zur Erreichung dieses Ziels enthält die Vorschrift sowohl ein Vollwertigkeits- als auch ein Deckungsgebot. Für die Beurteilung, ob ein vollwertiger Gegenleistungsanspruch vorliegt, ist entscheidend auf das Wertverhältnis der auszutauschenden Leistungen abzustellen,²⁵ wobei neben dem Preis auch die übrigen Konditionen des Vertrages angemessene Berücksichtigung finden müssen.²⁶ Seit der Neukonzeption des § 57 AktG im Rahmen des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ist hierbei ausdrücklich auf eine bilanzielle Betrachtungsweise abzustellen.²⁷ Um den Erfordernissen des Vollwertigkeitsgebots gerecht zu werden, muss es sich bei dem Rechtsgeschäft dem Grunde nach also lediglich um einen „Aktiventausch“ handeln.²⁸ Ausgehend von dem Regelungszweck des § 57 AktG

²¹ GroßkommAktG-Henze, 4. Aufl., § 57 Rn. 35 m. w. N.

²² BGH, NJW 2011, 2719, 2721; OLG Koblenz, OLGR Koblenz 2007, 581; MünchKommAktG-Bayer, 3. Aufl., § 57 Rn. 37; Grigoleit-Grigoleit/Rachlitz, AktG, § 57 Rn. 12.

²³ OLG Koblenz, OLGR Koblenz 2007, 58; vgl. MünchKommAktG-Bayer, 3. Aufl., § 57 Rn. 45; K. Schmidt/Lutter-Fleischer, 2. Aufl., § 57 Rn. 19f.; Wachter-Servatius, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 36; a. A. Spindler/Stilz-Cahn/v. Spannenberg, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 24ff.

²⁴ K. Schmidt/Lutter-Fleischer, 2. Aufl., § 57 Rn. 9; Wachter-Servatius, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 12.

²⁵ BGH, NJW 1987, 1194, 1195 zur gleich gelagerten Frage nach § 30 GmbHG; Spindler/Stilz-Cahn/v. Spannenberg, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 17.

²⁶ Spindler/Stilz-Cahn/v. Spannenberg, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 17.

²⁷ Vgl. Bt-Drucks.16/6140 S. 41, 52; BGH, NJW 2011, 2719, 2721; Wachter, AktG-Servatius, 2. Aufl., § 57 Rn. 16ff.; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl., § 19 Rn. 5; Bürgers/Körber-Westermann, AktG, 3. Aufl., § 57 Rn. 15.

²⁸ Bt-Drucks.16/6140, S. 41, 52; s. a. Hüffer-Koch, AktG, 11. Aufl., § 57 Rn. 24; Hölters-Laubert, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 17; Henssler/Strohn-Lange, GesR, 2. Aufl., AktG, § 57 Rn. 12.

verlangt jedoch das Deckungsgebot, dass auch ein bilanziell neutrales Geschäft im Einzelfall als Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr zu bewerten ist, wenn der bilanzielle Buchwert der Leistung nicht deren Verkehrswert erreicht.²⁹ Somit ist letztlich das tatsächliche Wertverhältnis der ausgetauschten Leistungen entscheidend.³⁰

Ist ein Marktvergleich möglich, so sind die hieraus gewonnen Erkenntnisse maßgeblich³¹ – von dem ermittelten Marktpreis darf nicht ohne Grund zulasten der Aktiengesellschaft abgewichen werden.³² Dementsprechend ist nach der Rechtsprechung die Zahlung eines überhöhten Preises für eine Leistung ebenso unzulässig,³³ wie die Erbringung einer Leistung durch die Aktiengesellschaft unterhalb des Marktpreises.³⁴ Zwar erkennt der BGH auch gewisse unternehmerische Handlungsspielräume zu.³⁵ Ein allgemeiner Bewertungsspielraum hinsichtlich des Marktpreises besteht jedoch grundsätzlich nicht.³⁶ Mithin betrifft der unternehmerische Handlungsspielraum bei Geschäften mit Aktionären lediglich solche Fragen, die die Preisgestaltung nicht unmittelbar berühren, wie etwa Auswahl des Geschäftspartners oder Art der Leistung. Der Maßstab für die Höhe eines angemessenen Preises selbst richtet sich hingegen nach objektiv-normativen Kriterien,³⁷ und zwar unabhängig von jeder Bewertung durch die Vertragsparteien.³⁸

Lassen sich Marktpreise nicht oder nicht ohne Weiteres ermitteln, ist zunächst ein hypothetischer Markt zu rekonstruieren;³⁹ sollte auch dies nicht möglich sein, muss zur Ermittlung eines angemessenen Preises auf anerkannte Bewertungsmethoden zurückgegriffen werden.⁴⁰ Insbesondere bei letzterem Verfahren vertreten Teile der Literatur die Auffassung, dass bei der Ermittlung einer gleichwertigen Gegenleistung in aller Regel nicht zu einem punktgenauen Wert zu gelangen ist, sondern

²⁹ Hölters-Laubert, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 19.

³⁰ Bt-Drucks.16/6140 S.41; BGH, NJW 1987, 1194, 1195 zur gleichgelagerten Frage nach § 30 GmbHG.

³¹ Hüffer-Koch, AktG, 11. Aufl., § 57 Rn. 10; K. Schmidt/Lutter-Fleischer, 2. Aufl., § 57 Rn. 13; GroßkommAktG-Henze, 4. Aufl., § 57 Rn. 41; Heidel-Drinhausen, AktG, 3. Aufl., § 57 Rn. 10; Beck'sches Hdb. AG-Müller, 2. Aufl. § 8 Rn 45.

³² MünchKommAktG-Bayer, 3. Aufl., § 57 Rn. 38; Spindler/Stilz-Cahn/v. Spannenberg, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 21.

³³ Vgl. BGH, NJW-RR 1997, 985, 986 für den strukturell ähnlichen Fall einer Einlagenrückgewähr nach § 22 Abs. 4 GenG; OLG Celle, NJW 1993, 739, 740.

³⁴ Hüffer-Koch, AktG, 11. Aufl., § 57 Rn. 8.

³⁵ BGH, NJW 1996, 589, 590; NJW 1987, 1194, 1995.

³⁶ GroßkommAktG-Henze, 4. Aufl., § 57 Rn. 42 (dort Fn.105); K. Schmidt/Lutter-Fleischer, 2. Aufl., § 57 Rn. 12; Wachter-Servatius, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 13.

³⁷ So ausdrücklich BGH, NJW 1987, 1194, 1995.

³⁸ Dafür spricht auch, dass der BGH von einem wertmäßigen Kapitalschutz nach § 57 AktG ausgeht (so ausdrücklich NJW 2013, 1742, 1743). Das zu schützende Kapital kann jedoch nur dann beisammen gehalten werden, wenn es – ggf. auch erst durch den Trichter – in seiner Höhe durch einen festen Betrag definiert ist.

³⁹ K. Schmidt/Lutter-Fleischer, 2. Aufl., § 57 Rn. 13.

⁴⁰ LG München, AG 2004, 159, 160f.; Heidel-Drinhausen, AktG, 3. Aufl., § 57 Rn. 10; K. Schmidt/Lutter-Fleischer, 2. Aufl., § 57 Rn. 13; in diesem Sinne auch GroßkommAktG-Henze, 4. Aufl., § 57 Rn. 42; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl., § 19 Rn. 4; einschränkend Spindler/Stilz-Cahn/v. Spannenberg, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 22.

zu einer mehr oder weniger großen Spanne, innerhalb derer sich der Preis bewegen kann, ohne dass von einem Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung ausgegangen werden kann.⁴¹ Dem Umstand, dass die Vertragspartner bei der Bewertung des Verkehrswerts bzw. des Marktpreises auf praktische Schwierigkeiten stoßen, kann aber nicht durch Lockerung des Verbots begegnet werden. Die Rechtslage unterscheidet sich nicht von derjenigen bei Vereinbarung eines unbezifferten Marktpreises – was jedenfalls im Ergebnis die Erfüllung des Einlagenrückgewährverbotes sichert. Spätestens bei der gerichtlichen Geltendmachung des Zahlungsanspruchs muss dessen Gläubiger diesen in Euro und Cent genau beziffern.⁴² Der Tatrichter hat auf Grundlage des Sachvortrags der Parteien – ggf. mit sachverständiger Unterstützung – gemäß § 287 Abs. 1 ZPO einen streitigen Marktpreis nach seiner freien Überzeugung zu ermitteln und diesen seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Erst die Tenorierung eines konkreten Zahlungsbetrages ermöglicht die Vollstreckbarkeit des Urteils, weshalb der Tatrichter einen punktgenauen Wert festzustellen hat; soweit Bewertungsspannen oder Bandbreiten vorhanden oder festgestellt sind, hat er innerhalb von diesen – ggf. unter Mitwirkung von Sachverständigen – den genauen Wert zu ermitteln und auszuurteilen, wobei die Einordnung dieses Werts nach den Gesamtumständen des Einzelfalls zu erfolgen hat.

Nichts anderes gilt für einen Rückforderungsanspruch einer Aktiengesellschaft, den sie mit der Begründung geltend macht, ihre Zahlungen auf vertraglich bezifferte Ansprüche eines Aktionärs überschritten den Verkehrswert bzw. den Marktpreis. Der Vorstand hat in diesem Fall den Marktpreis punktgenau zu ermitteln und eine etwaig überschießende Zahlung zurückzufordern. Die beiden Verfahren unterscheiden sich in der Darlegungs- und Beweislast. Wer die Zahlung des Marktpreises fordert, hat diesen darzulegen und zu beweisen, ebenso wie derjenige, der eine Rückzahlung einer den Marktpreis übersteigenden Zahlung verlangt.

II Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt

Der maßgebliche Zeitpunkt zur Beurteilung der Äquivalenz der zwischen der Aktiengesellschaft und dem Aktionär ausgetauschten Leistung und dem Gegenleistungsanspruch ergibt sich aus dem Wortlaut des § 57 Abs. 1 S. 3 AktG. Danach liegt ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nicht vor, wenn die Leistung durch einen vollwertigen Gegenleistungsanspruch ist. Maßgeblich ist somit der Zeitpunkt der Erbringung der Leistung,⁴³ nicht bereits der Abschluss des entsprechenden Verpflichtungsgeschäfts. Das überzeugt, denn nach dem Schutz-

⁴¹ Hölters-Laubert, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 8; Heidel-Drinhausen, AktG, 3. Aufl., § 57 Rn. 10; K. Schmidt/Lutter-Fleischer, 2. Aufl., § 57 Rn. 13.

⁴² Vgl. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO; vgl. auch Zöller-Greger, ZPO, 30. Aufl., § 253 Rn. 13a.

⁴³ Bezogen auf die vergleichbare Vorschrift des § 30 GmbHG: BGH, NJW 1987, 1194, 1195; RGZ 113, 241, 244; RGZ 133, 393, 395; zum Aktienrecht: Grigoleit-Grigoleit/Rachlitz, AktG, § 57 Rn. 13; unklar: Wachter-Servatius, AktG, 2. Aufl., einerseits § 57 Rn. 14f., andererseits Rn. 21.

zweck der Vorschrift der wertmäßigen Vermögenserhaltung kann es in einem sich ständig verändernden Markt nicht auf die Wertverhältnisse ankommen, wie sie sich bei einem gegebenenfalls schon geraume Zeit vor dem eigentlichen Leistungsaustausch abgeschlossenen Verpflichtungsgeschäft darstellen.

Der Aktiengesellschaft steht daher nach allgemeiner Meinung ein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn der Leistung bei ihrer Erbringung kein vollwertiger Gegenleistungsanspruch gegenübersteht.⁴⁴ Außerdem begründet der Rückforderungsanspruch aus § 62 AktG die aus § 242 BGB abgeleitete Arglistenrede „*dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*“, da im Falle einer verbotenen Einlagenrückgewähr die Leistung nach § 62 AktG ohnehin sogleich zurückzugewähren ist (dazu sogleich).

III Rechtsfolge

Ein Verstoß gegen § 57 Abs. 1 S. 1 AktG hat zur Folge, dass nach § 62 AktG die empfangenen Leistungen zurückzugewähren sind. Der Anspruch aus § 62 AktG ist ein eigenständiger Rückgewähranspruch, der die allgemeinen Grundsätze des Bereicherungsrechts verdrängt.⁴⁵ Der früher herrschenden Meinung, dass § 57 AktG ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB mit der entsprechenden Nichtigkeitsfolge sei,⁴⁶ ist der BGH mit seinem Urteil vom 12. März 2013⁴⁷ nicht gefolgt und hat entschieden, dass ein Verstoß gegen § 57 AktG weder das Verpflichtungs- noch das Erfüllungsgeschäft in seiner Wirksamkeit berührt.⁴⁸ Entscheidend ist, dass § 134 BGB die Nichtigkeitsfolge nur dann anordnet, wenn sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt. § 62 AktG ist jedoch eine derartige andere Regelung.⁴⁹ Neben den bisherigen Befürwortern der vom BGH gewählten Lösung⁵⁰ sind nunmehr auch Meinungsänderungen bei den Anhängern der bisher h. M. zu verzeichnen.⁵¹ Jedenfalls für die Rechtsprechung ist nunmehr geklärt, dass ein Verstoß gegen § 57 AktG weder zur Nichtigkeit des Verpflichtungs- noch des Erfüllungsgeschäfts führt.

Dies hat zur Folge, dass bei Austauschgeschäften zulasten der Aktiengesellschaft die Wertdifferenz zum Marktpreis herauszugeben ist,⁵² sofern es nicht zu

⁴⁴ BGH, NJW 1996, 589, 590; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl., § 19 Rn. 14; MünchKommAktG-Bayer, 3. Aufl., § 57 Rn. 155; GroßkommAktG-Henze, 4. Aufl., § 57 Rn. 206.

⁴⁵ BGH, NJW 2013, 1742, 1743f.; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl., § 19 Rn. 14; Hüffer-Koch, AktG, 11. Aufl., § 62 Rn. 2.

⁴⁶ Nachweise bei BGH, NJW 2013, 1742, 1743.

⁴⁷ BGH, NJW 2013, 1742.

⁴⁸ Hüffer-Koch, AktG, 11. Aufl., § 57 Rn. 32.

⁴⁹ BGH, NJW 2013, 1742, 1743.

⁵⁰ MünchKommAktG-Bayer, 3. Aufl., § 57 Rn. 162ff.; Grigoleit-Grigoleit/Rachlitz, AktG, § 57 Rn. 20; Winter, NZG 2012, 1371;

⁵¹ So z. B. Hüffer-Koch, AktG, 11. Aufl., § 57 Rn. 32.

⁵² In diesem Sinne BGH, NJW 1987, 1194, 1195.

einer Übergabe eines Gegenstandes kam, an dessen Rückgewähr ein besonderes Interesse besteht.⁵³

Oftmals wird in der verdeckten Gewinnausschüttung an einen Aktionär zugleich auch eine Ungleichbehandlung i. S. d. § 53a AktG gegenüber den übrigen Aktionären liegen. In diesen Fällen steht den übergangenen Aktionären ein eigenes Be-seitigungsrecht gegenüber der Aktiengesellschaft zu.⁵⁴

D Spezifische Problematik bei Dauerschuldverhältnissen

Im Falle von Dauerschuldverhältnissen können der Abschluss des schuldrechtlichen Verpflichtungsvertrages und der Leistungsaustausch zeitlich weit auseinanderfallen. Es besteht die Gefahr, dass die Marktverhältnisse, die bei Eingehung des Verpflichtungsgeschäfts zugrunde gelegt wurden, sich bis zum Zeitpunkt des Leistungsaustausches erheblich verändern.⁵⁵ Zwar hatte die Neuregelung durch das MoMiG mit den Darlehensrückzahlungsansprüchen ein Dauerschuldverhältnis im Blick.⁵⁶ Da aber der im Fokus stehende Rückzahlungsanspruch mit der Auszahlung entsteht, hat dies den Blick auf die anderen Dauerschuldverhältnisse und die durch die Regelung ausgelösten Fragen eher verstellt.

Denn die Frage des objektiven Ungleichgewichts bei der verbotenen Einlagenrückgewähr wird nach dem Wert von Leistung und Gegenleistung zum Zeitpunkt des Leistungsaustausches beurteilt, mit der Folge, dass – anders als bei Darlehen – Monate oder Jahre zwischen Vertragsschluss und Leistungsaustausch liegen können. Gerade bei Dauerschuldverhältnissen zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär kann es wegen dieses Auseinanderfallens während der Vertragslaufzeit mit zunehmender Dauer immer leichter zu einer Störung des Äquivalenzverhältnisses kommen, wenn sich die Marktverhältnisse während der Vertragslaufzeit ändern.

Verschärft wird die Situation dadurch, dass den Parteien kein eigener Bewertungsspielraum hinsichtlich des Wertverhältnisses der ausgetauschten Leistungen zusteht. Vielmehr handelt es sich bei dem Marktwert der ausgetauschten Leistungen um eine gerichtlich voll überprüfbare Kenngröße;⁵⁷ mithin kann es – da auch subjektive Gesichtspunkte keine Rolle spielen – zu einem Verstoß gegen § 57 Abs. 1 S. 1 AktG kommen, ohne dass dies den Parteien bewusst ist. Dies gilt auch dann und erst recht, wenn der Wert einer Leistung nur schwer feststellbar ist.

Die Frage nach der zutreffenden Preisermittlung im Rahmen eines Austauschgeschäfts mit einem Aktionär hat jedoch nicht nur Bedeutung für die Aktiengesell-

⁵³ Hüffer-Koch, AktG, 11. Aufl., § 62 Rn. 10; für die vergleichbare Situation nach § 31 GmbHG: MünchKommGmbHG-Ekkenga, § 31 Rn. 6; s. a. Kiefner/Theusinger, NZG 2008, S. 801, 804.

⁵⁴ Hölters-Laubert, AktG, 2. Aufl., § 53a Rn. 12; Hüffer-Koch, AktG, 11. Aufl., § 53a Rn. 12.

⁵⁵ Eingehend zum Problem der Vertragsreue bei Gewerberaummietverträgen: Derleder, NZM 2005, 521, 522ff.

⁵⁶ KK-Drygala, AktG, 3. Aufl., § 57 Rn. 6f. m. w. N.

⁵⁷ Wachter-Servatius, AktG, 2. Aufl., § 57R n.13.

schaft selbst, sondern auch für deren Vorstand und Aufsichtsrat. Nach § 93 Abs. 3 Nr. 1 AktG kann sich der Vorstand einer Aktiengesellschaft schadenersatzpflichtig machen, wenn ihm eine Pflichtverletzung dahin gehend anzulasten ist, dass entgegen den Vorschriften des Aktiengesetzes Einlagen an die Aktionäre zurückgewährt werden. Da es sich hierbei um einen gesetzlich normierten, besonders schweren Pflichtverstoß handelt, kann sich der Vorstand zu seiner Entlastung auch nicht auf die inzwischen gesetzlich fixierte Business Judgement Rule nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG berufen.⁵⁸

Über den Verweis des § 116 AktG trifft den Aufsichtsrat diese Schadenersatzpflicht gleichermaßen, wenn ihm insofern ein Pflichtverstoß zur Last fällt. Ebenso macht sich ein Aufsichtsrat selbst nach §§ 116, 93 AktG schadenersatzpflichtig, wenn er darauf verzichtet, die Schadenersatzpflicht des Vorstands zu betreiben.⁵⁹

E Preisfindung bei Darlehensverträgen zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär

Bei Darlehensgeschäften zwischen der Aktiengesellschaft und dem Aktionär ist zu unterscheiden, ob es um eine Darlehensgewährung der Aktiengesellschaft an den Aktionär oder um eine Darlehensgewährung durch den Aktionär an die Aktiengesellschaft geht. Denn im ersten Fall stehen die Probleme der Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs im Vordergrund, während im zweiten Fall die Besicherung und die Zinshöhe Probleme verursachen:

I Darlehensgewährung an den Aktionär

Seit Langem steht die Thematik der Darlehensgewährung an Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft im Fokus. Im Jahr 2003 bewertete der BGH die Gewährung von Darlehen an Gesellschafter einer GmbH grundsätzlich als verbotene Einlagenrückgewähr, und zwar auch dann, wenn der Rückzahlungsanspruch vollwertig ist.⁶⁰ Er begründete seine Auffassung mit dem Schutzzweck des § 30 GmbHG, wonach das Vermögen der Gesellschaft in Höhe des Stammkapitals dem Zugriff der Gesellschafter entzogen sein sollte, damit den Gläubigern der Gesellschaft eine gewisse Mindesthaftungssumme verbleibt. Mit diesem Ziel sei es nicht vereinbar, wenn die Gesellschaft im Austausch für eine liquide Haftungsmasse lediglich eine zeitlich nachgeschobene schuldrechtliche Forderung erwerbe. Es sei nicht der bilanzielle Wert des Gesellschaftsvermögens, sondern auch dessen reale Substanz

⁵⁸ Hüffer-Koch, AktG, 11. Aufl., § 93 Rn. 68; Bürgers/Körber-Westermann, AktG, 3. Aufl., § 57 Rn. 17.

⁵⁹ Vgl. Derleder/Fauser, BB 2006, 949, 953.

⁶⁰ BGH, NJW 2004, 1111 (für die vergleichbare Situation nach § 30 GmbHG).

zu schützen.⁶¹ Wegen der parallelen Strukturen zwischen § 30 GmbHG und § 57 AktG galten diese Grundsätze auch im Aktienrecht.⁶² Die hierdurch ausgelöste Unsicherheit hinsichtlich der Zulässigkeit von Darlehen und anderen Leistungen mit Kreditcharakter (vor allem von Cash-Pooling-Systemen) zwischen Gesellschaft und Gesellschafter nahm der Gesetzgeber zum Anlass, im Rahmen des MoMiG ausdrücklich klarzustellen, dass keine verbotene Einlagenrückgewähr vorliegt, wenn die Leistung durch einen vollwertigen Gegenleistungsanspruch gedeckt ist (§ 57 Abs. 1 S. 3 2. Alt. AktG). Der Gesetzgeber kehrte „eindeutig zum bilanziellen Denken zurück“, welches bis 2003 problemlos anerkannt gewesen sei.⁶³ Dem schloss sich der BGH mit Urteil vom 1. Dezember 2008 an und gab seine gegenteilige Rechtsprechung aus dem Jahr 2003 auch für Altfälle ausdrücklich auf.⁶⁴

Demnach gilt für Darlehensgeschäfte zwischen Aktionär und Aktiengesellschaft wie für alle anderen Rechtsgeschäfte auch, dass eine Leistung nach § 57 Abs. 1 S. 3 AktG durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gedeckt sein muss.⁶⁵

Welche konkreten Anforderungen hierbei an das Vollwertigkeitsgebot zu stellen sind, ist im Einzelnen noch nicht geklärt.⁶⁶ Ausgehend von der Regierungsbegründung ist Vollwertigkeit jedoch zu verneinen, wenn die Durchsetzbarkeit der Forderung absehbar gefährdet ist, so etwa bei einer mit geringen Mitteln ausgestatteten Erwerbsgesellschaft.⁶⁷ Mithin spielt die Bonität des Kreditnehmers hierbei eine wesentliche Rolle, sodass die Vollwertigkeit eines Darlehensrückgewähranspruchs nach zutreffender Ansicht dann bejaht werden kann, wenn dieser keine über das allgemeine Kreditrisiko hinausgehenden Gefahren birgt oder die Darlehensrückzahlung hinreichend besichert ist.⁶⁸

Umstritten ist hingegen, ob auch die marktgerechte Verzinsung notwendiges Element des Deckungs- und Vollwertigkeitsgebots ist.⁶⁹ Teilweise wird von dem Erfordernis einer marktüblichen Verzinsung dann eine Ausnahme angenommen, wenn es sich um ein kurzfristiges Darlehen (meist weniger als ein Jahr) handelt.⁷⁰ Zur Begründung wird angeführt, dass – ausgehend von einer bilanziellen Betrachtungsweise – Darlehen mit einer Laufzeit von weniger als einem Jahr gemäß § 253 HGB nicht abgezinst werden müssen.⁷¹ Eine solche Betrachtungsweise ist jedoch vor dem Hintergrund des Deckungsgebotes vor allem mit der Erwägung abzuleh-

⁶¹ BGH, NJW 2004, 1111f.

⁶² Vgl. OLG Jena, NZG 2008, 275, 277.

⁶³ Bt-Drucks.16/6140, S. 41.

⁶⁴ BGH, NJW 2009, 850, 852.

⁶⁵ Grigoleit-Grigoleit/Rachlitz, AktG, § 57 Rn. 41.

⁶⁶ Grigoleit-Grigoleit/Rachlitz, AktG, § 57 Rn. 39.

⁶⁷ Bt-Drucks.16/6140, S. 41, 52.

⁶⁸ In diesem Sinne: BGH, NJW 2009 850, 852; Hölters-Laibert, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 18; Grigoleit-Grigoleit/Rachlitz, AktG, § 57 Rn. 40; Hüffer-Koch, AktG, 11. Aufl., § 57 Rn. 25.

⁶⁹ Dafür: Spindler/Stilz-Cahn/v. Spannenberg, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 140; Grigoleit-Grigoleit/Rachlitz, AktG, § 57 Rn. 41; Hüffer-Koch, AktG, 11. Aufl., § 57 Rn. 26 (jedenfalls bei längerfristiger Laufzeit); dagegen: Rothley/Weinberger, NZG 2010, 1001, 1005.

⁷⁰ Hölters-Laibert, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 21.

⁷¹ Hölters-Laibert, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 21.

nen, dass der zu zahlende Zins die Hauptleistung des Darlehensnehmers für dessen befristete Nutzung fremden Kapitals ist,⁷² sich mithin als „Preis“ für Refinanzierung, Opportunität und Risiko gestaltet,⁷³ und damit jenen Gegenleistungsanspruch betrifft, von dem im Wortlaut des § 57 Abs. 1 S. 3 AktG die Rede ist.⁷⁴ Dafür spricht ferner der Sinn und Zweck des Gesetzes, der in der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens liegt. Gesellschaftsvermögen kann auch dadurch geschmälert werden, dass die Gesellschaft auf geldwerte Vorteile, wie etwa die eigene Kapitalnutzung, zugunsten des Aktionärs verzichtet. Von einer für die Aktiengesellschaft sinnvollen Leistungsbeziehung, wie sie der Gesetzgeber im Blick hatte,⁷⁵ kann in diesem Fall nicht ausgegangen werden. Entsprechende Darlehen müssen daher – vor allem auch im Hinblick auf den immer noch maßgeblichen Drittvergleich – grundsätzlich marktüblich verzinst werden.⁷⁶

Die marktübliche Verzinsung wird ermittelt aus dem Markt für Darlehen vergleichbarer Kredite, d. h. solcher, die in Höhe, Laufzeit und Besicherung dem zu begutachten Darlehen entsprechen.⁷⁷ Als Ausgangspunkt für die Ermittlung des jeweiligen Marktzinses kann die sogenannte MFI- bzw. EWU-Zinsstatistik herangezogen werden.⁷⁸ Dabei handelt es sich um eine regelmäßig aktualisierte Aufstellung volumengewichteter, durchschnittlicher Effektivzinssätze, die von inländischen Banken der Mitgliedstaaten der europäischen Währungsunion gegenüber Privathaushalten und nichtfinanziellen Kapitalgesellschaften gewährt wurden.⁷⁹

Der relevante Zeitpunkt, zu welchem die Vollwertigkeit des Gegenleistungsanspruchs zu beurteilen ist, ist auch hier – entgegen vereinzelter Meinungen⁸⁰ – die Auszahlung der Darlehenssumme an den Aktionär.⁸¹ Entwicklungen, die nach diesem Zeitpunkt die Werthaltigkeit der Forderung unvorhersehbar negativ beeinflus-

⁷² Vgl. BGH, NJW 1989, 222, 223.

⁷³ Mühlert/Leuschner, NZG 2009, 281, 283.

⁷⁴ In diesem Sinne Spindler/Stilz-Cahn/v. Spannenberg, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 140.

⁷⁵ Bt-Drucks. 16/6140 S. 41, 52.

⁷⁶ Wachter, AktG-Servatius, 2. Aufl.; § 57 Rn. 21; Bürgers/Körber-Westermann, AktG, 3. Aufl., § 57 Rn. 21; Manz/Mayer/Schröder-Schröder, 7. Aufl., Rn 1062b; für die vergleichbare Situation nach § 30 GmbHG: Raiser/Veil, 5. Aufl., § 37 Rn. 17; jedenfalls nicht unverzinst: OLG Koblenz, DB 1977, 816.

⁷⁷ BGH, NJW 1979, 2089, 2091; Staudinger-Mühlert, BGB (Neubearb. 2011), § 488 Rn. 136. Eine eingehende Auseinandersetzung mit der Frage, inwieweit der Marktvergleich bei Konsumentenkrediten zur Feststellung eines sittenwidrigen Rechtsgeschäfts taugt, bietet Derleder, NJW 1982, 2041.

⁷⁸ Vgl. OLG Schleswig, 5 U 2/10, Rn. 11; OLG Brandenburg, 4 U 141/09, Rn. 62 (jeweils zitiert nach juris); LG Bonn, BKR 2008, 78, 81; Palandt-Ellenberger, 73. Aufl., § 138 Rn. 26; der früher insoweit vom BGH herangezogene Schwerpunktzins nach der Zinsstatistik der Deutschen Bundesbank – so etwa in BGH, NJW 1979, 2089, 2090 – existiert inzwischen nicht mehr.

⁷⁹ Vgl. Bekanntmachung der Deutschen Bundesbank, abrufbar unter http://www.bundesbank.de/Navigation/DE/Statistiken/Geld_und_Kapitalmaerkte/Zinssaetze_und_Renditen/Einlagen_und_Kreditzinssaetze/einlagen_und_kreditzinssaetze.html, letzter Abruf: 20. Dezember 2014.

⁸⁰ Zum Beispiel Rothley/Weinberger, NZG 2010, 1001, 1003.

⁸¹ Grigoleit-Grigoleit/Rachlitz, AktG, § 57 Rn. 42; Heidel-Drinhausen, AktG, 3. Aufl., § 57 Rn. 21; Thümmel/Burkhardt, AG 2009, 885, 888; KK-Drygala, AktG, 3. Aufl., § 57 Rn. 74; K. Schmidt/Lutter-Fleischer, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 55.

sen, haben damit keine nachträgliche, verbotene Einlagenrückgewähr zur Folge.⁸² Das bedeutet indes nicht, dass der Vorstand untätig bleiben darf. Insbesondere bei nachträglicher Verschlechterung der Bonität des Darlehensnehmers obliegt es dem Vorstand, den Darlehensvertrag gegebenenfalls zu kündigen oder weitere Sicherheiten anzufordern.⁸³ Unterlässt er die dafür erforderliche Vorsorge in der Vertragsgestaltung, verstößt er gegen § 57 AktG.

II Darlehensgewährung durch den Aktionär

Die Rückzahlung eines der Aktiengesellschaft von einem Aktionär gewährten Darlehens ist nach § 57 Abs. 1 S. 4 AktG keine verbotene Einlagenrückgewähr. Selbiges gilt für Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Aktionärsdarlehen wirtschaftlich entsprechen. Damit finden die §§ 57, 62 AktG im Falle der Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens nicht länger Anwendung,⁸⁴ eine Rückzahlung des Gesellschafterdarlehens kann daher nicht mehr unter Berufung auf § 57 AktG verweigert werden.⁸⁵ Der Gesetzgeber hat sich von der durch die Rechtsprechung entwickelten Unterscheidung zwischen eigenkapitalersetzenden und sonstigen Aktionärsdarlehen losgesagt und sich zu Gunsten einer einheitlichen „insolvenzrechtlichen Lösung“⁸⁶ entschieden. Er begründet dies damit, dass die Rückzahlung eines Gesellschafterkredites im Normalfall unproblematisch ist und erst während einer Insolvenz der Aktiengesellschaft akut wird. Daher bestehe kein weitergehender Schutzbedarf.⁸⁷

III Cash-Pooling

Die Rechtsprechung des BGH aus dem Jahr 2003 erzeugte auch Rechtsunsicherheit für die Praxis des sogenannten Cash-Pooling. Dies nahm der Gesetzgeber zum Anlass, diese Verfahrensweise im Rahmen der Überarbeitung des § 57 AktG auf eine sichere Rechtsgrundlage zu stellen.⁸⁸ Beim Cash-Pooling handelt es sich um ein konzerninternes Verfahren, im Rahmen dessen nicht benötigte Liquidität der einzelnen Gesellschaften eines Konzerns in regelmäßigen Abständen auf ein bestimmtes Konto des sogenannten Cash-Pool-Leaders übertragen wird. Das so gesammelte Kapital steht allen beteiligten Konzerngesellschaften mit Liquiditätsbedarf zur

⁸² So ausdrücklich Bt-Drucks.16/6140, S. 41, 52.

⁸³ Vgl. Bt-Drucks.16/6140; BGH, NJW 2009, 850, 852; Grigoleit-Grigoleit/Rachlitz, AktG, § 57 Rn. 42.

⁸⁴ Grigoleit-Grigoleit/Rachlitz, AktG, § 57 Rn. 49.

⁸⁵ Bt-Drucks.16/6140, S. 52, 42.

⁸⁶ Terminologie von Hüffer-Koch, AktG, 11. Aufl., § 57 Rn. 29.

⁸⁷ Bt-Drucks.16/6140, S. 52, 42.

⁸⁸ Bt-Drucks.16/6140, S. 52, 41.

Verfügung.⁸⁹ Rechtlich können derartige Transaktionen wie Gesellschafterdarlehen bzw. eine Darlehensgewährung an einen Aktionär behandelt werden.⁹⁰ Innerhalb von Cash-Pooling-Systemen gelten die allgemeinen Grundsätze, insbesondere verstößt es grundsätzlich gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, wenn ein so generierter Darlehensrückzahlungsanspruch einer Aktiengesellschaft gegen Ihren Aktionär nicht vollwertig ist.⁹¹ In diesem Zusammenhang wird jedoch betont, dass hinsichtlich der Vollwertigkeitsanforderung nur ein „gelockerter Maßstab“ gelte,⁹² insbesondere was die Verzinsung anbelangt,⁹³ wenn dem Nachteil der fehlenden Kapitalnutzungsmöglichkeit gleichwertige, unentziehbare, konzerninterne Vorteile gegenüberstehen, die für einen Kompensationseffekt sorgen.⁹⁴ Dem ist zuzustimmen, wenn hierdurch Kosteneinsparungen erzielt werden, die einen bilanziell messbaren Vorteil beinhalten⁹⁵ – etwa die Einsparung von Finanzierungskosten eines „gewöhnlichen“ Kredites –, denn dann spiegelt sich der objektive Wert der Gegenleistung nicht einzig in dem Darlehenszins und dem Rückzahlungsanspruch wider. Ein solches Verständnis dürfte auch am ehesten den Vorstellungen des Gesetzgebers entsprechen, der Cash-Pooling-Systeme als ökonomisch sinnvoll betrachtet und diese Überlegung auch bei der Neufassung des § 57 AktG im Rahmen des MoMiG berücksichtigt wissen wollte.⁹⁶ Die Zinshöhe bei Darlehensgewährungen im Rahmen des Cash-Pooling ist daher nicht anhand des allgemeinen Marktes zu bestimmen, sondern anhand der Konditionen, die für vergleichbare Darlehen in anderen Cash-Pool-Systemen vereinbart werden.⁹⁷

IV *Rechtsfolge*

Da es bei Darlehensverträgen anders als etwa bei Miet- und Dienstverträgen nicht zum fortgesetzten Austausch von Leistungen kommt und es hierbei wie gesehen für die Frage nach einem Wertungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistungsanspruch auf die Valutierung des Darlehens ankommt, sind nur die Wertverhältnisse

⁸⁹ Manz/Mayer/Schröder-Lammel, 7. Aufl., Rn. 1071; Grigoleit-Grigoleit/Rachlitz, AktG, § 57 Rn. 63.

⁹⁰ Manz/Mayer/Schröder-Lammel, 7. Aufl., Rn. 1071; Grigoleit-Grigoleit/Rachlitz, AktG, § 57 Rn. 64.

⁹¹ Manz/Mayer/Schröder-Lammel, 7. Aufl., Rn. 1071.

⁹² Grigoleit-Grigoleit/Rachlitz, AktG, § 57 Rn. 64.

⁹³ Lieder, GmbHR 2009, 1177, 1182; Goette, DStR 2009, 2602, 2604; Thümmel/Burkhardt, AG 2009, 885, 889.

⁹⁴ Lieder, GmbHR 2009, 1177, 1182; Mülberr/Leuschner, NZG 2009, 281, 283 („nicht grundsätzlich ausgeschlossen“).

⁹⁵ Vgl. BGH, NZG 2011, 829, 832, wo dieser klarstellt, dass nicht bezifferbare Vorteile nach der bilanziellen Betrachtungsweise keine geeignete Kompensation für die Übernahme eines Haftungsrisikos darstellen können.

⁹⁶ Bt-Drucks. 16/6140, S. 41, 52.

⁹⁷ Zutreffend Thümmel/Burkhardt, AG 2009, S. 885, 889, zu weit gehend (keine Verzinsung nötig): Drygala/Kremer, ZIP 2007, S. 1289, 1293.

zu diesem Zeitpunkt entscheidend. Sollte eine verdeckte Einlagenrückgewähr aufgrund eines zu niedrig bemessenen Zinssatzes festzustellen sein, ist der Aktiengesellschaft die betragsmäßige Differenz zum marktüblichen Zins zu erstatten.⁹⁸

F Preisfindung bei Miet- und Pachtverhältnissen für Immobilien

Die zuvor aufgezeigte Problematik⁹⁹ stellt sich geradezu exemplarisch bei Miet- und Pachtverhältnissen für Wohn- und Gewerberäume. Der Anspruch auf Entrichtung der Miete oder Pacht stellt nach ständiger Rechtsprechung des BGH nicht nur eine betagte, sondern eine befristete Forderung dar, die jeweils erst zum Anfangstermin des jeweiligen Zeitraums der Nutzungsüberlassung entsteht.¹⁰⁰ Sind also die jeweiligen Mietperioden nach Monaten bemessen und richtet sich hiernach auch die Fälligkeit der Mietzahlung, so stellt sich für jeden einzelnen Monat die Frage neu, ob die gezahlte Miete noch dem Verkehrswert der gewährten Gebrauchsüberlassung entspricht. Dies ist offenkundig wenig praktikabel. Aber auch das Abstellen auf den Abschlusszeitpunkt führt – abgesehen vom Verstoß gegen Wortlaut und Systematik der Neuregelung – nicht zu praktikablen Ergebnissen. Niemand wird daran zweifeln, dass das unveränderte Festhalten an einer einmal vereinbarten Miete zu völlig unangemessenen Austauschverhältnissen führen kann.

I Unterschied zwischen ortsüblicher Vergleichsmiete und Marktmiete

Die ortsübliche Vergleichsmiete ist nach § 558 Abs. 1 und 2 BGB für Mieterhöhungsverlangen bei Wohnraummieten als Maßstab heranzuziehen und bietet sich deshalb auch als Kenngröße zur Beantwortung der Frage nach der Gleichwertigkeit der auszutauschenden Leistungen bei Mietverträgen über Wohnraum an. Die obergerichtliche und höchstrichterliche Rechtsprechung geht davon aus, dass die ortsübliche Vergleichsmiete einen objektiven Maßstab darstellt, der einen repräsentativen Querschnitt der üblichen Entgelte abbildet.¹⁰¹ Dies entspricht den Vorgaben des § 57 Abs. 1 S. 3 AktG, wonach für die Beurteilung des Äquivalenzverhältnisses möglichst objektive Kriterien heranzuziehen sind.

Die ortsübliche Vergleichsmiete spiegelt jedoch nicht genau den aktuellen Markt für Neuvermietungen wider, sondern berücksichtigt aus sozialpolitischen Erwägun-

⁹⁸ So auch Grigoleit-Grigoleit/Rachlitz, AktG, § 57 Rn. 41; Spindler/Stilz-Cahn/v. Spannenberg, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 140 (mit Verweis auf BGH, NZG 2009, 107, 109).

⁹⁹ Vgl. Abschnitt D.

¹⁰⁰ BGH, NJW 2010, 444, 445 m. w. N.

¹⁰¹ BVerfG, NJW 1980, 617; zustimmend BayObLG, NJW 1981, 1219, 1220.

gen¹⁰² auch Veränderungen bei den Bestandsmieten der letzten vier Jahre (vgl. § 558 Abs. 2 BGB). Dies ist der Grund, weshalb der BGH in diesem Zusammenhang nicht von einer Marktmiete, sondern lediglich von einer so genannten markt-orientierten Miete spricht.¹⁰³ Daher ist bei Wohnraummietverhältnissen aufgrund der gesetzgeberischen Vorgaben für die Preisgestaltung ausnahmsweise die (markt-orientierte) ortsübliche Vergleichsmiete maßgeblich.

Demgegenüber ist eine Übertragung dieser speziellen Grundsätze auf Gewerbe-raummietverhältnisse nicht möglich, da in der Geschäftsraummiete ein derart weit gehender Schutz nicht nötig ist¹⁰⁴ und der Gesetzgeber davon Abstand genommen hat, hierfür besondere Regelungen zu erlassen. Folglich ist im Recht der Gewerbe-raummieter die ortsübliche Vergleichsmiete irrelevant.

Hierfür spricht, dass der BGH auch bei der Frage, welche Miethöhe mangels ausdrücklicher Vereinbarung bei Ausübung einer Verlängerungsoption angemessen ist, auf die Marktmiete bzw. die marktübliche Miete abstellt, d. h. diejenige Miete, die bei Neuabschluss eines Mietvertrages für vergleichbare Objekte üblicherweise gefordert und gezahlt wird.¹⁰⁵ Der BGH betonte insoweit, dass eine derartige Vereinbarung den berechtigten Interessen beider Parteien Rechnung trägt. Die Marktmiete bietet demnach einen sachgerechten Maßstab für die Ermittlung einer angemessenen Gegenleistung für die Nutzungsüberlassung von Gewerberäumen, sodass nichts dagegen spricht, diese Grundsätze im Sinne der Einheitlichkeit der Rechtsordnung auch im Rahmen des § 57 AktG anzuwenden.

Festzuhalten bleibt somit, dass zur Feststellung einer verbotenen Einlagenrück-gewähr bei Wohnraummietverhältnissen die ortsübliche Vergleichsmiete, bei Gewerbe-raummietverhältnissen die Marktmiete der bestimmende Maßstab für die Ermittlung des Verkehrswertes ist.

1 Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete bei Wohnraummietverhältnissen

Die ortsübliche Vergleichsmiete lässt sich in aller Regel nicht als punktgenauer Wert darstellen, sondern wird mit einer gewissen Spannbreite angegeben.¹⁰⁶ Diese Spannbreite lässt sich – sofern vorhanden – anhand eines Mietspiegels feststellen, anderenfalls durch Sachverständigengutachten.¹⁰⁷ In diesem Zusammenhang sorgt das Erfordernis der „Üblichkeit“ dafür, dass sogenannte „Ausreißermieten“, d. h. Mieten, die hinsichtlich ihrer Höhe etwa aufgrund spezieller Ausstattungsmerkmale aus dem normalen Rahmen fallen, nicht berücksichtigt werden.¹⁰⁸

¹⁰² Reformvorschläge im Sinne einer Einführung einer Kappungsgrenze für Wiedervermietungen: Derleder, ZRP 2013, 158.

¹⁰³ Vgl. BGH, NZM 2009, 313; NZM 2008, 641.

¹⁰⁴ Bub, ZMR 1995, 509, 511.

¹⁰⁵ BGH, NJW-RR 1992, 517, 518; s. a. BGH, NJW 1997, 2671, 2672; OLG Düsseldorf, ZMR 2000, 172, 173; OLG Saarbrücken, NJWE-MietR 1997, 104, 105.

¹⁰⁶ BGH, NJW 2010, 149, 150; NJW 2005, 2074.

¹⁰⁷ BGH, NJW 2012, 1351.

¹⁰⁸ BGH, NJW 2012, 1351, 1352; Bub/Treier-Schultz, 4. Aufl., Kapitel III. A Rn. 1347.

Innerhalb dieser Spannbreite der ortsüblichen Vergleichsmiete ist die sogenannte Einzelvergleichsmiete, die durch einen punktgenauen Wert, aber auch ihrerseits durch eine gewisse Bandbreite beschrieben werden kann, mittels zusätzlicher qualitativer Kriterien zu ermitteln. Auch die Einzelvergleichsmiete ist entweder durch einen aussagekräftigen (qualifizierten) Mietspiegel oder durch einen Sachverständigen zu erforschen.¹⁰⁹ Sollte die sich danach ergebende Einzelvergleichsmiete nicht als punktgenauer Wert darstellen, sondern als Spanne, so erfordert der Tatbestand des § 57 Abs. 1 S. 1 AktG die Ermittlung eines exakten Betrages innerhalb dieser Spanne, welcher dem objektiven Wert der Gebrauchsüberlassung entspricht. Hierin kommt jener Grundsatz zum Ausdruck, dass allein objektive Kriterien über den Wert der Gegenleistung entscheiden und keinesfalls die subjektiven Bewertungen durch die Vertragsparteien.

2 Ermittlung der Marktmiete bei Gewerberaummietverhältnissen

Sehr viel praxisrelevanter als Wohnraummietverhältnisse dürften jedoch Gewerberaummietverhältnisse zwischen Aktionär und Aktiengesellschaft sein. Gerade in diesem Marktsegment hat man es nicht selten mit sehr langen Vertragslaufzeiten zu tun, weil der Vermieter ein großes Interesse an der langfristigen Absicherung der Unternehmenstätigkeit an einem von ihm günstig erachteten Betriebsstandort hat und auch die Betriebseinrichtung oftmals auf das jeweils vermietete Objekt zugeschnitten ist.¹¹⁰ Die Marktmiete, welche – wie oben belegt – hierbei der entscheidende Faktor ist, kann sich während dieser Zeit signifikant verändern.

Der BGH stellt bei der Ermittlung der Marktmiete auf den reinen Verkehrswert ab. Konkret formuliert er, dass „... der Verkehrswert und damit die ortsübliche Marktmiete in der Regel als Vergleichsmiete, d. h. durch Vergleich mit den erzielten Mieten für andere vergleichbare Mietobjekte festzustellen [ist]“¹¹¹ bzw. „... der angemessene orts- bzw. marktübliche Pachtzins für die Gebrauchsüberlassung der Gaststätte der tatsächlich vereinbarten Pacht gegenüberzustellen ist.“¹¹²

In der Praxis fehlt bei gewerblichen Miet- und Pachtverhältnissen für die Ermittlung der Marktmiete oft ausreichendes Datenmaterial zu Vergleichszwecken. Noch undurchsichtiger wird die Situation, wenn es sich bei dem vermieteten bzw. verpachteten Objekt um eine einzigartige oder monofunktional nutzbare oder generell schwer marktgängige Immobilie handelt, wie etwa ein Schloss, ein Kino, eine Klinik oder eine Galopprennbahn.

Der BGH hat für diesen Problembereich – vorrangig in Fällen sittenwidrig überhöhter Gaststättenpachtzinsen – eine klare Rechtsprechung zur Ermittlung der

¹⁰⁹ BGH, NJW 2012, 1351.

¹¹⁰ Derleder, NZM 2005, 521, 522.

¹¹¹ BGH, NJW 1999, 3187, 3190 m. w. N.

¹¹² BGH, NJW 2004, 3553, 3554.

Marktmiete entwickelt. Danach gilt Folgendes: Sollte sich die Marktmiete nicht ohne Weiteres feststellen lassen, können durchaus andere Vergleichswerte als Indikator herangezogen werden, sofern diese Aufschluss über die marktübliche Miete geben. Konkret formuliert der BGH:

Der Ermittlung des Leistungsmissverhältnisses ist grundsätzlich der objektive Wert (Verkehrswert) der verglichenen Leistungen [...], also das verkehrübliche Äquivalent, zugrunde zu legen [...]. Bei Mietverhältnissen ist der Verkehrswert und damit die ortsübliche Marktmiete i. d. R. als Vergleichsmiete, das heißt durch Vergleich mit den erzielten Mieten für andere vergleichbare Mietobjekte festzustellen [...]. Nur wenn ausnahmsweise vergleichbare Objekte nicht zur Verfügung stehen sollten, wofür hier allerdings kein Anhaltspunkt besteht, sind gegebenenfalls andere Erfahrungswerte heranzuziehen [...]. Dies bedeutet jedoch nicht, daß in einem solchen Fall auf die Ermittlung des objektiven (Verkehrs-) Wertes, gegebenenfalls unter Berücksichtigung bestimmter sich sonst anbietender Vergleichselemente, zu verzichten wäre und der Maßstab der Orts- bzw. Marktüblichkeit verlassen werden dürfte.¹¹³

Was genau unter einem „anderen Erfahrungswert“ zu verstehen ist, hat der BGH an dieser Stelle offen gelassen. Allerdings hat er der für Gastronomiebetriebe entwickelten Methode der erfolgsorientierten bzw. ertragskraftorientierten Pachtwertfindung (sog. EOP-Methode) insoweit eine klare und ausnahmslose Absage erteilt.¹¹⁴

Bei der EOP-Methode wird die Miete bzw. Pacht anhand von statistischen Durchschnittswerten der im konkreten Objekt erzielbare, durchschnittliche Umsatz ermittelt, den ein durchschnittlicher Pächter unter Berücksichtigung aller sonstigen Kosten und eines angemessenen Gewinns rentabel führen könnte.¹¹⁵ Der BGH hält die EOP-Methode für ungeeignet, weil sie im Ergebnis darauf hinausläuft, einen an betriebswirtschaftlichen Rentabilitätserwägungen orientierten Preisrahmen abzustecken, ohne dass die konkrete Marktsituation in dem gebotenen Maße berücksichtigt wird. Eine derartige Betrachtung liefere zwar Anhaltspunkte dafür, ob ein beabsichtigter Pachtvertrag wirtschaftlich sinnvoll abgeschlossen werden könne. Der tatsächlich zu erzielende Marktpreis, der sich vorrangig nach Angebot und Nachfrage richte, ließe sich hiervon jedoch nicht ableiten.¹¹⁶ Im Übrigen führe die Anwendung der EOP-Methode zu einer gesetzlich nicht vorgesehenen Risikoverteilung zulasten des Verpächters, da nach dem Gesetz der Pächter das

¹¹³ BGH, NJW 1999, 3187, 3190.

¹¹⁴ BGH, NJW 1999, 3187, 3190; dieser Auffassung wird von der weit überwiegenden Literatur und Instanzgerichtsbarkeit gefolgt. Für die Instanzgerichte: OLG Stuttgart, BeckRS 2007, 10017; OLG München, BeckRS 2002, 30272373; OLG München, BeckRS 2002, 30298395; OLG Koblenz, BeckRS 2004, 04177; OLG Brandenburg, BeckRS 2010, 03474; OLG Brandenburg, BeckRS 2010, 16072; a. A. (ohne jedoch auf die Rechtsprechung des BGH einzugehen): OLG Hamm, BeckRS 2013, 05022.

Für die Literatur: Bub/Treier-Bub, 4. Aufl., Kap. II Rn. 2426 ff., BeckOK-BGB-Ehlert, 31. Ed., § 535 Rn. 141c; MünchKommBGB-Armbrüster, 6. Aufl., § 138 Rn. 113; MünchKommBGB-Häublein, 6. Aufl., § 535 Rn. 33; Staudinger-Emmerich, BGB (Neubearb. 2014), Vorbem zu § 535 Rn. 119a; Blank/Börstinghaus-Blank, Miete, 3. Aufl., § 535 BGB Rn. 581; jurisPKBGB-Nassall, § 138 Rn. 318; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann-Batholomäi/Lindner-Figura/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Kap. 10 Rn. 44.

¹¹⁵ BGH, NJW 1999, 3187, 3190; s. a. Bub/Treier-Bub, 4. Aufl., Kapitel II. Rn. 2426.

¹¹⁶ BGH, NJW 1999, 3187, 3190.

volle Verwendungsrisiko für das Pachtobjekt trage. Mit diesem Grundsatz ließe es sich nicht vereinbaren, wenn sich der Pächter im Falle einer groben Fehlplanung, unabhängig von den Marktverhältnissen, von dem Vertrag lösen könne.¹¹⁷

Aus den gleichen Gründen hat der BGH auch die von einigen Instanzgerichten¹¹⁸ als Reaktion auf die Ablehnung der EOP-Methode favorisierte „indirekte Vergleichswertmethode“ zur Ermittlung einer angemessenen Miet- bzw. Pachthöhe für ungeeignet erachtet.¹¹⁹ Denn die indirekte Vergleichswertmethode legt ebenfalls statistische Ertragswerte zugrunde und stellt darauf ab, welchen Umsatz ein durchschnittlicher Pächter je Sitzplatz erwirtschaften könnte. Auch hier wird somit die besondere Marktsituation des jeweiligen Objekts nicht ausreichend berücksichtigt.¹²⁰ Selbiges gilt nach Ansicht des BGH für die Pachtwertermittlung unter Heranziehung der Durchschnittspacht pro Bett bzw. Zimmer einer Betriebsvergleichsgruppe.¹²¹

In diesem Zusammenhang machte der BGH auch nähere Angaben dazu, was er unter „anderen Erfahrungswerten“ zur Ermittlung der Marktmiete versteht, wenn keine oder jedenfalls keine ausreichende Anzahl geeigneter Vergleichsobjekte zur Verfügung steht:

In solchen Fällen wird es regelmäßig angebracht sein, einen erfahrenen, mit der konkreten Marktsituation vertrauten Sachverständigen beurteilen zu lassen, welcher Mietzins für ein solches Objekt seiner Ansicht nach erzielt werden kann. Es mag sein, dass man bei einem auf diese Weise erstatteten Gutachten mit einer größeren Schätzungstoleranz rechnen muss als bei einem Gutachten, das auf konkreten Vergleichswerten aufbauen kann. Diese Folge muss hingenommen werden. Sie kann jedenfalls nicht dadurch beseitigt oder abgemildert werden, dass man für solche Einzelobjekte von statistischen Durchschnittswerten ausgeht.¹²²

Ein derartiger, mit der Marktsituation vertrauter Sachverständiger kann nach Ansicht des BGH zum Beispiel ein erfahrener Makler sein.¹²³

In der bisher jüngsten Entscheidung zu diesem Thema stellte der BGH klar, dass der Mangel an Informationen über vergleichbare Mietobjekte keine Rechtfertigung dafür bieten könne, von seiner bisherigen Rechtsprechung abzuweichen. Sehe sich der zur Ermittlung der ortsüblichen Pacht bzw. Miete beauftragte Sachverständige ohne weitere Informationen außerstande, eine belastbare Schätzung abzugeben, sei nach einem Sachverständigen zu suchen, der zur Erfüllung dieser Aufgabe in der Lage ist.¹²⁴

Fehlt es an jeglichen, vergleichbaren Mietobjekten, kann die Sachwertmethode einen objektiven, sachgerechten und vor allem marktbezogenen Ansatzpunkt für den Sachverständigen bieten.¹²⁵ Danach ist zunächst der Sachwert des Mietobjekts

¹¹⁷ BGH, NJW 1999, 3187, 3190.

¹¹⁸ Zum Beispiel OLG München, NZM 2000, 1059, 1061.

¹¹⁹ BGH, NJW 2002, 55, 56; NJW-RR 2002, 1521, 1522; a. A. Walterspiel, NZM 2001, 795.

¹²⁰ BGH, NJW 2002, 55, 56; NJW-RR 2002, 1521, 1522.

¹²¹ BGH, XII ZR 216/01, Rn. 2 (zitiert nach juris).

¹²² BGH, NJW 2002, 55, 56.

¹²³ BGH, NJW-RR 2002, 1521, 1522.

¹²⁴ BGH, NJW-RR 2004, 1454.

¹²⁵ Bub/Treier-Bub, 4. Aufl., Kapitel II Rn. 2425.

zu ermitteln, um anschließend in Anlehnung an die Rendite von Kapitalanlagen auf dem Kapitalmarkt eine angemessene Pacht- bzw. Miethöhe zu errechnen.¹²⁶ In jedem Fall verlangt der Tatbestand des § 57 AktG auch bei Gewerberaummietverhältnissen die centgenaue Ermittlung der Marktmiete; nicht ausreichend wäre die Angabe einer bloßen Mietspanne.¹²⁷

II Rechtsfolge

Da § 57 Abs. 1 S. 1 AktG das Vorliegen einer objektiven Ungleichwertigkeit zwischen Leistung und Gegenleistungsanspruch auf den Zeitpunkt des Leistungsaustauschs bezieht, kann eine verdeckte Einlagenrückgewähr insbesondere bei langfristigen Miet- und Pachtverhältnissen zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär „schleichend“ durch geänderte Marktverhältnisse entstehen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Gebrauchsüberlassung in bestimmten Zeitabschnitten erfolgt und die Miet- bzw. Pachtzahlung hierfür erst in entsprechenden Zeiträumen zu erbringen ist.

Die Aktiengesellschaft wird daher gerade bei längerfristigen Mietverträgen jeweils in gewissen Zeitabständen ggf. mithilfe eines Sachverständigen zu prüfen haben, ob die aktuelle Miethöhe noch dem Verkehrswert der Gebrauchsüberlassung entspricht.

Liegt danach eine Überzahlung vor, ist der Aktiengesellschaft nach allgemeinen Regeln die Wertdifferenz zur ortsüblichen Vergleichsmiete bzw. Marktmiete zu erstatten.

G Preisfindung bei Dienstverhältnissen zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär

Auch bei Dienstverhältnissen zwischen der Aktiengesellschaft und dem Aktionär kommt eine verbotene Einlagenrückgewähr in Betracht, wenn die gezahlte Vergütung zum Nachteil der Aktiengesellschaft vom Verkehrswert der Leistung objektiv abweicht.¹²⁸ Es liegt auf der Hand, dass jedoch gerade hier ein Spannungsverhältnis zwischen der Höhe der Vergütung, die stark von individuellen Umständen geprägt ist, die in der Person und der persönlichen Leistungsfähigkeit des Dienstverpflichteten liegen, einerseits und dem grundsätzlich nicht bestehenden Bewertungsspielraum der Vertragsparteien hinsichtlich des Verkehrswertes der Leistung andererseits besteht. Hierbei wird in der Regel derjenige, der die Leistung erbringt, aufgrund der größeren Sachnähe am ehesten in der Lage sein, die Höhe seiner Vergütung zu be-

¹²⁶ Bub/Treier-Bub, 4. Aufl., Kapitel II Rn. 2425.

¹²⁷ Vgl. für die ähnlich gelagerte Situation nach § 20 Abs. 3 SchuldRAnpG: BGH, NZM 2012, 833.

¹²⁸ Implizit BGH, NJW 2010, 1747, 1748.

gründen. Daher obliegt dem Aktionär als Leistungserbringer im Falle des Vorwurfs einer verbotenen Einlagenrückgewähr gerade bei wertmäßig schwer einschätzbaren Leistungen die Darlegungslast dafür, dass die Vergütung für die von ihm erbrachte Leistung marktgerecht ist.¹²⁹

Der objektive Wert einer Dienstleistung bemisst sich nach der Rechtsprechung des BGH anhand der üblichen, in Ermangelung einer solchen anhand einer angemessenen Vergütung.¹³⁰ Der BGH knüpft damit inhaltlich an die Regelung des § 612 Abs. 2 BGB an. Nach dieser Vorschrift gilt die übliche Vergütung als vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen Entgelt erwartet werden kann und weder eine Vergütungsabrede besteht noch eine taxmäßige Vorgabe existiert.

Unter der üblichen Vergütung im Sinne des § 612 BGB ist die für gewöhnlich gewährte Vergütung zu verstehen, die für gleiche oder ähnliche Dienstleistungen innerhalb desselben räumlichen Einzugsgebiets erbracht werden.¹³¹ Hierbei sind jedoch auch die jeweiligen persönlichen Verhältnisse und Umstände des Einzelfalls entsprechend zu berücksichtigen.¹³² Existiert eine am Markt verbreitete Ermittlungsmethode, so kann auch diese zur Bestimmung der üblichen Vergütung herangezogen werden.¹³³

Diese recht unscharfen Konturen führen dazu, dass auch die übliche Vergütung für Dienstleistungen in aller Regel zunächst nicht mit einem punktgenauen Wert angegeben werden kann, sondern sich oftmals nur mittels einer gewissen Vergütungsspanne darstellen lässt.¹³⁴ Dabei sind – ähnlich wie bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete – so genannte „Ausreißer“ nicht in die Betrachtung mit einzubeziehen. Mithin finden solche Werte keine Berücksichtigung, die von der Mehrzahl der untersuchten – und damit die Üblichkeit bestimmenden – Werte erheblich abweichen.¹³⁵

Dies bedeutet jedoch nicht, dass damit zwangsläufig eine verbotene Einlagenrückgewähr ausscheidet, solange sich die Vergütung innerhalb der üblichen Vergütungsspanne bewegt. Das gesetzgeberische Konzept der §§ 57, 62 AktG verlangt – wie oben belegt – eine centgenaue Festlegung auf den Marktpreis – anderenfalls bestünde Unklarheit darüber, in welcher Höhe der Aktiengesellschaft ein Rückforderungsanspruch zusteht.

Vergleichsdaten für die üblicherweise gezahlten Vergütungen lassen sich in vielen Fällen durch Anfragen bei den jeweiligen Branchenverbänden in Erfahrung bringen, so etwa bei der Industrie- und Handelskammer. Sollten sich insoweit keine ausreichenden Informationen beschaffen lassen, wird auch hier im Zweifel eine gutachterliche Stellungnahme eines Sachverständigen für Klarheit sorgen. Dies gilt auch für die Frage nach der Angemessenheit einer Vergütungshöhe, auf die nach

¹²⁹ Hüffer-Koch, AktG, 11. Aufl., § 57 Rn. 10; Beck'sches Hdb. AG-Müller, 2. Aufl. § 8 Rn. 45.

¹³⁰ BGH, NJW-RR 1986, 155 (m. w. N.).

¹³¹ Palandt-Weidenkaff, 73. Aufl., § 612 Rn. 8.

¹³² BGH, NJW-RR 1990, 349, 350; Palandt-Weidenkaff, 73. Aufl., § 612 Rn. 8.

¹³³ BGH, NJW-RR 2007, 123, 124.

¹³⁴ BGH, NJW-RR 2007, 56, 57; NJW-RR 2007, 123, 124.

¹³⁵ BGH, NJW-RR 2007, 56, 57.

der Rechtsprechung abzustellen ist, sofern sich eine übliche Vergütung tatsächlich einmal nicht feststellen lassen sollte.

I Sonderfall: Vergütung von Aktionärsvorständen

Die Problematik der verbotenen Einlagenrückgewähr bei Leistungen im Rahmen von Dienstverhältnissen wird in der Praxis u. a. dann relevant, wenn Vorstandsmitglieder zugleich Aktionäre sind und die Vergütung für die Vorstandstätigkeit über dem marktüblichen Niveau liegt.

Hinsichtlich der Vergütungsgrundsätze für Vorstandsmitglieder enthält § 87 AktG eine spezialgesetzliche Ausformung. Danach muss die Gesamtvergütung der einzelnen Vorstandsmitglieder u. a. in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen sowie der Lage der Gesellschaft stehen. Ferner darf die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übertroffen werden. Die Kriterien der üblichen Vergütung und der Verhältnismäßigkeit zur Leistung wurden erst ausdrücklich mit dem Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)¹³⁶ vom 31. Juli 2009 eingefügt.

Der Wortlaut des § 87 Abs. 1 S. 1 AktG zielt auf die dort genannten Kriterien zur Ermittlung einer marktgerechten Vergütung ab. Insbesondere die Bezugnahme auf die „übliche Vergütung“, welche schon vor ihrer ausdrücklichen gesetzlichen Normierung im Rahmen des VorstAG ein wesentlicher Parameter für die Vergütungsbemessung war,¹³⁷ verdeutlicht den Marktbezug. Insoweit ist der Wortlaut der Vorschrift dahin gehend zu verstehen, dass die übliche Vergütung grundsätzlich die Obergrenze der Angemessenheit darstellt, es sei denn, es liegt ein Umstand vor, der nach Lage des Einzelfalls eine Überschreitung rechtfertigt.¹³⁸ Die übliche Vergütung soll ausweislich der Begründung des Gesetzgebers einen (horizontalen) Vergleich zu den Vorstandsvergütungen in vergleichbaren Aktiengesellschaften, d. h. solchen derselben Branche, ähnlicher Größe und Komplexität innerhalb des Geltungsbereichs des deutschen Aktiengesetzes herstellen.¹³⁹ Ferner könne auch das Lohn- und Gehaltsgefüge innerhalb des Unternehmens in die Betrachtung einzubeziehen sein.¹⁴⁰

Die übrigen, gesetzlich ausdrücklich fixierten Kriterien wie Berücksichtigung der übernommenen Aufgaben und bisherigen Leistungen des Vorstands sowie die Lage der Gesellschaft sind keine abschließende Aufzählung.¹⁴¹ Vielmehr können je nach Lage des Einzelfalls z. B. auch die Berufserfahrung, die Reputation oder das

¹³⁶ BGBl. 2009, Teil I, Nr. 50, S. 2509.

¹³⁷ K. Schmidt/Lutter-Seibt, 2. Aufl., § 87 Rn. 8.

¹³⁸ Grigoleit-Schwennicke, AktG, § 87 Rn. 12; K. Schmidt/Lutter-Seibt, AktG, 2. Aufl., § 87 Rn. 10; Bauer/Arnold, AG 2009, 717, 719; Spindler/Stilz-Fleischer, AktG, 2. Aufl., § 87 Rn. 15.

¹³⁹ Bt-Drucks.16/12278, S.5; Bt-Drucks.16/13433, S.10.

¹⁴⁰ Bt-Drucks.16/12278, S.5; Bt-Drucks.16/13433, S.10.

¹⁴¹ K. Schmidt/Lutter-Seibt, AktG, 2. Aufl., § 87 Rn. 8f.

Haftungsrisiko der zu übernehmenden Aufgaben eine Rolle spielen.¹⁴² All diese weiteren Kriterien dienen nichts anderem als der Korrektur des anhand des Vergleichsinstruments der üblichen Vergütung gefundenen Wertes im Einzelfall. Daher normierte der Gesetzgeber in § 87 Abs. 1 S. 1 AktG im Wesentlichen jene Voraussetzungen, die die Rechtsprechung generell zur Ermittlung des objektiven Verkehrswertes einer Dienstleistung heranzieht. Wohl deshalb wird eine unangemessen überhöhte und damit gegen § 87 AktG verstoßende Vergütung bei gleichzeitiger Aktionärs Eigenschaft des Vorstandsmitglieds verbreitet als möglicher Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr betrachtet.¹⁴³ Schon das Reichsgericht hatte entschieden, dass eine unangemessen hohe Vorstandsvergütung gegen die Kapitalbindung verstößt.¹⁴⁴

Allerdings unterscheiden sich beide Vorschriften hinsichtlich des maßgeblichen Beurteilungszeitpunktes. Denn während im Rahmen des Tatbestands von § 57 AktG für die Frage nach der Vollwertigkeit des Gegenleistungsanspruchs auf die Leistungserbringung abgestellt wird, kommt es bei der Beurteilung der Angemessenheit der Vorstandsvergütung nach § 87 AktG auf den Zeitpunkt der Festsetzung der Bezüge an.¹⁴⁵ Unterschiede ergeben sich etwa, wenn der Vorstand aufgrund nachträglich eintretender Umstände daran gehindert ist, seine Vorstandstätigkeit weiterhin uneingeschränkt auszuüben. Der Aufsichtsrat wird bei Festsetzung der Bezüge regelmäßig davon ausgehen, dass der Vorstandsvorsitzende seine gesamte Arbeitskraft in die Vorstandstätigkeit investiert. Ist dem Vorstand dies nicht mehr möglich, weil er etwa einen erheblichen Teil seiner üblichen Arbeitszeit zur Verteidigung gegen ein strafrechtliches Verfahren aufwendet, stellt sich zwangsläufig die Frage, ob der Aufsichtsrat handeln und die Aktiengesellschaft einen Teil der ursprünglich festgesetzten Vergütung einbehalten muss. Konkret ergibt sich die Handlungspflicht des Aufsichtsrates nach §§ 116, 93 AktG dann nicht aufgrund eines drohenden Verstoßes gegen § 87 AktG, sondern unter dem Blickwinkel des § 57 AktG, weil die schon allein zeitlich massiv eingeschränkte Leistung des Vorstands denklologisch und objektiv nicht ebenso viel wert sein kann, wie sie es ohne die zusätzliche Belastung durch das Strafverfahren wäre.

Deshalb ist auch dann eine verbotene Einlagenrückgewähr anzunehmen, wenn eine Vergütung gezahlt wird, die bei ihrer Festsetzung den Erfordernissen des § 87 AktG noch entsprach. Dennoch wird aufgrund der weitgehend gleichen Voraussetzungen der beiden Vorschriften sowie aufgrund der Tatsache, dass der jeweilige Zeitraum, für welchen der Vorstand berufen wird, überschaubar bleibt (vgl. § 84 AktG), von einer starken Indizwirkung dafür auszugehen sein, dass bei Verletzung

¹⁴² K. Schmidt/Lutter-Seibt, AktG, 2. Aufl., § 87 Rn. 8f.

¹⁴³ MünchKommAktG-Bayer, 3. Aufl., § 57 Rn. 81; Fleischer, WM 2007, 909, 915; GroßkommAktG-Henze, 4. Aufl., § 57 Rn. 48; für die vergleichbare Situation bei GmbH-Geschäftsführern: Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl., § 37 Rn. 16; generell bei überhöhten Gehältern: Heidel-Drinhausen, AktG, 3. Aufl., § 57 Rn. 18.

¹⁴⁴ RG, HRR 1941, Nr. 132.

¹⁴⁵ Hölter-Weber, AktG, 2. Aufl., § 87 Rn. 18; Hüffer-Koch, AktG, 11. Aufl., § 87 Rn. 2; MünchKommAktG-Spindler, 4. Aufl., § 87 Rn. 119.

der einen Vorschrift auch der gesetzliche Rahmen der jeweils anderen nicht eingehalten wurde.

Mitunter wird die Ansicht vertreten, dass aufgrund der Tatsache, dass der Aufsichtsrat schon nach der Konzeption des § 87 AktG hinsichtlich der Einbeziehung der vergütungsrelevanten Kriterien und deren Gewichtung weitgehend frei ist, eine verbotene Einlagenrückgewähr im Sinne des § 57 AktG nur bei völlig unvertretbaren Erwägungen in Betracht kommen dürfte.¹⁴⁶ Diese Meinung verkennt, dass die übliche Vergütung grundsätzlich die Obergrenze der nach § 87 AktG zulässigen Vorstandsvergütung darstellt – somit ist auch hier von einem objektiven Maßstab auszugehen. Da die übliche Vergütung nach dem Wortlaut des § 87 Abs. 1 AktG nur dann übertroffen werden kann, wenn besondere Gründe hierfür vorliegen, bedarf es eines nicht unerheblichen, gerichtlich voll überprüfbaren Begründungsaufwandes des Aufsichtsrates, um eine entsprechende Abweichung von der Regel zu rechtfertigen. Hierin liegt wie gesehen keine Ausnahme von dem Erfordernis einer marktüblichen Vergütung. Vielmehr werden bei Korrektur der üblichen Dienstvergütung anhand der Einzelfallumstände aufgrund von Besonderheiten in der Person oder Leistungsfähigkeit des Dienstverpflichteten die Vorgaben des BGH zur Ermittlung des marktgerechten Preises verwirklicht.

II Rechtsfolgen

Im Falle einer verdeckten Einlagenrückgewähr im Rahmen eines Dienstverhältnisses sind ebenfalls die Wertdifferenzen zum Marktpreis nach § 62 AktG zu erstatten. Dabei ist zu bedenken, dass der Marktpreis für Dienstleistungen aufgrund individueller Umstände fast schon naturgemäß eine hohe Bandbreite aufweisen kann. Dies entbindet jedoch nicht von dem Erfordernis, im Einzelfall einen marktgerechten Wert zu ermitteln. Bei längerfristig wiederkehrenden Leistungen besteht dasselbe Problem wie bei Mietverhältnissen, dass sich die Marktverhältnisse während der Vertragslaufzeit erheblich ändern können und somit ein „schleichender“ Eintritt einer Einlagenrückgewähr stattfindet. Die Sorgfaltspflicht des Vorstands nach § 93 Abs. 1 AktG erfordert es somit auch an dieser Stelle, dass Dienstvergütungen in regelmäßigen Abständen auf ihre Marktkonformität überprüft werden.

H Fazit

Das aktienrechtliche Verbot der Einlagenrückgewähr ist auf Dauerschuldverhältnisse uneingeschränkt anwendbar. Daran ändert sich nichts dadurch, dass der maßgebliche Marktpreis in vielen Fällen nur schwer ermittelbar ist, aber ein konkre-

¹⁴⁶ In diesem Sinne wohl Fleischer, WM 2007, 909, 915; Hüffer-Koch, AktG, 11. Aufl., § 87 Rn. 23.

ter Betrag und nicht lediglich eine Preisspanne festzustellen ist. Wenn bei Dauerschuldverhältnissen Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft zeitlich weit auseinanderfallen oder deren Gegenstand der fortgesetzte Austausch von Leistungen ist, so kann die Marktdynamik zu einem schleichenden Eintritt eines Wertungleichgewichts führen. Die jeweils Verantwortlichen innerhalb der Aktiengesellschaft – d. h. in erster Linie der Vorstand und auch der Aufsichtsrat – haben kraft ihrer Sorgfaltspflicht (vgl. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG bzw. §§ 116, 93 Abs. 1 S. 1 AktG) gerade bei längerfristigen Vertragsverhältnissen mit einem Aktionär in regelmäßigen Abständen zu überprüfen, ob Leistung und Gegenleistungsanspruch noch gleichwertig sind. Doch gerade dies ist verbreitet nicht der Fall. Warum aber sind die Anwendungsfälle des § 57 AktG dennoch so selten anzutreffen, obwohl heute beispielsweise nahezu jedes Vorstandsmitglied einen Teil seiner Vergütung in Form von Aktien des von ihm geführten Unternehmens erhält? Die Antwort ist ebenso banal wie einleuchtend: Wo kein Kläger, da kein Richter! Innerhalb des Kreises der Verantwortlichen innerhalb einer Aktiengesellschaft besteht regelmäßig kein Interesse daran, eine verbotene Einlagenrückgewähr aufzudecken – ist damit doch immer das Damoklesschwert der eigenen Schadenersatzpflicht verbunden.

Einzig die übrigen, übergangenen Aktionäre hätten ein echtes Interesse daran, dafür zu sorgen, dass eine verdeckte Einlagenrückgewähr aufgedeckt und rückabgewickelt wird. Diesen wird es jedoch regelmäßig an einer ausreichenden Informationsgrundlage fehlen, angefangen bei den Vertragsdetails des unzulässigen Geschäfts bis hin zu der Frage, ob das verbotene Einlagenrückgewährsgeschäft überhaupt mit einem Aktionär geschlossen wurde: Denn nicht selten ist der Fall so gelagert, dass kein direktes Geschäft zwischen Aktionär und Aktiengesellschaft geschlossen wird, sondern diese auf einer oder beiden Seiten im Hintergrund agieren und bestimmenden Einfluss auf eine der Vertragsparteien ausüben. Leistungen an oder durch Dritte sind dem Aktionär oder der Aktiengesellschaft jedoch ebenso zuzurechnen, wie eigene Leistungen bzw. eigener Leistungsempfang, wenn sie sich wirtschaftlich betrachtet wie Leistungen an oder durch den Aktionär bzw. die Aktiengesellschaft darstellen.¹⁴⁷ Mithin sind verdeckte Einlagenrückgewährungen nur schwer von Außenstehenden zu beurteilen.

Oftmals kommen die Fälle des § 57 AktG deshalb erst dann ans Licht, wenn personelle Änderungen in der Leitungsebene der Aktiengesellschaft eintreten oder ein Insolvenzverwalter die geschäftlichen Verbindungen des Unternehmens genauer zu überprüfen hat. Ob dies mit den Intentionen des Gesetzgebers vereinbar ist, darf stark bezweifelt werden.

Die Abschlussprüfer der Aktiengesellschaft sind jedenfalls gut beraten, Rechtsgeschäfte zwischen Aktionär und Aktiengesellschaft sorgfältig auf ihre Gleichwertigkeit zu überprüfen.

¹⁴⁷ AllgM., z. B. Henssler/Strohn-Lange, GesR, 2. Aufl., AktG, § 57 Rn. 8; MünchKommAktG-Bayer, 3. Aufl., § 57 Rn. 47ff.

Das Schicksal der Quotenklauseln

Volker Emmerich

Inhaltsverzeichnis

A	Einleitung	75
B	Quotenklauseln in der bisherigen Praxis	76
C	Der Hinweisbeschluss des BGH vom 22. Januar 2014	78
D	Konsequenzen	80

A Einleitung

Ein kurzer Hinweisbeschluss des BGH vom 22. Januar dieses Jahres¹ hat jüngst für erhebliche Aufregung in der Mietrechtsgemeinde gesorgt. In dem fraglichen Verfahren ging es unter anderem um die Frage, ob die in einem Wohnraummietvertrag enthaltene Abgeltungs- oder Quotenklausel wirksam war. In dieser Klausel war bestimmt, dass der Mieter im Falle einer Beendigung des Mietvertrages vor Fälligkeit der nächsten Schönheitsreparaturen infolge der Renovierungsbedürftigkeit der Wohnung nach Ablauf der „üblichen Fristen“ einen Anteil an den Kosten „bei normaler Abnutzung“ in Höhe von 33 %, 66 % usw. nach dem Kostenvoranschlag einer Fachfirma tragen sollte; für eine über- oder unterdurchschnittliche Abnutzung sollte sich die Quote „entsprechend“ erhöhen oder ermäßigen; offen ist, ob die Wohnung dem Mieter seinerzeit renoviert übergeben wurde oder nicht.²

In dem genannten Beschluss vom Januar dieses Jahres hat der BGH erstmals erhebliche Zweifel an der weiteren Zulässigkeit von Quotenklauseln in Formularmietverträgen angedeutet. Dies gibt Anlass, einen Blick auf die Auseinandersetzung

Prof. em. Dr. V. Emmerich (✉)
Universität Bayreuth Bayreuth, Deutschland
e-mail: volkeremmerich@gmx.de

¹ BGH, WuM 2014, 135 = GE 2014, 245; dazu schon Langenberg, NZM 2014, 299; Schach, GE 2014, 211; Wiek, WuM 2014, 171.

² Nachw. bei Langenberg, NZM 2014, 299.

um derartige Klauseln in den letzten Jahren zu werfen, gekennzeichnet durch eine wachsende Skepsis der Mietrechtler gegen die Zulässigkeit und die Praktikabilität derartiger Klauseln in Formularmietverträgen (B.). Im Anschluss daran soll der Beschluss des BGH näher analysiert werden (C.). Zum Schluss sind die meines Erachtens gebotenen Konsequenzen zu beleuchten (D.). Sie können aus meiner Sicht, um es vorwegzunehmen, nur lauten: Nicht nur weg mit den Quotenklauseln, sondern Ende mit der ganzen Ideologie der Schönheitsreparaturen in Formularverträgen und zurück zu dem Gesetz.

B Quotenklauseln in der bisherigen Praxis

Quoten- oder Abgeltungsklauseln sind ein besonders ausgeklügelter Versuch, die problematische Abwälzung der Kosten von Schönheitsreparaturen auf den Mieter in Formularverträgen zu „perfektionieren“. Denn sie sollen den „Nachteil“ ausgleichen, der sich für den Vermieter daraus ergibt, dass Schönheitsreparaturen immer nur in bestimmten Abständen, sogenannten Fristen fällig werden, sodass der Mieter, zumindest auf den ersten Blick, der Belastung mit den Schönheitsreparaturen dadurch zu entgehen vermag, dass er einfach vor Fälligkeit der nächsten Schönheitsreparaturen (infolge der Renovierungsbedürftigkeit der von ihm bewohnten Räume) kündigt und auszieht. Zugegeben: Das geht nicht; und deshalb wird bestimmt, dass der Mieter *zeitanteilig*, d. h. im Verhältnis der bereits abgelaufenen Renovierungsfrist zu der *vermutlichen* gesamten Renovierungsfrist die zukünftigen Renovierungskosten aufgrund einer Schätzung partiell mittragen muss.

Quotenklauseln gelten (oder galten doch bis vor Kurzem) bei der Wohnraum-miete in Formularverträgen als zulässig unter der Voraussetzung, dass 1. die Renovierungsfristen für den Mieter erst mit seinem Einzug zu laufen beginnen, dass 2. die zugrunde gelegten Fristen nicht starr sind und den üblichen Renovierungsfristen entsprechen, dass 3. ein etwaiger Kostenvoranschlag eines Fachgeschäfts (einschließlich MwSt.) nicht verbindlich ist, dass 4. die Klausel transparent ist und dem Mieter ohne Weiteres eine Berechnung der auf ihn zukommenden Belastungen erlaubt, ohne dem Vermieter einen Spielraum für eine willkürliche Bemessung der Quoten zu eröffnen, dass 5. dem Mieter das Recht vorbehalten bleibt, die Schönheitsreparaturen in „kostensparender Eigenleistung“ selbst durchzuführen und dass 6. die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter insgesamt überhaupt wirksam ist, weil es bei den (problematischen) Quotenklauseln um einen bloßen Ausschnitt aus der allgemeinen Problematik der Schönheitsreparaturen geht.³ Quotenklauseln wurden dagegen bisher schon als unzulässig angesehen, wenn die Fristen starr sind,⁴ wenn die Klausel intransparent ist oder teilweise auch eine voll-

³ BGHZ 105, 71, 81ff. = NJW 1988, 2790; BGH, NJW 2004, 2087 = NZM 2004, 497 = WuM 2004, 333; NJW 2004, 3042 = NZM 2004, 615 = WuM 2004, 466; NZM 2004, 903 = WuM 2004, 663; GE 2010, 1119; WuM 2013, 478 Tz 13.

⁴ BGH, NJW 2006, 3778 = NZM 2006, 924, 926 Tz 24ff.; NZM 2007, 355 = WuM 2007, 260, 261 Tz 13ff.; NJW 2007, 3632 = NZM 2007, 879, 880f. Tz 15, 24ff. = WuM 2007, 684; NZM 2008, 363, 364 Tz 15ff. = NJW 2008, 1438 = WuM 2008, 278.

ständige Haftung des Mieters (100 %) vorsieht, wenn die Klausel ausdrücklich oder der Sache nach die Maßgeblichkeit des vom Vermieter eingeholten Kostenvorschlags vorsieht, wenn sie Eigenleistungen des Mieters ausschließt oder wenn sie Teilleistungen des Mieters, z. B. die bloße Renovierung einzelner, nicht aller Zimmer durch den Mieter selbst untersagt. Die unvermeidliche Folge dieser zudem ständig weiter verschärften Restriktionen ist, dass die Formulierung einer Quotenklausel auf der Basis flexibler (oder weicher) Fristen – bei strenger Beachtung des Transparenzgebotes – erhebliche Schwierigkeiten bereitet, vor allem wegen der großen Berechnungsprobleme, die Quotenklauseln seit dem vom BGH erzwungenen Übergang zu weichen, d. h. flexiblen, dem tatsächlichen Renovierungsbedarf angepassten Fristen aufwerfen.

Starre Fristen für Schönheitsreparaturen sind bekanntlich nicht mehr zulässig, neuerdings auch nicht mehr bei der Gewerberaummiete.⁵ Weiche Fristen stellen dagegen auf die tatsächliche Renovierungsbedürftigkeit der Räume ab, die gleichermaßen von dem Nutzungsverhalten des oder der Mieter wie von der Art der Räume abhängt und dementsprechend sehr unterschiedlich sein kann. Für Quotenklauseln ergeben sich daraus erhebliche, im Grunde unlösbare Probleme. Denn diese Klauseln stellen ja darauf ab, welcher Teil der jeweiligen Renovierungsfristen bei Auszug des Mieters bereits abgelaufen ist. Ist dies z. B. die Hälfte der (*vermutlichen* zukünftigen) Renovierungsfristen für Nassräume, so soll der Mieter eben die Hälfte der geschätzten *späteren* Renovierungskosten für derartige Räume sowie gegebenenfalls entsprechend z. B. ein Drittel der Kosten für andere Räume tragen. So weit, so gut: Nur, die endgültigen Renovierungsfristen kennt niemand; sie können allenfalls vage aufgrund des bisherigen Nutzungsverhaltens des Mieters geschätzt werden, – und auch dies nur, sofern man (kontrafaktisch) eine gleichbleibende Zahl der Mieter und obendrein ein gleichbleibendes Nutzungsverhalten dieser Mieter unterstellt, wofür tatsächlich jede Grundlage fehlt.⁶

Der BGH hat diese Probleme (natürlich) schon früh erkannt und dafür in einem Urteil vom 26. September 2007⁷ Lösungen entwickelt, die zwar dem mathematischen Verständnis des Berichterstatters des VIII. Zivilsenats alle Ehre machen, die freilich den einen gravierenden Nachteil haben, dass sie schlicht nicht funktionieren, nicht funktionieren können, weil sie auf Regelfristen und Fiktionen beruhen, indem entweder eine dem tatsächlichen Zustand der Wohnung bei Auszug des Mieters entsprechende weitere Renovierungsfrist (unter der Voraussetzung gleichbleibender Abnutzung durch den Mieter) fingiert wird oder indem der tatsächliche Zustand der Wohnung zu den angeblichen „üblichen“ Fristen (die auch niemand kennt) in Bezug gesetzt wird, woraus dann fingierte Fristen errechnet werden.⁸

Nach wie vor unklar ist, wie man einem Mieter eine derart verwickelte und problematische, auf willkürlichen Annahmen und Hypothesen beruhende Berechnung von Quoten (deren Höhe zudem, *nota bene*, ganz von seinem zukünftigen Verhalten

⁵ Emmerich, NZM 2009, 16.

⁶ Treffend Wiek, WuM 2014, 171, 173f.

⁷ BGH, NJW 2007, 3632 Tz 17ff. = NZM 2007, 879, 880f.

⁸ S. dazu treffend Wiek, WuM 2014, 171, 173 r. Sp.

abhängt), zumal in einer Formulklausel erklären will. Es gibt dafür zwar Formulierungsvorschläge,⁹ indessen muss bezweifelt werden, ob diese, schon wegen ihrer Kompliziertheit, den strengen Anforderungen des Transparenzgebotes genügen (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB).

Besonders ernst zu nehmen ist die Problematik von Quotenklauseln bei Übergabe einer *nicht renovierten* Wohnung, weil es offenkundig unmöglich ist, im Nachhinein bei der Bemessung der Quoten die Abnutzung der Räume durch den Vormieter von der durch den jetzigen Mieter zu unterscheiden. Der Sache nach laufen Quotenklauseln daher in diesem Fall auf eine unzulässige, verkappte Anfangs- und Endrenovierungsklausel hinaus, weil der Mieter, nüchtern betrachtet, in dieser Situation im Ergebnis verpflichtet ist, die Wohnung auf eigene Kosten sowohl bei Einzug wie bei Auszug und gegebenenfalls noch ein drittes Mal in der Zwischenzeit zu renovieren – woraus sich unmittelbar ihre Unzulässigkeit ergibt (§ 307 BGB). Ursprünglich hatte der BGH gleichwohl selbst gegen derartige Quotenklauseln keine Bedenken gehabt.¹⁰ Aus den genannten Gründen hat er jedoch die Frage im September 2007 erstmals offengelassen und angedeutet, dass er in Zukunft Quotenklauseln nur noch bei Übergabe einer *renovierten* Wohnung akzeptieren werde.¹¹

Im Schrifttum ist der Fragenkreis umstritten. Während ein Teil der Autoren Quotenklauseln unter den bereits genannten Voraussetzungen weiterhin für unbedenklich und mit Rücksicht auf die vom BGH entwickelte Entgeltthese sogar für sachlich geboten hält,¹² nimmt auf der anderen Seite die Zahl der Autoren unverkennbar zu, die mit der überholten, nie bewiesenen und schon immer falschen Entgeltthese des BGH endlich auch die Quotenklauseln über Bord werfen wollen.¹³ Vor diesem Hintergrund ist nunmehr der erwähnte Hinweisbeschluss des BGH vom Januar 2014 näher ins Auge zu fassen und zu prüfen, welche Voraussagen über die Zukunft der Quotenklauseln sich aus ihm ableiten lassen.

C Der Hinweisbeschluss des BGH vom 22. Januar 2014¹⁴

Der Beschluss des BGH vom 22. Januar 2014 enthält mehrere Aussagen, die sorgfältig getrennt werden müssen. Der VIII. Zivilsenat wiederholt zunächst seine bereits im Jahre 2007 geäußerten Bedenken gegen die Zulässigkeit von Quotenklauseln.

⁹ Formulierungsvorschläge bei Artz, NZM 2005, 265, 273; Beyer, GE 2007, 122, 135; Kraemer PiG 79 (2007) 35; Artz/Börstinghaus-Riecke, 10 Jahre Mietrechtsreformgesetz, 2011, S. 213; Schach, GE 2006, 1520; Schmidt, NZM 2011, 561, 569ff.

¹⁰ BGH, NZM 2004, 615 = WuM 2004, 466, 467 (r. Sp. Abs. 5).

¹¹ BGH, NJW 2007, 3632 = NZM 2007, 879, 880 Tz 20.

¹² Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl 2009, § 535 Rn 404ff.; Bub/Treier, Hdb der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl 2014, Tz II 1489ff. (S. 288ff.); Lützenkirchen, Miete, 2013, § 535 Rn 627ff.

¹³ Emmerich, in: FS Graf v Westphalen, 2010, S. 127, 131f.; Langenberg, NZM 2014, 299; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl 2009, Tz IX 212ff. (S. 1253 ff.); H. Schmidt, NZM 2011, 561; Wiek, WuM 2014, 171.

¹⁴ BGH, WuM 2014, 135 = GE 2014, 245 – alle Zitate im folgenden Text beziehen sich auf die Textziffern dieses Beschlusses.

seln bei Übergabe einer nicht renovierten Wohnung (Tz 2–4). Insoweit verdienen die Ausführungen des BGH, wie schon ausgeführt, uneingeschränkte Zustimmung (oben B.). Weitere Ausführungen dazu erübrigen sich.

Der Senat deutet sodann, und dies ist besonders wichtig, erstmals Zweifel an der weiteren Zulässigkeit der Abwälzung von Schönheitsreparaturen *überhaupt* bei Übergabe einer unrenovierten oder renovierungsbedürftigen Wohnung an, und zwar, weil durch solche Klauseln „der Mieter im Ergebnis zur Beseitigung von Gebrauchsspuren verpflichtet werde, die nicht er, sondern der Vermieter veranlasst hat“ (Tz 5). Diesen Ausführungen kann gleichfalls nur zugestimmt werden. In der Tat läuft die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter bei Übergabe einer nicht renovierten oder renovierungsbedürftigen Wohnung auf eine *Anfangsrenovierungsklausel* hinaus, weil wohl kein Mieter in einer nicht renovierten oder doch renovierungsbedürftigen Wohnung wohnen will, Anfangsrenovierungsklauseln aber nicht zulässig sind, weil sie besonders deutlich von dem gesetzlichen Leitbild der Miete, wie es sich aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB ergibt, abweichen (§ 307 Abs. 2 BGB).¹⁵

Vor allem aber betont der Senat jetzt selbst, dass die von ihm bisher favorisierte Berechnung der Quoten auf der Basis weicher, d. h. flexibler, vom Erhaltungszustand der Wohnung abhängiger Fristen letztlich auf bloße unvertretbare *Fiktionen* hinauslaufe (Tz 8). Auch dies trifft zu: Bei der bisherigen Berechnungsweise werden zum Nachteil des Mieters als Maßstab meistens (angeblich) „übliche Fristen“ unterstellt, die es tatsächlich nicht gibt, weil das Nutzungsverhalten der Mieter und infolgedessen die sich daraus ergebende Abnutzung der Räume ganz unterschiedlich ist, wobei erschwerend hinzukommt, dass nach h. M. der Mieter auch noch (entgegen § 309 Nr. 1 lit a BGB) die Beweislast tragen soll, wenn er geltend macht, dass die tatsächliche Abnutzung hinter diesen angeblich üblichen Fristen zurückbleibt. Nicht besser steht es im Ergebnis, wenn man – die andere Möglichkeit der Berechnung – die bisherige tatsächliche Abnutzung der Räume zum Ausgangspunkt der Schätzung nimmt und auf dieser Basis versucht, den Zeitpunkt der künftigen Renovierungsbedürftigkeit der Räume abzuschätzen. Denn bei Lichte besehen sind all dies im Grunde haltlose, d. h. mehr oder weniger ins Blaue hinein gemachte Prognosen, da tatsächlich niemand weiß, was übliche Fristen sind oder wie lange die Renovierungsfristen wären, wenn der Mieter wohnen bliebe, wie sich sein Nutzungsverhalten in der Zukunft entwickelte und wie hoch dann gegebenenfalls die Handwerkerpreise sein werden. Auf derartig vage und unsichere Prognosen lassen sich unter keinen Umständen, noch dazu in Formularverträgen, für den Mieter so nachteilige Rechtsfolgen wie die partielle Abwälzung der Schönheitsreparaturen stützen, schon, um sonst naheliegenden Manipulationsmöglichkeiten zu begegnen, etwa durch einen Druck auf die als Maßstab gewählten, in Wirklichkeit nahezu willkürlichen „üblichen“ Fristen. Die Verstöße gegen § 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB durch die unangemessene Benachteiligung des Mieters entgegen der gesetzlichen Regelung, gegen das Transparenzgebot des § 309 Abs. 1 S. 2 BGB und gegen das Verbot der Beweislastumkehr in § 309 Nr. 12 lit a BGB sind so offenkundig, dass man sich im Grunde nur wundern kann, wie lange es dauert, bis sich diese einfachen Einsichten endlich durchsetzen.

¹⁵ Staudinger-Emmerich, § 535 Rn. 107a.

D Konsequenzen

Das Schicksal der Quotenklauseln dürfte damit besiegelt sein. Aber man darf es dabei nicht bewenden lassen, sondern muss endlich die gesamte Problematik der Schönheitsreparaturen unter einem neuen Aspekt ins Auge fassen. Gemeint ist die Gefahr, dass wir uns auf immer neuen Gebieten von sogenannten Sachverständigen in eine *Komplexitätsfalle* locken lassen, aus der es kein Entrinnen mehr gibt, sobald man erst einmal hineingeraten ist. Bekannte Beispiele sind die Praxis der Unternehmensbewertung im Aktienrecht und der sogenannte *more economic approach* insbesondere, aber nicht allein der Europäischen Kommission bei der Anwendung des Kartellrechts.¹⁶ Auf beiden Gebieten ist es den „Sachverständigen“, den Wirtschaftsprüfern und den nur noch formal arbeitenden Ökonomen in den Kartellämtern gelungen, uns hochkomplexe, allenfalls noch von versierten speziell ausgebildeten Mathematikern beherrschbare Regelungssystem aufzureden, vor deren Kontrolle die Gerichte notwendigerweise kapitulieren, kapitulieren müssen, schon weil durchweg die nötigen Datenmengen zur Anwendung dieser mathematischen Formelwerke fehlen. Man täusche sich nicht: Es gibt keinen Zweifel, dass genau dies der von den Wirtschaftsprüfern bei der Unternehmensbewertung und von den Ökonomen in den Kartellämtern verfolgte Zweck ist. Bei der Unternehmensbewertung haben die Gerichte bereits weitgehend kapituliert und kontrollieren nur noch oberflächlich formal die Plausibilität der Bewertungen der Wirtschaftsprüfer. Im Kartellrecht leisten dagegen vor allem die Unionsgerichte bisher noch energischen Widerstand gegen die fortschreitende Ökonomisierung der Rechtsanwendung unter Abweichung von dem Wortlaut des Gesetzes; wie lange noch, ist offen. Und im Mietrecht sind wir auf dem besten Weg, in eine weitere derartige Komplexitätsfalle hineinzustolpern. Der chaotischer Zustand von Rechtsprechung und Literatur zu den Schönheitsreparaturen und die Berechnungsschwierigkeiten bei den Quotenklauseln, darüber hinaus häufig auch bei den Betriebskosten und in Zukunft mit Sicherheit auch bei der Vergleichsmiete im Rahmen der geplanten sogenannten Mietpreisbremse, basierend auf einer Fülle gänzlich unbestimmter Rechtsbegriffe, sind erschreckende Hinweise auf eine derartige Entwicklung.

Demgegenüber gilt hier ebenso wie im Aktienrecht und im Kartellrecht mit Nachdruck die Rückkehr zu mehr Einfachheit, Klarheit und Transparenz anzumahnen und einzufordern, einfach deshalb, weil nur dann auch in Zukunft die Gerichte ihre zentrale Kontrollaufgabe noch wahrzunehmen vermögen. Die gebotene Schlussfolgerung kann nur lauten: Weg mit der unhaltbaren Praxis der Abwälzung der Schönheitsreparaturen durch Formularverträge auf die Mieter und darüber hinaus mit all diesen dem Gesetz fremden, überkomplizierten Rechtsinstituten und zurück zu den einfachen und klaren Regelungen des BGB, – deren Weisheit heute im Lichte der angedeuteten Entwicklungen in einem ganz neuen Licht erscheint.

¹⁶ Emmerich, in: FS Stilz, 2014, S. 135; ders, in: FS Köhler, 2014, S. 97.

Entwicklungen im Betriebskostenrecht – vom Preisrecht zum Müllmanagement

Beate Flatow

Inhaltsverzeichnis

A	Einleitung	81
B	Rückblick – Die Differenzierung zu den Kostenpositionen des Vermieters	83
I	Vorbemerkungen zum Mietpreisrecht	83
II	Betriebskosten – Verwaltungskosten – Anschaffungskosten	84
1	Die Entwicklung der Differenzierung	85
2	Trennung Betriebskosten – Anschaffungskosten	85
3	Trennung Betriebskosten – Verwaltungskosten	86
III	Preisrecht – Umlagemaßstab Verbrauch – Ökologie	87
1	Heizkosten	87
2	Wasser und Entwässerung	90
3	Müllabfuhr	91
C	Zur Umlage der Kosten für Müllmanagement	91
I	Keine Umlagefähigkeit nach § 2 Nr. 8 BetrKV	92
1	Wortlautauslegung	92
2	Systematische Auslegung	93
3	Historische Auslegung	94
4	Teleologische Auslegung – erweiternde Auslegung	94
II	Keine Umlage nach § 2 Nr. 17 BetrKV	96
III	Keine Umlage nach Treu und Glauben	96

A Einleitung

Wer den Begriff „Müllmanagement“ bei Google eingibt, zugleich eine Zeitbegrenzung auf das Jahr 2000 vornimmt, findet gerade vier Einträge. Keiner davon galt einer mietrechtlichen Frage. Es ging im Jahr 2000 um eine vorhergesagte urbane

Dr. B. Flatow (✉)
Amtsgericht Kiel, Kiel, Deutschland
e-mail: beate.flatow@ag-kiel.landsh.de

Revolution,¹ um ein Tourismusprojekt in Ghana,² um Tokios Müllmanagement in Zeiten zunehmender Raumnöte,³ schließlich um „Eine kurze Geschichte des Abfalls“ des Schweizer Bundesamts für Umwelt, Wald und Landschaft.⁴ Zehn Jahre später dominierten schon Einträge aus dem Betriebskostenrecht das Netz, und wurde die Anzahl der Einträge unübersehbar. Im mietrechtlichen Schrifttum findet sich ein Hinweis auf das Müllmanagement als einer Dienstleistung für Gebäudeeigentümer erstmals in zwei Aufsätzen von Langenberg aus dem Jahr 2001.⁵ Die ersten veröffentlichten Entscheidungen über die Umlagefähigkeit der Kosten für das Müllmanagement stammen aus den Jahren 2003⁶ und 2004.⁷

Schon jetzt gibt es aber im Schrifttum eine rechtliche Auseinandersetzung um die Umlagefähigkeit der Kosten des Müllmanagements.⁸ Die Gerichtsentscheidungen spiegeln ebenfalls diesen Meinungsstreit wieder.⁹ Es geht um Verteilungsgerechtigkeit, die Reichweite des Wirtschaftlichkeitsgebots, die Kosten eines besonders wirtschaftlichen Handelns. Es geht um die Umlagefähigkeit anteiliger Verwaltungs- und Anschaffungskosten, um Ökonomie und Ökologie im Betriebskostenrecht. Prof. Dr. Derleder hat sich – zu dem verwandten Thema der Kostenverteilung bei externer Wärmelieferung – intensiv damit auseinandergesetzt, wen die Lasten einer ökologischen Verbesserung im Betriebskostenrecht treffen sollen.¹⁰ Seine Beiträge sollen auch zum Müllmanagement fruchtbar gemacht werden.

Das Müllmanagement ist nicht nur ein Fall, in dem sämtliche Abgrenzungen und Wertungen zusammentreffen, die sich in der Prüfung einer Betriebskostenposition stellen. Es ist auch das jüngste Beispiel für die immer weitergehende Ausdifferenzierung mietrechtlicher Regelungen und ihrer Umsetzung. Das reizt dazu, die einzelnen Gesichtspunkte näher zu beleuchten. Es reizt aber auch dazu, sich zu vergegenwärtigen, wie es zu der extremen Kleinteiligkeit des Betriebskostenrechts gekommen ist. Daher soll in diesem Beitrag ein erster Abschnitt der Rückschau gelten. Ein solcher Rückblick kann nicht annähernd vollständig oder gar präzise sein. Bei aller Vereinfachung ist aber zu untersuchen, wie die verschiedensten Abgren-

¹ <http://www.berliner-zeitung.de/archiv/die-urbane-revolution,10810590,9813962.html>.

² <http://www.studienkreis.org/deutsch/wettbewerbe/todo/00ghana.html>.

³ http://www.fsjapan.uni-osnabrueck.de/media/Publikationen/Veroeffentlichungen_der_FSJ_18.pdf.

⁴ http://www.booze.ch/cm_data/muell.pdf (Abfrage zu 1–4 am: 16.07.2014).

⁵ Langenberg, NZM 2001, 69, 71; ders., NZM 2001, 783, 794.

⁶ AG Mainz, WuM 2003, 450 – und LG Mainz, Urt. v. 8.10.2003 – 3 S 138/03 (zitiert nach juris).

⁷ AG Berlin Mitte, WuM 2005, 393 mit Anmerkung von Wall.

⁸ Vgl. Lammel, jurisPR-MietR 13/2014, Anm. 1; Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 14. Aufl. 2014, Rn. 5176; Schmid, WuM 2009, 487, 490; Eisenschmid/Wall-Wall, Betriebskostenkommentar, 3. Aufl. 2010, Rn. 3469ff.; Wall, jurisPR 16/2005, Anm. 3; Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. H 72–77; Gabriel, DWW 2005, 366, 369.

⁹ Vgl. für die Umlagefähigkeit: AG Mainz, WuM 2003, 450; LG Mainz, Urt. v. 8.10.2003 – 3 S 138/03 (ohne Mehrwertsteuer) (zitiert nach juris); dagegen AG Berlin-Mitte, WuM 2005, 393; LG Berlin, GE 2009, 1254; AG Uelzen, ZMR 2014, 216.

¹⁰ Vgl. etwa Derleder, Anm. zu BGH, WuM 2005, 387; in WuM 2005, 2005, 389, 393; CuR 2006, 54, 58; NZM 2003, 737, 740.

zungen in das Betriebskostenrecht gerieten. Der zweite Abschnitt gilt dann konkret dem Müllmanagement als dem vorläufigen Endpunkt der Betriebskostenrechts-Verfeinerung.

B Rückblick – Die Differenzierung zu den Kostenpositionen des Vermieters

Diese Untersuchung beschränkt sich auf die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg. Es soll überprüft werden, wie es zur getrennten Umlage von Betriebskosten kam, woher die Abgrenzung zu Verwaltungs- und Anschaffungskosten kam, wann und wie der Gedanke der Verteilungsgerechtigkeit auftauchte, das Wirtschaftlichkeitsgebot, schließlich auch noch die Ökologie im Betriebskostenrecht.

I Vorbemerkungen zum Mietpreisrecht

Unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg war noch der gesamte Wohnungsbestand preisgebunden. Die Differenzierung zwischen „preisgebundenem“ und „preisfreiem“ Wohnraum gab es nicht. Für die Mieten galten im Grundsatz noch der Preisstopp der öffentlich-rechtlichen¹¹ PreisstoppVO des Jahres 1936¹² und der dazu erlassene Runderlass 184/37 über Preisüberwachung und Preisbildung bei Mieten¹³ fort.¹⁴ Mieterhöhungen waren im Grundsatz unzulässig. Ausnahmen hatte unter bestimmten Voraussetzungen die Preisbehörde zu genehmigen. So konnte die Neueinführung oder Erhöhung öffentlicher Gebühren eine Erhöhung der Bruttomiete rechtfertigen.¹⁵ Dabei ging es aber noch nicht um Vorauszahlung und Abrechnung, sondern darum, Beträge auf die sonst gestoppte Miete aufzuschlagen. Bei diesen Regelungen handelte es sich um Preisrecht, Mieterschutz war nicht der Zweck der Verordnungen.

In der Folgezeit gab es grob unterteilt drei Gruppen:

1. Altbauwohnungen aus der Zeit bis 1948, die weiterhin der bisherigen Preisbindung unterlagen (VO PR Nr. 71/51 über Maßnahmen auf dem Gebiet des Mietpreisrechts)¹⁶. Diese Wohnungen fielen später jeweils gebietsweise aus der Preisbindung heraus, sobald dort der Wohnungsmangel beseitigt war (weiße und schwarze Kreise).

¹¹ Dazu Hinkelmann, Die ortsübliche Miete, 1999, S. 41.

¹² RGBl. 1936 I, S. 955.

¹³ DJ 1938, 537.

¹⁴ Roquette, Die kleine Mietreform, Kommentar zur Mietpreisverordnung (VO 71/51), 1952, S. 27; Hinkelmann, Die ortsübliche Miete, 1999, S.45f.

¹⁵ Ziff. 43–47 Runderlass 184/27.

¹⁶ BGBl. 1951, S. 920.

2. öffentlich geförderte oder steuerbegünstigte Neubauwohnungen, die wegen dieser Förderung einer Preisbindung unterlagen (zunächst § 17 Abs. 2 S. 2 und § 23 I. WoBauG¹⁷, §§ 3 und 11 Mietenverordnung¹⁸).
3. frei finanzierte Neubauwohnungen, für die von Anfang an keine Bindungen bestanden.

Betriebskostenrechtlich galt im Grundsatz die Bruttomiete (§ 546 BGB). Im preisfreien Wohnraum (Gruppe 3) konnte diese Vorschrift abbedungen werden und wurde regelmäßig abbedungen. Der Vermieter war weitgehend frei in der Kalkulation seiner Miete, die er im Wege der Änderungskündigung auch problemlos erhöhen konnte. Rechtliche Auseinandersetzungen um Detailfragen aus dem Betriebskostenrecht gab es dementsprechend nicht.

Für die gebundenen Mieten, also die Gruppen 1 und 2, benötigte man dagegen Regelungen, die eine Anpassung der Miete an steigende oder sinkende Kosten ermöglichte. Das betraf vor allem Kosten, deren Entwicklung der Vermieter schlecht oder gar nicht steuern konnte. Regelungen, die der Abgrenzung zwischen verschiedenen Kostenpositionen dienen, stammen dementsprechend zunächst aus dem Recht des preisgebundenen Wohnraums, also aus Vorschriften zu diesen Gruppen.

Die Zusammenführung erfolgte erst 1971 über das 1. Wohnraumkündigungsschutzgesetz.¹⁹ Jetzt war dem Vermieter auch im preisfreien Wohnraum das Mittel der Änderungskündigung genommen, hatte er nur noch die Möglichkeit der Mieterhöhung auf die ortsübliche Vergleichsmiete. Damit ergab sich auch hier Regelungsbedarf zu den sich immer wieder kurzfristig ändernden Kostenpositionen. Über § 3 Abs. 6 WRKSchG konnte der Vermieter nur noch solche Betriebskosten umlegen oder zum Anlass einer Mieterhöhung nehmen, die in der Anlage 3 zu § 27 II. BV enthalten waren. Diese Regelung führte im preisfreien Wohnraum zu einem Nebeneinander von Elementen der Marktpreisbildung (Grundmiete) mit Elementen der Kostenmiete.²⁰ Mit dieser Zusammenführung wuchs die rechtliche Bedeutung des Betriebskostenrechts erheblich, weil erst jetzt der gesamte Mietwohnungsbestand betroffen war.

II Betriebskosten – Verwaltungskosten – Anschaffungskosten

Die Ausdifferenzierung zu verschiedenen Kostenpositionen und zu den Umlagemöglichkeiten stammt also zunächst aus dem Recht über den preisgebundenen Wohnraum.

¹⁷ Erstes Wohnungsbaugesetz vom 24.04.1950, BGBl. 1950, 83.

¹⁸ Verordnung über die Miethöhe für neu geschaffenen Wohnraum (Mietenverordnung) vom 20.11.1950, BGBl. I, S. 759.

¹⁹ BGBl. 1971 I, S. 1839.

²⁰ Vgl. Derleder, WuM 1976, 197.

1 Die Entwicklung der Differenzierung

Im Recht des preisgebundenen Wohnraums gab es seit 1950 verschiedene Regelungsmodelle je nach der Art der Förderung. Für (nur) steuerbegünstigten Wohnraum galt unmittelbar die Kostenmiete (§ 27 Abs. 1 1. WoBauG)²¹. Für öffentlich geförderte Wohnungen sah das Gesetz eine Förderung vor, bei der aber der Vermieter wiederum „unter Berücksichtigung angemessener Bewirtschaftungskosten, einschließlich Verzinsung des Fremdkapitals und des Wertes der Eigenleistung, einer ordnungsgemäßen Abschreibung und der Instandhaltungskosten“ die dann festgelegte Richtsatzmiete sollte erzielen können (§ 17 Abs. 3 1. WoBauG). Maßgebend waren also immer die Kosten des Vermieters, die auch schon in einer Aufschlüsselung benannt wurden. Eine weitere Ausdifferenzierung enthielt die (erste) Berechnungsverordnung (BV)²², die ebenfalls noch im Jahr 1950 auf der Grundlage der im 1. WoBauG enthaltenen Ermächtigungen (§ 17 Abs. 4 und § 27 Abs. 1 S. 2 1. WoBauG) erlassen wurde.

Hier entstand die Begriffspyramide. Der Oberbegriff waren die Kosten, nämlich sämtliche Aufwendungen des Vermieters. In der nächsten Stufe erfolgte (vereinfacht) die Unterteilung zwischen Kapitalkosten und Bewirtschaftungskosten. In der wiederum darunter liegenden Ebene schließlich wurden die „Bewirtschaftungskosten“ noch weiter aufgeschlüsselt. Innerhalb dieser Gruppe gab es (neben weiteren Positionen) nunmehr – getrennt – die Verwaltungskosten, die Betriebskosten und die Instandhaltungskosten (§ 18 Abs. 2 BV). Die II. BV nahm diese Begrifflichkeiten in allen Fassungen wieder auf, zuletzt in §§ 18–29 II. BV 1990.²³ Die seit 2003 geltende Betriebskostenverordnung enthält die gleiche Differenzierung, wenn auch in einer anderen Technik. Betriebskosten sind jetzt alle laufend entstehenden Kosten (§ 1 Abs. 1 BetrKV²⁴) – es werden aber umgekehrt die Verwaltungskosten sowie die Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten wieder ausgenommen (§ 1 Abs. 2 BetrKV). Die Systematik ist also im Grundsatz seit 1950 unverändert.

2 Trennung Betriebskosten – Anschaffungskosten

Die Trennung zwischen Betriebskosten und Anschaffungskosten ist in diesem Aufbau nicht auf Anhieb aufzufinden, weil der Begriff „Anschaffungskosten“, der heute im Betriebskostenrecht verwandt wird, in den Verordnungen nicht auftaucht. Das liegt daran, dass es zwei Gruppen gibt. Einmalige Anschaffungen – etwa der Einbau einer neuen Heizungsanlage – gehören schon nicht zu den laufenden Aufwendungen. Sie sind Anschaffung oder Instandsetzung. Werden Anschaffungen finanziert

²¹ Erstes Wohnungsbaugesetz vom 24.4.1950, BGBl. I, S. 83.

²² Verordnung über Wirtschaftlichkeits- und Wohnflächenberechnung für neugeschaffenen Wohnraum (Berechnungsverordnung) vom 20.11.1950, BGBl. I, S. 753.

²³ BGBl. 1990 I, S. 2178; vorher in den Fassungen BGBl. 1970 I, S. 1681; 1972 I, S. 857, 1975 I, S. 569; 1979 I, S. 1077; 1984 I, S. 553; 1990 I, S. 2178.

²⁴ BGBl. 2003 I, S. 2346.

oder entscheidet der Vermieter sich für Leasing, Anmietung oder sonstige entgeltliche Gebrauchsüberlassung, entstehen die Aufwendungen zwar laufend. Es sind dann aber Kapitalkosten, sie ersetzen nur die Kosten der Anschaffung. Wiederkehrende kleinere Anschaffungen, die der Bewirtschaftung dienen, wie etwa Gartengeräte könnten sich zwar als laufende Aufwendungen fassen lassen. Dann sind sie aber systematisch den Instandhaltungskosten zuzuordnen. In keinem Fall sind es in der Systematik der II. BV oder der BetrKV Betriebskosten.

Die Abgrenzung findet sich wieder in der Anlage 1 zu § 5 Abs. 5 der II. BV. Danach rechnen die Kosten des Gerätes und sonstiger Wirtschaftskosten zu den Baukosten – bei Ersatzbeschaffung daher systematisch auch zu den Instandhaltungskosten.²⁵ Das betrifft nach dem Wortlaut z. B. Müllkosten, Feuerlöscher²⁶ oder „Haus- und Stallgerät“, also etwa Rasenmäher.²⁷ In der Begründung zum Entwurf der Betriebskostenverordnung ist dazu ausgeführt, „bereits nach bisheriger Rechtslage“ würden etwa Finanzierungskosten für die Anschaffung von Betriebsmitteln keine Betriebskosten darstellen und könnten nicht auf den Mieter umgelegt werden. Es folgt der Zusatz, eine Klarstellung im Verordnungstext sei insoweit nicht erforderlich.²⁸

Zur Klarstellung: Es gibt bestimmte Positionen, in denen die BetrKV die Umlagefähigkeit von Miet- oder Leasingkosten erlaubt. Das sind dann aber einzeln geregelte Ausnahmen, die gerade wegen der allgemeinen Trennung jeweils aufgeführt werden müssen. Schließlich ist es auch streitig, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen Anschaffungskosten unter besonderen Umständen doch umgelegt werden können.²⁹ Die begriffliche Differenzierung in Betriebskosten einerseits und in Anschaffungskosten andererseits wird davon aber nicht berührt, findet durchweg statt und findet sich auch in allen entsprechenden Kommentaren und Handbüchern.³⁰

3 Trennung Betriebskosten – Verwaltungskosten

Die Trennung zwischen Betriebskosten und Verwaltungskosten ergibt sich unmittelbar aus der II. BV, jetzt aus der BetrKV. Wie dargestellt handelt es sich bei beiden

²⁵ Vgl. Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 14. Aufl. 2014, Rn. 1035.

²⁶ Dazu LG Berlin, GE 2005, 237, 238.

²⁷ AG Laufen, WuM 2005, 605.

²⁸ Br-Drucks. 568/03, S. 29 (zu § 1 Abs. 2 BetrKV-E); vgl. auch Grundmann, NJW 2003, 3745, 3746.

²⁹ Für eine Umlage in bestimmten Fällen etwa AG Schöneberg, NZM 2001, 808 (Schneeräumgerät); LG Berlin, GE 2000, 539, 540 (Laubsauger und Schneeräumgerät); dagegen etwa AG Lörrach, WuM 1996, 628 (Reinigungsgerät); LG Magdeburg, NZM 2012, 305; Wall, WuM 2013, 3, 19 (jeweils zu Rauchwarnmeldern); mittelbar auch BGH, WuM 2009, 115, 117 unter Tz. 16f.

³⁰ Vgl. etwa Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. A 250; Schmidt-Futterer-Langenberg, Mietrecht, 11. Aufl. 2013, § 556 BGB Rn. 205; Eisenschmid/Wall-Wall, Betriebskostenkommentar, 3. Aufl. 2010, Rn. 3454; Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 14. Aufl. 2014, Rn. 1035; Erman-Lützenkirchen, BGB, 14. Aufl. 2014 § 556 Rn. 14; BeckOKBGB-Ehlert, Stand 1.5.2014, § 556 Rn. 15 b; Sternel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. V 22.

Kostenarten um Unterfälle der Bewirtschaftungskosten. Die Differenzierung, nach der auch Verwaltungskosten vor vornherein keine Betriebskosten sind, findet sich in § 18 Abs. 2 BetrKV. Jetzt nimmt § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV die Verwaltungskosten kraft ausdrücklicher Regelung von den Betriebskosten aus. Der Unterschied lag nur noch darin, dass es sich einerseits um Kosten handelte, die – im Grundsatz – von außen in Rechnung gestellt wurden, andererseits um eine Kostenposition, die – im Grundsatz – als typische Eigenleistung eines Vermieters betrachtet wurde.³¹ Daraus folgte die begriffliche Differenzierung und die unterschiedliche Behandlung: Die Betriebskosten konnten nach tatsächlichem Anfall berücksichtigt werden, für die Verwaltungskosten galten feste Sätze (vgl. § 20 BV, zuletzt § 26 II. BV).

In der Rechtsprechung bestand dementsprechend im Grundsatz von Anfang an Einigkeit, dass Verwaltungskosten keine Betriebskosten sind und nicht auf den Mieter umgelegt werden können.³² Auch hier gilt wiederum die Einschränkung, dass § 2 BetrKV spezielle und damit vorrangige Regelungen über die Einbeziehung bestimmter, konkret benannter Verwaltungskosten bei einzelnen Betriebskostenarten vorsieht. Das ändert nichts an der Systematik.

III Preisrecht – Umlagemaßstab Verbrauch – Ökologie

Soweit Preisrecht die Grundlage für das Betriebskostenrecht war, fand eine Berücksichtigung erhöhter Kosten in erster Linie nach dem Verhältnis der Mieten statt, die Berücksichtigung des Verbrauchs setzte sich schrittweise durch, noch später der Gedanke der Ökologie.

1 Heizkosten

Die Anfänge liegen naturgemäß auch hier im Preisrecht. Den Vermietern wurde 1948 durch einen preisrechtlichen Runderlass³³ gestattet, beim Betrieb einer Sammelheizung Brennstoff-, Anfuhr- und Bedienungskosten nach ihrem tatsächlichen Anfall gesondert umzulegen.³⁴ Das galt auch für die Kosten der Warmwasserversorgung. Umzulegen war nach der Quadratmeterzahl der beheizten Fläche – wenn auch streitig war, ob es um die beheizte Bodenfläche³⁵ oder um Heizkörperfläche³⁶ ging. Es findet sich, auch wenn es sich inhaltlich noch allein um Preisrecht handel-

³¹ Näher zu dem Begriff Erman-Lützenkirchen, BGB, 14. Aufl. 2014, § 556 Rn. 10.

³² Vgl. LG Frankfurt, WuM 1982, 78; AG Freiburg/Breisgau, WuM 1982, 215; LG Hannover, WuM 1985, 92; AG Hannover, WuM 1985, 92.

³³ RE der Verwaltung für Wirtschaft des Vereinigten Wirtschaftsgebiets Nr. 27/48 vom 13.11.1948 – abgedruckt bei Drews, Handbuch des gesamten Mietpreisrechts, 1954, S. 188.

³⁴ Drews, Handbuch des gesamten Mietpreisrechts, 1954, S. 186.

³⁵ So die Stellungnahme des Bayerischen Staatsministeriums zu dem RE 27/48, abgedruckt bei Drews, Handbuch des gesamten Mietpreisrechts, 1954, S. 190.

³⁶ So Drews, Handbuch des gesamten Mietpreisrechts, 1954, S. 186.

te, für die Heizkosten damit schon in der Nachkriegszeit eine Regelung, nach der einerseits Kosten gesondert neben der Miete zu zahlen und abzurechnen waren. Zugleich richtete sich die Betriebskostenverteilung, wenn auch nur in einer Näherung, schon nach dem zu erwartenden Verbrauch. Nicht die Ökologie, wohl aber der Gedanke einer gerechten Kostenverteilung zwischen den Mietern hielt schon an dieser Stelle Einzug in das sich bildende Betriebskostenrecht.

Diese Grundsätze wurden beibehalten. Die Altbaumietenverordnung von 1958 (AMVO)³⁷, die auf der Grundlage des ersten Bundesmietengesetzes³⁸ für preisgebundene Altbauten erging, nahm für die preisgebundenen Altbauten die gleichen Maßstäbe als Alternativen auf, ermöglichte zusätzlich jeden dem Wärmeverbrauch Rechnung tragenden Maßstab (§ 26 AMVO).

Für die preisgebundenen, weil steuerbegünstigten oder öffentlich geförderten Neu- und Wiederaufbauten gab es ebenfalls inhaltsgleiche Vorschriften (sh. § 11 III Nr. 1 Mietenverordnung vom 20.11.1950³⁹, § 10 BMG⁴⁰, §§ 4, 20 NeubaumietenVO 1962⁴¹). Die Heizungs- und Warmwasserkosten durften gesondert umgelegt werden. Die Umlagemaßstäbe orientierten sich näherungsweise am Verbrauch. In der Neubaumietenverordnung 1970⁴² tauchen als möglicher Maßstab erstmals ausdrücklich Heizkostenverteiler und Wärmesser auf – wohl Ergebnis der technischen Entwicklung. Bereits diese Verordnung verlangte aber bei der Verwendung zugleich, dass jedenfalls die Hälfte der Kosten nach einem festen Maßstab umzulegen war. Auch das war ein Gedanke der Verteilungsgerechtigkeit, weil je nach Lage der Wohnung im Haus die Heizkosten ohne besseres Ergebnis höher sein müssen.

Die Ökologie hielt Anfang der 70er Jahre Einzug in die Politik – auch in das Mietrecht. Hintergrund war das erst jetzt aufkommende Bewusstsein um die Begrenztheit der Ressourcen. 1972 erregte eine im Auftrag des Club of Rome erstellte Studie, die sich unter anderem mit den Rohstoffressourcen befasste – Die Grenzen des Wachstums – weltweit Aufsehen.⁴³ 1973 legte die Bundesregierung das erste Energieprogramm vor.⁴⁴ Die Ölkrise vom Oktober 1973 brachte den Gedanken der Ressourcenknappheit und die Abhängigkeit der Industriestaaten gerade von fossiler Energie zusätzlich in das öffentliche Bewusstsein.⁴⁵ Die Heizkosten waren hier bereits Diskussionsgegenstand. Die Raumheizung beanspruchte seinerzeit etwa 40 % des Primärenergieverbrauchs in Deutschland,⁴⁶ der Ölanteil am Gesamtenergieverbrauch lag bei über 50 %.⁴⁷

³⁷ BGBl. 1958 I, 549.

³⁸ BGBl. 1955 I, S. 458.

³⁹ BGBl. 1950 I, S. 759.

⁴⁰ Erstes Bundesmietengesetz vom 27.07.1955, BGBl. I, S. 458.

⁴¹ BGBl. 1962 I, S. 753.

⁴² BGBl. 1970 I, 1660.

⁴³ Näher: der Artikel bei Wikipedia: https://de.wikipedia.org/wiki/Die_Grenzen_des_Wachstums.

⁴⁴ Bt-Drucks. 7/1057.

⁴⁵ Näher: der Artikel bei Wikipedia: <https://de.wikipedia.org/wiki/%c3%96lkrise>.

⁴⁶ Erste Fortschreibung des Energieprogramms der Bundesregierung, Bt-Drucks. 7/2713, S. 17 (Ziffer 71) und S. 21 (Ziffer 84).

⁴⁷ Vgl. Kreuzberg/Wien, Handbuch der Heizkostenabrechnung, 6. Aufl. 2005, unter 1.2., S. 6; nähere Daten in der Tabelle im Energieprogramm der Bundesregierung Bt-Drucks. 7/1057, Tabelle 2.

In der Diskussion dazu kam von Anfang an das Investor-Nutzer-Dilemma im Mietrecht zur Sprache, wie die Begründung des Gesetzesentwurfs zum Energieeinsparungsgesetz zeigt.⁴⁸ Das Energieeinsparungsgesetz schrieb daher dem Hauseigentümer bei der Errichtung neuer Heizungsanlagen und beim Betrieb aller Heizungsanlagen Anforderungen zur Einsparung von Energie einerseits schlicht vor,⁴⁹ gab ihm andererseits in § 3 MHG (heute § 559 BGB) die Möglichkeit, die Kosten von Maßnahmen zur Energieeinsparung auf die Miete umzulegen.⁵⁰ Im Betriebskostenrecht wurden jetzt die Verbrauchserfassung und die verbrauchsabhängige Heizkostenabrechnung vorgeschrieben, und zwar im preisgebundenen Wohnraum seit 1979 durch die NMV und die II. BV,⁵¹ im preisfreien seit 1981 Wohnraum durch die HeizKV.⁵² Eine Harmonisierung der Vorschriften erfolgte 1984, nunmehr war die Heizkostenverordnung für alle Mietverhältnisse anwendbar (§ 22 NMV i. d. F. vom 12.04.1984⁵³).

Parallel dazu erfolgte – wiederum wohl mit der technischen Entwicklung – 1971 die Hereinnahme von Fernwärme in die umzulegenden Betriebskosten.⁵⁴ Der vorerst letzte Schritt war dann noch die Zulassung des Nahwärmecontractings, also der Wärmelieferung im Nahbereich durch die Verordnung zur Änderung energiesparrechtlicher Vorschriften vom 19.01.1989.⁵⁵ Die Verordnung passte sowohl die Anlage 3 zu § 27 II. BV also auch die HeizKV und die NMV entsprechend an. Auch dabei ging es um Ressourcenschonung und Umweltschutz. Schon der Titel belegt, dass der Gesetzgeber sich von der Zulassung des Nahwärmecontractings die Modernisierung oder jedenfalls die effektivere Bewirtschaftung der Heizungsanlagen versprach. Die Änderungen der Verordnungen sollten die Umstellung aus Umweltgesichtspunkten fördern.⁵⁶ Wesentlich im Sinne der eingangs dargestellten Differenzierung ist, dass beim Contracting ein einheitlicher Wärmelieferungspreis bezahlt wird, der kalkulatorisch Anschaffungskosten und Gewinnanteile beinhaltet – Positionen, die also gerade sonst nicht umlegbar sind.⁵⁷ Insoweit können aber generell bestimmte, ausdrücklich benannte Kostenanteile umgelegt werden, wenn sie in einer Ausnahme zu der allgemeinen Regelung zu der konkreten Betriebskostenposition aufgeführt sind. Das bedeutete, dass mit dem Contracting eine strukturelle Verteuerung einherging,⁵⁸ dem Energieeinspargedanken also auch im Betriebskostenrecht jetzt ausdrücklich der Vorrang vor den Kosteninteressen der Mieter gegeben wurde. Erst 2013 erfolgte insoweit erstmals wieder eine Begren-

⁴⁸ Bt-Drucks. 7/4575, S. 7 unter I.1.

⁴⁹ §§ 2 und 3 EnEG vom 22.7.1976 (BGBl. 1976 I, S. 1873).

⁵⁰ Vgl. zur Begründung Bt-Drucks. 7/2011 S. 8 und 11.

⁵¹ Neufassung der NMVO vom 18.7.1979, BGBl. I, S. 1103.

⁵² BGBl. 1981 I, 261/ Berichtigung S. 296.

⁵³ BGBl. 1984 I, 580.

⁵⁴ Vgl. näher Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. K 99.

⁵⁵ BGBl. 1989 I, 109.

⁵⁶ LG München, NZM 2000, 205, 206.

⁵⁷ Vgl. BGH, NZM 2005, 450, 451 = WuM 2005, 387.

⁵⁸ Derleder, Anm. zu BGH WuM 2005, 387 in WuM 2005, 389, 390.

zung, als dass Umstellungen nur noch kostenneutral möglich sind (§ 556 c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB).⁵⁹

2 Wasser und Entwässerung

Die zentrale mietpreisrechtliche Verordnung der unmittelbaren Nachkriegszeit, die VO PR 71/51⁶⁰ sah schon eine gesonderte Umlage auch des Wassergeldes vor (§ 5 PR 71/51). Umlagemaßstab war aber das Verhältnis der Mieten (Mietwerte), nicht etwa ein Maßstab, der einen unmittelbaren Bezug zum Verbrauch haben könnte, wie etwa Personenzahl oder Wohnfläche. Diese Vorschrift war rein preisrechtlicher Natur. Dem Vermieter sollte es ermöglicht werden, die Mehrbelastungen preisrechtlich zulässig an den Mieter weiterzugeben.⁶¹

Bei dieser Regelung blieb es zunächst auch.

Die Altbaumietenverordnung erlaubte es dem Vermieter zwar schon, für den Wasserverbrauch Vorauszahlungen zu verlangen, wenn darüber jährlich abgerechnet wurde. Umlagemaßstab blieb immer noch das Verhältnis der Mieten (§§ 20–23 AMVO). Die Regelung galt weiterhin allein dem Preisrecht. Soweit als Kostenposition der Wasserversorgung auch die Zählerkosten genannt waren (§ 20 Abs. 1 S. 1 AMVO), war damit der Hauptzähler gemeint. Eine inhaltlich gleiche Regelung fand sich in der Neubaumietenverordnung von 1962⁶² dort in § 4 Abs. 2.

Ansätze zu einer stärkeren Berücksichtigung des Verbrauchs gab es in § 21 NMVO 1970.⁶³ Auch hier war die getrennte Umlage der Wasser- und Entwässerungskosten vorgesehen. Nunmehr waren als Umlagemaßstab neben den Mieten aber auch die Wohnfläche oder ein „Maßstab, der dem unterschiedlichen Wasserverbrauch der Wohnparteien Rechnung trägt“, zulässig (§ 21 Abs. 2 NMVO). Diese Regelung hatte wohl eher noch die Idee der finanziellen Verteilungsgerechtigkeit als Zweck. Die Anlage 3 zu § 27 II. BV sah ab 1979⁶⁴ ergänzend die Umlage auch von Kosten der „Verwendung von Zwischenzählern“ vor.

Die Wassereinsparung als ökologische Frage wurde erst 1993 zum Thema. § 541 b BGB a.F. (Modernisierung) und § 3 MHG in der Fassung des 4. Mietrechtsänderungsgesetzes legten fest, dass Baumaßnahmen zur Einsparung von Wasser als Modernisierungsmaßnahme zu dulden waren.⁶⁵ Die Anlage zu § 27 der II. BV⁶⁶ benannte ab 2001 die Kosten der Wartung von Wassermengenreglern als umlagefähige Nebenkosten. Beim Wasser dauerte es also zwanzig Jahre länger als

⁵⁹ Näher zur Umstellung nach neuem Recht: Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. K 105ff.

⁶⁰ Vgl. allgemein oben unter II.1.

⁶¹ Vgl. die Überschrift zu Abschnitt II der VO-PR Nr. 71/51 („Ausgleich von Mehrbelastungen“).

⁶² BGBl. 1962 I, 753.

⁶³ BGBl. 1970 I, 1660.

⁶⁴ BGBl. 1979 I, 1077 (Anlage 3 zur II. BV: S. 1101).

⁶⁵ Ausführlich Wall, WuM 1998, 63.

⁶⁶ Fassung von 2001 ist nachzuvollziehen in Art. 8 Ziff. 5 des Gesetzes zur Reform des Wohnungsbaurechts, BGBl. 2001 I, 2376 (Änderung der Anlage 3 zu § 27 II. BV: S. 2398).

bei den Heizkosten, bis Ressourcenschonung und Umweltschutz die Gesetzgebung beeinflussten.

3 Müllabfuhr

Mit einer – wiederum preisrechtlichen – Verordnung vom 21.11.1951, der AO PR 72/49⁶⁷ wurde es dem Vermieter auch gestattet, weitere neu eingeführte oder erhöhte öffentliche Abgaben auf den Hausbesitz auf die Mieter umzulegen. Hier tauchen auch die Müllgebühren auf. Ausdrücklich gleichgestellt werden schon die privaten Benutzungsentgelte für die Müllabfuhr (§ 2 AO PR 72/49). Die Umlage erfolgte hier wiederum anhand der Mietwerte (§ 4 AO PR 72/49). Umlage bedeutete hier ein Aufschlag auf die Miete⁶⁸ – es galt noch nicht das System von Vorauszahlung und Abrechnung.

Für die Müllabfuhr hieß „Umlage“ nur Mietzuschlag, ohne Abrechnung. Dabei blieb es im preisgebundenen Wohnraum bis zur Änderung der Neubaumietenverordnung 1984 (dort § 20). Auch dann noch gab es aber als Maßstab zunächst nur die Wohnfläche (§ 20 Abs. 2 NMV i. d. F. vom 12.04.1984). Eine Umlage nach Verbrauch war nicht vorgesehen, wohl auch weil es vermutlich noch keine Möglichkeiten einer automatisierten Verbrauchserfassung gab.

Die ökologische Wende erfolgte hier erst mit der Schaffung der Betriebskostenverordnung 2003, also nochmals zehn Jahre, nachdem die Wassereinsparung Thema geworden war. Nunmehr konnten neben den Kosten der Müllabfuhr auch ohne gesonderte Vereinbarung (über sonstige Betriebskosten) die Kosten für den Betrieb von Müllkompressoren, Müllschluckern, Müllabsaugern und die Kosten des Betriebs von Müllmengenerfassungsanlagen umgelegt werden, Letzteres einschließlich der Kosten der Berechnung und Aufteilung. Die verbrauchsabhängige Abrechnung sollte aus Gerechtigkeits- aber auch aus ökologischen Gründen befördert werden.⁶⁹ Die verursachungsabhängige Abrechnung fördere den kostenbewussten Umgang mit Müll.⁷⁰ Eine ausdrückliche Regelung zum Müllmanagement enthält die Betriebskostenverordnung bis heute nicht.

C Zur Umlage der Kosten für Müllmanagement

Vor dem Hintergrund der bisherigen Entwicklung ist nun die Umlagefähigkeit von Kosten des Müllmanagements zu untersuchen. Dabei soll es hier um ein Müllmanagement mit dem gesamten Leistungsspektrum gehen, also Information der Mieter, Reinigung der Müllplätze, Prüfung der erforderlichen Müllgefäße, Müllsortierung,

⁶⁷ Abgedruckt bei Drews, Handbuch des gesamten Mietpreisrechts 1954, S.180ff.

⁶⁸ Vgl. die Berechnung bei Drews, Handbuch des gesamten Mietpreisrechts, 1954, S. 176ff.

⁶⁹ Vgl. Grundmann, NJW 2003, 3745, 3747.

⁷⁰ Begründung zum Entwurf der BetrKV, Br-Drucks. 568/03, S. 36.

vor allem aber Bereitstellung und Betrieb von Müllmengenerfassungsanlagen durch den Dienstleister.

Infrage kommt als Grundlage für eine Umlage vorrangig die Spezialregelung in § 2 Nr. 8 BetrKV. Wenn diese Ziffer – Kosten der Straßenreinigung und Müllbeseitigung – einschlägig ist, wäre das Müllmanagement ohne Weiteres mit Verträgen erfasst, die nur allgemein auf die Betriebskostenverordnung oder seine Vorläufervorschrift, die Anlage 3 zu § 27 II. BV, verweisen (dort ebenfalls Ziffer 8.).

Wenn diese Norm nicht greift, gäbe es noch die Auffangnorm der sonstigen Betriebskosten im Sinne von § 1 BetrKV (§ 2 Nr. 17 BetrKV). Hier muss zwar die Umlegung konkret bezeichneter, bestimmter Kosten vereinbart werden.⁷¹ Die Möglichkeit einer Umlagevereinbarung bestünde aber immerhin, wenn Kosten des Müllmanagements denn Betriebskosten nach der allgemeinen Regel des § 1 BetrKV wären.

1 Keine Umlagefähigkeit nach § 2 Nr. 8 BetrKV

Zu prüfen ist zunächst § 2 Nr. 8 BetrKV.

1 Wortlautauslegung

Am Anfang steht auch hier die Wortlautauslegung. Die Vorschrift des § 2 Nr. 8 BetrKV benennt als Oberbegriff schlicht „die Kosten der Müllbeseitigung“. Es werden dann einzelne Kostenpositionen benannt, die nach § 2 Nr. 8 BetrKV „namentlich“ zu den Müllbeseitigungskosten zu rechnen sind.

Das sind zunächst die Müllgebühren oder die Kosten entsprechender privater Maßnahmen. Dabei handelt es sich um die Bescheide der öffentlich-rechtlichen oder privaten Entsorger, die den Müll vom Hauseigentümer übernehmen. Müllmanagement findet vorher statt und endet gerade mit der Übergabe an den Entsorger. Diese Kostenpositionen sind also nicht einschlägig.

Weiter führt die Vorschrift dann die Kosten des Betriebs von Müllkompressoren, Müllschluckern, Müllsauganlagen und Müllmengenerfassungsanlagen auf, Letzteres einschließlich der Kosten der Berechnung und Aufteilung. Müllmanagement umfasst einen großen Teil dieser Posten. Gerade die Erfassung der Müllmengen, die von den Mietern jeweils entsorgt werden und die Erstellung der entsprechenden Abrechnung ist typischerweise Teil der angebotenen Leistung. Naturgemäß betreibt die Firma dazu Erfassungsanlagen. Infrage kommt zur günstigeren Entsorgung auch der Einsatz von Müllkompressoren.

Zu beachten ist allerdings, dass sich die Dienstleistung des Müllmanagers eben darauf nicht beschränkt. Vielmehr werden die Müllfanganlagen oder auch -kompressoren zunächst durch das Unternehmen zunächst angeschafft und vor Ort

⁷¹ BGH, NZM 2004, 417, 418.

installiert. Es geht also nicht nur um Betrieb, sondern um Anschaffung, Instandhaltung und Betrieb der Geräte. Zum Müllmanagement gehört außerdem in der hier gewählten Fallgestaltung auch die Information der Mieter über die Möglichkeiten zur Mülleinsparung. Die Leistung des Müllmanagers beschränkt sich nicht auf den Betrieb einer vorhandenen Müllmengenerfassungsanlage und Herstellung der Abrechnung. Also gehört die Gesamtleistung „Müllmanagement“ zunächst nicht zu den „namentlich“ aufgeführten Posten in § 2 Nr. 8 BetrKV.

2 Systematische Auslegung

Fraglich wäre, ob Müllmanagement dennoch zu § 2 Nr. 8 BetrKV gehört, weil eben die genannten Posten nur „namentlich“ umlagefähig sind. Die aufgeführten Tatbestände sollen danach nur beispielsweise benannt sein. § 2 Nr. 8 BetrKV stellt für weitere Posten einen Auffangtatbestand dar. Fraglich ist, ob Müllmanagement damit allgemein unter diesen Generaltatbestand „Kosten der Müllbeseitigung“ gefasst werden kann. Systematisch ist hier das Verhältnis zwischen der allgemeinen Definition des § 1 Abs. 1 und 2 BetrKV und den Einzeltatbeständen des § 2 BetrKV zu beachten. § 1 Abs. 1 BetrKV benennt die allgemeine Definition der Betriebskosten, § 1 Abs. 2 nimmt in dieser allgemeinen Regelung Verwaltungs- und Instandhaltungskosten ausdrücklich aus. Ohnehin sind Anschaffungskosten oder Finanzierungskosten – auch Mietkosten für die Anmietung anstelle einer Anschaffung – keine Betriebskosten.⁷²

Die Einzelposten benennen allerdings an konkreter Stelle durchaus einzelne Verwaltungskosten wie auch einzelne Anschaffungskosten:

Verwaltungskosten, die konkret umgelegt werden dürfen, sind inzwischen bei allen verbrauchsabhängigen Betriebskosten die Beträge, die für Berechnung und Verteilung aufgewandt werden (§ 2 Nr. 2 – Wasser, Nr. 4 bis 6 – Heizung und Warmwasser, Nr. 8 – Müllbeseitigung). Bei Wasser, Heizung und Warmwasser sind auch die Kosten der Anmietung oder sonstiger Arten der Gebrauchsüberlassung von Zählern als umlagefähig benannt (§ 2 Nr. 2 und 4 BetrKV).

In der systematischen Auslegung stellt sich die Frage, wie vor diesem Hintergrund mit einem Auffangtatbestand wie dem in § 2 Nr. 8 BetrKV umzugehen ist. Diese Frage wird nicht einheitlich beantwortet. Eine Auffassung meint, mit dem Begriff „namentlich“ sei eine Öffnungsklausel in der Vorschrift enthalten, die – wenn auch nur unter weiteren Voraussetzungen – die Kosten für ein Müllmanagement grundsätzlich umlagefähig werden lasse.⁷³ Die Gegenauffassung meint, die Auflistung beschreibe immer noch durchweg Kosten der „Müllbeseitigung“, beim Müllmanagement handele es sich aber zumindest mit einem Teil der Leistung um eine verwaltende Dienstleistung, die nicht unter den Oberbegriff zu fassen sei.⁷⁴ Jedenfalls seien Kosten der Anmietung von Müllmengenerfassungsanlagen

⁷² Vgl. Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, Rn. A 35–37.

⁷³ So etwa Eisenschmid/Wall-Wall, Betriebskostenkommentar, 3. Aufl. 2010, Rn. 3470; Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 14. Aufl. 2014, Rn. 5176.

⁷⁴ So Lammel, Anm. zu AG Uelzen, jurisPR-MietR 13/2014, Anm. 1.

aus dem gesamten Spektrum nicht umlagefähig, weil in der konkreten Auflistung gerade nur der „Betrieb“ dieser Anlagen genannt werde.⁷⁵ Für diese einschränkende Auslegung spricht, dass §§ 1 und 2 BetrKV der Systematik nach eine allgemeine Regel (§ 1 BetrKV) und vorrangige spezielle Tatbestände enthält. Dabei verbietet § 1 Abs. 2 BetrKV als generelle Regel ausdrücklich die Umlage von Verwaltungskosten. Nur soweit in den Spezialvorschriften bestimmte oder Verwaltungsanteile in den Kosten des Vermieters genannt sind, sollen diese in Abweichung von der allgemeinen Regel umlagefähig sein. Dieses System verlangt es, die speziellen Tatbestände eng auszulegen und als enumerativ zu behandeln.⁷⁶ Verwaltungskosten, erst recht Mietkosten (also: Kapitalkosten) können nicht in Auffangklauseln hineingelesen werden.

3 Historische Auslegung

Die historische Auslegung zeigt eine anfangs streng durchgehaltene Trennung zwischen Betriebskosten, zeigt aber auch, dass gerade bei den verbrauchsabhängigen Kosten immer wieder Ausweitungen erfolgten. In Abständen von Jahrzehnten wurden, wie oben dargestellt,⁷⁷ erst bei den Heizkosten, dann bei den Wasserkosten und schließlich bei den Müllkosten Einsparmöglichkeiten auch im Betriebskostenrecht unterstützt, jeweils unter Einbeziehung von Kostenanteilen aus dem Bereich der Anschaffungs- oder Verwaltungskosten. Von Bedeutung ist insoweit, dass es jedes Mal – in einer fortschreitenden gesetzgeberischen Verfeinerung – ausdrückliche Regelungen gab. Der Ordnungsgeber folgte den wirtschaftlichen und dann auch den ökologischen Entwicklungen und Erkenntnissen, hielt aber offenkundig die Regelungen auch jeweils im Detail für erforderlich. Die grundsätzliche Trennung zwischen Betriebskosten, Verwaltungskosten, Kapitalkosten wurde zu keiner Zeit aufgegeben.

Die Geschichte der Verordnungen bestätigt also das Ergebnis der Wortlaut- und der systematischen Auslegung. Das System ist seit Jahrzehnten im Grundsatz unverändert. Zwischenergebnis: Die Kosten des Müllmanagements wären in ihrer Gesamtheit – ohne eine Herausnahme der Verwaltungs- und Anschaffungskosten in der Rechnung – nicht umzulegen.

4 Teleologische Auslegung – erweiternde Auslegung

Es bleibt die Auslegung nach dem Zweck der Vorschrift, hier wäre ggf. auch eine erweiternde Auslegung, also eine Analogie, mit zu prüfen.

Zweck der inzwischen so kleinteiligen Regelung zur Müllbeseitigung in § 2 Nr. 8 BetrKV ist neben der Verteilungsgerechtigkeit, wie dargestellt, der Umwelt-

⁷⁵ Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. H 73 und 77.

⁷⁶ Vgl. Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. A 26–31 zu den Verwaltungskosten.

⁷⁷ Unter B. III.

schutz. Weniger Müll muss auf knappen Flächen gelagert oder unter Belastung der Luft verbrannt werden. Das könnte dafür sprechen, die Auslegung hier etwas großzügiger vorzunehmen. Gerade das Müllmanagement, das mit der Gestellung von Erfassungsanlagen verbunden ist, führt mutmaßlich zur Müllvermeidung bei den Mietern. Umweltschutz gehört zu den im Grundgesetz verankerten Staatszielen (Art. 20a GG). Diese Staatsziele wiederum wirken über Generalklauseln und bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe auch auf das Privatrecht ein.⁷⁸ Es wäre also zu prüfen, ob die ökologische Zielsetzung nicht den Übergang zu einem Müllmanagement erlaubt.

Rechtstechnisch käme wohl am ehesten eine Analogie zu den verschiedenen Varianten der Heizkosten infrage. Bei den Heizkosten gibt es neben dem Betrieb der Heizungsanlage – ohne Anschaffungskosten – die Möglichkeit des Wärmecontracting. Die Kosten der Wärmelieferung sind umlagefähig, obwohl hier Anschaffungs-, weitere Verwaltungskosten (neben der Verteilung und Abrechnung), Instandhaltungskosten und Gewinnanteile enthalten sind. Dem Müllmanagement ist das in der Struktur vergleichbar. Damit kann die Diskussion um das Nahwärmecontracting aus der Zeit nach 1989 herangezogen werden. Sie ist der jetzigen um das Müllmanagement insoweit vergleichbar, als dass in der Anlage 3 zu § 27 II. BV das Nahwärmecontracting bis 1989 nicht vorgesehen war.⁷⁹ Die Verträge, die auf diese Anlage verwiesen, sahen also (nur) aus diesem Grund die Umlage von Wärmelieferungskosten aus Nahwärme (Heizungsanlagen im Haus, die aber von einem Contractor übernommen und betrieben wurden) nicht vor. Derleder hat schon 2003 gefordert, dem Vermieter zu gestatten, durch einseitiges Gestaltungsrecht auch bei Altverträgen aus der Zeit vor 1989 vom Betrieb der eigenen Heizungsanlage zum Nahwärmecontracting überzugehen – dies aber nur wenn der Contractor eine moderne Zentralheizungsanlage mit höherer Leistungsfähigkeit und reduzierter Emission zur Verfügung stelle.⁸⁰ Auf der Basis einer technischen, ökologischen und wirtschaftlichen Verbesserung sei die Umstellung möglich.⁸¹

Ein Unterschied liegt allerdings darin, dass nach 1989 die Kosten der Wärmelieferung auch beim Nahwärmecontracting in der BetrKV aufgeführt waren. Sie waren also Betriebskosten, die gesetzlich umlagefähig waren, bei denen es nur an der vertraglichen Umsetzung dieser Umlagemöglichkeit fehlte. Es ging nur um vertragliche Gestaltungsrechte. Danach können die Argumente hier nicht herangezogen werden, um schon den Umfang der gesetzlich umlegbaren Betriebskosten zu erweitern. Darüber hinaus erteilte der BGH auch der Idee eines vertraglichen Gestaltungsrechts im Ergebnis eine Absage. Der Vermieter könne, wenn er die Heizungsanlage einem Contractor überlasse, in Altverträgen weiterhin nur die Heizkosten nach Ziffer 4a der Anlage 3 zu § 27 II. BV umlegen, also die Brennstoffkosten und die weiteren in der Verordnung aufgeführten Betriebskosten der Anlage.⁸² Das gelte

⁷⁸ Vgl. BGH, NJW 2006, 1424 (Tz. 11) m. w. N.; LG Essen, NJW 2004, 527.

⁷⁹ Vgl. oben Abschnitt B. III. 1.

⁸⁰ Derleder, NZM 2003, 737, 740.

⁸¹ Derleder, NZM 2003, 737, 741.

⁸² BGH, NZM 2005, 450 = WuM 2005, 387.

auch für den Fall, dass der Contractor die Anlage modernisiere.⁸³ Diese Rechtsprechung würde – übertragen auf das Müllmanagement – eine erweiternde Auslegung verbieten. Wenn schon bei gesetzlich umlegbaren, nur vertraglich nicht umgelegten Betriebskosten die Modernisierung keinen Wechsel erlaubt, muss das erst recht für solche Kosten gelten, die ihrer Art nach schon keine gesetzlich umlegbaren Betriebskosten sind.

Danach lässt das Staatsziel der Ökologie es nicht zu, die Kosten des Müllmanagements im Wege einer erweiternden Auslegung des Betriebskostenbegriffs unter die Müllbeseitigungskosten des § 2 Nr. 8 BetrKV zu fassen. Wenn die Verordnung an dieser Stelle mit der Zielsetzung einer Ressourcenschonung nicht Schritt hält, wäre es Aufgabe des Verordnungsgebers die Kosten auch insoweit vom Vermieter auf den Mieter zu verschieben.

II Keine Umlage nach § 2 Nr. 17 BetrKV

Zur Beantwortung der Frage, ob die Umlage der Müllmanagementkosten denn jedenfalls nach § 2 Nr. 17 BetrKV vereinbart werden kann, kann auf diese Erörterung nun weitgehend Bezug genommen werden. Hier kann nicht einmal auf Analogien zu den speziellen Vorschriften in § 2 BetrKV zurückgegriffen werden. Es gilt die pure Abgrenzung in § 1 BetrKV.

Weder Verwaltungs- noch Anschaffungskosten können nach § 1 Abs. 2 BetrKV wirksam auf den Mieter umgelegt werden, ohne dass die Systematik der §§ 1, 2 BetrKV verletzt wäre.⁸⁴ Die historische Auslegung bestätigt auch hier diese strenge Trennung.

III Keine Umlage nach Treu und Glauben

Es gibt noch einen weiteren Ansatz, der für eine Umlagefähigkeit ins Feld geführt wird – sei es im Rahmen des § 2 Nr. 8, sei es im Rahmen des § 2 Nr. 17 BetrKV.

Das Müllmanagement senke im Regelfall die Kosten. Durch die bessere Information, durch eine besser berechnete – geringere – Dimensionierung der Müllgefäße, schließlich durch die verursachungsabhängige Abrechnung würden die Entsorgungskosten drastisch gesenkt. Die Kosten für das gesamte Müllmanagement, einschließlich der Bereitstellungskosten für die Erfassungsgeräte, einschließlich der Verwaltungstätigkeiten und einschließlich der Gewinnanteile des Müllmanagers, lägen unter den bisherigen Entsorgungsgebühren. Also folge der Vermieter dem Wirtschaftlichkeitsgebot, wenn er ein Müllmanagementunternehmen beauftrage – dann könne ihm aber die Umlagefähigkeit der Kosten nicht umgekehrt abgespro-

⁸³ BGH, NZM 2006, 534.

⁸⁴ Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. A 248.

chen werden.⁸⁵ Insoweit werden dann die Kosten – wegen der Senkung – unter die sonst passende Ziffer der BetrKV gefasst, hier also unter § 2 Nr. 8 BetrKV. Insoweit gehört diese Argumentation wohl noch zur Frage der Auslegung nach dem Sinn und Zweck der BetrKV. Alternativ ließe sich dieser Argumentation auch eine eigene Anspruchsgrundlage „verleihen“, nämlich der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB): der Mieter, zu dessen Gunsten gerade Kosten erspart würden, verhielte sich treuwidrig, wenn er dann die geringen Kosten des Müllmanagements nicht übernehmen wolle.

Diese Argumentation hat im Betriebskostenrecht durchaus Vorbilder. Die Anschaffungskosten für neue Wasserzähler sind nach Rechtsprechung und Schrifttum umlagefähig, weil sie günstiger sind als die Kosten einer sonst anstehenden Eichung der Altgeräte.⁸⁶ Berliner Gerichte haben entschieden, die Anschaffungskosten für eine Schneekehrmaschine oder einen Laubsauger seien umlegbar, weil dadurch höhere Betriebskosten für eine manuelle Schneeabseitung erspart würden.⁸⁷ Dabei ging es sogar nur um eine Amortisationszeit von mehreren Jahren. Das Amtsgericht Lichtenberg hat es immerhin für möglich gehalten, dass die Kosten für die Ersatzbeschaffung eines Rasenmähers umlagefähig sein können, wenn dies günstiger käme als die Reparatur defekter Altgeräte.⁸⁸ Verallgemeinert – mit Schmid⁸⁹ – formuliert geht es um die Fälle der Einsparung von Betriebskosten durch Kosten, die keine Betriebskosten sind.

In der Diskussion sind die Fälle der neu angeschafften Wasserzähler auszuscheiden. Die Eichung erfolgt im Tatsächlichen durch den Austausch der Zähler. Theoretisch denkbar wäre zwar die Eichung durch den Ausbau des Altgeräts, den Einbau eines Ersatzgeräts für eine Zwischenzeit, schließlich den Wiedereinbau des nachgeeichten Altgeräts vorzunehmen. Das ist aber eben Theorie. Wegen des geringen Preises der Geräte würde sich der Aufwand nicht lohnen. Auch die Zwischenzähler würden nicht wieder verwendet werden. In der Praxis gilt daher, dass es nur die „Eichung durch Geräte austausch“ gibt.⁹⁰ Die Kosten können also umgelegt werden, weil es Eichkosten sind.

Problematischer sind die Fälle der Anschaffung von Betriebsmitteln wie Laubsauger oder Schneeräumgeräten. Diese Fälle sind den Anschaffungs- oder Mietkosten für Müllfassungsgeräte in der Wertung vergleichbar. In einer ersten Prüfung ließe sich dem Mieter entgegenhalten, dass er sich treuwidrig verhält, wenn er einer kostengünstigeren – beim Müllmanagement zudem ökologisch besseren – Lösung widerspricht, nur weil die Kosten nicht unter eine Position des § 2 BetrKV zu fassen sind. Dieser ersten Sicht stehen aber zwei Argumente gegenüber:

⁸⁵ Eisenschmid/Wall-Wall, Betriebskostenkommentar, 3. Aufl. 2010, Rn. 3470; im Ergebnis – Umlage bei Einsparung – auch Gabriel, DWW 2005, 366, 369; AG Mainz, WuM 2003, 450; LG Mainz, Urt. v. 08.10.2003 – 3 S 138/03 (zitiert nach juris).

⁸⁶ LG Berlin, BeckRS 2007, 13925; Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 14. Aufl. 2014, Rn. 5029; Eisenschmid/Wall-Wall, Betriebskostenkommentar, Rn. 2757.

⁸⁷ AG Schöneberg, NZM 2001, 808; LG Berlin, GE 2000, 539, 540.

⁸⁸ AG Lichtenberg, NZM 2004, 96.

⁸⁹ Schmid, WuM 2009, 487, 490.

⁹⁰ Eisenschmid/Wall-Wall, Betriebskostenkommentar, 3. Aufl. 2010, Rn. 2757.

Zunächst geht die Rechnung wohl nur dann auf, wenn die Ersparnis schon im ersten Jahr auftritt. Die Amortisation über mehrere Jahre ist schon deswegen problematisch, weil die Vergleichsgrößen fehlen.⁹¹ Das gilt gerade beim Müllmanagement, weil hier unterstellt werden müsste, dass die Mieter ohne Müllmanagement mit einer verursachungsgerechten Abrechnung ihr Verhalten auch nicht ändern würden. Wenn etwa ein größerer Vermieter selbst die Mieter schriftlich oder auf Veranstaltungen über die Möglichkeiten zur Müllvermeidung und über die Vorteile einer sorgfältigen Mülltrennung informiert – konkret: Die Möglichkeit, einzelne Müllgefäße abzubestellen – könnte das den gleichen oder jedenfalls auch einen Erfolg haben. Diese Kosten wären als reine Verwaltungskosten unstreitig nicht umlagefähig.

Vor allem aber würde das Argument der Einsparung zu einer letztlich nicht mehr kontrollierbaren Ausuferung des Betriebskostenbegriffs führen, die enumerative Aufzählung in § 2 BetrKV wäre gegenstandslos, wenn der Vermieter mit dem Argument der Einsparung Kosten umlegen könnte, die das Gesetz gerade ihm zuweist. Das gilt insbesondere für die Anschaffung und – von den normierten Ausnahmen abgesehen – Anmietung von Betriebsmitteln. Diese gehören zu den Bau- oder Instandhaltungskosten.⁹² Es sind Bewirtschaftungskosten, aber keine Betriebskosten. Der BGH hat in einem ähnlich gelagerten Fall zur Heizkostenverordnung entschieden, der Vermieter könne nicht Leasingkosten für Brenner, Tank und Heizleitungen umlegen, die an die Stelle der sonst anfallenden Bedienungskosten treten würden. Fiktive „gleichsam vermiedene“ Betriebskosten seien von § 7 Abs. 2 BetrKV nicht gemeint.⁹³ Dieser Gedanke gilt auch hier, weil durch die Vergütung des Dienstleisters für das Müllmanagement letztlich (höhere) Entsorgungskosten erspart werden, die dann fiktiv umgelegt werden sollen.

Dieses letzte Argument steht einer Umlage sogar dann entgegen, wenn schon im ersten Jahr die Einsparung ablesbar und offensichtlich eintritt. Das ist gerade beim Müllmanagement häufig der Fall, wenn nämlich die Vergütung nur aus dem Einsparvolumen bezahlt wird. Wall argumentiert insoweit, der Vermieter sei aus Gründen des Wirtschaftlichkeitsgebots gehalten, kostensenkende Maßnahmen zu ergreifen – dann müsse der Preis dafür auch umlagefähig sein.⁹⁴ Mit dieser Begründung würde aber das Wirtschaftlichkeitsgebot zur Anspruchsgrundlage. Der Vermieter könnte mit dieser Begründung in vielen Fällen Verwaltungstätigkeiten, mit denen er die Kosten senkt, auf den Mieter umlegen – zum Beispiel bei der aufwendigen Ausschreibung bestimmter Leistungen. Das Wirtschaftlichkeitsgebot ist aber nicht vom Mieter zu bezahlen,⁹⁵ die kostengünstige Bewirtschaftung ist vom Vermieter zu leisten und zwar auf seine Kosten.

⁹¹ Vgl. Schmid, WuM 2009, 487, 491.

⁹² S. oben unter B. II. 2.

⁹³ BGH, NZM 2009, 120, 121.

⁹⁴ Vgl. Eisenschmidt/Wall-Wall, Betriebskostenkommentar, 3. Aufl. 2010, Rn. 3470 unter Verweis auf LG Mainz, Urt. v. 08.10.2003 – 3 S 138/03 (zitiert nach juris) – dort fehlt aber jede nähere Begründung.

⁹⁵ Vgl. Lammel, jurisPR-MietR 13/2014 Anm. 1.

Umgekehrt verpflichtet das Wirtschaftlichkeitsgebot den Vermieter nicht zur Kostensenkung um jeden Preis. Das Wirtschaftlichkeitsgebot verlangt von ihm insbesondere keine Modernisierung, nur den wirtschaftlichen Betrieb der vorhandenen Anlagen.⁹⁶ Damit ist er auch nicht verpflichtet, Müllmengenerfassungsgeräte anzuschaffen, anzumieten oder die Nutzung über ein Müllmanagement zu zahlen. In Grenzfällen gibt es sicher die Verpflichtung, Betriebsmittel anzuschaffen – etwa einen Rasenmäher – um extreme Personalkosten einzusparen. Auch in diesen Fällen sind aber die Kosten dafür vom Vermieter zu tragen. Die grundsätzliche Trennung zwischen umlegbaren Betriebskosten auf der einen, sowie nicht umlegbaren Verwaltungs-, Kapital-, Anschaffungs- und Instandhaltungskosten auf der anderen Seite wird durch das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht aufgehoben.

Schließlich kann der Vermieter noch nicht einmal eine – wirksame – Vereinbarung mit dem Mieter treffen, die für die Zukunft gilt. § 556 BGB lässt Vereinbarungen über eine gesonderte Umlage gerade nur für Betriebskosten zu, die Vorschrift ist unabdingbar (§ 556 Abs. 4 BGB).

Damit sind nach diesseitiger Auffassung die Kosten des Müllmanagements in ihrer Gesamtheit nicht umlagefähig. Der Vermieter müsste eine Rechnung des Dienstleisters erfordern, die die umlagefähigen Anteile – z. B. Müllsortierung, Entsorgungsgebühren – getrennt ausweist. Diese Anteile kann er umlegen, die weitere Vergütung nicht.

Das Ergebnis ist nicht gerade ökologisch wünschenswert. Der Vermieter wird von einem Müllmanagement auf eigene Kosten eher Abstand nehmen. Das fällt auch in seine Entscheidungsbefugnis. Wenn es bei diesem Ergebnis nicht bleiben soll, wäre an eine Erweiterung bei der nächsten Änderung der BetrKV zu denken. Das fällt in die Entscheidungsbefugnis der Bundesregierung.

⁹⁶ Schmid, WuM 2009, 487, 490.

Informationspflichten gegenüber Verbrauchern – ein zahnloser Papiertiger?

Timm Gessner

Inhaltsverzeichnis

A	Einleitung	101
B	Gesetzliche Informationspflichten	102
I	Verbraucherleitbild	102
II	Informationen	104
III	Kritik an Informationspflichten	105
C	Rechtsfolge Schadensersatz	106
I	Haftungsausfüllende Kausalität	107
1	Begründungspflicht nach § 6 Abs. 1 VVG	107
2	Vorvertragliche Pflichten nach § 491a BGB	108
II	Schadenshöhe	109
III	Auswirkungen für die Praxis	111
D	Alternative Sanktionsformen	112
I	Aufsichtsrechtliche Maßnahmen	112
II	Punitive damages	113
1	Deutsches Schadensersatzrecht	113
2	Modell des US-amerikanischem Strafschadensersatzes	114
3	Transformation	115
E	Ergebnis	118

A Einleitung

Der deutsche Verbraucherschutz ist in den letzten Jahren sowohl gesetzlich als auch durch die Judikatur deutlich gestärkt worden. Zu nennen sind beispielsweise die weitgehenden Änderungen durch die Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie im Jahr 2010 oder die vom BGH entwickelte und immer weiter ausdifferenzierte

Prof. Dr. T. Gessner (✉)

GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten, Bremen, Deutschland

e-mail: tgessner@goerg.de

© Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2015

K.-O. Knops, H.G. Bamberger, G. Hölzle (Hrsg.), *Zivilrecht im Wandel*,

DOI 10.1007/978-3-662-45872-3_6

Rechtsprechung zu Aufklärungspflichten bei der Vermittlung von Finanzprodukten.¹ Obgleich die rechtliche Position des Verbrauchers hierdurch formal deutlich verbessert wurde, stellt sich nicht selten die Frage, ob die von Legislative und Judikative entwickelten Schutzinstrumentarien tatsächlich effizient sind. Insbesondere die zunehmende gesetzliche Verpflichtung, den Verbraucher (vorvertraglich) über bestimmte Parameter zu informieren bzw. aufzuklären, stellt nicht selten einen Schwachpunkt im Verbraucherschutz dar. Nachfolgend sollen die Ineffizienz der Informationspflichten und deren juristische Achillesferse behandelt sowie die Frage nach flankierenden Schutzmechanismen gestellt werden.

B Gesetzliche Informationspflichten

Mittlerweile finden sich in zahlreichen Gesetzen vorvertragliche Informations- und Aufklärungspflichten, die einen Unternehmer treffen, der einen Verbraucher beim Vertragsabschluss mit einem Dritten berät oder selbst mit ihm kontrahieren will. Diese sollen dem „Informationsmodell“ folgend Grundlage der eigenständigen Verbraucherentscheidung sein. Beispielhaft werden diese Mechanismen nachfolgend im Wesentlichen anhand der Beratungspflicht nach § 6 Abs. 1 VVG sowie der vorvertraglichen Informationspflicht im Verbraucherdarlehensrecht gemäß § 491a BGB dargestellt.

I Verbraucherleitbild

Bevor man sich einzelnen Informations- und Aufklärungspflichten nähert, ist es ratsam sich vor Augen zu führen, welches Verbraucherleitbild der Gesetzgeber seinen Regelungen zugrunde legt. Denn als Ausfluss der Vertragsfreiheit kann zunächst festgehalten werden, dass grundsätzlich jedes Individuum am Markt selbstverantwortlich auftritt und daher allein für sein rechtsgeschäftliche Handeln verantwortlich zeichnet.² Nur in Ausnahmefällen, insbesondere zum Schutz von Verbrauchern, sieht der Gesetzgeber die Notwendigkeit der staatlichen Reglementierung. Wie stark dieser Eingriff sein muss, hängt entscheidend davon ab, von welchem Verbraucherleitbild der Gesetzgeber und die Judikatur als normative Zielgröße ausgehen.³ Unterschieden werden können hierbei allgemein drei unterschiedliche Strömungen.⁴

¹ Ausführlich hierzu Koch, BKR 2012, 485ff.

² BGH, NJW 2008, 2026; NJW 1989, 763, 764.

³ Für den Bereich der Anlageberatung Eberius, Regulierung der Anlageberatung und behavioral finance, 2013, S. 29.

⁴ MünchKommBGB-Micklitz, 6. Aufl., Vorbemerkung zu §§ 13, 14 Rn. 66 ff.; Tamm/Tonner-Tamm, Verbraucherrecht, 1. Aufl., § 1 Rn. 20ff.; zu neueren Entwicklungen Kothe, VuR 2012, 338.

Der Modelltyp des sogenannten „homo oeconomicus“⁵ nach dem altliberalen Verbraucherschutzmodell nimmt seine Interessen am Markt selbstständig wahr und kann die dortigen Risiken eigenverantwortlich abschätzen.⁶ Aufgrund dieser Fähigkeit bedarf der Verbraucher keines besonderen gesetzlichen Schutzes, da der Markt selbst die erforderliche Protektion aus sich selbst herbeiführt.⁷ Dem liegt die Annahme zugrunde, dass der Markt im Gleichgewicht ist und sich selbst reguliert. Die Anhänger dieses Modells lehnen daher jegliche staatliche Intervention ab. Der aufzuklärende „homo oeconomicus“ nach dem sogenannten Informationsmodell hingegen bedarf in Teilen des staatlichen Schutzes. Ein selbst regulierender Markt existiert nach dieser Vorstellung nicht, sondern er benötigt eine gesetzlichen Rahmensetzung. Dieser Rahmen orientiert sich an der Frage, in welchem Bereich ein Schutzdefizit des Marktes zu sehen ist. Nach der Vorstellung vom aufzuklärenden „homo oeconomicus“ fehlen dem Verbraucher regelmäßig lediglich die wesentlichen Informationen für eine überlegte Entscheidung. Das Modell geht daher davon aus, dass die normativen Regulierungen allein dafür zu sorgen haben, dem Verbraucher eine hinreichende Informationsgrundlage zur Verfügung zu stellen, aufgrund derer er selbstständig Chancen wahrnehmen und Risiken einschätzen kann.⁸ Diesem Leitbild liegt im Ergebnis die Mündigkeit des Verbrauchers zugrunde, da ihm selbst auferlegt wird, eine Abwägung anzustellen, wenn ihm aufgrund gesetzlicher Regeln hinreichend Informationen zugetragen werden. Insbesondere in der Rechtsprechung des EuGH ist an vielen Stellen diese Vorstellung vom mündigen Verbraucher erkennbar⁹ und auch die einschlägige Literatur scheint diesem Ansatz weitgehend zu folgen.¹⁰

Als drittes Verbraucherleitbild ist das soziale Schutzmodell zu nennen, bei dem der Verbraucher als gegenüber dem Unternehmer strukturell unterlegen und daher per se schutzbedürftig angesehen wird.¹¹ Dieses Modell verlangt nach Hilfestellungen für den Verbraucher, die über die bloße Informationsbeschaffung hinausgehen. Aufgabe des Rechts soll daher die Etablierung weitreichender und im Wesentlichen regulatorischer Protektionsmechanismen sein.

⁵ Das Konzept geht auf Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, von 1776 zurück. Der lateinische Begriff wurde erstmalig von Vilfredo Pareto, *Manuale d'economia politica*, im Jahr 1906 verwendet. Ausführlich zu dieser Figur Eberius, *Regulierung der Anlageberatung und behavioral finance*, 2013, S. 27.

⁶ Tamm/Tonner-Tamm, *Verbraucherrecht*, 1. Aufl., § 1 Rn. 21; Oehler, *VuR* 2006, 294, 295.

⁷ Eidenmüller, *JZ* 2005, 216.

⁸ Tamm/Tonner-Tamm, *Verbraucherrecht*, 1. Aufl., § 1 Rn. 24; Eberius, *Regulierung der Anlageberatung und behavioral finance*, 2013, S. 34; Koch, *BKR* 2012, 485; Reich, *NJW* 1978, 513, 519; Ackermann, *ZEuP* 2009, 230; Grunewald, *AcP* 190 (1990), 611.

⁹ Zum Beispiel EuGH, *DB* 1990, 1179; Schwarze/Becker/Hatje/Schoo-Berg, *EU-Kommentar*, 3. Aufl., *AEUV* Art. 169 Rn. 8.

¹⁰ Bydlinski, *AcP* 204 (2004), 309, 368; Canaris, *AcP* 200 (2000), 320, 343.

¹¹ Eberius, *Regulierung der Anlageberatung und behavioral finance*, 2013, S. 33; kritisch Hölzle, *Verstrickung durch Desinformation*, 2012, S. 25.

In der Legislative und Judikative finden heutzutage nur die beiden letztgenannten Modelle Anhänger.¹² Man hat sich zu Recht vom liberalen Bild des sich selbst regulierenden Marktes abgewandt und die Schutzbedürftigkeit von Verbrauchern erkannt. Die exakte Skalierung zwischen Schutz, Überforderung und Bevormundung ist jedoch schwierig und oftmals situationsbedingt, sodass die strikte Ausrichtung allein an einem Verbraucherleitbild nicht weiterführt. Beobachtet man die legislative Entwicklung der zurückliegenden Jahre, so dürfte im Kontext der zunehmenden europäischen Einflüsse das vom EuGH verwandte Informationsmodell im Wesentlichen das heutige Verbraucherbild prägen.

II Informationen

Möchte man die Effizienz von Informationspflichten erfassen, so ist es nicht ausreichend, allein den Empfänger dieser Informationen auf Grundlage des gesetzlichen Verbraucherleitbilds zu betrachten. Vielmehr sind auch der Absender und vor allem die Qualität der abgegebenen Information zu untersuchen, will man die Wirkung von Informationspflichten herausarbeiten. Hierbei lassen sich zwei Kategorien inhaltlicher Art unterscheiden. Zum einen kennt das Gesetz die Erteilung von individuellen auf den Verbraucher zugeschnittenen Informationen in Form einer vorvertraglichen Beratung. Andere Regelungen verpflichten den Informierenden lediglich, den Verbraucher mit standardisierten Informationen zu versorgen. In dem Fall beschränkt sich die Pflicht regelmäßig auf die ordnungsgemäße Informationserteilung und nur in Ausnahmefällen auf deren Erläuterung. Die beiden nachfolgenden Normen zeigen den deutlichen Unterschied bei der Informationsqualität.

In § 6 Abs. 1 VVG ist beispielsweise vorgesehen, dass der Versicherer den potenziellen Versicherungsnehmer vorvertraglich nach seinen Wünschen befragt, ihn auf dieser Grundlage beim Abschluss der Versicherung berät und dies auch entsprechend dokumentiert. Dem Verbraucher werden demnach individuelle Informationen erteilt, wobei innerhalb der Pflichtentrias die Beratung den essenziellen Teil darstellt.¹³ Konkret handelt es sich um eine Informationspflicht, der sich eine eindeutige Empfehlung des Versicherers anschließen sollte.¹⁴ Der Verbraucher erhält demzufolge eine auf ihn zugeschnittene idealerweise verdichtete Information als Entscheidungsgrundlage. Die geschuldete Qualität der Informationen ist hoch,¹⁵ wodurch ein besonderes Vertrauen des potenziellen Versicherungsnehmers in die Beratungsleistung geschaffen wird.

In vielen Bereichen erhalten Verbraucher aber nur standardisierte Informationen. Besonders ausgeprägt ist diese Informationspraxis bei den Publizitätspflichten im Kapitalmarktrecht. Der jährliche Finanzbericht im Sinne des § 37v WpHG enthält

¹² Tamm/Tonner-Tamm, Verbraucherrecht, 1. Aufl., § 1 Rn. 27.

¹³ MünchKommVVG-Armbrüster, 1. Aufl., § 6 Rn. 23.

¹⁴ MünchKommVVG-Armbrüster, 1. Aufl., § 6 Rn. 98; Prölss/Marti-Prölss, VVG, 28. Aufl., § 6 Rn. 2.

¹⁵ In einer Untersuchung aus 2010 kam Stiftung Warentest allerdings zu dem Ergebnis, dass in fast 40 % der untersuchten Fälle nur standardisierte Informationen dokumentiert wurden.

beispielsweise ausschließlich standardisierte Informationen, die der Wertpapieremittent seinen Anlegern zur Verfügung stellt. Auf Grundlage des Berichts sollen sich die Anleger ein Bild von der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens machen können.¹⁶ Erklärtes Ziel der Implementierung von § 37v WpHG war daher die Schaffung von mehr Transparenz im Sinne eines effektiven Verbraucherschutzes.¹⁷ In Absatz 2 ist definiert, welche Informationen der Jahresfinanzbericht mindestens enthalten muss. Der Wertpapieremittent darf folglich weitergehende Informationen in seinen Finanzbericht aufnehmen und diesen hierdurch „künstlich aufblähen“.¹⁸ Eine Analyse des Deutschen Aktieninstituts kam 2010 zu dem Ergebnis, dass Jahresfinanzberichte durchschnittlich 225 Seiten umfassen.¹⁹ Für den Verbraucher als privaten Anleger ist, insbesondere wenn sich mehrere Aktien in seinem Depot befinden, eine solche standardisierte Informationsfülle kaum zu verarbeiten. Im Gegenteil bietet diese Informationsüberschüttung für den Emittenten die Möglichkeit, relevante Informationen in dem übervollen Bericht zu „verstecken“. Der Verbraucher wird durch die umfangreichen allgemeinen und zumeist verständlicheren „soften“ Informationen von den relevanten Daten abgelenkt.²⁰ Die Informationsqualität für den einzelnen Anleger ist hier gering.

Blickt man zurück auf die Annahmen des Informationsmodells als Leitbild des mündigen Verbrauchers, so wird deutlich, dass grundsätzlich nur qualitativ hochwertige Informationen eine angemessene Entscheidungsgrundlage bilden können. Standardisierte Informationen hingegen helfen dem Verbraucher zwar ebenfalls, verlangen aber eine deutlich höhere eigene Transferleistung und sind daher schwieriger zu verarbeiten.

III Kritik an Informationspflichten

Die immer umfassender statuierten Informationspflichten haben erhebliche Kritik erfahren. Im Kern steht dabei das nachvollziehbare Argument, der Verbraucher werde durch einen „information overload“ eher verwirrt als informiert.²¹ Grund hierfür ist der verhaltenswissenschaftliche Nachweis, dass der Mensch nur in der Lage ist, einen gewissen Informationsumfang aufzunehmen.²²

Die Gefahr eines „information overload“ lässt sich insbesondere am Recht der Verbraucherkredite im Sinne des § 491 BGB veranschaulichen. In diesem 2010 novellierten Rechtsgebiet existieren umfangreiche Pflichten zur Information des Verbrauchers. Allein schon, um ihren vorvertraglichen Informations- und Aufklä-

¹⁶ Möllers/Kernchen, ZGR 2011, 1, 4.

¹⁷ Heidel-Becker, Wertpapierhandelsgesetz, 1. Aufl., § 37 Rn. 1.

¹⁸ Heidel-Becker, Wertpapierhandelsgesetz, 1. Aufl., § 37 Rn. 30.

¹⁹ Möllers/Kernchen, ZGR 2011, 1, 5.

²⁰ Möllers/Kernchen, ZGR 2011, 1, 6.

²¹ Hierzu bereits BGH, NJW 1987, 372, 373; Hölzle, Verstrickung durch Desinformation, 2012, S. 25; Koch, BKR 2012, 485ff.; Lieder, GWR 2011, 175; Derleder, NJW 2009, 3195; Eidenmüller, JZ 2005, 216, 221.

²² Möllers/Kernchen, ZGR 2011, 1, 8; Eidenmüller, JZ 2005, 216, 218.

rungspflichten gemäß § 491a BGB zu genügen, müssen Bankinstitute umfangreiche Dokumente übergeben.²³ Hierzu gehört obligatorisch eine Darstellung der wesentlichen Vertragsdaten nach Anlage 4 zu Art. 247 § 3 EGBG. Zusätzlich kann der Verbraucher den Entwurf des avisierten Darlehensvertrages zu Informationszwecken nach § 491a Abs. 2 BGB verlangen. Übt er dieses Recht aus, beispielsweise um sich besonders gewissenhaft zu informieren, so führt dies in wesentlichen Teilen nur zu einer Duplizierung wichtiger Informationen und damit zur Aufblähung des Informationsmaterials. Dies kann es dem Verbraucher erschweren, die für ihn wirklich wichtigen Informationen zu extrahieren.²⁴

Abgesehen vom Risiko eines „information overloads“ besteht bereits seit Längerem berechtigte Kritik an der theoretischen Gestalt des „homo oeconomicus“ und dessen rationaler Entscheidungsfindung bei bloßer Zurverfügungstellung hinreichender Informationen.²⁵ Zum einen ist erwiesen, dass menschliches Verhalten nicht nur eigennützig und rational begründet werden kann.²⁶ Zum anderen lässt sich aus der Verhaltensforschung die Erkenntnis gewinnen, dass der Mensch aufgrund der begrenzten kognitiven Kapazitäten eine eigene Auswahl der zur Verfügung gestellten Informationen vornimmt und entscheidet, wie viel Zeit und Anstrengung er in die Aufnahme und Verarbeitung der erhaltenen Informationen investiert.²⁷ Es stellt sich daher die grundlegende Frage, ob und in welcher Form die Bereitstellung von Informationen überhaupt ein adäquates Mittel des Verbraucherschutzes ist. Denn handelt das Individuum ohnehin nicht zwingend rational, indem es die für sich vorteilhafteste Entscheidung trifft, und kann es die Informationen zudem nicht hinreichend verarbeiten, so verlieren Informationspflichten den gewünschten Effekt.

Auch wenn es demzufolge berechtigte Kritik an immer exzessiveren Informationspflichten gibt, so muss konstatiert werden, dass es bislang keine praktikablen Alternativen gibt.²⁸ Dies schließt allerdings nicht aus, dass die aktuell bestehenden Informationspflichten auf den Prüfstand zu stellen sind, um die Effizienz der Informationsvermittlung zu gewährleisten.²⁹

C Rechtsfolge Schadensersatz

Wird eine de lege lata normierte oder von der Rechtsprechung entwickelte Informationspflicht verletzt, so stellt sich die Frage, welche konkrete Rechtsfolge der Verbraucher hieraus für sich ableiten kann. Ist die Höhe des zu zahlenden

²³ Nobbe, WM 2011, 625, 627.

²⁴ Nobbe, WM 2011, 625, 627.

²⁵ Ausführlich Eidenmüller, JZ 2005, 216, 218ff.; Steinbeck/Lachenmaier, NJW 2014, 2086ff.; Möllers/Kernchen, ZGR 2011, 1, 7.

²⁶ So auch Steinbeck/Lachenmaier NJW 2014, 2086.

²⁷ Ausführlich Paredes, Washington University Law Review 2003, 416, 435ff.; Möllers/Kernchen, ZGR 2011, 1, 8; Eidenmüller, JZ 2005, 216, 218.

²⁸ So auch Koch, BKR 2012, 485, 493.

²⁹ Koch, BKR 2012, 485; Möllers/Kernchen, ZGR 2011, 1.

Schadensersatzes gering oder bleibt ein solcher Anspruch trotz Verletzung einer Informationspflicht gänzlich aus, so wird eine adäquate Disziplinierung des Informationspflichtigen verhindert. Die Informationspflicht liefe dann faktisch ins Leere.

I Haftungsausfüllende Kausalität

Nachdem eine Verletzung von Informationspflichten festgestellt worden ist, ist es am Verbraucher als potenziell Geschädigtem eine haftungsausfüllende Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und einem etwaigen Schaden nachzuweisen. Im Bereich der Falschberatung bei Kapitalanlagen hat der BGH hierfür die „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ entwickelt, die eine Beweislastumkehr und damit widerlegliche Vermutung zugunsten des Anlegers bewirkt, wonach er im Fall der richtigen und vollständigen Aufklärung dieser Empfehlung gefolgt wäre.³⁰ Hintergrund dieses Konstrukts ist die Annahme, dass es dem Anleger schlichtweg unmöglich wäre zu beweisen, dass er bei vollständiger Aufklärung anders entschieden hätte. Nach dem Leitbild des „homo oeconomicus“ wird jedoch vermutet, dass der Verbraucher eigennützig und rational einer zutreffenden Information bzw. Aufklärung gefolgt wäre. Das setzt allerdings regelmäßig voraus, dass der ordnungsgemäß informierte Verbraucher nur eine einzige (rationale) Handlungsoption gehabt hätte.³¹ Wäre der Verbraucher hingegen in einen Entscheidungskonflikt geraten, sodass mehrere alternative Handlungsweisen in Betracht gekommen wären, so greift die Vermutung nicht mehr.

1 Begründungspflicht nach § 6 Abs. 1 VVG

Betrachtet man die Pflichtentrias in § 6 VVG, so ist die Kausalität zwischen einer Beratung und dem möglicherweise entstehenden Schaden oftmals nur schwer nachzuweisen.³² Dies gilt, obwohl dem Versicherungsnehmer hier grundsätzlich die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens zugutekommt.³³ Denn der Versicherer kann selbstverständlich versuchen, eine entsprechende Vermutung zu entkräften. Dies gelingt zum Beispiel in folgender Konstellation müheelos:

Verletzt der Versicherer, nachdem er einen richtigen Rat erteilt hat, seine Begründungspflicht, so führt dies nur in Ausnahmefällen zu einer Haftung gemäß § 6 Abs. 5 VVG.³⁴ Der Verbraucher könnte sich zwar auf die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens berufen. Allerdings wurde ihm der seiner Entscheidung zugrunde liegende richtige Rat erteilt. Es müsste also vorgetragen werden, dass sich

³⁰ BGH, BKR 2014, 295; BGH, ZIP 2014, 1672; BGH, NJW 2012, 2427, 2429.

³¹ BGHZ, 124, 151, 161.

³² Vgl. BGH Hinweisbeschluss vom 12.02.2014, Az. IV ZR 409/12.

³³ OLG Saarbrücken, VuR 2012, 75; Römer/Langheid-Rixecker, VVG, 4. Auflage 2014, § 6 Rn. 35.

³⁴ Prölss/Martin-Prölss, VVG, 28. Auflage 2010, § 6 Rn. 26.

der potenzielle Versicherungsnehmer trotz des zutreffenden Beratungsergebnisses anders entschieden hätte, wäre dieses begründet worden. Eine solche Konstellation ist kaum vorstellbar, wenn Verfahrens- bzw. formale Fehler zur Informationspflichtverletzung geführt haben, das Ergebnis allerdings nicht zu beanstanden ist. Umgekehrt tritt die Begründungspflicht zurück und wird damit ebenfalls obsolet, wenn nicht nur eine Begründung fehlt, sondern zusätzlich ein falscher Rat erteilt wird. Dann wäre die Verletzung der Beratungs- und nicht der Begründungspflicht im Sinne des § 6 VVG primärer Ansatz zur Begründung eines durch die Pflichtverletzung entstandenen Schadens.

Es kam demnach konstatiert werden, dass die Begründungspflicht nach § 6 VVG nur zu einer zusätzlichen Informationsflut führt und aus schadensersatzrechtlicher Sicht praktisch funktionslos ist.

2 Vorvertragliche Pflichten nach § 491a BGB

Die Verletzung der in 2010 eingeführten vorvertraglichen Aufklärungspflichten im Verbraucherkreditrecht muss ebenfalls nicht zwingend einen kausalen Schaden verursachen. Hinzu kommt, dass der Anwendungsbereich der dargestellten „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ in diesem Rechtsgebiet nur bedingt anwendbar ist. Denn nur wenn es bei pflichtgemäßer Information allein eine vernünftige Entscheidungsoption gegeben hätte, greift die widerlegliche Vermutung. Bei Verbraucherkrediten, in deren Vorfeld nicht ordnungsgemäß aufgeklärt wurde, sind aber regelmäßig mehrere rationale Handlungsszenarien denkbar. Ob der Verbraucher bei ordnungsgemäßer vorvertraglicher Information von der Unterzeichnung des Darlehensvertrages Abstand genommen hätte, kann nicht per se unterstellt werden. Dies gilt insbesondere, wenn sich dessen Konditionen im durchaus üblichen Bereich bewegen. Als Handlungsalternative bei ordnungsgemäßer Aufklärung wäre vielmehr auch das Nachverhandeln der Kreditkonditionen denkbar, wobei das Ergebnis nicht verlässlich ex post nachvollzogen werden kann.³⁵

Die Verletzung der Pflicht nach § 491a Abs. 2 BGB dürfte regelmäßig gar keinen kausal adäquaten Schaden nach sich ziehen. Denn der Verbraucher hätte darzulegen und zu beweisen, dass die unterlassene Übergabe des Vertragsentwurfes einen in Geld zu beziffernden Schaden verursacht hat. Zwar kann er argumentieren, dass er im Fall der Überreichung des Entwurfes vom späteren Vertragsabschluss Abstand genommen und bei einem anderen Anbieter bessere Konditionen erhalten hätte. Dem kann allerdings entgegengehalten werden, dass alle essenziellen Vertragsinformationen zum Vertrag bereits in den obligatorischen Angaben nach § 491a Abs. 1 BGB i. V.m. Art. 247 § 3 EGBGB enthalten waren. Wurden diese Informationen ordnungsgemäß erteilt, so scheidet ein in Geld zu bemessender Schaden aus. Nach dem Leitbild des aufgeklärten „homo oeconomicus“ hätte der Verbraucher selbst in dieser Situation, in der kein Vertragsentwurf übergeben wurde, nicht vom Vertragsabschluss Abstand genommen. Das führt dazu, dass die Informationspflicht in § 491a

³⁵ Gessner, Die rechtlichen Grenzen für restschuldversicherte Verbraucherdarlehen, 2011, S. 220.

Abs. 2 BGB leerläuft, sofern die vorvertraglichen Informationen im Übrigen ordnungsgemäß erteilt werden.³⁶

Selbst die falsche Angabe eines Effektivzinses im Vertragsentwurf gemäß § 491a Abs. 2 BGB oder in den Informationen gemäß § 491a BGB i. V. m. Art. 247 § 3 EGBGB muss nicht zwingend einen kausalen Schaden nach sich ziehen. Denn der Darlehensnehmer müsste darlegen und beweisen, dass er den Vertrag bei Kenntnis des richtigen Effektivzinssatzes nicht geschlossen hätte. Zwar scheint dies auf den ersten Blick unproblematisch. Diese Argumentation kommt allerdings an ihre Grenzen, wenn im finalen Vertragsdokument der richtige Effektivzins angegeben wurde. Vielmehr wird sich der Verbraucher dann den Vorwurf gefallen lassen müssen, er habe noch vor Unterzeichnung des Vertrages Kenntnis vom richtigen Effektivzins erhalten und hätte daher noch vom Vertragsschluss Abstand nehmen können. Dies gilt insbesondere, wenn der Darlehensnehmer vor Unterzeichnung keinen Entwurf gemäß § 491a Abs. 2 BGB verlangt hatte. Von ihm wird in diesem Fall besondere Aufmerksamkeit beim Durchlesen des Vertrages verlangt werden, da er dessen Struktur vor Unterzeichnung noch nicht im Detail kennt. Anders kann sich dies wiederum darstellen, wenn der Darlehensnehmer glaubhaft darlegen kann, er habe auf die vorvertraglichen Angaben vertraut und den Vertrag daher ohne genaue Prüfung unterzeichnet.³⁷

Bei Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten nach § 491a BGB kann der Verbraucher die „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ nicht für sich in Anspruch nehmen. Hierfür gibt es schlichtweg zu viele Handlungsoptionen für ihn. In bestimmten Konstellationen wird eine haftungsausfüllende Kausalität gar nicht nachgewiesen werden können, sodass die Aufklärungspflicht ins Leere läuft.

II Schadenshöhe

Ist die haftungsausfüllende Kausalität festgestellt, so muss der durch die Pflichtverletzung entstandene Schaden gemäß §§ 249 ff. BGB beziffert werden. Dem deutschen Schadensrecht liegt die Differenzhypothese zugrunde, wonach grundsätzlich nur der Schaden zu ersetzen ist, der im Vermögen des Geschädigten durch die Pflichtverletzung entsteht.³⁸ Einen zu ersetzenden Vermögensschaden sieht diese Maxime daher nicht zwingend schon im Abschluss eines Vertrages, wenn es hierdurch zu einem gleichwertigen Leistungsaustausch kommt.³⁹ Nur wenn sich die Vermögenssituation des Geschädigten nach Abschluss des Vertrages messbar schlechter darstellt als zuvor, kann ein Schaden angenommen werden. Der Schutz-

³⁶ Ausgenommen hiervon sind jedoch Umschuldungen und Überziehungskrediten, da § 495 Abs. 3 Nr. 1 BGB eine Verwendung des Musters nach Art. 247 § 3 EGBGB nicht verlangt.

³⁷ Kritisch zu diesem Komplex auch Derleder, NJW 2009, 3195, 3199.

³⁸ BGH, NJW 1981, 979 m. w. N.

³⁹ Dies kann trotz Differenzhypothese allerdings anders sein, wenn „die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist“, BGH NJW 1998, 302, 304. Diese wird bei einem Verbraucher, der gerade ein Darlehen aufnehmen will, aber selten vorkommen.

zweck der verletzten Norm wird demzufolge für eine mögliche Ausweitung des Schadensersatzanspruchs *de lege lata* nicht beachtet.⁴⁰

Betrachtet man die Folgen einer vorvertraglichen Informationspflichtverletzung vor dem Hintergrund der Differenzhypothese, so zeigt sich, dass ein Vermögensschaden oftmals äußerst gering oder gar nicht feststellbar ist. Hinzu kommt für den geschädigten Verbraucher die Schwierigkeit der Beweisführung hinsichtlich eines messbaren Schadens. Wie sich zeigen wird, bleibt die schadensersatzrechtliche Sanktionierung daher oftmals ein stumpfes Schwert für die Disziplinierung der Aufklärungspflichtigen.

Anschaulich wird die angesprochene Problematik an einem Beispiel. Angesichts der Vielzahl von Informationspflichten wird hierfür auf die bereits dargestellten vorvertraglichen Aufklärungspflichten im Verbraucherkreditrecht gemäß § 491a BGB zurückgegriffen. Nach Absatz 1 wird der Darlehensgeber dort verpflichtet, den Darlehensnehmer vor Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrages über die in Art. 247 § 3 Abs. 1 EGBGB aufgezählten Parameter zu informieren. Die Vorschrift wurde im Rahmen der Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, die auf eine Stärkung der Verbraucherrechte abzielt,⁴¹ im Jahr 2010 eingefügt. Sinn und Zweck der umfassenden und europaweit standardisierten vorvertraglichen Informationspflicht ist es, Darlehensangebote grenzüberschreitend für den Verbraucher vergleichbar zu machen.⁴² Das hat zur Folge, dass die zu erteilenden Informationen einen nicht unerheblichen Umfang haben⁴³ und bereits deswegen für den durchschnittlichen Verbraucher schwer zu verarbeiten sind.

Greift man exemplarisch den Fall auf, in dem vorvertraglich ein niedrigerer Effektivzins kommuniziert wurde, im Vertragsdokument allerdings der neue Effektivzins eingetragen ist, so könnte ein Schaden allenfalls darin bestehen, dass der Verbraucher bei richtiger Information ein vor Vertragsschluss bestehendes günstigeres Konkurrenzangebot ausgeschlagen hat, dass er im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung nicht mehr zur Verfügung stand. Die Anforderungen an den Beweis dieser Situation dürften hoch sein. Hat die Bank den Verbraucher zum Beispiel durch einen günstigen Zinssatz in seinen vorvertraglichen Informationen „angelockt“, so holt dieser u. U. kein anderes Angebot ein. Unterzeichnet er später den Vertrag mit dem richtigen Zinssatz, so wird es ihm schwerfallen, einen Verlust der Chance auf den Abschluss eines günstigeren Darlehensvertrages zu beweisen. Dies gilt insbesondere, wenn sich die Konditionen des unterzeichneten Darlehensvertrages im durchschnittlichen Bereich bewegen.

Sollte es dem Verbraucher gelingen, das Verpassen einer Chance auf Abschluss eines günstigeren Darlehensvertrages aufgrund falscher vorvertraglicher Informationen nachweisen zu können, so hält sich der Schaden bei einem durchschnittlichen

⁴⁰ Zum umgekehrten Fall der Haftungsbegrenzung durch den Schutzzweck der Norm Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 265ff.

⁴¹ Bt-Drucks. 16/11643, S. 94; Derleder, NJW 2009, 3195; Rühl, DStR 2009, 2256.

⁴² MünchKommBGB-Schürnbrand, 6. Aufl., Vor § 491ff. Rn. 19; Metz, NJW 2012, 1990; Derleder, NJW 2009, 3195, 3198.

⁴³ Nobbe, WM 2011, 625, 627.

Verbraucherkredit in Grenzen. Hierzu folgender Beispielfall:

Darlehensvaluta	EUR 25.000,00
Effektiver Zinssatz	7,00 % p. a.
Laufzeit	5 Jahre

In dieser Konstellation summiert sich der Zinsaufwand auf EUR 1819,94. Könnte der Verbraucher nun nachweisen, er hätte bei richtiger vorvertraglicher Information einen anderen Darlehensvertrag mit einem Zinssatz von 6,00 % p. a. abschließen können, so wäre der Zinsaufwand um EUR 264,55 niedriger. Diesen Schaden hätte der Darlehensgeber nach der Differenzhypothese zu ersetzen. Betrachtet man die dargestellten Schwierigkeiten der Beweislage und die naturgemäß vorhandene Scheu einen Prozess gegen die eigene Bank anzustrengen, so dürfte die Durchsetzung des Ersatzanspruchs in dieser Größenordnung für den einzelnen Verbraucher kaum lohnenswert sein. Für den Darlehensgeber ist der systematische Verstoß gegen die vorvertraglichen Informationspflichten im Gegenzug und insbesondere in der Summe aller Darlehensverträge hingegen wirtschaftlich attraktiv.⁴⁴

Der nationale Gesetzgeber ist jedoch nach der europäischen Verbraucherkreditrichtlinie, die diesen Normen zugrunde liegt, verpflichtet, für die Einhaltung der Informationspflichten Sorge zu tragen.⁴⁵

III *Auswirkungen für die Praxis*

Es muss festgehalten werden, dass der Verstoß gegen Informationspflichten, wenn überhaupt, so zumindest keinen nennenswerten und damit abschreckenden Schadensersatzanspruch des Verbrauchers begründet. Vielmehr ist die Kompensation im Rahmen der Naturalrestitution in der Regel so gering und die Beweislast wiegt so schwer, dass die gerichtliche Durchsetzung der Schadensersatzansprüche nur selten erfolgen wird.⁴⁶ Für den Informationspflichtigen ist es in Summe rentabler, wenn er möglicherweise aufwendige Informationspflichten verletzt und im Gegenzug gelegentliche Schadensersatzzahlungen in Kauf nimmt.⁴⁷

Eine Befolgung der Informationspflichten kann auf diesem Weg nicht erzielt werden, sodass gesetzlich normierte Informations- und Aufklärungspflichten – aus ökonomischer Sicht sogar nachvollziehbar – missachtet werden. Damit wird jedoch das Leitbild des Informationsmodells (siehe unter B. I.) ausgehöhlt. Um einen effektiven Verbraucherschutz sicherzustellen, müssen Gegenmaßnahmen ergriffen

⁴⁴ Legt man einen Stundenlohn von EUR 60,00 zugrunde und unterstellt einen Zeitaufwand von einer Stunde für die vorvertragliche Aufklärung im Darlehensvertragsrechts, so würde sich nach dem eben dargestellten Beispiel eine Missachtung der Aufklärungspflicht für den Darlehensgeber sogar dann lohnen, wenn 20 % aller Verbraucher erfolgreich Schadensersatz geltend machen würden.

⁴⁵ Art. 24ff. der Richtlinie 2008/48/EG.

⁴⁶ Vgl. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 384.

⁴⁷ So auch Mörsdorf-Schulte, NJW 2006, 1184, 1185.

werden, will man nicht zum altliberalen Verbraucherschutzmodell zurückkehren.⁴⁸ Eine Pönalisierung über den Einzelfall hinaus muss systematische Verstöße gegen Informationspflichten wirtschaftlich unattraktiv machen.

D Alternative Sanktionsformen

Nachdem dargestellt wurde, dass der Verstoß gegen Informationspflichten für den Verpflichteten nur geringfügige vermögensrechtliche Belastungen bedeutet, sind alternative Formen der Sanktion solcher Verstöße zu erwägen. In Betracht kommen hierfür vor allem aufsichtsrechtliche Maßnahmen oder eine eingeschränkte Implementierung des insbesondere aus dem US-amerikanischen Raum bekannten Strafschadensersatzes.⁴⁹

I Aufsichtsrechtliche Maßnahmen

Der Verstoß gegen Informationspflichten könnte zunächst aufsichtsrechtliche Konsequenzen haben. Ein Beispiel für den Gleichschritt von zivilrechtlichem Schadensersatz und aufsichtsrechtlichen Sanktionen findet sich im Kapitalanlagerecht. Nach Etablierung der „Kick-Back“ Rechtsprechung des BGH im Jahr 2006 richtete sich der Blick auf § 31 d Abs. 1 Nr. 2 WpHG und die Frage, ob es sich hierbei um ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB handle. Dies wurde zutreffend verneint. Im Ergebnis führt diese Regelung jedoch dazu, dass ein Anlageberater, der seine Aufklärungspflicht im Sinne der „Kick-Back“ Rechtsprechung verletzt und hierdurch zivilrechtliche Schadensersatzansprüche auslöst, gleichzeitig gegen aufsichtsrechtliche Vorgaben verstößt.⁵⁰ Dies kann zu Sanktionen der BaFin gemäß § 4 Abs. 1 WpHG führen,⁵¹ die dann den Schadensersatzanspruch des Anlegers flankieren. Dieser muss allerdings den Verstoß überhaupt erst einmal selbst bei der BaFin anzeigen, damit diese Kenntnis vom Verstoß erlangt. Darüber hinaus muss festgehalten werden, dass die aufsichtsrechtlichen Sanktionsmechanismen nur geringe Abschreckungswirkung haben. So bleibt es in der Regel lediglich bei einer Verwarnung, wenn der Berater entgegen § 31 d Abs. 1 Nr. 2 WpHG nicht über „Kick-Backs“ aufklärt.⁵²

⁴⁸ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 380 attestieren dem deutschen Schadensersatzrecht insoweit gar ein „Funktionsdefizit“.

⁴⁹ Zu den Formen des punitive damage in verschiedenen Ländern ausführlich Koziol/Wilcox, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, 2009.

⁵⁰ Assmann, ZBB 2008, 21, 29.

⁵¹ Schwark/Zimmer-Koch, Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, § 31d WpHG Rn. 66; Mock, NZG 2012, 1332.

⁵² Möllers, NJW 2011, 1697, 1699.

Abgesehen von der bisher fehlenden Schlagfertigkeit möglicher aufsichtsrechtlicher Maßnahmen (in diesem Bereich) sprechen auch zwei rechtstatsächliche Argumente gegen eine Sanktionierung von Informationspflichtverletzungen auf diesem Weg. So befinden sich Informations- und Aufklärungspflichten in nahezu allen Rechtsbereichen. Um aufsichtsrechtliche Maßnahmen ergreifen zu können, müssten demzufolge entsprechende Beschwerdestellen eingerichtet und sodann normativ mit effektiven Sanktionsmöglichkeiten ausgestattet werden. Die bereits im Versicherungs- und Bankwesen existenten Ombudsmänner wären hierfür mangels demokratischer Legitimation nicht geeignet. Die aufsichtsrechtliche Sanktionierung von Informationspflichtverletzungen würde demzufolge einen erheblichen gesetzlichen Regelungs- und bürokratischen Mehraufwand verursachen.

Ein noch gewichtigeres Argument, die effektive Ahndung von Informationspflichtverletzung nicht in der Implementierung aufsichtsrechtlicher Sanktionsmechanismen zu sehen, liegt auf Seiten des Verbrauchers. Kann dieser nicht oder nur mit geringen Schadensersatzzahlungen rechnen, so ist die Motivation gering, einen solchen Anspruch zivilrechtlich weiterzuverfolgen (s. o.). Dasselbe gilt umso mehr für die Anzeige eines Verstoßes bei der zuständigen Aufsichtsbehörde, wenn er keinen finanziellen Vorteil hiervon zu erwarten hat. Ohne einen (monetären) Anreiz wird der Verbraucher kaum den Aufwand betreiben und sich mit dem möglichen Verstoß zu beschäftigen, diesen möglicherweise noch einmal ausführlich zu dokumentieren und anschließend zu melden. Es wäre daher nur mit vereinzelt Anzeigen von Verstößen zu rechnen, durch die eine flächendeckende und nachhaltige Kontrolle der Informationspflichtigen allein nicht möglich wäre.

II Punitive damages

Eine Alternative wäre die Einführung des Modells eines Strafschadensersatzes (punitive damages) für den Fall, dass vorvertragliche Informations- und Aufklärungspflichten verletzt werden. Denn nur wenn ein Verbraucher nach dem Leitbild des „homo oeconomicus“ die Chance sieht, dass eine Pflichtverletzung wirtschaftliche Vorteile für ihn bedeutet, wird er gewillt sein, die ordnungsgemäße Information zu überprüfen und Verstöße aufzudecken.⁵³ Mehr noch wird der Informationspflichtige eine spürbare wirtschaftliche Einbuße verhindern wollen.

1 Deutsches Schadensersatzrecht

Während sich das Schadensersatzrecht in Deutschland am Grundsatz der Naturalrestitution gemäß § 249 Abs. 1 BGB orientiert, werden im angelsächsischen Raum, insbesondere in den USA, Schadensersatzansprüche teilweise zusätzlich

⁵³ Ähnlich Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 384.

unter einem Präventionsgesichtspunkt berechnet.⁵⁴ Dieses Schadensverständnis ist der deutschen Rechtsdogmatik grundsätzlich fremd.⁵⁵ Bereits 1955 umgrenzte der BGH die ratio des Schadensersatzes auf einen „angemessenen Ausgleich“ und die „Genugtuung“ ohne dabei Raum für etwaige Präventionsaspekte zu lassen.⁵⁶ Zwar sah der BGH beispielsweise 1992 den Ausgleich immaterieller Schäden als mit dem deutschen Recht vereinbar an und betonte 1995 die „abschreckende Wirkung“ von Schadensersatz,⁵⁷ allerdings blieb es bei diesen vorsichtigen und allgemein gehaltenen obiter dicta. Im Kern ist dem deutschen Schadensersatzrecht ein pönalisierendes oder abschreckendes Element weiterhin fremd.

Die normative Entwicklung der letzten Jahre kann allerdings als eine vorsichtige Öffnung des Schadensbegriffs interpretiert werden. Bereits seit vielen Jahren wird von Autoren, die ein Bedürfnis für Strafschadensersatzansprüche sehen, auf § 253 Abs. 2 BGB verwiesen, der abweichend von der Differenzhypothese auch den Ersatz von Nichtvermögensschäden vorsieht.⁵⁸ Noch deutlicher wird diese Loslösung vom reinen Vermögensschaden bei den Regelungen in §§ 7 Abs. 3, 15 Abs. 1, 2 AGG, die bei der Berechnung des Ersatzanspruchs explizit Präventionsgesichtspunkte gewichten wollen.⁵⁹ Die Regelungen der § 15 AGG zugrunde liegenden europäischen Richtlinie lehnen sich im Übrigen teils wörtlich an das US-amerikanische Antidiskriminierungsgesetz an, das eben auch punitive damages kennt.⁶⁰ Trotz dieser Verknüpfung mit dem angloamerikanischen Recht bemüht man sich hierzulande klarzustellen, dass es sich bei dieser Ausnahmeregelung nicht um Strafschaden im engeren Sinne handele.⁶¹

2 Modell des US-amerikanischen Strafschadensersatzes

Das Strafschadensersatzrecht aus dem US-amerikanischen Raum ist in Deutschland auch außerhalb der Fachpresse immer wieder Gegenstand der Berichterstattung.⁶² Grund hierfür sind die hohen Schadensersatzsummen, die dem deutschen Recht fremd sind und wegen der utopischen Verhältnisse zwischen Schadenssumme und

⁵⁴ Wenker, NZV 2014, 241, 243; Müller, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, 2000, S. 7ff.; zur Historie von punitive damages Küster, Strafschadensersatz als Rechtsfolge nach § 15 AGG, 2010, S. 140.

⁵⁵ BVerfG NJW 1995, 649.

⁵⁶ BGHZ 18, 149.

⁵⁷ BGH NJW 1992, 3096, 3100; BGH, NJW 1995, 861 („Caroline I“).

⁵⁸ Wenker, NZV 2014, 241, 243; ausführlich zu unterschiedlichen Ansätzen eines pönalisierenden Schadensersatzes im deutschen Recht Müller, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, 2000, S. 101ff.

⁵⁹ MünchKommBGB-Thüsing, 6. Aufl., § 15 AGG Rn. 14; Däubler/Bertzbach-Däubler, AGG, 3. Aufl., § 15 Rn. 66.

⁶⁰ Küster, Strafschadensersatz als Rechtsfolge nach § 15 AGG, 2010, S. 138.

⁶¹ MünchKommBGB-Thüsing, 6. Aufl., § 15 AGG Rn. 14; zu dem Ergebnis kommen auch, Koziol/Wilcox- Jansen/Rademacher, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, 2009, S. 75ff.; a. A. offenbar ArbG Köln, Urteil vom 12.01.2010, Az. 8 Ca 9872/09.

⁶² Zuletzt wurde die R. J. Reynolds Tobacco Company zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 23 Milliarden Dollar an die Witwe eines an den Folgen des Rauchens gestorbenen Mannes verurteilt, vgl. ZEIT vom 20. Juni 2014.

zu ahndender Tat in der Bevölkerung für Faszination sorgen. Tatsächlich sind die öffentlichen Meldungen allerdings häufig verzerrt. Denn nähert man sich dem Modell des US-amerikanischen Strafschadensersatzes von wissenschaftlicher Seite, so stellt sich dies überaus differenziert dar.⁶³ Auch wird bei näherer Betrachtung erkennbar, dass die aus Sicht der deutsche Öffentlichkeit überhöhten Strafschadensersatzzahlungen zum Teil darauf zurückzuführen sind, dass anders als in Deutschland in den USA sogenannte class actions (Sammelklagen) zulässig sind, bei denen aufgrund des größeren Unrechtsgehalts besonders hohe Summen aufgerufen werden.⁶⁴ Grund genug also, das Modell nicht sofort abzulehnen, sondern näher zu prüfen.

Sinn und Zweck des punitive damage ist ein überkompensatorischer Schadensausgleich zur Bestrafung des Schädigers und zum Zwecke der Prävention.⁶⁵ Der Geschädigte erhält daher eine über den im konkreten Fall messbaren Vermögensschaden hinausgehende Zahlung des Schädigers. Diese wird dann als notwendig angesehen, wenn der Schädiger in besonders verwerflicher Weise gehandelt hat.⁶⁶ Das Rechtsinstitut des punitive damage ist daher primär ein Konstrukt des amerikanischen Deliktsrechts, welches jedoch unter bestimmten Voraussetzungen auch vertragliche Schadensersatzansprüche erfasst.⁶⁷ Einen Regelfall stellen punitive damages allerdings nicht dar, weil auch in den USA der Ersatz des entstandenen Vermögensschadens im Vordergrund steht. Nur wenn dieser Vermögensschaden nicht für ausreichend disziplinierend gehalten wird, greift die Judikatur zum Konstrukt des punitive damage. Der Anteil von Schadensersatzklagen, in denen ein punitive damage zuerkannt wird, liegt daher in den USA auch unter ein Promille.⁶⁸

Die Conclusio des US-amerikanischen punitive damage wäre im vorliegenden Fall adaptierbar. Der Informationspflichtige soll nicht nur im Einzelfall für seine Pflichtverletzung bestraft, sondern auch diszipliniert werden, seinen Verpflichtungen gegenüber Verbrauchern zukünftig nachzukommen. Eine besondere Verwerflichkeit kann hier darin gesehen werden, dass verbraucherschützende Normen aus wirtschaftlichen Erwägungen der Unternehmen bewusst nicht eingehalten werden und somit der Gesetzeszweck umgangen wird.⁶⁹

3 Transformation

Es stellt sich sodann die Frage, ob und wie der Grundgedanke des punitive damage bei der Sanktionierung von Informationspflichtverletzungen ins deutsche Recht adaptiert werden kann. Dabei gilt es, das generelle Präventionsinteresse des Staa-

⁶³ Hierzu ausführlich Klode, NJOZ 2009, 1762, 1764ff.

⁶⁴ Nodoushani, VersR 2005, 1313.

⁶⁵ Küster, Strafschadensersatz als Rechtsfolge nach § 15 AGG, 2010, S. 142; Müller, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, 2000, S. 11.

⁶⁶ Wenker, NZV 2014, 241, 243; Müller, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, 2000, S. 9; Crawford/Pellet/Olleson-Wittich, Oxford Commentaries on International Law, 2010, S. 667.

⁶⁷ Küster Strafschadensersatz als Rechtsfolge nach § 15 AGG, 2010, S. 142f.; Müller, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, 2000, S. 9.

⁶⁸ Mörsdorf-Schulte, NJW 2006, 1184, 1186, ähnlich Klode, NJOZ 2009, 1762, 1766.

⁶⁹ Der Fall einer fahrlässigen Verletzung von Aufklärungspflichten dürfte kaum vorkommen.

tes zu bewerten, ohne den konkreten Schädiger für das Fehlverhalten einer ganzen Branche zu belangen. Entscheidend muss einerseits sein, dass der Schadensersatzanspruch stets über den Kosten für die geschuldete Informationserteilung liegt, sodass es sich für den Informationsverpflichteten wirtschaftlich lohnt, sich gesetzeskonform zu verhalten (siehe unter C. II.).⁷⁰ Andererseits muss der Anspruch hoch genug sein, um beim Verbraucher einen Anreiz zur Durchsetzung seiner Forderung zu schaffen.

Selbst in den USA bereitet die Berechnung von punitive damages Schwierigkeiten,⁷¹ sodass eine Transformation dieses Fremdkörpers ins deutsche Schadensersatzrecht besondere Hürden überwinden muss. Die simple Multiplikation eines entstandenen Vermögensschadens ist vorliegend nicht möglich, da – wie gezeigt – Informationspflichtverletzungen u. U. selbst gar keinen Vermögensschaden verursachen. Insoweit unterscheidet sich der hier diskutierte Strafschadensersatz vom amerikanischen Modell des punitive damage. Während dort ein Vermögensschaden Grundvoraussetzung für die zusätzliche Pönalisierung ist, müsste das deutsche Äquivalent auch dann sanktionieren, wenn kein Vermögensschaden entsteht. Andernfalls würde es an der notwendigen Effizienz fehlen (siehe unter C. II.). Dieser vom Vermögensschaden losgelöste Strafschadensersatz ist im hier gegenständlichen Fall allerdings mit dem Grundgedanken des punitive damage vereinbar. Hier muss die Sanktionierung eines Handelns erfolgen, das insbesondere deswegen verwerflich ist, gerade weil es Schutzmechanismen umgeht, ohne schadensersatzrechtliche Sanktionen fürchten zu müssen.

Ein Weg zur Errechnung eines punitive damage könnte der jeder Informationspflicht spiegelbildlich gegenüberstehende Auskunftsanspruch des Verbrauchers sein. Man stelle sich vor, der Verbraucher würde in Kenntnis seines Rechts die Auskunft vom Informationsverpflichteten verlangen und nicht erhalten. Er könnte seinen Anspruch dann versuchen im Wege einer Auskunftsklage durchzusetzen. Der Streitwert einer solchen Auskunftsklage beliefe sich auf 10 % bis 25 % des potenziellen Zahlungsanspruchs.⁷² Die Schätzung des Streitwertes gemäß § 3 ZPO orientiert sich dabei an der Frage, wie gering die Kenntnisse des Anspruchsinhabers sind und wie angewiesen er auf die Auskunft ist, um seinen Leistungsanspruch durchzusetzen.⁷³ Beim Auskunftsanspruch der Verletzung von Informationspflichten müsste der Streitwert daher 25 % der Leistungsklage betragen. Denn ohne die Information wäre für den Verbraucher der Nachweis einer Pflichtverletzung gar nicht möglich.

Die konkrete Streitwertberechnung durch Quotelung setzt nun noch die Bemessung des Streitwerts einer Zahlungsklage voraus. Betrachtet man auch hier einen

⁷⁰ Klode, NJOZ 2009, 1762, 1770; so auch Mörsdorf-Schulte, NJW 2006, 1184, 1185 unter Verweis auf die amerikanische Praxis und den McDonald's Coffee-Spill-Case, hierzu Wenker, NZV 2014, 241, 243.

⁷¹ Vgl. Küster, Strafschadensersatz als Rechtsfolge nach § 15 AGG, 2010, S. 144ff.; Cooter/Ulen, Law & Economics – fourth edition, 2004, S. 371ff.; Nodoushani, VersR 2005, 1313; Buchner, VersR 2003, 1203.

⁷² BGH MDR 2011, 1438; MünchKommZPO-Wöstmann, 4. Aufl. § 3 Rn. 38.

⁷³ BGH MDR 2011, 1438; BGH FamRZ 2006, 265.

Verbraucherdarlehensvertrag, so ist der Streitwert eines solchen Zahlungsanspruchs bei Informationspflichtverletzung auf die konkret noch offenstehende Darlehensvaluta zu beziehen.⁷⁴ Der Streitwert würde demnach während der Vertragslaufzeit kontinuierlich sinken. Diese Bemessungsgrundlage überzeugt, da die Informationspflichtverletzung umso weniger schwer wiegen muss, je länger der Vertrag vollzogen wird.

Man kann demnach für einen Verbraucherdarlehensvertrag davon ausgehen, dass der gerichtliche Streitwert eines Auskunftsanspruchs bei 25 % der noch offenstehenden Darlehensvaluta läge. Maßstab für einen ersatzfähigen punitive damage könnten dann die bei der Durchsetzung eines solchen Auskunftsanspruchs entstehenden Gerichtskosten und Kosten eines Anwalts für die Klageerhebung sein. Schließlich müsste der Verbraucher mindestens diese Beträge investieren, will er aufgrund der Informationspflichtverletzung seinen Auskunftsanspruch gerichtlich durchsetzen.⁷⁵ Außerdem kennt auch das, zugegebenermaßen kostenrechtlich anders strukturierte US-Recht, die gerichtlichen Verfahrenskosten als Anhaltspunkt zur Berechnung des punitive damage.⁷⁶

Auf Grundlage dieser Überlegungen würde sich der punitive damage bei dem bereits unter C. II. beispielhaft dargestellten Verbraucherdarlehensvertrag wie folgt errechnen:

Verbraucherdarlehensvertrag mit Valuta	EUR 10.000,00
Noch offenstehende Valuta	EUR 7000,00
Streitwert des Auskunftsanspruchs	EUR 1750,00
Gerichts- und Anwaltskosten	EUR 522,85

Der reine Strafschadensersatz beliefe sich unabhängig vom etwaigen Vermögensschaden in diesem Fall somit auf EUR 522,85. Addiert man den vorhin beispielhaft ermittelten echten Vermögens(zins)schaden in Höhe von EUR 264,55, so ergibt sich ein Schadensersatzanspruch des Verbrauchers von EUR 787,40. Diese Summe dürfte für den durchschnittlichen Verbraucher hinreichender Anreiz sein, um eine Informationspflichtverletzung weiterzuverfolgen.

Bei einem Versicherungsvertrag (z. B. einer Risikolebensversicherung) und der Verletzung von § 6 VVG könnte sich die Streitwertberechnung an der Versicherungsprämie orientieren:

Jährliche Versicherungsprämie	EUR 400,00
Laufzeit	15 Jahre
Streitwert	EUR 6000,00

⁷⁴ Dieser Streitwert wird bei der Unwirksamkeit eines Darlehensvertrages angesetzt, MünchKommZPO-Wöstmann, 4. Aufl. § 3 Rn. 54. Eine Vergleichbarkeit mit dem vorliegenden Fall ergibt sich aus dem Umstand, dass aufgrund einer möglichen Informationspflichtverletzung u. U. Anspruch auf Rückabwicklung des Darlehensvertrages bestünde.

⁷⁵ Als Anwaltskosten werden hier die Kosten für die Klageerstellung und -einreichung mit einer 1,3fachen Verfahrensgebühr gemäß § 2 Abs. 2 RVG i. V.m. Nr. 3100 berücksichtigt.

⁷⁶ Müller, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, 2000, S. 13; Klode, NJOZ 2009, 1762, 1767 verweist auf die Regelung im amerikanischen Bundesstaat Connecticut.

Streitwert des Auskunftsanspruchs	EUR 1500,00
Gerichts- und Anwaltskosten	EUR 414,71

Hier läge der Strafschadensersatzanspruch für die Verletzung von Informationspflichten nach § 6 VVG bei EUR 414,71 und damit über der jährlichen Versicherungsprämie. Daher dürfte auch bei dieser Summe hinreichend Anreiz für den Verbraucher gegeben sein, um eine Informationspflichtverletzung unter dem Aspekt des Schadensersatzes überprüfen zu lassen.

Diese Beispiele zeigen, dass ein derart berechneter Strafschadensersatz zu adäquaten Ergebnissen führt. Einerseits sind die Summen hoch genug, um für den Verbraucher ein Klageverfahren und damit die Sanktionierung der Informationspflichtverletzung lohnenswert zu machen. Auf der anderen Seite ist der Anspruch bezogen auf den Einzelfall für ein Unternehmen noch überschaubar, führt allerdings bei der systematischen Missachtung von Informationspflichten in der Summe doch zu einer empfindlichen Strafe. Bei dieser Berechnung ist zudem gewährleistet, dass die Zahlung des Schadensersatzes für den Informationsverpflichteten teurer ist als die Unkosten durch die Beachtung der Informationspflichten.⁷⁷

Wie dargestellt wurde, ist es geboten, vom deutschen Modell der Naturalrestitution abzuweichen, soweit es um die Verletzung verbraucherschützender Informationspflichten geht.⁷⁸ Denn de lege lata ist die Sanktionierung von Pflichtverstößen in diesem Bereich gar nicht möglich, zumindest aber unbefriedigend. Dogmatisch müsste ein solcher Strafschadensersatz als Ausnahmetatbestand zu §§ 249ff. BGB bei der jeweiligen Informations- bzw. Aufklärungspflicht angedockt werden. So könnten beispielsweise, ähnlich wie in § 15 Abs. 2 AGG geschehen, § 6 Abs. 5 VVG und § 491a BGB um einen entsprechenden Passus ergänzt werden, der die Möglichkeit des immateriellen Strafschadensersatzes vorsieht.

E Ergebnis

Der Gesetzgeber bedient sich in vielen Bereichen der Implementierung von Informationspflichten, um den Verbraucherschutz zu stärken. Festzustellen ist jedoch, dass diese Informationspflichten einerseits nicht den gewünschten Effekt haben und Verstöße zudem nicht hinreichend sanktioniert werden. Für einen adäquaten Verbraucherschutz ist es unerlässlich, die Informationsfülle zu reduzieren und gleichzeitig deren Qualität zu erhöhen. Ferner scheint es sinnvoll, bei Verletzung von Informationspflichten einen Strafschadensersatz nach US-amerikanischem Vorbild zu implementieren. Dabei sollten die Kosten für die gerichtliche Einforderung der pflichtwidrigerweise nicht erteilten Informationen Maßstab eines solchen punitive damage sein.

⁷⁷ Kommt man auf das Beispiel unter Rn. 44 zurück, so würde sich eine Missachtung der Aufklärungspflicht für den Darlehensgeber bei dieser Strafschadensersatzberechnung nur noch lohnen, wenn weniger als 7,5 % aller Verbraucher erfolgreich Schadensersatz geltend machen würden.

⁷⁸ Ähnlich Mörsdorf-Schulte, NJW 2006, 1184, 1186.

Wie frei ist der Familienrichter? – Zur Bindung an mietrechtliche Vorgaben im Rahmen des § 1568 a Abs. 5 BGB

Isabell Götz und Gerd Brudermüller

Inhaltsverzeichnis

A	Einleitung	120
B	Ausgangspunkt	120
I	Übersicht über die Überlassungsregelungen in § 1568 a BGB	121
II	Änderung von Mietverhältnissen durch die beteiligten Ehegatten oder das Familiengericht	123
1	Änderung durch Mitteilung	123
2	Änderung durch gerichtliche Entscheidung	124
3	Folgen der Mitteilung nach § 1568 a Abs. 3 Nr. 1 BGB bzw. der rechtskräftigen Überlassungsentscheidung nach § 1568 a Abs. 3 Nr. 2 BGB	124
4	Zulässigkeit weiterer inhaltlicher Änderungen	126
5	Mietrechtliche Folgefragen	126
III	Neubegründung eines Mietverhältnisses durch das Familiengericht	128
1	Voraussetzungen	128
2	Inhalt des Mietvertrags	129
3	Befristung des Mietverhältnisses	130
4	Abweichung von mietrechtlichen Vorgaben	131
C	Fazit	133

Peter Derleder hat mit spitzer Feder immer wieder auf Friktionen bei der Verzahnung von Familien- und Mietrecht hingewiesen. Der folgende Beitrag ist einem herausragenden Rechtswissenschaftler, Hochschullehrer und nicht zuletzt einem langjährigen Freund gewidmet, dessen (sozial)kritische¹, manchmal – zu Recht – aufrührerische Stimme, oft verbunden mit tiefsinnigem Humor, wir noch lange hören und an seinem breitgefächerten Wissen teilhaben wollen.

Dr. I. Götz
Oberlandesgericht München, München, Deutschland
Prof. Dr. Dr. h.c. G. Brudermüller (✉)
Karlsruhe/Bad Dürkheim, Deutschland
e-mail: brumue@t-online.de

¹ S. nur Derleder, in: FS H. Blank, 2006, S. 673ff.

A Einleitung

Eine Ehe und ein Mietverhältnis haben manches gemeinsam: Beide werden oft mit großer Euphorie eingegangen, im Laufe der Zeit kommt es zu Unstimmigkeiten und die Abwicklung erfolgt dann meist sehr streitig und emotional belastet. Das Mietverhältnis ist zweifellos ein Dauerschuldverhältnis und auch die Ehe wird nicht selten als ein solches empfunden. Dieser Beitrag soll sich allerdings nicht in derartigen Vergleichen erschöpfen, vielmehr ist sein Ziel zu untersuchen, wie sich mietrechtliche Vorgaben im Rahmen der Begründung eines Mietverhältnisses gemäß § 1568a Abs. 5 BGB durch den Familienrichter auswirken.

B Ausgangspunkt

Trennt sich ein Ehepaar² und kommt es in der Folge zur Scheidung muss eine Vielzahl von Angelegenheiten geregelt werden: Soll es beim gemeinsamen Sorgerecht für die Kinder bleiben? Wie wird der Umgang mit ihnen ausgestaltet? Gibt es Unterhaltsansprüche und wie hoch ist ein eventueller Zugewinn? Sehr emotional wird häufig der Streit um die vormals gemeinsame Wohnung geführt und darum, welcher Ehegatte während der Trennungszeit vorläufig und nach der Scheidung endgültig in ihr bleiben darf. Der Begriff der Ehewohnung ist nach h. M. weit auszulegen und erfasst alle zu Wohnzwecken geeigneten Räume, die die Ehegatten gemeinsam bewohnt haben oder die nach den gemeinsamen Vorstellungen zumindest dazu bestimmt waren, auch wenn der Plan nicht mehr realisiert wurde³. Eine Wohnung verliert den Charakter der Ehewohnung nicht bereits durch den Auszug eines Ehegatten⁴, sondern erst dann, wenn sie endgültig aufgegeben wird⁵. Zur Ehewohnung gehören auch Nebenräume, nicht jedoch Räume, die überwiegend beruflich oder gewerblich genutzt werden, selbst wenn sie von der Ehewohnung nicht abgetrennt sind⁶. Ob es nur einen räumlichen Mittelpunkt der Ehe und damit nur eine Ehewohnung geben kann, ist streitig⁷. Grundsätzlich unerheblich für die Qualifizierung als Ehewohnung ist das der Nutzung zugrunde liegende Rechtsverhältnis, sodass es

² Die nachfolgenden Ausführungen gelten gleichermaßen für eingetragene Lebenspartner, da § 17 LPartG auf § 1568a BGB verweist.

³ BGH, FamRZ 1990, 987, 988; vgl. auch OLG München, NJW-Spezial 2008, 517, das allerdings einen Rückschluss vom äußeren Erscheinungsbild auf die beabsichtigte Nutzung zieht.

⁴ OLG Bamberg, FamRZ 1990, 1353; OLG Celle, FamRZ 1992, 676; OLG Jena, FamRZ 2004, 877 (LS); OLG Karlsruhe, FamRZ 1999, 1087; vgl. auch LG Freiburg, FamRZ 2005, 1252 zur Zuflucht im Frauenhaus.

⁵ BGH, FamRZ 2013, 1280 m. abl. Anm. Erbarth; OLG Frankfurt/M., FamRZ 2004, 875; KG, FamRZ 2007, 908; OLG Koblenz, FamRZ 2006, 1207; OLG Köln, FamRZ 2005, 1993; OLG München, FamRZ 2007, 836.

⁶ Näher zur Ehewohnung Johannsen/Henrich-Götz, Familienrecht, 6. Aufl., § 1361 b BGB Rn. 8ff.

⁷ Bejahend OLG Brandenburg, FamRZ 2008, 1930; OLG Frankfurt/M., FamRZ 1982, 398; verneinend KG, FamRZ 1986, 1010; OLG München, FamRZ 1994, 1331; zu einem Grenzfall OLG Bamberg, FamRZ 2001, 1316.

ohne Belang ist, ob die Immobilie im Eigentum eines oder beider Ehegatten steht oder ob es sich um ein Mietobjekt handelt und in diesem Fall wiederum, ob nur ein Ehegatte Mieter ist oder beide Mitmieter sind. War die Immobilie bereits vor Eheschließung von einem Ehegatten angemietet worden, ist er auch ohne Zustimmung seines Vermieters berechtigt, seinen Ehegatten aufzunehmen⁸.

Seit 01.09.2009 erfolgt die Regelung der Nutzung der Ehewohnung nach Rechtskraft der Scheidung nicht mehr nach der im Jahr 1944 in Kraft getretenen Hausrats-VO, sondern gemäß § 1568 a BGB⁹. Die Vorschrift enthält sowohl die Voraussetzungen für eine Überlassung der Wohnung an einen Ehegatten zur Alleinnutzung und damit Regelungen betreffend das Innenverhältnis der Beteiligten¹⁰, als auch Bestimmungen über die Änderung und Neubegründung von Mietverhältnissen und damit Regelungsbefugnisse im Verhältnis zu Dritten. Die mietrechtlichen Elemente der Vorschrift haben ein deutlich stärkeres Gewicht als die vormaligen Regelungen der HausratsVO, insbesondere da es nach der Intention des Gesetzgebers „im Interesse der Rechtsklarheit“ unter ihrer Geltung generell zur Begründung oder Fortführung von Mietverhältnissen und nicht mehr zu bloßen Nutzungsregelungen im Innenverhältnis kommen soll¹¹. Der Vermieter wird damit „dem familienrechtlichen Zweck dienstbar gemacht“¹². Soweit der Familienrichter in diesem Kontext mit mietrechtlichen Fragen befasst ist, stellt sich insbesondere die Frage, inwieweit es ihm gestattet ist, von mietrechtlichen Grundsätzen oder Verboten im Einzelfall abzuweichen.

I Übersicht über die Überlassungsregelungen in § 1568 a BGB

Nach § 1568 a Abs. 1 BGB kann ein Ehegatte verlangen, dass ihm der andere anlässlich der Scheidung die Ehewohnung überlässt, wenn er auf deren Nutzung unter Berücksichtigung des Wohls der im Haushalt lebenden Kinder und der Lebensver-

⁸ Schmid, FuR 2014, 438, auch zur Frage, ob der Ehegatte in diesem Kontext nicht als Dritter im Sinn von § 540 Abs. 1 S. 1 BGB anzusehen ist, oder ob die Aufnahme vom vertragsgemäßen Gebrauch umfasst wird; BGH, FamRZ 2013, 1280 geht davon aus, dass der Ehegatte nicht Dritter ist.

⁹ Die Vorschrift beruht auf dem Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts vom 6.7.2009 (BGBl. I S. 1696) und löste am 1.9.2009 die früher in der Hausratsverordnung (HausrVO) enthaltenen materiellrechtlichen Regelungen ab. Die verfahrensrechtlichen Regelungen sind seit 1.9.2009 im Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG; Art. 1 des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.12.2008, BGBl. I S. 2586) und dort insbesondere in den §§ 200ff. enthalten.

¹⁰ Durch das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, (Fn. 9), wurde in Familiensachen die Terminologie geändert: Das „Verfahren“ hat den „Prozess“ bzw. „Rechtsstreit“ abgelöst, der „Antrag“ die „Klage“ und aus den „Parteien“ wurden „Beteiligte“ (vgl. § 113 Abs. 5 FamFG). Hinzu kommt, dass das Familiengericht generell durch Beschluss entscheidet (§§ 38, 116 Abs. 1 FamFG), ein Familienrichter spricht also kein Urteil mehr aus.

¹¹ Bt-Drucks. 16/10798, S. 33.

¹² So – plakativ – Schmid, FuR 2014, 438.

hältnisse der Ehegatten in stärkerem Maße angewiesen ist oder die Überlassung aus anderen Gründen der Billigkeit entspricht. Bei der Überlassungsentscheidung ist also, wie schon bei der Überlassungsentscheidung für die Trennungszeit gemäß § 1361 b Abs. 1 BGB, vorrangig das Wohl der im Haushalt lebenden Kinder zu berücksichtigen. Diese sollen – belastet durch Trennung und Scheidung der Eltern – möglichst in ihrem vertrauten Umfeld bleiben können. Infolgedessen wird die Wohnung häufig dem Ehegatten zu überlassen sein, bei dem die Kinder ihren Lebensmittelpunkt haben¹³. Gibt nicht bereits das Kindeswohl den Ausschlag, sind die Lebensverhältnisse der Ehegatten insgesamt abzuwägen, also deren Alter und Gesundheitszustand, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse, die Verbindung mit Geschäftsräumen oder auch die Nähe zum Arbeitsplatz¹⁴. Lässt sich auch unter Berücksichtigung dieser Kriterien nicht entscheiden, welcher Ehegatte mehr auf die bisherige Wohnung angewiesen ist, sind im Rahmen einer Billigkeitsprüfung besonders schützenswerte Interessen an der Wohnung zu prüfen, so etwa, dass ein Ehepartner in ihr aufgewachsen ist oder größere Investitionen in sie getätigt hat¹⁵. Auch die Frage der wirtschaftlichen Verwertbarkeit kann in diesem Zusammenhang in die Abwägung einzubeziehen sein¹⁶. Gründe, die zum Scheitern der Ehe geführt haben, sind hingegen grundsätzlich ohne Belang, es sei denn, die Nichtberücksichtigung des Fehlverhaltens eines Ehegatten würde zu einem grob unbilligen Ergebnis führen¹⁷.

Auch wenn das der Nutzung zugrunde liegende Rechtsverhältnis für die Qualifikation als Ehewohnung grundsätzlich unerheblich ist, so ist es für die Überlassungsentscheidung doch nicht ohne jede Bedeutung. § 1568 a Abs. 2 BGB schränkt den Überlassungsanspruch für den Fall ein, dass sich die Ehewohnung in einem Haus befindet, das Alleineigentum eines Ehegatten ist oder das im Miteigentum eines Ehegatten gemeinsam mit einem Dritten steht. Dem Eigentum stehen das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht gleich. Abs. 2 findet ferner Anwendung im Fall eines Nießbrauchs, eines Erbbaurechts¹⁸ und eines dinglichen Wohnrechts¹⁹, sofern diese sich auf die Ehewohnung beziehen. Die Überlassung an den nicht dinglich Berechtigten kommt nur dann in Betracht, wenn sie notwendig ist, um eine unbillige Härte zu vermeiden. Die Schwelle für die Überlassung ist mithin deutlich höher. Im Hinblick auf den mit der Überlassung an den anderen Ehegatten verbundenen Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Rechtsposition des dinglich Berechtigten sind an das Vorliegen einer unbilligen Härte zudem strenge Anforderungen zu stellen²⁰. Sind beide Ehegatten an der Wohnung gleichermaßen dinglich berechtigt, wie im praktisch häufigen Fall des Miteigentums, richtet

¹³ OLG Schleswig, FamRZ 2010, 1985.

¹⁴ OLG Bamberg, FamRZ 1996, 1293; OLG Hamm, FamRZ 1996, 1411; OLG Schleswig, FamRZ 2010, 1985.

¹⁵ Bt-Drucks. 16/10798, S. 33.

¹⁶ AG Berlin-Charlottenburg, FamRZ 1980, 1136.

¹⁷ Johannsen/Henrich-Götz, (Fn. 6), § 1568 a BGB Rn. 8 m. w. N.

¹⁸ OLG Oldenburg, FamRZ 1998, 571.

¹⁹ OLG Bamberg, FamRZ 1996, 1085; OLG Koblenz, FamRZ 2001, 225 jeweils zu § 1090 BGB; OLG Stuttgart, FamRZ 1990, 1260 zu § 1093 BGB.

²⁰ OLG Hamm, FamRZ 2004, 888; OLG Naumburg, FamRZ 2002, 672.

sich der Überlassungsanspruch allerdings nicht nach § 1568 a Abs. 2 BGB, sondern nach § 1568 a Abs. 1 BGB und somit (nur) danach, wer die Wohnung dringender braucht²¹. Liegen die Überlassungsvoraussetzungen bei keinem Ehegatten vor, muss eine Auseinandersetzung nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln erfolgen²².

Ob die Überlassung einer Wohnung an noch engere Voraussetzungen gebunden ist, wenn die Ehegatten die Wohnung aufgrund eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses innehaben, das zwischen einem von ihnen und einem Dritten besteht, und die Wohnung dem anderen Ehegatten überlassen werden soll, wird kontrovers beurteilt. Dem Wortlaut nach regelt § 1568 a Abs. 4 BGB zwar nur die Voraussetzungen für den Abschluss eines Mietverhältnisses in diesem Fall und damit das Außenverhältnis. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll als Rechtsfolge einer Wohnungsüberlassung aber künftig ausschließlich die Begründung oder Fortführung eines Mietverhältnisses erfolgen, bloße Nutzungsregelungen im Innenverhältnis sind demnach nicht gewollt²³. Zudem ersetzt die Vorschrift nach der Gesetzesbegründung den früheren § 4 HausrVO, in dem die Wohnungsüberlassung geregelt war²⁴. Es ist daher davon auszugehen, dass bei Wohnungen, die aufgrund eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses bewohnt werden, nicht nur der Abschluss des Mietvertrags, sondern bereits die Überlassung an den nicht Dienst- oder Arbeitsverpflichteten nur unter der Voraussetzung erfolgen kann, dass der Dienstherr oder Arbeitgeber damit einverstanden oder eine schwere Härte zu vermeiden ist²⁵. Ein Härtefall ist anzunehmen, wenn die Belange des betroffenen Ehegatten diejenigen des Dienstherrn oder Arbeitgebers deutlich überwiegen²⁶.

II Änderung von Mietverhältnissen durch die beteiligten Ehegatten oder das Familiengericht

1 Änderung durch Mitteilung

§ 1568 a Abs. 3 BGB betrifft die Änderung eines bestehenden Mietverhältnisses für die Zeit nach Rechtskraft der Scheidung. Eine Mietvertragsänderung wird erforder-

²¹ OLG Celle, FamRZ 1992, 456, 466; Palandt-Brudermüller, BGB, 74. Auflage, § 1568 a BGB Rn. 9; zu unterschiedlichen dinglichen Rechten der Ehegatten vgl. Johannsen/Henrich-Götz, (Fn. 6), § 1568 a BGB Rn. 14.

²² OLG Schleswig, FamRZ 2010, 1985; OLG Saarbrücken, FamRZ 2013, 1982.

²³ Bt-Drucks. 16/10798, S. 33.

²⁴ Bt-Drucks. 16/10798, S. 34.

²⁵ Bork/Jacoby/Schwab-Schwab, FamFG, 2. Aufl., § 200 Rn. 23; MünchKommBGB-Wellenhofer, 6. Aufl., § 1568 a BGB Rn. 38.

²⁶ OLG Frankfurt/M., FamRZ 1992, 695. Die vom Gesetzgeber intendierte Koppelung von Überlassung und Mietvertrag legt es allerdings nahe, dass die Vorschrift künftig auf Werkdienstwohnungen unanwendbar ist, da durch die Begründung eines Mietverhältnisses mit dem nicht Dienstverpflichteten in den bestehenden Arbeitsvertrag eingegriffen würde, vgl. dazu Blank, WuM 2009, 555, 557. Zu den Vorteilen eines bloßen Nutzungsverhältnisses Götz/Brudermüller, NJW 2008, 3025, 3029.

lich, wenn beide Ehegatten Mieter sind oder wenn der bisherige Alleinmieter die Wohnung verlässt und der Nichtmieter in ihr bleibt. Sind sich die Ehegatten und der Vermieter einig, wird die erforderliche Vertragsanpassung ohnehin einvernehmlich erfolgen. Ist dies nicht der Fall, sind sich die Ehegatten jedoch über die künftige Nutzung der Wohnung einig und widersetzt sich nur der Vermieter einer einvernehmlichen Umgestaltung des Mietvertrags, können die Ehegatten gemäß § 1568 a Abs. 3 Nr. 1 BGB durch bloße Mitteilung der Überlassung der Ehwohnung an einen von ihnen gegenüber dem Vermieter die Mietvertragsänderung herbeiführen²⁷ und zwar auch gegen den Willen des Vermieters. Trotz der gewichtigen Rechtsfolgen bestehen keinerlei Formerfordernisse für diese Mitteilung²⁸. Auch bedarf es keiner gemeinsamen Erklärung, sukzessive Mitteilungen genügen²⁹. Das Bestehen einer Überlassungsverpflichtung ist, im Gegensatz zum Wortlaut der Vorschrift (der „zur Überlassung verpflichtete Ehegatte“), nicht erforderlich, andernfalls wäre die Vorschrift praktisch wertlos³⁰.

2 Änderung durch gerichtliche Entscheidung

Ergeht bei Uneinigkeit der Ehegatten über die alleinige Weiternutzung nach der Scheidung eine Entscheidung des Familiengerichts über die Überlassung der Ehwohnung an einen Ehegatten, passt sich der Mietvertrag mit Rechtskraft der Überlassungsentscheidung (§§ 209 Abs. 2 S. 1, 45 FamFG) automatisch dem tatsächlichen Nutzungsverhältnis an.

3 Folgen der Mitteilung nach § 1568 a Abs. 3 Nr. 1 BGB bzw. der rechtskräftigen Überlassungsentscheidung nach § 1568 a Abs. 3 Nr. 2 BGB

Die Mitteilung nach § 1568 a Abs. 3 Nr. 1 BGB ist ein einseitiges Gestaltungsgeschäft, d. h. sie führt unmittelbar zur Vertragsänderung, die mithin keinerlei richterlichen Gestaltungsakt (mehr) erfordert, sondern mit Zugang der Erklärung der Ehegatten beim Vermieter erfolgt³¹. Die Erklärung ist bedingungsfeindlich und muss

²⁷ AG Tempelhof-Kreuzberg, NZM 2010, 528.

²⁸ Zum Schriftformerfordernis im Mietrecht vgl. Börstinghaus, NZM 2013, 332.

²⁹ Besteht Einigkeit über die weitere Wohnungsnutzung, weigert sich ein Ehegatte aber, an der Mitteilung nach § 1568 a Abs. 3 Nr. 1 BGB mitzuwirken, besteht ein Anspruch des anderen auf Mitwirkung an dieser Mitteilung, wobei kontrovers diskutiert wird, ob dieser Anspruch im Ehwohnungsverfahren nach §§ 200ff. FamFG (so Bork/Jacoby/Schwab-Schwab, (Fn. 25), § 200 Rn. 33) oder als sonstige Familiensache gemäß § 266 I Nr. 3 FamFG (so Johannsen/Henrich-Götz, (Fn. 6), § 200 FamFG Rn. 23 a. E.), geltend zu machen ist.

³⁰ Palandt-Brudermüller, (Fn. 21), § 1568 a BGB Rn. 12; Johannsen/Henrich-Götz, (Fn. 6), § 1568 a BGB Rn. 29 a. E.; str., a. A. wohl MünchKommBGB-Wellenhofer, (Fn. 25), § 1568 a BGB Rn. 28, die die Überlassungsverpflichtung allerdings aus der Einigung der Eheleute herleitet.

³¹ Vgl. auch OLG Hamburg, FamRZ 2011, 481 zur Verpflichtung des in der Wohnung verbliebenen Ehegatten an einer Vertragsentlassung, zu welcher der Vermieter bereit ist, mitzuwirken.

klar und unzweideutig sein³². Mit Zugang der Mitteilung nach § 1568 a Abs. 3 Nr. 1 BGB beim Vermieter (§ 130 Abs. 1 BGB) tritt der Ehegatte, dem die Wohnung überlassen wird, in das vom anderen Ehegatten geschlossene Mietverhältnis ein oder setzt ein von beiden eingegangenes Mietverhältnis allein fort. Im Fall sukzessiver Mitteilungen kommt es auf den Zugang der letzten Mitteilung an, sofern dieser nach Rechtskraft der Scheidung erfolgt³³. Erfolgt die Mitteilung bereits vor Rechtskraft der Scheidung, ändert sich der Mietvertrag erst ab Rechtskraft der Scheidung. Diese Einschränkung ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Vorschrift³⁴, sie folgt jedoch aus dem Regelungszusammenhang: Während der Trennungszeit sind Eingriffe in bestehende Mietverhältnisse generell nicht vorgesehen³⁵. Erst für die Zeit nach Rechtskraft der Scheidung und damit im Zusammenhang mit der endgültigen Regelung der Nutzungsverhältnisse an der Ehewohnung kommt eine Mietvertragsänderung in Betracht³⁶. Ist die Gestaltungserklärung wirksam geworden, kann sie nicht mehr einseitig zurückgenommen werden³⁷.

Bei einer gerichtlichen Überlassungsentscheidung ändert sich mit deren Rechtskraft das Mietverhältnis, ohne dass es einer weiteren Erklärung der Ehegatten oder einer expliziten rechtsgestaltenden Entscheidung des Familiengerichts bedarf. Der Ehegatte, dem die Wohnung überlassen wird, ist (Allein-)Mieter, der andere scheidet aus dem Mietvertrag aus.

§ 1568 a Abs. 3 BGB setzt ein noch bestehendes Mietverhältnis voraus. Wurde das Mietverhältnis bereits wirksam gekündigt, ist zwar eine Überlassung der Wohnung nach § 1568 a Abs. 1 BGB nicht von vorneherein ausgeschlossen³⁸, die daran gekoppelte Mietvertragsänderung nach § 1568 a Abs. 3 Nr. 2 BGB führt aber dazu, dass der neue Alleinmieter den Vertrag nur in der gekündigten Form übernimmt und er die Wohnung mit Ablauf der Kündigungsfrist gleichfalls verlassen muss, es sei denn, er kann der Kündigung gemäß § 574 BGB mit Erfolg widersprechen und die Fortsetzung des Mietverhältnisses gemäß § 574 a BGB verlangen. Ist die Wohnung noch nicht weitervermietet, kann zudem die Neubegründung eines Mietverhältnisses nach § 1568 a Abs. 5 BGB in Betracht kommen³⁹.

³² Palandt-Ellenberger, (Fn. 21), Überblick vor § 104 BGB Rn. 17.

³³ Palandt-Brudermüller, (Fn. 21), § 1568 a BGB Rn. 12; MünchKommBGB-Wellenhofer, (Fn. 25), § 1568 a BGB Rn. 30.

³⁴ Insoweit zutreffend Stein, FamFR 2010, 313, 315.

³⁵ OLG Köln, FamRZ 2005, 1993, 1994.

³⁶ Götz/Brudermüller, FamRZ 2009, 1261, 1262; zur Wirksamkeit im Fall einer Verbundentscheidung ist § 148 FamFG zu beachten. Im Hinblick auf die Wirksamkeit erst ab Rechtskraft der Scheidung sollte bei Veräußerung der Immobilie eine gegenüber dem früheren Eigentümer abgegebene Erklärung im Fall des Eintritts der Rechtskraft der Scheidung erst nach dem Eigentumswechsel – anders als eine Kündigung, dazu Blank/Börstinghaus, Miete, 4. Aufl., § 566 BGB Rn. 12 – gegenüber dem neuen Eigentümer vorsorglich wiederholt werden; vgl. auch Derleder, NJW 2008, 1189.

³⁷ So auch Abramenko, MDR 2013, 129, 131/132; zur ausnahmsweisen Zulässigkeit eines Widerrufs Palandt-Ellenberger, (Fn. 21), Überblick vor § 104 BGB Rn. 17.

³⁸ Vgl. auch OLG Köln, FamRZ 2005, 1993 und OLG Oldenburg, FamRZ 1993, 1342 zum Verlust des Ehewohnungscharakters.

³⁹ Dazu unten Punkt III.

4 Zulässigkeit weiterer inhaltlicher Änderungen

Sowohl im Fall einer Mitteilung nach § 1568 a Abs. 3 Nr. 1 BGB als auch im Fall einer an die Überlassungsentscheidung gekoppelten Mietvertragsänderung nach § 1568 a Abs. 3 Nr. 2 BGB wird das vormalige Mietverhältnis – ohne inhaltliche Veränderung – mit dem Mietnachfolger fortgeführt⁴⁰. Alle Vertragsregelungen gelten fort. Vom Vermieter erteilte Erlaubnisse und Gestattungen bleiben bestehen⁴¹. Nur die Person der Mietvertragspartei ändert sich. Eine Ausnahme gilt für solche Mieterrechte und -pflichten, die an die Person des bisherigen Mieters geknüpft waren⁴². Alle weiteren Änderungen (etwa eine Mieterhöhung) würden ein Einvernehmen der Beteiligten voraussetzen. Anders als in § 563 b Abs. 3 BGB ist auch kein gesetzlicher Anspruch des Vermieters gegen den Rechtsnachfolger auf Leistung einer Kautions vorgesehen, wenn der aus dem Vertrag ausgeschiedene Ehegatte eine solche bislang nicht geleistet hat, obschon ihm auch gegen seinen Willen ein Mietverhältnis mit dem gegebenenfalls deutlich einkommensschwächeren Ehegatte aufgezwungen werden kann.

5 Mietrechtliche Folgefragen

Der ausgeschiedene Mieter haftet für alle bis zu seinem Ausscheiden fälligen Ansprüche. Das Vermieterpfandrecht besteht ihm gegenüber nur hinsichtlich dieser Ansprüche fort⁴³. Der neue Alleinmieter haftet für bis zur Vertragsänderung aufgelaufene Mietrückstände hingegen nur, wenn er bisher bereits Mitmieter war oder wenn eine befreiende Schuldübernahme vereinbart wurde (§§ 414, 415 BGB). Für nach der Mietvertragsänderung entstehende Ansprüche haftet ausschließlich der neue (Allein-)Mieter⁴⁴. § 1568 a BGB sieht im Gegensatz zu der (aufgehobenen) HausratsVO keinerlei Sicherungsanordnungen zugunsten des Vermieters vor⁴⁵. Da-

⁴⁰ Dies hat Konsequenzen beispielsweise hinsichtlich der Kündigungsfrist, vgl. § 573 c Abs. 1 S. 2 BGB.

⁴¹ Blank, NJW 2014, 1985, 1986.

⁴² Blank, NZFam 2014, 492, 493.

⁴³ MünchKommBGB-Wellenhofer, (Fn. 25), § 1568 a BGB Rn. 33; Götz/Brudermüller, NJW 2010, 5, 8.

⁴⁴ Dazu näher Götz/Brudermüller, NJW 2010, 5, 8; Blank, NJW 2014, 1985, 1987.

⁴⁵ Die früher nach § 5 Abs. 1 S. 2 HausVO mögliche Anordnung einer (zumindest temporären) Mithaftung des ehemaligen Mit- oder Alleinmieters sollte zwar nach dem ursprünglichen Referentenentwurf (abgedruckt bei Götz/Brudermüller, NJW 2008, 3025) in § 209 Abs. 1 S. 2 und 3 FamFG übernommen werden, sie war aber in dem Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 20.8.2008 nicht mehr enthalten. Dies wurde damit begründet, dass in einem auf Anspruchsgrundlagen umgestellten System für derartige Anordnungen kein Raum sei. Auch bestehe aus mietrechtlicher Sicht für diese Nachhaftung kein Bedürfnis, da der Vermieter das Mietverhältnis bei Zahlungsrückständen fristlos kündigen könne (Bt-Drucks. 16/10798 S. 34) und er durch sein Sonderkündigungsrecht sowie den Zugriff auf die Kautions – sofern eine solche vorhanden ist, vgl. Punkt II 4 – ausreichend geschützt sei (Bt-Drucks. 16/10798, Anlage 4 S. 1). Ob dies zutrifft, ist fraglich, bedenkt man allein den Zeitraum zwischen Eingang einer Räumungsklage nach fristloser Kündigung bei Gericht und tatsächlicher Räumung der Wohnung. Auch eine Kautions überbrückt

mit stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit einer vertraglich vereinbarten Mithaftung des weichenden Ehegatten im Fall der Änderung des Mietverhältnisses nach § 1568 a Abs. 3 BGB. Bei der Wohnraummiete ist die Vereinbarung einer Mietsicherheit auf das Dreifache der Nettokaltmiete beschränkt (§ 551 Abs. 1 BGB). § 554 a Abs. 2 BGB regelt eine eng auszulegende Ausnahme. Die Überschreitung der Höchstgrenze wird grundsätzlich als unzulässig angesehen, soweit Risiken abgedeckt werden sollen, die sich im Rahmen der typischen Gebrauchsgewährung verwirklichen⁴⁶. Von der Rechtsprechung werden allerdings Ausnahmen für den Fall eingeräumt, dass ein Dritter unaufgefordert eine Bürgschaft unter der Bedingung des Zustandekommens eines Wohnraummietverhältnisses gibt⁴⁷. Auch die Erhöhung der Mietsicherheit zur Abwendung einer drohenden fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs oder einer Räumungsvollstreckung wird für zulässig erachtet⁴⁸. Schließlich dürfte insbesondere unter Berücksichtigung der früheren Regelung in § 5 Abs. 1 S. 2 HausrVO die Vereinbarung einer temporären Mithaftung des aus dem Vertrag ausgeschiedenen Partners daher nicht gegen das Übersicherungsverbot verstoßen und deshalb grundsätzlich – mit Blick auf § 307 BGB aber nur individualvertraglich – möglich sein.

Der Vermieter hat nach dem Mieterwechsel ein außerordentliches Kündigungsrecht mit gesetzlicher Frist entsprechend § 563 Abs. 4 BGB. Dieses Recht besteht nur binnen eines Monats nach Zugang der Erklärung gemäß § 1568 a Abs. 3 Nr. 1 BGB⁴⁹ oder Kenntnis von der Rechtskraft der Überlassungsentscheidung⁵⁰. Diese Kündigung setzt einen wichtigen Grund in der Person des neuen (Allein-)Mieters oder in damit zusammenhängenden Umständen voraus⁵¹. Dabei kommt es vor allem darauf an, ob dem Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses zumutbar ist⁵². Dies kann bei Störung des Hausfriedens, Beschädigung der Mietsache, persönlicher Feindschaft im Verhältnis zum Vermieter oder einem unsittlichen Lebenswandel nicht der Fall sein, wobei die genauen Voraussetzungen von Letzterem in der Regel nicht näher erläutert werden. Ein in der Praxis bedeutsamer Kündigungsgrund kommt bei einer Genossenschaftswohnung in Betracht, wenn der neue Alleinmieter nicht Mitglied der Genossenschaft ist und auch nicht werden will⁵³. Auch die Zahlungsunfähigkeit des Mieters kann die Kündigung begründen, wobei bei der Beurteilung der Zahlungsfähigkeit öffentliche Hilfen (Wohngeld, Sozialhilfe) zu

gerade drei Monate, besteht zusätzlich Renovierungs- und Reparaturbedarf an der Wohnung, bleibt dieser ungedeckt. Die dezidierte Entscheidung des Gesetzgebers gegen Sicherungsanordnungen verbietet es dem Familiengericht allerdings, diese analog § 209 FamFG auszusprechen, da es insoweit an der für eine Analogie notwendigen Voraussetzung einer planwidrigen Gesetzeslücke fehlt.

⁴⁶ Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., III Rn. 170.

⁴⁷ BGH, NJW 1990, 2380.

⁴⁸ BGH, NZM 2013, 756; krit. Stornel, (Fn. 46), III Rn. 174.

⁴⁹ Oder Kenntnis von ihrer Wirksamkeit im Fall einer Mitteilung vor Rechtskraft der Scheidung.

⁵⁰ Zum Widerspruchsrecht des Mieters Blank/Börstinghaus, (Fn. 36), § 563 BGB Rn. 70; Schmidt-Futterer-Streyll, Mietrecht, 11. Aufl., § 563 BGB Rn. 72.

⁵¹ Palandt-Weidenkaff, (Fn. 21), § 563 BGB Rn. 24.

⁵² Schmidt-Futterer-Streyll, (Fn. 50), § 563 BGB Rn. 69.

⁵³ Zur Kündigung der Genossenschaftswohnung vgl. auch LG Heidelberg, NZM 2014, 468.

berücksichtigen sind⁵⁴. Das Gleiche muss für etwaige Unterhaltsansprüche gegen den Ehegatten gelten, der zur Überlassung der Wohnung verpflichtet wurde oder sie einvernehmlich dem anderen überlassen hat, über die dann gegebenenfalls im Räumungsprozess vom Mietrichter inzident zu entscheiden ist. Im Hinblick auf die bei § 1570 BGB seit 01.01.2008⁵⁵ zu treffende Einzelfallentscheidung⁵⁶ zeigt sich gerade in diesem Punkt die besondere Problematik der Zweispurigkeit von Miet- und Familienrecht in § 1568 a BGB.

Noch nicht abschließend geklärt ist bislang auch die Anwendung und gegebenenfalls der Beginn der kurzen Verjährungsfrist nach § 548 Abs. 1 BGB im Fall eines Mieterwechsels nach § 1568 a Abs. 3 BGB. Grundsätzlich setzt § 548 Abs. 1 BGB die Rückgabe der Mietsache voraus⁵⁷, die beim Mieterwechsel nach § 1568 a Abs. 3 BGB, bei dem ein Ehegatte in der Wohnung bleibt, grundsätzlich nicht erfolgt, da sich die Besitzverhältnisse nicht zugunsten des Vermieters ändern, dieser die Wohnung also tatsächlich nicht zurückerhält. Hier ist an eine analoge Anwendung des § 548 Abs. 1 BGB zu denken, wobei der Zeitpunkt des Ausscheidens eines Mieters aus dem Mietverhältnis oder der Zeitpunkt, an dem der Vermieter die Mietsache anlassbezogen besichtigen könnte, für den Fristbeginn entscheidend sein könnten⁵⁸.

III Neubegründung eines Mietverhältnisses durch das Familiengericht

Besteht kein Mietverhältnis, kann nach § 1568 a Abs. 5 BGB sowohl derjenige, dem die Wohnung überlassen wird, als auch der zur Vermietung Berechtigte die Begründung eines Mietverhältnisses zu ortsüblichen Bedingungen verlangen.

1 Voraussetzungen

Die Neubegründung eines Mietverhältnisses durch das Familiengericht setzt neben dem Antrag eines Berechtigten das Fehlen eines Mietverhältnisses voraus. Ein Mietverhältnis besteht in der Regel nicht, wenn die Wohnung im Alleineigentum eines Ehegatten steht und ausnahmsweise dem anderen überlassen wird. Gleiches gilt im Fall des Miteigentums der Ehegatten. An einem Mietverhältnis fehlt es

⁵⁴ Näher Blank/Börstinghaus, (Fn. 36) § 563 BGB Rn. 65; Schmidt-Futterer-Streyll, (Fn. 50), § 563 BGB Rn. 69; str., a. A. Sternel, (Fn. 46), XII Rn. 219, da nicht die Maßstäbe anzulegen seien, die dem Vermieter bei freier Auswahl seiner Vertragspartner zuzubilligen sind.

⁵⁵ Nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts, UÄndG, vom 21.7.2007 (BGBl. I S. 3189).

⁵⁶ Vgl. nur die Rechtsprechungsnachweise bei Palandt-Brudermüller, (Fn. 21), § 1570 BGB Rn. 10ff.

⁵⁷ BGH, NJW 2012, 144.

⁵⁸ Blank, NJW 2014, 1985, 1987.

aber auch, wenn der Mietvertrag über die Wohnung vom Alleinmieter wirksam gekündigt wurde, etwa weil er die Überlassung an den anderen vereiteln wollte. Hat der Vermieter die Wohnung in diesem Fall noch nicht weitervermietet, kommt die Neubegründung eines Mietvertrags nach § 1568 a Abs. 5 BGB in Betracht⁵⁹. Wurde die Wohnung allerdings vom Vermieter wirksam gekündigt, scheidet die Neubegründung eines Mietverhältnisses in der Regel aus. Das Interesse des Vermieters, dem eine Kündigung nur bei Vorliegen von Kündigungsgründen möglich ist⁶⁰, an der Vertragsbeendigung ist insoweit höher zu bewerten, als das Interesse des in der Wohnung Verbliebenen an der Neubegründung eines Mietverhältnisses⁶¹. Ausnahmen sind jedoch denkbar, beispielsweise wenn die Kündigung wegen einer schweren Vertragsverletzung des Mieters erfolgte, der die Wohnung in der Folge verlassen und seinem Ehegatten überlassen hat, was im Rahmen der Geltendmachung des Anspruchs aus § 1568 a Abs. 5 BGB vom Familiengericht zu entscheiden wäre. Bei einem Streit über die Wirksamkeit einer Vermieterkündigung ist zu differenzieren: Bei wirksamer Kündigung scheidet die Neubegründung eines Mietverhältnisses durch das Familiengericht – wie dargestellt – in der Regel aus. Im Fall einer unwirksamen Kündigung besteht das Mietverhältnis fort und die Ehegatten können dessen Änderung nach § 1568 a Abs. 3 Nr. 1 BGB herbeiführen. Die Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung ist dann in einem eventuellen Räumungsrechtsstreit zu klären⁶².

2 Inhalt des Mietvertrags

Das Familiengericht muss die Essentialia eines Mietvertrags im Tenor festlegen, also Vermieter und Mieter, die betreffende Wohnung mit Adressenangabe und der insoweit üblichen Beschreibung („bestehend aus 4 Zimmern, einer Küche, einem Bad, einem WC und einem Kellerabteil“) anführen.

Kommt eine Einigung über die Höhe der Miete nicht zustande, kann der Vermieter nach § 1568 a Abs. 5 S. 3 BGB eine angemessene Miete verlangen, die gleichfalls vom Familiengericht festzusetzen ist. Bei der angemessenen Miete handelt es sich im Regelfall um die ortübliche Vergleichsmiete, bei preisgebundenem Wohnraum um die preisrechtlich zulässige Miete⁶³. Eine Miete gemäß § 1568 a Abs. 5 S. 3 BGB muss nach dem Wortlaut der Vorschrift grundsätzlich auch dann festgesetzt werden, wenn der Wohnwert bei einem Mietverhältnis zwischen Ehegatten (oder eingetragenen Lebenspartnern) bereits im Rahmen einer Unterhaltsregelung berücksichtigt worden ist, was nach familienrechtlichen Grundsätzen vor-

⁵⁹ AG München, FamRZ 2014, 1459 mit Anm. von Götz.

⁶⁰ §§ 569 Abs. 4, 543, 573 Abs. 3, 573 a Abs. 3, 573 d Abs. 1, 575 a Abs. 1 BGB.

⁶¹ Vgl. dazu Blank, FPR 1997, 119.

⁶² Götz/Brudermüller, FamRZ 2009, 1261, 1264.

⁶³ Bt-Drucks. 16/10798, S. 35: Eine Abweichung aufgrund persönlicher und wirtschaftlicher Verhältnisse ist möglich. Zur Abweichung bei Deckung des Wohnbedarfs auch von gemeinsamen minderjährigen Kindern Palandt-Brudermüller, (Fn. 21), § 1568 a BGB Rn. 21.

rangig zu erfolgen hat⁶⁴. Der Mieter wird dadurch nicht schutzlos gestellt, da ihm ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Mietforderung hilft, solange diese unterhaltsrechtliche Einbeziehung erfolgt⁶⁵. Dies gilt allerdings nur dann, wenn der Unterhaltsverpflichtete selbst der Vermieter ist. Ist Vermieter hingegen ein am Unterhaltsrechtsverhältnis unbeteiligter Dritter, muss gegebenenfalls die Abänderung des Unterhaltstitels beantragt werden.

Bei Miteigentum ist zu beachten, dass beide Ehegatten Vermieter sind und der in der Wohnung Verbliebene Mieter ist⁶⁶.

Besteht kein Mietverhältnis über die Wohnung, weil der frühere Mietvertrag vom Alleinmieter gekündigt wurde, kann das Familiengericht zwar zusätzlich die Konditionen dieses gekündigten Mietvertrags zugrunde legen und ihn zur Anlage des Beschlusses machen⁶⁷, eine Lösung, die weder dem Vermieter noch dem Mieter Unzumutbares abverlangt, da im Fall einer gemeinsamen Erklärung der Ehegatten nach § 1568 a Abs. 3 Nr. 2 BGB eben dieser Mietvertrag fortgesetzt worden wäre. Bei älteren Mietverträgen besteht insoweit jedoch die Gefahr, dass darin enthaltene Klauseln, etwa die Schönheitsreparatur betreffend, inzwischen unwirksam sind⁶⁸. Vorsicht ist auch bei der Übernahme von Flächenangaben geboten⁶⁹. Gibt es keinen vorhergehenden Vertrag, sollte der Familienrichter, auch wenn dies nicht zu den unbedingt erforderlichen Regelungsgegenständen gehört, bedenken, dass nach dem Gesetz Schönheitsreparaturen und Nebenkosten zulasten des Vermieters gehen (§ 535 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB⁷⁰). Der Anspruch nach § 1568 a Abs. 5 BGB ist auf die Begründung eines Mietverhältnisses zu „ortsüblichen Bedingungen“ gerichtet. Ein Mietverhältnis nach §§ 535ff. BGB erfüllt diese Anforderung nicht immer, da der Mieter – abweichend von der gesetzlichen Regelung – oftmals neben der Grundmiete auch die Betriebskosten und die Kosten der Schönheitsreparaturen zu tragen hat.

3 Befristung des Mietverhältnisses

Nach § 1568 a Abs. 5 S. 2 BGB kann das vom Familiengericht begründete Mietverhältnis auf Antrag des Vermieters entsprechend § 575 BGB oder aus Billigkeitsgründen befristet werden. Die Absicht, die Immobilie zu veräußern, rechtfertigt nach § 575 BGB keine Befristung, ist aber für die Zeit nach Scheidung einer Ehe

⁶⁴ Johannsen/Henrich-Götz, (Fn. 6), § 1361 b BGB Rn. 39.

⁶⁵ AG München, BeckRS 2014, 03870.

⁶⁶ BayObLG, FamRZ 1974, 22, 23.

⁶⁷ Auf diese Weise gehandhabt durch das AG München, FamRZ 2014, 1459 mit Anm. von Götz.

⁶⁸ So im vorgenannten Fall AG München, FamRZ 2014, 1459 mit Anm. von Götz. Zur Rechtsprechung zu den diesbezüglichen mietrechtlichen Formulklauseln vgl. Schmidt-Futterer-Langenberg, (Fn. 50), § 538 Rn. 149ff., sowie Langenberg, NZM 2014, 299.

⁶⁹ Stornel, (Fn. 46), III Rn. 107; Derleder, WuM 2010, 202.

⁷⁰ Blank/Börstinghaus, (Fn. 36), § 535 BGB Rn. 601f. und 416.

als ein durchaus legitimes Interesse anzusehen⁷¹. Um verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine zu weitreichende Begründung unbefristeter Mietverhältnisse Rechnung zu tragen⁷², lässt § 1568 a Abs. 5 BGB daher auch die Möglichkeit einer Befristung nach Billigkeit mit Rücksicht auf die berechtigten Interessen des Vermieters zu, eine Befristungsmöglichkeit, die im ursprünglichen Referentenentwurf⁷³ nicht vorgesehen war. Durch Schaffung dieser weiteren Befristungsmöglichkeit sollten auch Situationen vermieden werden, in denen die sofortige Räumung für den in der Wohnung verbliebenen Ehegatten oder Lebenspartner unzumutbar ist⁷⁴. Diese Befristungsmöglichkeit im Familienrecht – die nach der Intention des Gesetzgebers eine ausgewogene Interessenbalance zwischen den Beteiligten gewährleisten soll⁷⁵ – kennt das Mietrecht nicht. Die familienrechtliche Regelung lässt freilich viel Interpretationsspielraum zu. Nicht erwähnt werden bei der Befristung etwa Mietverhältnisse nur zu vorübergehendem Gebrauch gemäß § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB, obschon gerade diese Gestaltungsmöglichkeit in vielen Fällen eine durchaus praktikable Lösung bieten dürfte⁷⁶. Liegen die Voraussetzungen eines Mietverhältnisses nur zu vorübergehendem Gebrauch vor, wird eine Befristung in der Regel allerdings auch der Billigkeit entsprechen.

Bei der Dauer der Frist sind die Interessen des die Wohnung nutzenden Ehegatten am Verbleib gegen die Interessen der zur Vermietung berechtigten Person an einer anderweitigen Verwendung abzuwägen, wobei wiederum die Belange der Kinder besonders zu berücksichtigen sind⁷⁷. Die bei Entscheidungen über eine Alleinüberlassung einer Wohnung stets vorrangigen Kindeswohlgründe (§§ 1361 b Abs. 1, 1568 a Abs. 1 BGB, § 14 Abs. 1 LPartG) können – unter Berücksichtigung insbesondere des Alters des Kindes und des Besuchs von Kindergarten oder Schule – auch maßgebliches Kriterium im Rahmen der Befristungsentscheidung sein. Die Frist wird häufig so zu bemessen sein, dass der begünstigte geschiedene Ehegatte in diesem Zeitraum die Möglichkeit hat, eine andere zumutbare Wohnung zu finden⁷⁸.

4 Abweichung von mietrechtlichen Vorgaben

Eine häufige Regelung im Wohnraummietrecht geht dahin, dass eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung unwirksam ist (vgl. z. B. § 557 Abs. 4 BGB als Grundregel zum Miethöherecht). Diese Beschneidung der Vertragsfreiheit im Mietrecht dient dem Schutz des Mieters⁷⁹. Bei Neubegründung eines Mietverhält-

⁷¹ Blank/Börstinghaus, (Fn. 36), § 575 BGB Rn. 8.

⁷² Bt-Drucks. 16/10798, S. 36.

⁷³ Abgedruckt bei Götz/Brudermüller, NJW 2008, 3025.

⁷⁴ Bt-Drucks. 16/10798, S. 36.

⁷⁵ Bt-Drucks. 16/10798, S. 36.

⁷⁶ Vgl. dazu näher Blank/Börstinghaus, (Fn. 36), § 549 BGB Rn. 4ff.

⁷⁷ Bt-Drucks. 16/10798, S. 36.

⁷⁸ OLG Köln, FamRZ 1996, 492, 493.

⁷⁹ Lützenkirchen-Dickersbach, Mietrecht, 4. Aufl., § 557 BGB Rn. 7.

nisses schließt § 558 Abs. 1 BGB aus Mieterschutzgründen eine zu rasche Mieterhöhung aus. § 558 Abs. 6 BGB, der letztlich nur das Verbot von § 557 Abs. 4 BGB wiederholt⁸⁰, verbietet insoweit wiederum eine zulasten des Mieters abweichende vertragliche Vereinbarung. Unabhängig davon, ob und unter welchen Bedingungen die Mietvertragsparteien im Einzelfall trotzdem von derartigen mieterschützenden Vorschriften abweichen können⁸¹, ist fraglich, ob eine solche Abweichung dem Familiengericht bei einer Entscheidung nach § 1568 a Abs. 5 BGB gestattet ist.

Die gleiche Frage stellt sich bei anderen mietrechtlichen Vorgaben, wie etwa der Befristung eines Mietverhältnisses, die nach § 1568 a Abs. 5 BGB gegebenenfalls zu erfolgen hat. Ein zeitlich befristetes Mietverhältnis hat gemäß § 575 BGB grundsätzlich die mietrechtliche Konsequenz, dass ein Zeitmietvertrag begründet wird, der wiederum eine ordentliche Kündigung während der Laufzeit ausschließt (§ 542 Abs. 2 BGB)⁸². Geht man zudem davon aus, dass Vertragsregelungen, die das in § 542 BGB aufgestellte System der Beendigung verändern, unwirksam sind und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine individuelle Vereinbarung oder eine Formulklausel handelt und es dazu auch keiner besonderen Verbotsvorschrift bedarf⁸³, drängt sich die Frage, welche Gestaltungsfreiheit der Familienrichter überhaupt hat, noch stärker auf.

Diese mietrechtlichen Regelungen werden der besonderen familienrechtlichen Situation bei einer Wohnungsüberlassung nicht immer gerecht. Wird etwa ein Mietvertrag mit Rücksicht auf das Kindeswohl nicht befristet, kann es unbillig sein, wenn der Vermieter auch noch die Sperrfrist des § 558 Abs. 1 BGB gegen sich gelten lassen muss. Streng genommen wäre dies aber die Konsequenz aus § 1568 a Abs. 5 BGB, da ein neues Mietverhältnis begründet wird. Dies gilt insbesondere, wenn eine Fortsetzung des ursprünglichen Mietvertrags nach § 1568 a Abs. 3 Nr. 1 BGB lediglich am partnerschaftlichen Zerwürfnis scheiterte. Auch die in § 1568 a Abs. 5 S. 2 BGB auf Antrag des Vermieters und zu seinen Gunsten vorgesehene Befristung würde sich als familienrechtliche Russian-Roulette-Klausel⁸⁴ erweisen, wenn die Vertragsdauer die Kündigungsfrist einer ordentlichen Kündigung deutlich übersteigt und später Gründe für eine ordentliche Kündigung vorliegen.

Doch darf der Familienrichter die Sperrfrist des § 558 Abs. 1 BGB überhaupt außer Kraft setzen? Oder kann er etwa anordnen, dass trotz einer Befristung im Rahmen des damit geschaffenen Zeitmietverhältnisses eine ordentliche Kündigung für beide Vertragsteile statthaft ist? Das lenkt den Blick erneut auf das Ziel einer Befristung des Mietverhältnisses: Sie soll eine ausgewogene Interessenbalance zwischen den Beteiligten herstellen⁸⁵. Die Schwäche der Vorschrift ist freilich in der fehlenden Klarstellung begründet, wo die Grenze zwischen Familienrecht und Miet-

⁸⁰ Blank/Börstinghaus, (Fn. 36), § 558 BGB Rn. 77.

⁸¹ Schmid, MDR 2014, 189.

⁸² Palandt-Weidenkaff, (Fn.21), § 542 BGB Rn. 11; Blank/Börstinghaus, (Fn. 36), § 575 a BGB Rn. 1; siehe auch BGH, NJW 2014, 1302 zum angenommenen beiderseitigen Kündigungsverzicht bei unwirksamer Vereinbarung eines Zeitmietvertrags.

⁸³ Lützenkirchen-Lützenkirchen, (Fn. 79), § 542 BGB Rn. 8.

⁸⁴ Zu dieser im Gesellschaftsvertrag OLG Nürnberg, NJW-RR 2014, 418.

⁸⁵ Bt-Drucks. 16/10798, S. 36.

recht verläuft. Ein „Vertrag“ wird im Rahmen einer Entscheidung nach § 1568 a Abs. 5 BGB nicht geschlossen. Greift man auf die im Familienrecht letztlich unverzichtbaren Billigkeitsregeln zurück, muss der Familienrichter im Einzelfall – unter Abwägung der beiderseitigen Positionen – auch Regelungen treffen können, die mietrechtlich als Vertrag nicht zulässig wären. Ließe man dies nicht zu und wäre allein das Mietrecht maßgeblich, wäre auch keine Befristung aus Gründen der Billigkeit möglich, denn diese sieht das Mietrecht überhaupt nicht vor. Die Entscheidung, einem Vermieter bei Ablehnung der Befristung aus Billigkeitsgründen Bewegungsfreiheit für eine (gegebenenfalls auch zeitnahe) Mieterhöhung zu verschaffen, erscheint daher ebenso naheliegend und im Kontext der Billigkeitserwägungen zutreffend wie die Zulassung der ordentlichen Kündigung auch bei einem aus Billigkeitsgründen befristeten Mietverhältnis, je nach Dauer der angeordneten Frist. Der Entscheidungsfreiheit des Familienrichters setzt das Mietrecht insoweit keine Grenzen und schränkt ihn in seiner Ermessensausübung daher auch nicht ein. Im Hinblick auf die zahlreichen Verbote abweichender Vereinbarungen zulasten des Mieters im Mietrecht (z. B. auch in § 575 Abs. 4 BGB) ist in diesem Bereich mit einer Vereinbarung allerdings Vorsicht geboten⁸⁶ und eine familiengerichtliche Entscheidung gegebenenfalls vorzuziehen.

C Fazit

Besteht in dieser Grauzone zwischen Miet- und Familienrecht deshalb nun ein Regelungsbedarf für den Gesetzgeber? Im Rahmen von § 1568 a Abs. 5 BGB ist diese Frage zu verneinen. Die Rechtsprechung hat die Freiheit, innerhalb der ihr überantworteten Billigkeitsentscheidung gegebenenfalls von mietrechtlichen Vorgaben abzuweichen und andere der Billigkeit genügende Maßstäbe aufzustellen. Vor allem das Kindeswohl erfordert flexible Regelungen für den Einzelfall, denen der Familienrichter im Rahmen des jeweiligen Einzelfalls auch gerecht werden muss. Allerdings hat sich in der Praxis inzwischen gezeigt, dass entgegen der Vorstellung des Gesetzgebers keineswegs in allen Fällen für die Zeit nach Rechtskraft der Scheidung Mietverträge, die der tatsächlichen Nutzung entsprechen, zustande kommen. Das Fehlen einer Regelung zur Nutzungsentschädigung für die Zeit nach Rechtskraft der Scheidung – wie sie für die Trennungszeit in § 1361 b Abs. 3 BGB explizit vorgesehen ist – wirft in der Praxis erhebliche Probleme auf⁸⁷, die vom Gesetzgeber unschwer behoben werden könnten. Nachdem eine entsprechende Anregung des Bundesrats⁸⁸ im Gesetzgebungsverfahren jedoch nicht aufgegriffen wurde⁸⁹, besteht insoweit, realistisch betrachtet, kaum Aussicht auf Abhilfe.

⁸⁶ Vgl. dazu Schmid, MDR 2014, 189, der auf die von Lehmann-Richter, WuM 2010, 3, ausdifferenzierte Lehre zur Zulässigkeit von vom Mietrecht abweichender Vereinbarungen bei Kompensation der Nachteile durch Vorteile hinweist.

⁸⁷ Vgl. etwa OLG Frankfurt/M., FamRZ 2013, 1681, und NJW-Spezial 2013, 539; OLG Hamm, FamRZ 2013, 1421.

⁸⁸ Bt-Drucks. 16/10798, Anlage 3 Ziffer 4.

⁸⁹ Bt-Drucks. 16/13027, S. 11.

„Kettengewährleistung“ – Mängelrechte des Käufers im Anschluss an ein Nacherfüllungsbemühen des Verkäufers

Beate Gsell

Inhaltsverzeichnis

A	Einleitung	136
I	Das Problem von im Anschluss an Nacherfüllungsmaßnahmen manifest werdenden Mängeln	136
II	Fallgruppen	137
III	Offene Fragen	139
B	Stellung der Nacherfüllungspflicht im Leistungsstörungenrecht des modernisierten Schuldrechts	139
I	Leistungspflichtverletzung als Bruch des vertraglichen Versprechens	139
II	Identität von Erfüllungs- und Nacherfüllungspflicht	140
III	Grundsätzliches Gebot der Gleichstellung des Käufers bei Nacherfüllung	140
C	Dynamisierung des durch Nacherfüllung geschuldeten Sollzustandes der Kaufsache?	140
I	Zwischen Gefahrübergang und Nacherfüllung eingetretene Verschlechterungen	141
1	Nachbesserung	141
2	Ersatzlieferung	142
II	Im Zuge der Nacherfüllung eintretende Verschlechterungen	144
1	Ersatzlieferung	144
2	Nachbesserung	145
3	„Zurückspringen“ der Gefahr und neuer Gefahrübergang	147
D	Fortdauernde Mängelrechte	148
I	Nacherfüllung misslungen	148
II	Voraussetzungen der Mängelhaftung nicht durch Nacherfüllung entfallen	149
E	Erneute Nachfristsetzung geboten?	150
I	Grundsätzlich keine weitere Nachfristsetzung geboten	151
II	Bei nachträglichem Offenbarwerden anfänglicher Mängel (Fallgruppe 4) grundsätzlich weitere Nachfristsetzung geboten	152
III	Keine weitere Nachfristsetzung bei Fehlschlagen der Nacherfüllung i. S. v. § 440 S. 1 Var. 2 BGB	153
F	Verjährungsrechtliche Einordnung nachträglich offenbar werdender Defekte	153
I	Hemmung oder Neubeginn der Verjährung nach den allgemeinen Regeln	154
1	Hemmung nach § 203 S. 1 BGB	154

Prof. Dr. B. Gsell (✉)

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht,
Ludwig-Maximilians-Universität München, RiOLG München, München, Deutschland
e-mail: beate.gsell@jura.uni-muenchen.de

2	Neubeginn nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB	155
3	Nur begrenzter Schutz gegen Verjährung	155
II	Neubeginn der Verjährung nach § 438 BGB durch Ablieferung der reparierten Sache oder der Ersatzsache?	156
1	Keine klare gesetzliche Anordnung	156
2	Systematische und teleologische Wertungen entscheidend	158
3	Neuer Lauf der Verjährungsfrist bei nachträglichen anderen Defekten (Fallgruppe 3)	159
4	Neuer Lauf der Verjährungsfrist bei Fortdauer des ursprünglichen Mangels (Fallgruppen 1 und 2)	161
5	Kein neuer Lauf der Verjährungsfrist bei nachträglichem Offenbarwerden anfänglicher Mängel (Fallgruppe 4)	162
6	Begrenzung der neuen Verjährungsfrist durch die maximale Nutzungsdauer einer einwandfreien Sache?	163
III	Erneuter Lauf der 6-Monats-Frist des § 476 BGB?	165
1	Keine klare gesetzliche Anordnung	165
2	Zweite Anwendung des § 476 BGB im Falle der Ersatzlieferung geboten	166
3	Zweite Anwendung des § 476 BGB im Falle der Nachbesserung geboten	167
4	Bloße Vermutung der Mangelfreiheit im Zeitpunkt des zweiten Gefährübergangs	168
5	Möglichkeiten der Entkräftung der Vermutung	169
G	Ergebnisse	169

A Einleitung

I Das Problem von im Anschluss an Nacherfüllungsmaßnahmen manifest werdenden Mängeln

Hat der Verkäufer nach § 439 BGB eine Nachbesserung oder eine Ersatzlieferung vorgenommen, erweist sich aber später die reparierte Sache oder die Ersatzsache wiederum als mangelhaft, so stellt sich die Frage, inwieweit der Verkäufer auch für einen solchen später zutage tretenden Defekt einzustehen hat. Der Schuldrechtsmodernisierungsgesetzgeber hat diese häufig mit dem Schlagwort der „Kettengewährleistung“¹ umschriebene Problematik nicht ausdrücklich geregelt. Höchststrichterliche Erkenntnisse gibt es bislang nur wenige, die Stellungnahmen in der Literatur divergieren zum Teil stark. Über eine künftige ausdrückliche gesetzliche Regelung, die schon um der Rechtssicherheit willen sicherlich wünschenswert wäre, wird derzeit in einer Projektgruppe Gewährleistung und Garantie der Verbraucherschutzministerkonferenz und Justizministerkonferenz nachgedacht.² Nachfolgend sollen

¹ S. statt vieler Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1420f.

² Vgl. den Beschluss der 9. Verbraucherschutzministerkonferenz 2013, zu TOP 47, abrufbar (am 01.10.2014) unter https://www.verbraucherschutzministerkonferenz.de/documents/Endgueltiges_Protokoll_VSMK_Bad_Nauheim_17-05-13.pdf, wonach gesetzgeberische Lösungen u. a. für notwendig erachtet werden, um „Klarheit darüber zu schaffen, dass die Ver-

zunächst die maßgeblichen Fallgruppen dargestellt und dann unter Orientierung an der Funktion der Nacherfüllung und deren systematischer Stellung innerhalb des modernisierten Leistungsstörungenrechts des BGB Voraussetzungen und Grenzen der Haftung einschließlich der zeitlichen Grenzen der Verjährung de lege lata umrissen werden. An den maßgeblichen Wertungen sollte sich ggf. auch eine künftige gesetzliche Lösung orientieren.

II Fallgruppen

Tritt im Anschluss an einen Nacherfüllungsversuch erneut ein Defekt der Kaufsache auf, der nicht im Einflussbereich des Käufers verursacht wurde, so lassen sich im Wesentlichen folgende Situationen unterscheiden:

Erstens ist bei der Nachbesserung denkbar, dass der ursprüngliche Fehler der Kaufsache – ganz oder teilweise – schlicht fort dauert und zu denselben oder zu anderen Mangelsymptomen führt, etwa dem Versagen einer bestimmten Funktion der Sache. Das Scheitern der Reparatur mag etwa auf einer falschen Fehlerdiagnose beruhen oder auf einer unsorgfältigen Durchführung der Reparatur, in deren Folge jeweils die wahre Mangelursache nicht oder unvollständig behoben, etwa das maßgebliche fehlerhafte Teil nicht ausgetauscht, sondern nur oberflächlich Mangelsymptome beseitigt wurden (**Fallgruppe 1**).³ Ein Beispiel: Ein Staubsauger, bei dem sich aufgrund eines Defektes von Teil A in der Elektronik die Saugstärke nicht

jäh rung der Gewährleistungsansprüche nach Reparatur und Ersatzlieferung innerhalb eines festzulegenden zeitlichen Rahmens neu beginnt und den Verbraucher durch eine angemessene Gefahrtragungsregel davor zu schützen, dass er nach der Aufforderung des Verkäufers zur Mangelbeseitigung insbesondere während des Transports der Ware zum Verkäufer die Folgen eines unverschuldeten Verlusts oder einer unverschuldeten Beschädigung trägt.“ sowie den Beschluss der 84. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister 2013 zu TOP I.6. abrufbar (am 18.12.2014) unter http://www.saarland.de/dokumente/res_justiz/TOP_I.6_Gewahrleistungsrechte_und_Garantien_beim_Verbrauchsgueterkauf.pdf, wonach die Justizministerinnen und Justizminister bereit sind, „sich mit der Verbraucherschutzministerkonferenz an einer Arbeitsgruppe zu beteiligen, die die Notwendigkeit gesetzlicher Änderungen näher untersucht und der Verbraucherschutzministerkonferenz sowie der Justizministerkonferenz über die Ergebnisse berichtet.“

³ Möglicherweise lag ein solcher Sachverhalt BGH, NJW 2011, 1664 zugrunde, wo im Anschluss an Nachbesserungsbemühungen des Verkäufers erneut „Verbrennungsaussetzer“ verbunden mit Rütteln und unrundem Lauf des Motors auftraten. Jedoch ließ sich nicht ausschließen, dass diese identischen Mangelsymptome möglicherweise auf alternativen, aber ebenfalls einen Mangel begründenden Ursachen beruhten, dazu sogleich Fallgruppe 4; auch BGH, NJW 2009, 1341 behandelt möglicherweise eine solche Konstellation: Ein Defekt am elektrischen Fensterheber eines Kfz tritt nach der Reparatur erneut auf; allerdings vermochte der nach Entgegennahme des Fahrzeuges prinzipiell nach § 363 BGB für das Fehlschlagen der Nachbesserung beweisbelastete Käufer nicht nachzuweisen, dass das erneute Auftreten des Defektes nicht auf einem Einbruch beruhte; vgl. ferner BGHZ 108, 65, zit. nach juris Rn. 14 für einen Werkvertrag: „Die vergeblichen Nachbesserungsversuche der Beklagten bezogen sich auf Mangelerscheinungen, die vor und nach den Nachbesserungsversuchen in gleicher Weise wiederauftraten, weil die Beklagte nur die Erscheinungen und nicht die Mängel selbst beseitigt hat.“

regulieren lässt, bleibt mangelhaft, weil Teil A nicht oder nur unvollständig ausgetauscht wurde. Teil A mag auch noch andere Funktionen steuern, die infolge der unzureichenden Reparatur später ebenfalls ausfallen.

Zweitens kann es sein, dass fehlerhafte Teile im Zuge der Nachbesserung ersetzt werden und die Austauschteile wiederum Fehler aufweisen, die zu den gleichen oder aber zu anderen Mangelsymptomen führen als sie ursprünglich geltend gemacht wurden. Ähnlich kann es bei der Ersatzlieferung vorkommen, dass diejenigen Teile, die bei der ursprünglichen Kaufsache fehlerhaft waren, auch bei der Ersatzsache wiederum defekt sind und zu anderen oder den gleichen Mangelsymptomen führen, wie sie bereits bei der ursprünglich gelieferten Kaufsache zutage traten (**Fallgruppe 2**). Zur Illustration: Das infolge Nachbesserung eingebaute Teil A ist wiederum mangelhaft oder der ersatzweise gelieferte Staubsauger weist erneut ein defektes Teil A auf.

Drittens mag es bei der Nachbesserung dazu kommen, dass bislang fehlerfreie Teile der Kaufsache beschädigt oder entfernt oder durch nunmehr fehlerhafte Teile ersetzt werden und dies andere Mangelsymptome verursacht als die ursprünglich vom Käufer gerügten oder aber gleichen Mangelerscheinungen.⁴ Oder es mag die Ersatzsache hinsichtlich solcher Teile, die bei der zunächst gelieferten Sache einwandfrei waren, Mängel aufweisen, die wiederum die gleichen oder aber andere Mangelsymptome bedingen (**Fallgruppe 3**). Zur Veranschaulichung: Bei der Reparatur wird zwar erfolgreich Teil A ausgetauscht, jedoch auch das bislang einwandfreie Teil B beschädigt oder versehentlich entfernt oder durch ein fehlerhaftes Teil B ersetzt. Oder es enthält der ersatzweise gelieferte neue Staubsauger zwar ein einwandfreies Teil A, zugleich aber ein defektes Teil B.

Denkbar ist bei der Nachbesserung aber auch viertens, dass ein anderes Teil der Kaufsache, das gar nicht Gegenstand der Nachbesserung war und das die gerügte Mangelerscheinung auch nicht verursacht hat, sich nunmehr als fehlerhaft erweist und zu den gleichen Mangelsymptomen führt wie der ursprünglich geltend gemachte Defekt oder (auch) zu anderen Mangelerscheinungen (**Fallgruppe 4**).⁵ Wiederum ein Beispiel: Teil A wurde vom Verkäufer des Staubsaugers erfolgreich ausgetauscht, jedoch versagt kurze Zeit später Teil B seinen Dienst, das ebenfalls für die Regulierung der Saugleistung erforderlich ist oder (auch) andere Funktionen steuert, die dann ausfallen.

⁴ S. OLG Saarbrücken, NJW 2007, 3503, 3504 zu einem Fall, in dem der Verkäufer anlässlich der Reparatur des gekauften Pkw, das Probleme beim Anspringen aufwies, einen Schaden an dessen Karosserie verursachte.

⁵ Vgl. etwa OLG Brandenburg, BeckRS 2008, 09531: Der Verkäufer führt Getriebereparaturarbeiten durch, später wird ein Rücktritt gestützt auf die Beschaffenheit des Fahrzeuges als Unfallwagen, Chassis-Stauchungen sowie Front- und Heckschäden; eine solche Situation lag möglicherweise auch BGH NJW 2011, 1664 (s. dazu bereits Fn. 3) zugrunde, wo es in Rn. 9 heißt, dass das Berufungsgericht in technischer Hinsicht nicht mit Sicherheit habe feststellen können, ob die ursprünglich nach Übergabe aufgetretenen Zündaussetzer des betreffenden A-Cabriolets mit den später nach Nachbesserungsversuchen des Verkäufers auftretenden Zündaussetzern identisch waren. Alternativ kam als Ursache eine defekte Zündspule, eine defekte Zündkerze, ein defektes Einspritzventil, mechanische Defekte am Motor oder ein Wackelkontakt in der Motoelektrik in Betracht.

III Offene Fragen

Möchte der Käufer den Verkäufer aufgrund eines im Anschluss an die Nacherfüllung zutage tretenden Defektes erneut in Anspruch nehmen, so stellen sich vor allem die folgenden Fragen: Welchen Sollzustand hatte der Verkäufer durch sein Nacherfüllungsbemühen herzustellen und welche Rechte kann der Käufer aktuell angesichts des nachträglich sichtbar gewordenen Fehlers geltend machen? Im Zusammenhang damit ist insbesondere zu klären, ob der Käufer dem Verkäufer ggf. zunächst eine neue Nachfrist zur Nacherfüllung setzen muss, bevor er nach §§ 437 Nr. 2, 323 BGB vom Kaufvertrag zurücktreten und/oder nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann. Weiter ist zu bestimmen, inwieweit die Nacherfüllung eine neue Verjährungsfrist nach § 438 BGB auslöst und ob und mit welchen Folgen die Sechs-Monats-Frist des § 476 BGB ein weiteres Mal in Gang gesetzt wird.

B Stellung der Nacherfüllungspflicht im Leistungsstörungenrecht des modernisierten Schuldrechts

I Leistungspflichtverletzung als Bruch des vertraglichen Versprechens

Fragt man sich, wie ein nachträglich zutage tretender Defekt leistungsstörungenrechtlich einzuordnen ist, so muss man sich zunächst klarmachen, dass das neue Leistungsstörungenrecht einem Konzept der Leistungspflichtverletzung folgt, das nicht an ein schuldnerisches Fehlverhalten anknüpft, sondern an die enttäuschte Gläubigererwartung.⁶ Entscheidend für die Pflichtverletzung ist, dass der Gläubiger nicht das bekommt, was ihm nach dem Inhalt der jeweiligen Leistungspflicht versprochen wurde, während die Frage, ob den Schuldner hinsichtlich des Leistungsdefizites ein Vorwurf trifft, allein das Vertretenmüssen betrifft. Eine Leistungspflichtverletzung liegt deshalb selbst dann vor, wenn der Gläubiger aufgrund Befreiung wegen Unmöglichkeit nach § 275 BGB gar keinen Leistungsanspruch (mehr) gegen den Schuldner hat. Anders lässt sich vor allem die in § 311a Abs. 2 BGB für den Fall anfänglicher Unmöglichkeit angeordnete Haftung auf Schadensersatz statt der Leistung, also auf das positive und nicht nur das negative Interesse, nicht erklären.⁷

⁶ Näher dazu und zum Folgenden ausf. Soergel-Gsell, BGB, 13. Aufl. 2014, § 311a Rn. 5ff. m. umf. N. zum Meinungsstand.

⁷ Weil das vertragliche Versprechen gebrochen wurde, der Gläubiger die versprochene Leistung nicht erhält, muss der Schuldner, sofern ihm dies nach Maßstab der §§ 311a Abs. 2, 276 BGB zuzurechnen ist, den Gläubiger so stellen, wie er bei einwandfreier Erfüllung stünde. Und dies, obwohl der Schuldner die Leistung wegen § 275 BGB zu keinem Zeitpunkt im Sinne eines schuldnerischen Sollens leisten musste.

II Identität von Erfüllungs- und Nacherfüllungspflicht

Dieses gläubigerbezogene Verständnis der Leistungspflichtverletzung ist auch für die Pflicht des Verkäufers zur Leistung einer einwandfreien Kaufsache nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB maßgeblich. Auch die Verletzung dieser Pflicht ist aus der Perspektive des Bruchs des vertraglichen Versprechens, also von der Gläubigererwartung her zu bestimmen. Daraus folgt in der Sache ganz selbstverständlich und in Übereinstimmung mit der h. A.⁸, dass der Nacherfüllungsanspruch modifizierter Erfüllungsanspruch ist, Nacherfüllungspflicht und ursprüngliche Erfüllungspflicht also im Wesentlichen identisch sind.⁹ Mit anderen Worten: Solange der Käufer keine einwandfreie Kaufsache in Händen hält, hat er nicht das bekommen, was ihm versprochen wurde und dauert deshalb die Verletzung der Pflicht zu einwandfreier Leistung, verstanden als Leistungsdefizit, prinzipiell an und zwar ganz unabhängig davon, ob den Verkäufer ein Verhaltensvorwurf trifft oder nicht.

III Grundsätzliches Gebot der Gleichstellung des Käufers bei Nacherfüllung

Aus diesem Verständnis der Nacherfüllungspflicht als im Wesentlichen identisch mit der ursprünglichen Erfüllungspflicht lässt sich schon an dieser Stelle eine grundlegende Wertung ableiten für die Behandlung nachträglich im Anschluss an die Nacherfüllung offenbar werdender Defekte. Weil die Pflicht zur Nacherfüllung genauso wie die ursprüngliche Erfüllungspflicht darauf gerichtet ist, dem Käufer die Kaufsache in der nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB geschuldeten einwandfreien Qualität zu verschaffen, der Käufer also durch eine Nacherfüllung grundsätzlich in Bezug auf die Kaufsache selbst genauso gestellt werden soll wie durch eine sofortige Erfüllung, hat für die Folgen der Nacherfüllung in Bezug auf die Sachqualität prinzipiell ein Gleichstellungsgebot zu gelten oder anders gewendet: Der Umstand, dass die Leistung nicht sofort einwandfrei erbracht wird, sondern es später zu Nacherfüllungshandlungen kommt, soll dem Käufer hinsichtlich der Qualität der Kaufsache grundsätzlich weder zusätzliche Nachteile noch besondere Vorteile bringen.

C Dynamisierung des durch Nacherfüllung geschuldeten Sollzustandes der Kaufsache?

Die Voraussetzungen, unter denen die Nacherfüllung als misslungen anzusehen ist sowie die Rechte, die dem Käufer bei nachträglich offenbar werdenden Defekten ggf. zustehen, hängen entscheidend davon ab, welchen Sollzustand der Verkäu-

⁸ S. nur BGHZ 189, 196 Rn. 49 (zitiert nach juris); Bt-Drucks. 14/6040, S. 221.

⁹ Modifiziert wird das Leistungsprogramm allerdings insofern, als der Verkäufer das vertragliche Versprechen einer mangelfreien Kaufsache grundsätzlich nur noch in der Weise erfüllen darf, die der vom Käufer gewählten Form der Nacherfüllung entspricht.

fer durch die Nacherfüllung herzustellen hat. Die Anforderungen an die vertragliche Sollbeschaffenheit der Kaufsache werden nun allerdings in § 434 Abs. 1 S. 1 BGB starr unter Bezugnahme auf das vertraglich vereinbarte Qualitätssoll und den Zeitpunkt des an sich einmaligen Gefahrübergangs festgelegt. Insofern ist bedeutsam, dass es bei der Nacherfüllung zu einer zeitlich gestreckten Erfüllung kommt. Dies bereitet Schwierigkeiten, weil die Sache, die ursprünglich geliefert wurde, möglicherweise vom Käufer bereits (ab)genutzt wurde oder sonst zwischenzeitlich gewisse Verschlechterungen erlitten hat. Beeinträchtigungen, die nach dem (erstmaligen) Gefahrübergang eintreten, werden aber nach dem Wortlaut von § 434 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich nicht als Sachmangel erfasst. Infolge dessen stellt sich die Frage, inwieweit die im Rahmen der Nacherfüllung geschuldete Qualität an den mittlerweile veränderten tatsächlichen Zustand der anfänglich gelieferten Sache angepasst, also gleichsam dynamisiert werden muss. Auf diese Frage gibt das Gesetz nur begrenzt und überdies – wie sogleich näher dazulegen sein wird – keine einheitliche Antwort. Soweit danach Zweifel bleiben, sind diese unter Rücksicht auf Ratio und systematische Stellung der Nacherfüllung zu beseitigen, wobei insbesondere der bereits erwähnte Gedanke Gewicht erlangt, dass der Käufer durch die Nacherfüllung prinzipiell genauso gestellt werden soll wie durch eine ursprünglich einwandfreie Leistung.

I Zwischen Gefahrübergang und Nacherfüllung eingetretene Verschlechterungen

1 Nachbesserung

Für die Nachbesserung, bei der anders als bei der Ersatzlieferung der ursprüngliche Erfüllungsversuch aufgrund der Identität der Kaufsache fortwirkt, dürfte jedenfalls grundsätzlich unumstritten sein, dass sich das geschuldete Qualitätssoll durch die Zäsur des Gefahrübergangs in § 434 BGB wandelt. Nach Gefahrübergang eingetretene Beeinträchtigungen der Kaufsache sind grundsätzlich nicht zu beseitigen und *insoweit* muss der Verkäufer eben nicht mehr den vertraglich vereinbarten Sollzustand i. S. v. §§ 433 Abs. 1 S. 2, 434 Abs. 1 S. 2, S. 3, Abs. 2, Abs. 3 BGB herstellen. Obwohl der Erfüllungsvorgang infolge der Nacherfüllung noch andauert, wird der Käufer insoweit aufgrund der zeitlichen Zäsur in § 434 Abs. 1 BGB so behandelt, als hätte der Verkäufer mit der ursprünglichen Lieferung die versprochene Sollbeschaffenheit bereits endgültig geleistet. Dies leuchtet unmittelbar ein für Verschlechterungen der Sache, die sich nach Gefahrübergang und vor Reparatur infolge (Ab)nutzung der Sache oder sonst im Einflussbereich des Käufers oder auch durch schieren Zufall ergeben.¹⁰ Hat beispielsweise der Käufer durch unsachgemäßen Gebrauch den Schlauch des Staubsaugers beschädigt, so kann er auch dann,

¹⁰ Insoweit wird eine Beseitigungspflicht des Verkäufers denn auch vielfach explizit abgelehnt, s. nur BeckOK-BGB-Faust, Ed. 32, Stand: 01.08.2014, § 439 Rn. 16; Staudinger-Matusche-Beckmann, BGB (2014), § 439 Rn. 44; Stodolkowitz, JA 2010, 492, 494.

wenn sich später ein schon anfänglich vorhandener elektronischer Defekt des Gerätes zeigt, keine Reparatur des kaputten Schlauches verlangen. Nach § 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB schuldet der Verkäufer vielmehr lediglich die Beseitigung des Mangels. Dieses Ergebnis steht in Einklang mit dem oben aufgestellten Gleichstellungsgebot. Denn wenn es dem Verkäufer bereits anfänglich gelungen wäre, den Kaufvertrag einwandfrei zu erfüllen, so hätte der Käufer ebenfalls aus der Beschädigung des Schlauches keine Rechte ableiten können. Es gibt keinen Grund, ihn aufgrund der Nacherfüllung besser zu stellen, als er bei sofortiger einwandfreier Erfüllung stünde. Mit anderen Worten: Der Käufer würde einen ungerechtfertigten Vorteil „neu für alt“ erlangen, wenn der Verkäufer die Kaufsache im Zuge der Reparatur insgesamt in den ursprünglich geschuldeten Zustand versetzen müsste. Der vertragliche Sollzustand wird deshalb dynamisiert und den tatsächlichen Veränderungen angepasst, die der Kaufsache infolge des ersten Erfüllungsversuches anhaften und die dementsprechend aktuell auch eine Kaufsache hätte, die schon anfänglich mangelfrei geliefert worden wäre.

Eine Ausnahme von dieser Dynamisierung wird allerdings vielfach für die sog. Weiterfresserschäden gefordert, i. e. für nach Gefahrübergang eintretende, aber auf Sachmängeln beruhende Verschlechterungen der Sache.¹¹ Dem ist nach dem Grundsatz der Einheitlichkeit von Erfüllungs- und Nacherfüllungspflicht und der damit einhergehenden Ratio der Nacherfüllung, den Käufer hinsichtlich der Qualität der Kaufsache genauso zu stellen, wie er bei einer ursprünglich einwandfreien Erfüllung stünde, zu folgen. Denn hätte der Käufer schon anfänglich eine einwandfreie Sache erlangt, so wären mangelbedingte nachträgliche Weiterfresserschäden ausgeblieben. Muss der Verkäufer den Weiterfresserschaden beseitigen, so erlangt der Käufer also im Vergleich zu einer (hypothetischen), schon anfänglich mangelfreien Lieferung gerade keinen Vorteil „neu für alt“, da auch die hypothetische einwandfreie Sache keinen Weiterfresserschaden aufweisen würde. Insoweit darf also die zunächst im Zeitpunkt des Gefahrübergangs noch gegebene (teilweise) Unversehrtheit der Kaufsache nicht als endgültig gelungene Erfüllung angesehen werden. Im Übrigen würde es auch die Ermittlung des bei der Nachbesserung geschuldeten Vertragssolls erheblich erschweren, wenn stets ermittelt werden müsste, in welchem Maße sich der Mangel bereits vor Gefahrübergang „weitergefressen“ hatte, inwieweit eine weitere Sachverschlechterung hingegen erst danach eingetreten ist.

2 Ersatzlieferung

Anders ist die Rechtslage bei der Ersatzlieferung. Auch hier könnte man sich zwar nach dem Wortlaut des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB auf den Standpunkt stellen, dass die

¹¹ In diesem Sinne BeckOK-BGB-Faust, Ed. 32, Stand: 01.08.2014, § 439 Rn. 15; ders., JuS 2008, 179, 180; MünchKommBGB-Westermann, 6. Aufl. 2012, § 439 Rn. 9; Staudinger-Matuschke-Beckmann, BGB (2014), § 439 Rn. 38ff.; Tiedtke/Schmitt, DStR 2004, 2060, 2062; Heßeler/Kleinhenz, JuS 2007, 706, 709; Tettinger, JZ 2006, 641, 644f.; Stodolkowitz, JA 2010, 492, 494; enger Schollmeyer, NJOZ 2009, 2729, 2734, der nur bei „Stoffgleichheit“ i. S. d. Rspr. eine Erstreckung der Nachbesserungspflicht bejaht.

Ersatzsache nicht den anfänglich vertraglich vereinbarten Sollzustand i. S. v. §§ 433 Abs. 1 S. 2, 434 Abs. 1 S. 2, S. 3, Abs. 2, Abs. 3 BGB aufweisen, sondern lediglich so beschaffen sein muss, wie die ursprünglich gelieferte Sache aktuell beschaffen wäre, wenn sie bei Gefahrübergang keinen Sachmangel gehabt hätte. Denn nach § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB muss der Verkäufer nur eine mangelfreie Sache liefern, was sich durchaus dahin verstehen lässt, dass die Sache eben nicht die Defekte haben darf, welche der ursprünglich gelieferten Sache bei Gefahrübergang anhafteten, dass sie aber sehr wohl die nachträglichen Verschlechterungen der ursprünglich gelieferten Sache aufweisen darf wie beispielsweise deren Abnutzung, Verschleiß etc.¹² Auch bei der Ersatzlieferung erlaubt also der Wortlaut des Gesetzes eine Dynamisierung des Vertragssolls. Folgte man dem, dann dürfte der Verkäufer im Rahmen der Ersatzlieferung gleichsam „alt für alt“ liefern, i. e. eine gebrauchte Sache, die dem aktuellen Alter und Zustand der ursprünglich geleisteten Sache ohne den Sachmangel entspräche.

Obwohl eine solche Auslegung des Gesetzes durchaus dem Gebot der Gleichstellung des Käufers durch Nacherfüllung entspräche, soweit nicht die Lieferung einer gebrauchten Sache für den Käufer aus hygienischen, ästhetischen, technischen oder sonstigen Gründen minderwertig wäre, ist § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB dennoch anders zu verstehen. Dies wird aus der Verweisung in § 439 Abs. 4 BGB auf § 346 BGB deutlich. Danach soll dem Umstand, dass der Käufer die ursprünglich gelieferte Sache bereits be- und vielleicht auch abgenutzt oder beschädigt hat, nicht durch Anpassung der Qualitätsanforderungen der Ersatzsache Rechnung getragen werden, sondern durch Wertersatz, der allerdings nach § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB hinsichtlich Verschlechterungen und Sachuntergang großzügig ausgeschlossen ist, sodass meist nur eine Nutzungsentschädigung nach § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB praktisch werden wird. Der ursprüngliche Erfüllungsversuch soll gleichsam rückabgewickelt werden. Eine solche Nutzungsentschädigung erscheint zwar rechtspolitisch verfehlt¹³, weil der Käufer nicht ursprünglich „zu viel“ bekommt, sondern allenfalls aktuell mit der Lieferung einer Ersatzsache für die Zukunft einen Vorteil „neu für alt“ erlangt, der mit der für die ursprünglich gelieferte Sache rüchtrittsfolgenrechtlich geschuldeten Nutzungsentschädigung nicht deckungsgleich zu sein braucht. Gleichwohl darf aber der Käufer nicht doppelt zur Kasse gebeten werden und darf ihm deshalb mit Blick auf seine Verpflichtung zum Nutzungsersatz keine bereits gebrauchte Ersatzsache geliefert werden.

Nun ist beim Verbrauchsgüterkauf allerdings eine Nutzungsentschädigung nach § 474 Abs. 5 S. 1 BGB aus europarechtlichen Gründen ausgeschlossen.¹⁴ Dieselben verbraucherfreundlichen Erwägungen, mit denen der EuGH in der

¹² Dazu schon Gsell, NJW 2003, 1969, 1974.

¹³ Eingehend dazu und zur Vorzugswürdigkeit der Abschöpfung des Vorteils „neu für alt“, der allerdings ähnlich wie im Schadensrecht subjektiv nach dem individuellen Nutzen zu bestimmen ist, Gsell, NJW 2003, 1969ff.

¹⁴ S. EuGH, Urt. v. 17.4.2008 Rs. C-404/06 (Quelle), NJW 2008, 1433, wo ein Verstoß gegen Art. 3 Kaufrechts-Richtlinie 1999/44 EG bejaht wird, der in Abs. 2 die Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung vorschreibt und in Abs. 3 S. 3 anordnet, dass die Nacherfüllung „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen“ muss; s. zu dem Urteil Möllers/Möhring,

Quelle-Entscheidung hinsichtlich der Nutzungsentschädigung einen Verstoß gegen die Kaufrechts-Richtlinie 1999/44 EG begründet hat, stehen aber wohl – jedenfalls teilweise – auch einer Abschöpfung des Vorteiles „Neu für Alt“ durch Anpassung des geschuldeten Qualitätssolls der Ersatzsache an den tatsächlichen Zustand der ursprünglich gelieferten Sache entgegen.¹⁵

Damit bleibt die Frage, ob eine „alt für alt“-Ersatzlieferung wenigstens jenseits des Verbrauchsgüterkaufes insoweit infrage kommt, als es aufgrund des großzügigen Wertersatzausschlusses in § 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht zu einer rückttritsfolgenrechtlichen Belastung des Käufers kommt. Auch insoweit scheidet jedoch eine Dynamisierung des vertraglichen Qualitätssolls aus. Denn die Wertung des Gesetzgebers, den Nachteil der Verschlechterung so weitgehend dem Verkäufer zuzuweisen, ist de lege lata zu respektieren, auch wenn dies im Ergebnis zu einem sachlich verfehlten Vorteil „neu für alt“ beim Käufer führen mag.

Es bleibt also insgesamt dabei: Ohne Rücksicht auf den aktuell vielleicht bereits verschlechterten Zustand der ursprünglich gelieferten Sache muss der Verkäufer im Wege der Ersatzlieferung eine Sache liefern, die dem anfänglich vereinbarten Vertrags Soll entspricht.¹⁶ Weist die Ersatzsache gleichwohl bei ihrer Lieferung einen abweichenden Zustand auf, so ist die Nacherfüllung in dem Sinne misslungen, dass die Pflicht zu einwandfreier Erfüllung aus §§ 433 Abs. 1 S. 2, 434, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB weiterhin verletzt ist und dies eben auch dann, wenn die Abweichung genau dem Zustand entspricht, den die ursprünglich gelieferte Sache aufwies, als sie dem Verkäufer zur Nacherfüllung überlassen wurde. Allerdings sei nochmals betont, dass der Käufer entgegen dem rechtspolitisch wünschenswerten Ergebnis einer Gleichstellung durch die Nachlieferung auf diese Weise u. U. einen unverdienten Vorteil „neu für alt“ erlangt.

II Im Zuge der Nacherfüllung eintretende Verschlechterungen

1 Ersatzlieferung

Für die Ersatzlieferung ergibt sich aus der vorstehend abgelehnten Dynamisierung des Vertrags Solls zugleich auch die Antwort auf die Frage, wie Defekte zu behandeln sind, die erst im Zuge der Nacherfüllung eintreten, die also erst der Ersatzsache

JZ 2008, 919; Staudinger, ZJS 2008, 309; Herresthal, NJW 2008, 2475; Fischinger, EuZW 2008, 312; Herrler/Tomasic, BB 2008, 1245.

¹⁵ Vgl. vor allem EuGH, Urt. v. 17.4.2008 Rs. C-404/06, NJW 2008, 1433, zit. nach juris Rn. 41 der Entscheidungsgründe, wo es heißt: „[...] Der Verbraucher, der seinerseits den Kaufpreis gezahlt und damit seine vertragliche Verpflichtung ordnungsgemäß erfüllt hat, wird durch die Erlangung eines neuen Verbrauchsguts als Ersatz für das vertragswidrige Verbrauchsgut nicht ungerechtfertigt bereichert. Er erhält lediglich verspätet ein den Vertragsbestimmungen entsprechendes Verbrauchsgut, wie er es bereits zu Beginn hätte erhalten müssen“; s. auch bereits Gsell, JZ 2009, 522, 525; abw. etwa Herrler/Tomasic, BB 2008, 1245, 1248.

¹⁶ So auch mit Selbstverständlichkeit die ganz h. M., s. nur MünchKommBGB-Westermann, 6. Aufl. 2012, § 439 Rn. 11; Staudinger-Matusche-Beckmann, BGB (2014), § 439 Rn. 58.

anhaften. Erinnert sei an die oben genannte Fallgruppe 3, bei welcher die Ersatzsache einen anderen Fehler aufweist. Da das Vertragssoll starr bleibt, darf die Ersatzsache einen solchen Defekt nicht aufweisen, andernfalls die Ersatzlieferung in dem Sinne misslungen ist, dass die Verletzung der Pflicht zu einwandfreier Lieferung andauert. Und dies gilt eben selbst insoweit, als der Käufer durch eine einwandfreie Ersatzsache einen Vorteil „neu für alt“ erlangt, weil ein Fehler infrage steht, der einer ursprünglich einwandfrei gelieferten Sache aktuell – etwa infolge (Ab)nutzung durch den Käufer – ebenfalls anhaften würde.

2 Nachbesserung

Sehr umstritten ist die Rechtslage hingegen in Bezug auf die Nachbesserung und konkret hinsichtlich der Frage, ob die durch Nachbesserung herzustellende vertragliche Sollbeschaffenheit die Beseitigung von Defekten einschließt, die erst im Zuge der Nachbesserung entstehen. Auf erste Sicht mag man vielleicht anders als bei der Ersatzlieferung eine Dynamisierung des Vertragssolls bejahen und demnach annehmen wollen, dass die von § 439 Abs. 1 BGB geforderte „Beseitigung des Mangels“ bereits dann gelungen ist, wenn nur der konkret gerügte Mangel behoben wurde. Anders als in den oben genannten Fallgruppen 1 und 2, wo jeweils der ursprüngliche Mangel fort dauert, wäre danach in Fallgruppe 3 die Nacherfüllung gleichwohl als erfolgreich anzusehen, obwohl ein anderes Teil der Sache im Zuge der Reparatur beschädigt wird und damit die reparierte Sache nicht dem vertraglich vereinbarten Vertragssoll entspricht. Dies ist die Position etwa des OLG Saarbrücken, das für den Fall eines gelegentlich der Nachbesserung durch den Verkäufer verursachten Sachschadens am Kaufgegenstand ein Fehlschlagen der Nacherfüllung verneinte. Es versagte dem Käufer deshalb sowohl einen Rücktritt gem. §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB als auch einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 440, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1, 283 BGB und nahm an, er sei auf Schadensersatzansprüche wegen Verletzung einer Schutzpflicht aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB und ggf. aus § 282 BGB beschränkt, die vom Vertretenmüssen des Verkäufers gem. § 276 BGB abhängig sind.¹⁷

Ein solches eng auf den konkret geltend gemachten Mangel bezogenes Verständnis der Nachbesserungspflicht ist jedoch sachlich verfehlt und führt dementsprechend zu unangemessenen Ergebnissen. So steht eine bloße verschuldensabhängige Schadensersatzhaftung wegen Nebenpflichtverletzung in Widerspruch dazu, dass die Nacherfüllungspflicht als fort dauernde Erfüllungs- und Primärleistungspflicht mit der gegenläufigen Kaufpreiszahlung synallagmatisch verknüpft ist. Auch wenn der Verkäufer die Beschädigung der Kaufsache im Regelfall verschuldet haben

¹⁷ OLG Saarbrücken, NJW 2007, 3503, 3504; implizit auch OLG Düsseldorf, NJW 2014 2802, 2803; in diesem Sinne ferner Staudinger-Matusche-Beckmann, BGB (2014), § 439 Rn. 45; Czipka/Kliebisch, JuS 2008, 855, 856; Stodolkowitz, ZGS 2010, 448, 451; ders., JA 2010, 492, 495; a. A. aber BeckOK-BGB-Faust, Ed. 32, Stand: 01.08.2014, § 439 Rn. 64; kritisch auch ders., JuS 2008, 179, 180; MünchKommBGB-Westermann, 6. Aufl. 2012, § 440 Rn. 9; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl. 2009, Rn. 838.

wird, so muss dies doch nicht notwendig ausnahmslos der Fall sein. Kommt es im Zuge der Nachbesserung der Kaufsache zu einem Defekt, den der Verkäufer nicht zu vertreten hat, so wäre der Käufer rechtlos gestellt.¹⁸ Obwohl der Verkäufer dem Käufer zu keinem Zeitpunkt eine einwandfreie Kaufsache verschafft hat, bliebe es aufgrund der Verneinung einer fortdauernden Leistungspflichtverletzung dabei, dass der Käufer dem Verkäufer den (vollen) Kaufpreis belassen müsste. Dies ist jedoch abzulehnen, weil eine Dynamisierung des Vertragssolls, also dessen Anpassung an den tatsächlichen, nachträglich verschlechterten Zustand der Kaufsache hier jeder Rechtfertigung entbehrt. Denn der Käufer erlangt durch die Beseitigung der nachträglichen Beschädigung der Kaufsache gerade keinen Vorteil „neu für alt“ und wird damit eben nicht besser gestellt als bei einer ursprünglich einwandfreien Erfüllung. Hätte der Verkäufer schon ursprünglich mangelfrei geliefert, wäre es nicht zur Nachbesserung und damit auch nicht zu einer nachträglichen Beschädigung der Kaufsache im Zuge der Mängelbeseitigung gekommen. Dies unterscheidet Schäden infolge der Nachbesserung von solchen, die sich zuvor zwischen (erstem) Gefahrübergang und Nacherfüllung im Einflussbereich des Käufers ereignen. Anders als für diese muss es deshalb für Schäden infolge der Nachbesserung dabei bleiben, dass der Verkäufer aufgrund der Einheitlichkeit von Erfüllungs- und Nacherfüllungspflicht und unabhängig davon, ob der Vertragsvollzug sich im Stadium eines ersten Erfüllungsversuches oder der Nacherfüllung befindet, den (vollständigen) Kaufpreis als Gegenleistung erst dann „verdient“, wenn er dem Käufer eine einwandfreie Sache geliefert hat.¹⁹ Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund des Vorrangs der Nacherfüllung. Darf der Käufer nach §§ 437 Nr. 3, 440, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB bzw. §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB grundsätzlich erst dann auf Sekundärrechte übergehen, wenn er dem Verkäufer zuvor erfolglos Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben hat, ist der Käufer also gezwungen, die ihm ursprünglich gelieferte mangelhafte Kaufsache dem Einfluss des Verkäufers auszusetzen und damit deren im Übrigen einwandfreie Qualität gleichsam aufs Spiel zu setzen, so verbietet es sich umgekehrt, diese teilweise einwandfreie qualitative Erfüllung zu lasten des Käufers als endgültig anzusehen. Auch deshalb ist es richtig, in der Beschädigung der Kaufsache im Rahmen der Nacherfüllung ein Leistungsdefizit zu sehen. Ein Beispiel mag dies illustrieren: Der Käufer moniert einen Fehler der Leuchtanzeige für den Betrieb seines Staubsaugers, wobei das Gerät im Übrigen einwandfrei läuft. Der Verkäufer nimmt das Gerät zur Reparatur entgegen. Der Käufer erhält es zurück und muss feststellen, dass nunmehr nur noch das betreffende Lämpchen leuchtet, das Gerät aber im Übrigen funktionsunfähig ist. Auch wenn der Verkäufer den völligen Funktionsausfall des Staubsaugers nicht zu vertre-

¹⁸ Für eine Erstreckung der Nachbesserungspflicht aus diesem Grund auch BeckOK-BGB-Faust, Ed. 32, Stand: 01.08.2014, § 439 Rn. 63, der zudem darauf hinweist, dass es beim Verbrauchsgüterkauf mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 S. 3 Kaufrechts-Richtlinie 1999/44 EG, der anordnet, dass die Nacherfüllung „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen“ muss, problematisch wäre, die Nachbesserung nicht auf nachträgliche durch den Verkäufer verursachte Schäden zu erstrecken.

¹⁹ Plastisch Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl. 2009, Rn. 838, die annehmen, der Verkäufer stehe dem Käufer „nicht wie ein Dritter gegenüber“.

ten hat, „verdient“ er mangels einwandfreier Leistung nicht den (vollen) Kaufpreis als Gegenleistung.

3 „Zurückspringen“ der Gefahr und neuer Gefahrübergang

Folgt man dem, so trägt der Verkäufer nicht nur bei der Ersatzlieferung, sondern auch bei der Nachbesserung die Gefahr von Verschlechterungen.²⁰ Denn er muss Defekte, die bei der ihm zur Nachbesserung überlassenen Sache eintreten, auch dann beseitigen, wenn sie auf Zufall beruhen. Die Verschlechterungsgefahr „springt“ also auf den Verkäufer zurück und verlagert sich erst wieder mit Lieferung der reparierten Sache bzw. der Ersatzsache zurück auf den Käufer, wobei insoweit erneut § 446 BGB bzw. die sonstigen Gefahrübergangstatbestände heranzuziehen sind. Nur eine solche Beurteilung entspricht dem oben aufgestellten Gleichstellungsgebot. Denn auch beim ersten Erfüllungsversuch geht die Gefahr erst auf den Käufer über, wenn ihm die Sache übergeben wird, § 446 BGB, bzw. ein anderer Gefahrübergangstatbestand eingreift.

Dabei sollte man das „Zurückspringen“ der Gefahr auf den Verkäufer mit Blick darauf, dass der Käufer Gelegenheit zur Nacherfüllung gewähren muss, bevor er auf andere Mängelrechte übergehen kann, schon in dem Moment bejahen, in dem der Käufer die mangelhafte Kaufsache versendet oder sonst auf den Weg an den Verkäufer bringt und damit den Einfluss auf das Schicksal der Sache verliert. Dagegen sollte es nicht darauf ankommen, wo der Erfüllungsort der Nacherfüllung liegt.

Kommt es folglich im Zuge der Nacherfüllung zu einem „Zurückspringen“ der Gefahr mit anschließendem erneuten Gefahrübergang nach § 446 BGB (Übergabe der Ersatzsache bzw. der reparierten Sache an den Käufer) oder einem anderen Gefahrübergangstatbestand, so mag man dagegen einwenden wollen, dass von einem solchen zweiten Gefahrübergang im Gesetz nicht die Rede ist. Dies ist zwar zutreffend. Jedoch ist ohne einen zweiten Gefahrübergang ohnehin nicht auszukommen. Denn bezieht man das Erfordernis einer Mangelfreiheit bei Gefahrübergang in § 434 Abs. 1 BGB wortlautgetreu allein auf den ersten Erfüllungsversuch, also die ursprüngliche Lieferung der mangelhaften Sache, so könnte der Verkäufer seiner Pflicht zur Leistung der Kaufsache in einwandfreiem Zustand niemals erfolgreich im Wege der Nacherfüllung nachkommen. Denn er kann das Rad der Zeit nicht zurückdrehen, die Mangleistung im maßgeblichen Zeitpunkt der ursprünglichen Übergabe nicht rückgängig machen. Würde er etwa den defekten Staubsauger erfolgreich reparieren oder durch ein einwandfreies Ersatzgerät ersetzen, so würde dies doch nichts daran ändern, dass die Pflicht aus §§ 433 Abs. 1 S. 2, 434 Abs. 1 BGB, dem Käufer im ursprünglichen Übergabezeitpunkt einen einwandfreien Staubsauger zu leisten, verletzt bliebe. Selbst für den ganz unproblematischen

²⁰ Dass es bei der Ersatzlieferung zu einem zweiten Gefahrübergang kommt, wird angenommen etwa von Stodolkowitz, ZGS 2010, 448, 449ff., der allerdings bei der Nachbesserung einen weiteren Gefahrübergang verneint; zum alten Schuldrecht für Neubegründung der Sachmängelrechte bei Ersatzlieferung Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl. 1991, § 480 Rn. 41.

Fall einer zweifelsfreien Mangelbeseitigung müssen deshalb § 433 Abs. 1 S. 2, 434 Abs. 1 BGB im Zusammenspiel mit §§ 437 Nr. 1, 439 BGB ersichtlich dahin gelesen werden, dass es für die Frage, ob erfolgreich nacherfüllt wurde, nicht weiterhin darauf ankommen kann, ob die Sache im Zeitpunkt des ursprünglichen Gefahrübergangs der vertraglichen Solbeschaffenheit entsprach. Maßgeblich kann vielmehr für die Beurteilung der erfolgreichen Nacherfüllung stets nur sein, ob die dem Käufer überlassene reparierte Sache bzw. die Ersatzsache bei deren Übergabe oder Versendung bzw. in dem sonstigen Zeitpunkt, der nach § 434 Abs. 1 BGB i. V. m. mit den entsprechenden Vorschriften zum Gefahrübergang als Gefahrübergangszeitpunkt maßgeblich ist, frei von Mängeln ist. Und insoweit muss es auch zu einem zweiten Gefahrübergang auf den Käufer kommen, da der Käufer sich andernfalls selbst bei Verschlechterungen, die er erst im Anschluss an die Nacherfüllung selbst verursacht hat, auf deren Scheitern berufen könnte. Es müssen also m. a. W. §§ 433 Abs. 1 S. 2, 434 Abs. 1 BGB i. V. m. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB ohnehin – wenigstens für die Beurteilung des Erfolgs der Nacherfüllung – dahin verstanden werden, dass der maßgebliche Gefahrübergangszeitpunkt nicht auf die ursprüngliche Leistung zu beziehen ist, sondern auf die spätere Lieferung der reparierten Sache bzw. der Ersatzsache, es also für die Frage der erfolgreichen Nacherfüllung auf deren Übergabe i. S. v. § 446 S. 1 BGB oder Versendung nach § 447 BGB oder einen etwaigen abweichenden Gefahrübergangszeitpunkt ankommt.

Kommt man damit aber entgegen dem missverständlichen Wortlaut von § 434 Abs. 1 BGB um einen zweiten Gefahrübergang als Bezugspunkt für die Beurteilung des Erfolgs der Nacherfüllung ohnehin nicht herum, so spricht nichts dagegen, diesen zweiten Gefahrübergangszeitpunkt auch in dem Sinne als Gefahrübergang zu verstehen, dass der Verkäufer im Zuge der Nacherfüllung bis dahin eingetretene Verschlechterungen beseitigen muss.

D Fortdauernde Mängelrechte

I Nacherfüllung misslungen

Bleibt nach dem bisher Gesagten bei der Ersatzlieferung das geschuldete Qualitätsoll also (auch) insoweit unverändert, als (auch) Abweichungen, die erst der Ersatzsache anhaften, ein Leistungsdefizit darstellen und orientiert sich ferner auch die Nachbesserungspflicht insoweit starr an der vertraglichen Sollbeschaffenheit, als Defekte der reparierten Sache, die erst infolge der Nachbesserung eingetreten sind, beseitigt werden müssen, so ist die Nacherfüllung in allen vier oben genannten Fallgruppen nachträglich offenbar werdender Fehler in dem Sinne misslungen, dass die Pflicht aus §§ 433 Abs. 1 S. 2, 434, 437 Nr. 1, 439 BGB zu qualitativ einwandfreier Leistung weiterhin verletzt ist.²¹ Dies gilt eben nicht nur in den oben

²¹ In diesem Sinne auch Reinking, ZGS 2004, 130, 137; Auktor, NJW 2003, 120, 121; ders./Mönch, NJW 2005, 1686, 1687.

genannten Konstellation 1 und 2, wo ursprünglich fehlerhafte Teile defekt bleiben oder durch wiederum defekte Teile ersetzt werden.²² Dasselbe ist vielmehr auch für Fallgruppe 3 zu konstatieren, wo die Nacherfüllung zu einem anderen Defekt der Kaufsache führt, der später manifest wird.²³ Und schließlich besteht auch in der Fallgruppe 4 eines schon anfänglich vorhandenen, aber erst nach der Nacherfüllung zutage getretenen anderen Mangels die Verletzung der Pflicht zu einwandfreier Leistung hinsichtlich des zunächst unerkannt gebliebenen Defekts fort und muss damit eine vollständige erfolgreiche Nacherfüllung verneint werden. Dass der konkret monierte Mangel behoben wurde, ändert nichts daran, dass die Pflicht zu einwandfreier Leistung aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB weiterhin nur unvollständig erfüllt ist.²⁴ Der Käufer hält zu keinem Zeitpunkt eine einwandfreie Sache in Händen: Weder war die Sache im Zeitpunkt des ursprünglichen Gefahrübergangs einwandfrei, noch gelang eine erfolgreiche Nacherfüllung durch nachträgliche Verschaffung einer einwandfreien Kaufsache im Wege der Reparatur oder Ersatzlieferung.

II Voraussetzungen der Mängelhaftung nicht durch Nacherfüllung entfallen

Aus dem Befund, dass die Nacherfüllung in allen vier oben genannten Fallgruppen nachträglich offenbar werdender Defekte i. S. einer fortdauernden Verletzung der Pflicht zu einwandfreier Erfüllung aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB misslungen ist, wenn die reparierte Sache oder die Ersatzsache erneut Defekte aufweist, folgt, dass der Käufer schlicht seinen Nacherfüllungsanspruch (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB) weiterverfolgen kann bzw. die anderen Mängelrechte aus § 437 BGB geltend machen kann, wenn deren weitere Tatbestandsmerkmale gegeben sind.²⁵ Die Voraussetzung eines Sachmangels bei Gefahrübergang i. S. v. § 434 BGB war erfüllt und ist auch nicht durch erfolgreiche Nacherfüllung entfallen. Dies gilt nicht nur in Fallgruppe 1 und 4, in denen jeweils ein konkreter Mangel, der bereits beim (ersten) Gefahrübergang gegeben war, andauert, sodass problemlos an diesen Sachmangel die Sachmängelrechte des § 437 BGB geknüpft werden können. Dies gilt vielmehr auch für die Fallgruppen 2 und 3. Dass ein erst später eingebautes fehlerhaftes Teil oder ein Defekt der Ersatzsache im Zeitpunkt des ursprünglich für die Sachmangelbestimmung nach § 434 Abs. 1 BGB maßgeblichen Gefahrübergangszeitpunkt noch keinen Sachmangel der Kaufsache begründen konnte, steht dem nicht ent-

²² Für ein Misslingen der Nachbesserung in einem solchen Fall auch BGH, NJW 2011, 1664.

²³ Zu einem anderen Ergebnis müssen diejenigen gelangen, die eine Beschädigung der Kaufsache als bloße Schutzpflichtverletzung auffassen, s. dazu die Nachw. in Fn. 17.

²⁴ A.A. Erman-Grunewald, BGB, 14. Aufl. 2014, § 439 Rn. 22, wonach der Verkäufer im Rahmen der Nachbesserung nicht die Beseitigung von Mängeln schuldet, die der Käufer nicht geltend gemacht hat.

²⁵ A.A. Erman-Grunewald, BGB, 14. Aufl. 2014, § 439 Rn. 22; dazu, dass der Käufer schon nach altem Recht bei gescheiterter Nachlieferung die anderen Gewährleistungsrechte geltend machen konnte BGHZ 86, 198, zit. nach juris Rn. 21.

gegen. Denn für eine Fortdauer der Mängelrechte aus § 437 BGB genügt es, dass die Kaufsache ursprünglich bei Gefahrübergang mangelhaft war und der Verkäufer nicht (vollständig) erfolgreich nacherfüllt hat.

Daneben ist es an sich grundsätzlich nicht erforderlich, für die Anwendung des § 434 BGB an den zweiten Gefahrübergang anzuknüpfen und neue Mängelrechte unmittelbar auf den Sachzustand der Ersatzsache bzw. der reparierten Sache zu stützen.²⁶ Oder anders gewendet: Auch wenn die bewirkte Leistung (gleichzeitig oder sukzessive) verschiedene Mängel aufweist, so bleibt doch der Anspruch auf Erfüllung immer im Wesentlichen identisch. Allerdings kann es durchaus sein, dass sich der Inhalt des jeweiligen Mängelrechts mit dem durch die misslungene Nacherfüllung erreichten Stadium der Verletzung der Pflicht zu einwandfreier Leistung ändert. Dies gilt beispielsweise dann, wenn der Käufer eine Nachbesserung der mangelhaft gelieferten Ersatzsache begehrt.²⁷ Zwar bleibt es auch hier dabei, dass es aufgrund des ursprünglichen Sachmangels und mangelnder (vollständiger) Nacherfüllung keiner Annahme einer Neuentstehung der Mängelrechte bedarf, sondern es genügt, Fortdauer der Verletzung der Pflicht zu einwandfreier Leistung zu bejahen. Da aber keine Reparatur der ursprünglich gelieferten Sache mehr infrage steht, muss das Nacherfüllungsbegehren an den Umstand der bereits misslungenen Ersatzlieferung angepasst werden.²⁸ Dafür, dem Käufer hier den Wechsel zur Nachbesserung zu gestatten, spricht, dass er auch bei mangelhaftem erstem Erfüllungsversuch grundsätzlich die Wahl hat, entweder Nachbesserung oder Ersatzlieferung zu verlangen, sodass er im Ergebnis keinen ungerechtfertigten Vorteil erlangt.

E Erneute Nachfristsetzung geboten?

Kann also der Käufer in allen vier genannten Konstellationen des im Anschluss an Nacherfüllungsmaßnahmen Offenbarwerdens von Mängeln weiterhin Mängelrechte nach § 437 BGB geltend machen, so stellt sich allerdings bei fortdauernd oder neu hinzugekommenen behebbaren Mängeln die Frage, ob es prinzipiell ei-

²⁶ Abw. etwa BeckOK-BGB-Faust, Ed. 32, Stand: 01.08.2014, § 437 Rn. 106; § 439 Rn. 63, der annimmt, dass dem Käufer bei mangelhafter Nacherfüllung abermals die Rechte des § 437 BGB zustehen; ebenso in Bezug auf durch die Nacherfüllung verursachte neue Mängel auch Arnold, in: FS Eggert, 2008, S. 41, 53; für Neuentstehung der Mängelrechte mit Ersatzlieferung Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, 2002, S. 24 Rn. 332; s. ferner Stodolkowitz, ZGS 2010, 448, 449 f., der bei erneut mangelhafter Nachlieferung anders als im Fall der misslungenen Nachbesserung annimmt, dass Gewährleistungsrechte nur noch an diese zweite Pflichtverletzung anknüpfen; ebenso Menges, JuS 2008, 395, 398.

²⁷ Für Bindung des Käufers an die Art der Nacherfüllung auch bei deren Fehlschlagen aber Erman-Grunewald, BGB, 14. Aufl. 2014, § 440 Rn. 5.

²⁸ Ähnlich darf beispielsweise bei einer Minderung dann, wenn der Verkäufer im Zuge der Nacherfüllung weitere Mängel der Kaufsache oder der Ersatzsache verursacht hat, i. R. v. § 441 BGB nicht auf den Wert der gelieferten Kaufsache im ersten Gefahrübergangszeitpunkt abgestellt werden.

ner – ggf. also zweiten – Nachfristsetzung nach § 437 Nr. 2 bzw. Nr. 3 BGB in Verbindung mit § 323 Abs. 1 BGB oder § 281 Abs. 1 S. 1 BGB bedarf, wenn der Käufer vom Kaufvertrag zurücktreten oder mindern und/oder Schadensersatz statt der Leistung verlangen möchte.

I Grundsätzlich keine weitere Nachfristsetzung geboten

Die Nachfristsetzung dient dem Zweck, dem Schuldner eine zweite Chance zur Bewirkung der geschuldeten (einwandfreien) Leistung einzuräumen.²⁹ Er soll bei Leistungsdefiziten nicht ohne weiteres sofort die gravierenden Folgen einer Vertragsstornierung bzw. des Schadensersatzes statt der Leistung zu gewärtigen haben. Eine solche zweite Chance hat der Käufer dem Verkäufer aber bereits eingeräumt, wenn er ihm aufgrund des ursprünglich zutage getretenen Mangels eine (erste) Nachfrist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Die Gewährung einer dritten oder gar vierten, fünften usw. Chance sieht das Gesetz hingegen nicht vor. Dass dem Verkäufer grundsätzlich nur *eine* weitere Chance für die Nachholung der einwandfreien Leistung zugebilligt wird, erscheint mit Blick auf das Interesse des Gläubiger (Käufers), sich zeitnah Klarheit über das Schicksal des Vertrages zu verschaffen, auch nicht unangemessen, sodass grundsätzlich bei Misslingen der Nacherfüllung keine weitere Nachfristsetzung geboten ist.³⁰

Damit der Schuldner die ihm nach dem Gesetz eröffnete zweite Chance auch tatsächlich wahrnehmen kann, ist es allerdings nach ganz h. M. erforderlich, dass die Nachfristsetzung inhaltlich hinreichend bestimmt ist. Dies erfordert insbesondere, dass der zu behebbende Mangel wenigstens anhand der aufgetretenen Symptome hinreichend beschrieben wird.³¹

In den Fallgruppen 1 bis 2 ist diese Voraussetzung nicht mit besonderen Problemen verbunden. Hat hier der Käufer dem Verkäufer im Rahmen einer ersten Nachfristsetzung hinreichend präzise die zu beseitigenden Mangelsymptome beschrieben, so hat er alles getan, was das Gesetz verlangt und kann der Verkäufer die Nachfristsetzung vernünftigerweise nur dahin verstehen, die maßgeblichen Mangelursachen und -symptome fristgemäß vollständig zu beseitigen. Die Erwartung des Käufers, dass Ersatzteile bzw. eine gelieferte Ersatzsache nicht wiederum dieselben Mängel aufweisen dürfen, versteht sich von selbst und muss nicht – sozusagen vorsorglich – ausdrücklich zum Gegenstand seines Nacherfüllungsbegehrens gemacht werden.³² Einer weiteren Nachfristsetzung bedarf es also in den Fallgruppen 1 und 2 nicht.

²⁹ S. nur BT-Drucks. 14/6040, S. 221.

³⁰ Ebenso BeckOK-BGB-Faust, Ed. 32, Stand: 01.08.2014, § 437 Rn. 105, § 438 Rn. 59; AnwKomm-Dauner-Lieb, 2. Aufl. 2012, § 281 Rn. 27.; Canaris, DB 2001, 1815, 1816; Auktor, NJW 2003, 120, 121.

³¹ Näher Soergel-Gsell, BGB, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 73ff.; MünchKommBGB-Ernst, 6. Aufl. 2012, § 281 Rn. 33, § 323 Rn. 61; jeweils m. w. N.

³² S. auch schon Soergel-Gsell, BGB, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 89f.: Typischerweise geht der Wille des Gläubigers auf eine in jeder Hinsicht einwandfreie Leistung.

Dasselbe gilt aber auch in Fallgruppe 3. Denn legt man das auf Beseitigung eines konkreten Mangels gerichtete Nacherfüllungsverlangen des Käufers aus, so ist es auch hier in der Regel selbstverständlich, dass der Käufer erwartet, dass der Kaufsache nicht infolge der Reparatur anderweitige Mängel oder Schäden zugefügt werden bzw. dass eine Ersatzsache keine anderen Defekte aufweisen darf.³³ Auch diese Erwartung muss der Käufer deshalb nicht ausdrücklich in seine erste Nachfristsetzung aufnehmen. Vielmehr muss auch hier der Verkäufer die Nachfristsetzung ohne weiteres dahin verstehen, dass er im Zuge der Nacherfüllung (auch) keine anderweitigen Mängel der Kaufsache verursachen darf.

Dabei spricht bei Fallgruppe 3 neben der Ratio der Nachfristsetzung noch der Gedanke der Gleichstellung des Käufers infolge Nacherfüllung gegen das Erfordernis einer erneuten Nachfristsetzung: Müsste der Käufer hinsichtlich solcher erst nachträglich verursachter Defekte der reparierten Sache bzw. der Ersatzsache erneut Nachfrist setzen, so würde er u. U. schlechter gestellt, als wenn diese Fehler bereits der ursprünglich gelieferten Sache angehaftet hätten. Denn wäre dies der Fall gewesen, so hätte er jedenfalls bei zeitnahe Offenbarwerden dieser Defekte sogleich seine erste Nachfristsetzung auf die Beseitigung dieser Fehler erstrecken können, sodass sich eine zweite Nachfristsetzung erübrigt hätte.

II Bei nachträglichem Offenbarwerden anfänglicher Mängel (Fallgruppe 4) grundsätzlich weitere Nachfristsetzung geboten

Dagegen ergibt sich für Fallgruppe 4 aus dem Erfordernis der hinreichenden inhaltlichen Bestimmtheit der Nachfristsetzung grundsätzlich das Gebot einer weiteren Nachfristsetzung. Denn hier hat der Käufer in seiner ursprünglichen Nachfristsetzung nur den anfänglich offenbar gewordenen, nicht aber den erst später zutage getretenen Mangel bezeichnet. Deshalb darf sich der Verkäufer prinzipiell in dem Glauben wiegen, jenseits des gerügten Mangels seine Pflicht zu qualitativ einwandfreier Leistung bereits erfüllt zu haben und keine weiteren Mängel beheben zu müssen.³⁴ Anderes wird man lediglich dann annehmen dürfen, wenn der Verkäufer selbst im Zuge der Inspektion der Kaufsache bislang unerkannte Mängel aufdeckt. Denn auch wenn der Käufer seine Nacherfüllungsaufforderung ausdrücklich auf bestimmte erkennbare Mängel begrenzt, wird man typischerweise annehmen dürfen, dass er auch um Beseitigung weiterer, allein für den Verkäufer ersichtliche Mängel ersucht.

³³ Weitergehend für Erforderlichkeit einer zweiten Nachfrist aber MünchKommBGB-Ernst, 6. Aufl. 2012, § 323 Rn. 88.

³⁴ So auch schon Soergel-Gsell, BGB, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 90.

III Keine weitere Nachfristsetzung bei Fehlschlagen der Nacherfüllung i. S. v. § 440 S. 1 Var. 2 BGB

Einer ggf. zweiten Nachfristsetzung bedarf es unabhängig von den zuvor genannten Grundsätzen auch dann nicht, wenn die Voraussetzungen des § 440 BGB gegeben sind, insbesondere die Nacherfüllung i. S. v. § 440 S. 1 Var. 2 BGB fehlgeschlagen ist. Der Klarstellung halber sei aber darauf hingewiesen, dass ein Fehlschlagen der Nacherfüllung i. S. v. § 440 S. 1 Var. 2 BGB nicht gleichgesetzt werden darf mit dem oben näher erläuterten schlichten Misslingen der Nacherfüllung i. S. eines Andauerns der Verletzung der Pflicht zu einwandfreier Leistung aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB. Denn anders als das bloße Fortdauern einer Verletzung der Pflicht zu einwandfreier Leistung aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB setzt das Fehlschlagen der Nacherfüllung i. S. v. § 440 S. 1 Var. 2 BGB voraus, dass mit ihrer ordnungsgemäßen Erbringung innerhalb der Nachfrist nicht mehr zu rechnen ist und daher weiteres Zuwarten mit dem Übergang auf Sekundärrechte sinnlos erscheint.³⁵ Für die Nachbesserung gilt dabei nach § 440 S. 2 BGB grundsätzlich die Vermutung, dass (erst) bei zwei erfolglosen Versuchen ein Fehlschlagen gegeben ist.

Außerdem muss nach der Ratio des § 440 BGB S. 1 Var. 2 ein Fehlschlagen der Nachbesserung auch dann verneint werden, wenn das Nacherfüllungsbegehren einen bestimmten, schon im Zeitpunkt des ersten Gefahrübergangs vorhandenen, aber erst später zutage tretenden Defekt weder ausdrücklich noch konkludent mitumfasste. Dass sich eine erste Nachfristsetzung auf das Freisein der Kaufsache von bestimmten, später erneut – oder überhaupt erst später offenbar werdenden – Mängeln erstreckt, ist wie ausgeführt, zwar grundsätzlich für die Fallgruppen 1 bis 3 kennzeichnend, nicht aber für die Fallgruppe 4. In Fallgruppe 4 begründet folglich – anders als in den Fallgruppen 1 bis 3 – der später zutage tretende Mangel keinen erfolglosen Versuch der Nachbesserung i. S. d. Vermutung des § 440 S. 2 BGB.

F Verjährungsrechtliche Einordnung nachträglich offenbar werdender Defekte

Stehen dem Käufer also in allen hier behandelten Fallgruppen eines im Anschluss an ein Nacherfüllungsbemühen des Verkäufers zutage tretenden Defektes die (ursprünglichen) Mängelrechte aus § 437 BGB zu, so stellt sich allerdings die für die Rechtsdurchsetzung oft entscheidende Frage, innerhalb welcher zeitlicher Grenzen der Käufer seine Rechte geltend machen kann, ohne mit der erfolgreichen Berufung des Verkäufers auf Verjährung rechnen zu müssen.

³⁵ S. BeckOK-BGB-Faust, Stand: 01.08.2014, Ed. 32, § 440 Rn. 32.

I Hemmung oder Neubeginn der Verjährung nach den allgemeinen Regeln

1 Hemmung nach § 203 S. 1 BGB

Einig ist man sich weitgehend darin, dass der Käufer nach dem Rechtsgedanken des § 203 S. 1 BGB³⁶ nicht gehalten sein sollte, während laufender Nacherfüllungsbestrebungen des Verkäufers Klage zu erheben, nur um die Verjährung aufzuhalten. Eine solche Obliegenheit zur verjährungshemmenden Rechtsverfolgung wäre einer gütlichen Beilegung der Vertragsstörung mit der Chance, dass es gar nicht zur Klage kommt, typischerweise abträglich und damit auch unter prozessökonomischen Gesichtspunkten kaum sinnvoll. Außerdem erscheint es unbillig, wenn der Verkäufer sich auch für denjenigen Zeitraum auf den Lauf der Verjährungsfrist berufen dürfte, in welchem der Käufer keinen Anlass zur Klage sehen musste, sondern auf einen erfolgreichen Verlauf der Nacherfüllung hoffen durfte. Auch wenn es die explizit auf die Mangelbeseitigung zugeschnittenen Hemmungsanordnung in § 639 Abs. 2 BGB a. F. nicht mehr gibt, wird deshalb für einvernehmliche Nacherfüllungsmaßnahmen überwiegend eine wenigstens entsprechende Anwendung des allgemeiner gefassten § 203 S. 1 BGB bejaht³⁷, nach dem Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände die Verjährung hemmen. Und in der Tat lassen sich bei dem nach der Ratio der Regelung gebotenen weiten Verständnis des Begriffes der Verhandlungen auch vom Käufer gebilligte Nacherfüllungsversuche des Verkäufers durchaus als Verhandlungen i. S. v. § 203 S. 1 BGB einordnen. Die Vorschrift ist deshalb direkt und nicht nur entsprechend anwendbar.³⁸

³⁶ Zu dessen Ratio und den Vorläufernormen § 639 Abs. 2 BGB a. F. für Mängelansprüche sowie § 852 Abs. 2 BGB a. F. für deliktsrechtliche Ansprüche s. nur MünchKommBGB-Grothe, 4. Aufl. 2012, § 203 Rn. 3f. m. w. N.

³⁷ BGH, NJW 2007, 587, wo ein weites Verständnis des Begriffes der Verhandlungen in § 203 BGB befürwortet und ausdrücklich klargestellt wird, dass dieses weite Verständnis „regelmäßig auch die bisher in § 639 Abs. 2 BGB a. F. geregelten Sachverhalte“ umfasst, so dass die „zu dieser Vorschrift ergangene Rechtsprechung zur Ausfüllung des Begriffs herangezogen werden“ könne und ferner konstatiert wird, § 639 Abs. 2 BGB a. F. sei in § 203 S. 1 BGB „aufgegangen“; BGHZ 164, 196, Rn. 16 (zitiert nach juris); OLG Brandenburg, BeckRS 2008, 09531; OLG Bamberg, MDR 2007, 87, Rn. 43f. (zitiert nach juris); wo allerdings in casu entsprechender hinreichend substantiierter Vortrag verneint wird; MünchKommBGB-Grothe, 6. Aufl. 2012, § 203 Rn. 6; Bolt-Hausen/Rinker, ZGS 2006, 12, 13f.; Ritzmann, MDR 2003, 430, 432; Menges, ZGS 2008, 457, 458; ders., JuS 2008, 395; Wiedemann, ZRP 2013, 2, 4; Reinking, ZGS 2002, 140, 143 gegen Mansel, NJW 2002, 89, 98, der annimmt, bei der Nachbesserung lägen kaum Verhandlungen vor; für das Werkvertragsrecht Derleder/Kähler, NJW 2014, 1617, 1619; für nur entsprechende Anwendung Arnold, ZGS 2002, 438, 440; Auktor, NJW 2003, 120, 122; ders./Mönch, NJW 2005, 1686, 1687; Gramer/Thalhofer, ZGS 2006, 250; Reiling/Walz, BB 2012, 982, 983; Klas/Kleesiek, NJW 2010, 3339; Faber/Werner, NJW 2008, 1910, 1913 für das Werkvertragsrecht.

³⁸ Zur Gegenansicht vgl. die Nachw. in der vorhergehenden Fn.

2 Neubeginn nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB

Weitergehend wird in Rspr. und Lehre unter Fortschreibung der Rechtsprechung zu § 208 BGB a.F.³⁹ ein Neubeginn der Verjährung aufgrund Anerkenntnisses nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB angenommen, wenn der Verkäufer bei der Nacherfüllung aus Sicht des Käufers nicht nur zur gütlichen Beilegung des Streits, sondern in dem Bewusstsein handelt, zur Mangelbeseitigung verpflichtet zu sein, wobei hierbei vor allem der Umfang, die Dauer und die Kosten der Mangelbeseitigungsarbeiten entscheidend sein sollen.^{40,41}

3 Nur begrenzter Schutz gegen Verjährung

§ 203 S. 1 BGB und § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB sind damit allerdings nur begrenzt geeignet, dem Käufer bei nachträglich offenbar werdenden Mängeln Schutz zu gewähren.

Was § 203 S. 1 BGB anbelangt, so droht hier dem Käufer vor allem dann, wenn die misslungene Nacherfüllungsmaßnahme erst gegen Ende der Gewährleistungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB erfolgte, gleichwohl Verjährung seiner Mängelansprüche. Denn § 203 S. 2 BGB sieht nach dem Ende der „Verhandlungen“ nur eine dreimonatige Ablaufhemmung vor. Erfolgte also beispielsweise die Reparatur zwei Monate vor Vollendung der Zwei-Jahres-Frist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB, zeigt sich aber deren Scheitern in Gestalt eines erneuten Auftretens der Mangelsymptomatik erst dreieinhalb Monate nach der Rückgabe der vermeintlich erfolgreich reparierten Sache an den Käufer, so ergibt sich keine verjährungshemmende Wirkung mehr zugunsten des Käufers.

Und § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB versagt immer dann, wenn der Verkäufer deutlich macht, dass er der Auffassung ist, ohne Rechtspflicht zu handeln.⁴² Zwar ist es zutreffend, dass man einem Verkäufer, der deutlich macht, nicht zur Mangelbeseitigung verpflichtet zu sein, kaum den Willen zu einem Anerkenntnis unterstellen kann. Im Ergebnis führt dies aber dazu, dass der rechtskundige Verkäufer ein

³⁹ Vgl. die Nachw. in BGHZ 164, 196, zit. nach juris Rn. 16.

⁴⁰ Im Rahmen der AGB-Kontrolle BGHZ 164, 196, Rn. 16 (zitiert nach juris); ferner OLG Bamberg, MDR 2007, 87, Rn. 43f. (zitiert nach juris), wo allerdings für den Streitfall bereits entsprechender Klägervortrag verneint wird; BeckOK-BGB-Faust, Ed. 32, Stand: 01.08.2014, § 438 Rn. 59; Arnold, ZGS 2002, 438, 440; Auktor, NJW 2003, 120, 121; ders./Mönch, NJW 2005, 1686, 1687; Bolthausen/Rinker, ZGS 2006, 12, 13f.; Ritzmann, MDR 2003, 430, 432; Klas/Kleesiek, NJW 2010, 3339; für das Werkvertragsrecht Derleder/Kähler, NJW 2014, 1617, 1619; für eine gegenüber dem früheren Recht restriktivere Auslegung von § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB im vorliegenden Kontext Reinking, ZGS 2002, 140, 143ff.; Gramer/Thalhofer, ZGS 2006, 250, 253f.; Arnold, in: FS Eggert, 2008, S. 41, 44ff.; Reiling/Walz, BB 2012, 982, 984; Faber/Werner, NJW 2008, 1910, 1911.

⁴¹ Hemmung und Neubeginn können auch parallel eintreten, s. zum alten Recht BGH NJW 1999, 2961, zit. nach juris Rn. 10; BGH, NJW 1990, zit. nach juris Rn. 8; ausf. dazu Derleder/Kähler, NJW 2014, 1617ff.

⁴² Betont wird dies etwa von BeckOK-BGB-Faust, Ed. 32, Stand: 01.08.2014, § 438 Rn. 59; Auktor, NJW 2003, 120, 121.

solches Anerkenntnis selbst bei offenkundig bestehenden Mängelrechten schlicht durch entsprechende Klarstellung vermeiden kann.

Davon abgesehen sollen sich eine Hemmung nach § 203 S. 1 BGB oder ein Anerkenntnis nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB immer nur auf den konkreten Mangel erstrecken, der Gegenstand der Nacherfüllungsbemühungen war⁴³, wobei allerdings sämtliche Mängelursachen für eine bestimmte gerügte Mängelsymptomatik mitumfasst sein sollen.⁴⁴ Auch dies leuchtet prinzipiell ein⁴⁵, da es typischerweise an einem Willen des Verkäufers fehlen wird, durch seine Nacherfüllungsmaßnahmen Mängelansprüche des Käufers auch insofern anzuerkennen, als diese sich gar nicht (allein) aus den gerügten Mängelsymptomen und deren Mangelursachen ergeben. Damit sind aber in den oben genannten Fallgruppen 3 und 4 Hemmung oder Unterbrechung nach diesen Grundsätzen ungeeignet, die Verjährung hinsichtlich solcher nachträglich zu Tage tretender Defekte⁴⁶ aufzuhalten, die nicht bereits Ursache der zuvor geltend gemachten Mangelercheinungen waren, sondern zu einer neuen Mängelsymptomatik führen.

II Neubeginn der Verjährung nach § 438 BGB durch Ablieferung der reparierten Sache oder der Ersatzsache?

1 Keine klare gesetzliche Anordnung

Unabhängig von den allgemeinen Tatbeständen einer Hemmung oder eines Neubeginns stellt sich allerdings die Frage, ob nicht parallel dazu, dass für die Beurteilung des Erfolges der Nacherfüllung i. R. v. § 434 BGB der Gefahrübergang hinsichtlich der reparierten Sache bzw. der Ersatzsache maßgeblich ist, auch die Ablieferung⁴⁷ i. R. § 438 Abs. 2 BGB auf die reparierte Sache oder die Ersatzsache

⁴³ Für die Hemmung s. OLG Brandenburg, BeckRS 2008, 09531 unter II.; ferner etwa MünchKommBGB-Grothe, 6. Aufl. 2012, § 203 BGB Rn. 7; Menges, JuS 2008, 395, 397; hinsichtlich des Neubeginns der Verjährung (früher: Verjährungsunterbrechung) Derleder/Kähler, NJW 2014, 1617, 1619; BeckOK-BGB-Faust, Ed. 32, Stand: 01.08.2014, § 438 Rn. 59; Reiling/Walz, BB 2012, 982, 984; Klas/Kleesiek, NJW 2010, 3339; Menges, JuS 2008, 395, 397; BGH, NJW 1981, 2741, 2742 s. auch bereits RGZ 78, 295, 296f. zur entsprechend beschränkten verjährungsunterbrechenden Wirkung der Erhebung einer auf einen bestimmten Mangel gestützten Wandelungsklage; auf diese Grenzen weist etwa hin Waas, BB 1999, 2472, 2473 (zum alten Recht); abw. hinsichtlich der Ersatzlieferung Auktor, NJW 2003, 120, 122; dem folgt Staudinger-Matusche-Beckmann, BGB (2014), § 439 Rn. 22; dagegen Arnold, in: FS Eggert, 2008, S. 41, 44ff.

⁴⁴ Vgl. BGHZ 108, 65, Rn. 13f. (zitiert nach juris) für einen Werkvertrag und Neubeginn der Verjährung nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 S. 3 VOB/B (1973).

⁴⁵ Kritisch aber zum alten Recht Staudinger-Honsell, BGB (1995), § 477 Rn. 52.

⁴⁶ Dagegen dürfte sich die Hemmung oder der Verjährungsneubeginn nach diesen Grundsätzen in den Fallgruppen 1 und 2 auch auf später manifest werdende andere Mängelsymptome erstrecken, sofern diese auf denselben Mangelursachen beruhen wie die ursprüngliche Mangelercheinung, die Anlass der Nacherfüllungsmaßnahme des Verkäufers war.

⁴⁷ Bzw. bei Grundstücken deren Übergabe.

zu beziehen ist, so dass für die (fortbestehenden) Mängelrechte eine neue Verjährungsfrist zu laufen beginnt. Diese Frage wird unterschiedlich beantwortet⁴⁸, wobei von den Befürwortern⁴⁹ eines Verjährungsneubeginns teilweise zwischen Ersatzlieferung und Nachbesserung, vielfach aber auch zwischen verschiedenen Fallgruppen eines nachträglich auftretenden Defektes differenziert wird.⁵⁰

Das Gesetz enthält keine explizite Stellungnahme. Der Wortlaut von § 438 Abs. 2 BGB, der nur von „Ablieferung der Sache“⁵¹ spricht, lässt durchaus eine Auslegung zu, nach der es mit der Überlassung der reparierten Sache bzw. der Lieferung einer Ersatzsache zu einer weiteren Ablieferung kommt, die eine erneute Verjährungsfrist in Gang setzt.⁵² Dass mitunter die Sache trotz Reparatur beim Käufer verbleibt und es damit nicht in allen Fällen der Nacherfüllung zu einer erneuten Übergabe komme, steht dem nicht entgegen.⁵³ Insofern muss man vielmehr das Ablieferungskriterium⁵⁴ nach seinem Sinn und Zweck dahin auslegen, dass auf den Zeitpunkt abstellen ist, in welchem der Verkäufer die Reparatur für beendet erklärt und so dem Käufer die Möglichkeit zu deren Untersuchung eröffnet.

Auch kann mangels eindeutiger Stellungnahmen in den Gesetzgebungsmaterialien nicht mit Zuverlässigkeit auf einen Willen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzgebers geschlossen werden, die Verjährung bei misslungener Nacherfüllung nicht neu beginnen zu lassen.⁵⁵

⁴⁸ Abl. OLG Celle, NJW 2006, 2643, 2644; OLG Bamberg, MDR 2007, 87, Rn. 43 (zitiert nach juris); Auktor, NJW 2003, 120, 121f.; ders./Mönch, NJW 2005, 1687; Bolthausen/Rinker, ZGS 2006, 12, 13f.; Gramer/Thalhofer, ZGS 2006, 252; Reiling/Walz, BB 2012, 982, 983; Faber/Werner, NJW 2008, 1910, 1913; Ostendorf, ZVglRWiss 110 (2011), 109, 129; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl. 2009, Rn. 719f.; de lege ferenda Schmidt-Räntsch, ZIP 2000, 1639, 1644.

⁴⁹ Prinzipielle für beide Formen der Nacherfüllung BeckOK-BGB-Faust, Ed. 32, Stand: 01.08.2014, § 438 Rn. 59; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, 2002, S. 24 Rn. 332f.; Graf von Westphalen, ZGS 2002, 19, 21 f.; Arnold, in: FS Eggert, 2008, S. 41, 54f.; sympathisierend auch Klas/Kleesiek, NJW 2010, 3339; de lege ferenda Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1420f. u. 1812, 1813.

⁵⁰ S. BGHZ 164, 196, Rn. 18 (zitiert nach juris), wo ein Neubeginn nach § 438 BGB für die Ersatzlieferung als „die Regel“ bezeichnet wird, während in Bezug auf die Nachbesserung ein erneuter Fristenlauf allenfalls in Bezug auf denselben Mangel oder die Folgen einer mangelhaften Nachbesserung erwogen wird; für Neubeginn bei Ersatzlieferung auch Arnold, ZGS 2002, 438, 440 unter Verweis u. a. darauf, dass die Neulieferung aufgrund der in §§ 439 Abs. 4, 346 BGB angeordneten Nutzungsentschädigungspflicht zu einer vollständigen Rückabwicklung des ersten Erfüllungsversuchs führe; ferner Stodolkowitz, ZGS 2010, 448, 450f.; ferner Menges, ZGS 2008, 457, 458; ders., JuS 2008, 395ff.

⁵¹ Bzw. in Bezug auf Grundstücke von deren „Übergabe“.

⁵² Dies betont zutr. Menges, JuS 2008, 395, 396.

⁵³ Anders aber Auktor/Mönch, NJW 2005, 1686, 1687; Arnold, in: FS Eggert, 2008, S. 41, 50.

⁵⁴ Ablieferung setzt nach der Rspr. voraus, dass der Verkäufer die Sache aus seiner Verfügungsgewalt entlässt und die Ware in Erfüllung des Kaufvertrags so in den Machtbereich des Käufers verbracht wird, dass diesem nunmehr anstelle des Verkäufers die Verfügungsmöglichkeit zusteht und ihm ermöglicht wird, die Sache zu untersuchen, s. nur BGH, NJW 1995, 3381, 3382 m. w. Nachw.

w. Nachw. bei BeckOK-BGB-Faust, Ed. 32, Stand: 01.08.2014, § 438 Rn. 30.

⁵⁵ Dazu näher Menges, JuS 2008, 395, 397f.; abw. mit Blick auf Schmidt-Räntsch, ZIP 2000, 1639, 1644 OLG Celle, NJW 2006, 2643, 2644; Meinungsäußerungen von Ministerialbeamten in

2 Systematische und teleologische Wertungen entscheidend

Sprechen also weder der Wortlaut des § 438 BGB noch der legislatorische Wille klar für oder gegen einen Neubeginn der Verjährungsfrist bei im Anschluss an Nacherfüllungsmaßnahmen auftretenden Mängeln, so muss sich die Lösung auch hier wieder an Systematik und Telos der Nacherfüllungspflicht orientieren. Insofern ist wiederum bedeutsam, dass die Pflicht zur Nacherfüllung mit der ursprünglichen Erfüllungspflicht identisch ist und folglich der Umstand, dass es nach dem ursprünglichen Leistungsbemühen später zu einem Versuch der Nachholung der einwandfreien Leistung kommt, dem Käufer grundsätzlich weder Vorteile noch Nachteile bringen soll. Dies hat auch für die Frage der Verjährung von Ansprüchen wegen nachträglich offenbar werdender Defekte zu gelten. Daraus lässt sich ableiten, dass der Käufer hinsichtlich dieser nachträglich offenbar gewordenen Mängel auch verjährungsrechtlich grundsätzlich nicht besser, aber auch nicht schlechter stehen soll, als er stünde, wenn die maßgeblichen Defekte sich nicht erst infolge der Nacherfüllung, sondern bereits aufgrund eines ersten Erfüllungsversuches gezeigt hätten.

Außerdem ist wiederum der Vorrang der Nacherfüllung zu berücksichtigen. Muss der Käufer sich prinzipiell eine Nacherfüllung gefallen lassen, bevor er auf Sekundärrechte übergehen kann, so darf die Nacherfüllung für ihn im Vergleich zu diesen anderen Sekundärrechten, die ihm zunächst vorenthalten werden, nicht mit unzumutbaren Nachteilen verbunden sein. Denn andernfalls liefe der Käufer Gefahr, sich aufgrund des Vorranges der Nacherfüllung gegen Qualitätsmängel nicht mehr effektiv zur Wehr setzen zu können und drohte damit insgesamt eine unzumutbare Verkürzung der Mängelrechte des Käufers, die das vereinbarte Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung in eine Schieflage bringen würde.

Auch auf der Grundlage dieser Überlegungen fällt jedoch die Antwort auf die Frage nach dem Lauf einer zweiten Verjährungsfrist nicht ganz leicht. Dies vor allem deshalb, weil eine zweite Verjährungsfrist ab Ablieferung der reparierten Sache bzw. der Ersatzsache im Ergebnis immer dazu führt, dass der Käufer über einen längeren Gesamtzeitraum hinweg Mängel geltend machen kann, als wenn es nach Beginn der ersten Verjährungsfrist nicht zu einem zweiten Fristenlauf kommt. Dementsprechend könnte man auf erste Sicht geneigt sein, in allen vier Fallgruppen eine im Vergleich zu einem nur einmaligen Erfüllungsversuch ungerechtfertigte Besserstellung des Käufers bzw. Schlechterstellung des Verkäufers annehmen zu wollen. Es ist wohl genau dieser Gedanke, der hinter mancher Stellungnahme steht, die eine u. U. ewige „Kettengewährleistung“ des Verkäufers befürchtet⁵⁶. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass für die Fallgruppen 1 bis 3, nicht aber

Fachzeitschriften entfalten jedoch keine entsprechende Bindungskraft, so zu Recht schon Arnold, in: FS Eggert, 2008, S. 41, 50; in den Gesetzgebungsmaterialien finden sich keine eindeutigen Stellungnahmen.

⁵⁶ Deutlich in diesem Sinne etwa Schmidt-Räntsch, ZIP 2000, 1639, 1644: „Die doppelte Verjährung führt zu einer Verjährungsfrist von unter Umständen vier Jahren. Das ist zu lang. Bedenklich ist auch, dass es keine Grenze nach oben gibt. Was ist, wenn die Nachbesserung wiederum nachgebessert wird, was der Unternehmer nicht abwenden kann?“ Siehe ferner Graf von Westphalen, ZGS 2002, 19, 21, wo von einer „nie enden wollenden ‚Kettengarantie‘“ die Rede ist.

in Bezug auf Fallgruppe 4 hinsichtlich sämtlicher Mängelansprüche eine weitere Verjährungsfrist sachlich geboten ist.

3 Neuer Lauf der Verjährungsfrist bei nachträglichen anderen Defekten (Fallgruppe 3)

Dies sei zunächst für Fallgruppe 3 begründet, die dadurch gekennzeichnet ist, dass bislang fehlerfreie Teile der Kaufsache beschädigt oder entfernt oder durch defekte Teile ersetzt werden und dies zu identischen oder (auch) anderen Mangelsymptomen führt oder eine Ersatzsache geliefert wird, die in Bezug auf andere Teile mangelhaft ist, als es die ursprüngliche Sache war. Hätte hier der jeweils erst durch die Nacherfüllung verursachte Mangel bereits der ursprünglich gelieferten Sache angehaftet, so hätte der Käufer die volle Verjährungsfrist, im Regelfall also zwei Jahre lang (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB) Zeit gehabt, den betreffenden Fehler zu entdecken und darauf Gewährleistungsrechte zu stützen. Lässt man mit der Ablieferung der reparierten Sache oder der Ersatzsache keine neue Verjährungsfrist laufen, so verkürzt sich die Verjährungsfrist auf den noch offenen Rest der mit der Erstlieferung in Gang gesetzten Frist. Der Käufer würde also hinsichtlich der zeitlichen Grenzen seiner Mängelrechte dann, wenn die maßgeblichen Defekte erst durch die Nacherfüllung verursacht wurden, deutlich schlechter gestellt als bei Qualitätsdefiziten des ersten Erfüllungsversuches. Stellt sich beispielsweise vier Monate nach einer wenige Wochen vor Ablauf der Zwei-Jahres-Frist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB erfolgten Reparatur eines Staubsaugers mit defektem Teil A heraus, dass der Verkäufer bei der Reparatur Teil B beschädigt hat, so könnte der Käufer ohne Neubeginn der Verjährung keine Mängelrechte mehr geltend machen. Dies benachteiligt ihn gegenüber der hypothetischen Situation der Lieferung eines schon ursprünglich mit einem fehlerhaften Teil B ausgestatteten Staubsaugers, in der er zwei Jahre lang Zeit gehabt hätte, den Defekt zu entdecken und geltend zu machen. Um es drastisch zu formulieren: „Pfusch“ bei der Nacherfüllung würde im Vergleich zum „Pfusch“ bei der ursprünglichen Lieferung weniger streng sanktioniert und bliebe unter Umständen gar folgenlos.

Nun mag man allerdings gegen einen erneuten Lauf der Verjährungsfrist einwenden wollen, dass dem Käufer aus der Nacherfüllung doch keine zusätzlichen Vorteile erwachsen sollen und der Käufer auch dann, wenn die Nacherfüllung unterblieben wäre, einen Mangel, der sich erst nach Ablauf von zwei Jahren gezeigt hätte, nicht mehr hätte geltend machen können.⁵⁷

⁵⁷ In diesem Sinne Ernst/Zimmermann-Roth, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 225, 247, der argumentiert, dass es dem Käufer dann, wenn sich beim Ersatzstück ein anderer Mangel zeige als bei der ursprünglich gelieferten Sache, zuzumuten sei, dass die Zweijahresfrist (des Art. 5 Abs. 1 Kaufrechts-Richtlinie 1999/44 EG) ab dem Zeitpunkt der Erstlieferung laufe, weil er dadurch nicht schlechter stehe, als wenn der neue Mangel am zuerst gelieferten Gut ggf. nach Ablauf der Zweijahresfrist aufgetreten wäre; ähnlich auch Ostendorf, ZVglRWiss 110 (2011), 109, 129, der annimmt, der Umstand, dass dem Käufer bei mangelhafter Nacherfüllung kein ausreichender Zeitraum für die Entdeckung neuer Mängel zur Verfügung stehe, treffe den Käufer, der überhaupt erst kurz nach Ablauf der Verjährungsfrist Mängel entdecken konnte, genauso.

Jedoch muss man sich klarmachen, dass viele Mängel so beschaffen sind, dass sie sich typischerweise oder gar notwendig innerhalb einer bestimmten Zeitspanne zeigen. Dass die ursprünglich gelieferte Kaufsache im Zeitpunkt ihrer Überlassung an den Verkäufer zur Behebung von Mangel A keine Symptome eines bestimmten Mangels B zeigte, ist deshalb oft Beleg dafür, dass Mangel B dieser Sache tatsächlich nicht oder sehr wahrscheinlich nicht anhaftete. Funktioniert etwa die Regulierung der Saugstärke eines Staubsaugers ohne ein bestimmtes Teil X nicht oder führt ein bestimmter Materialfehler dazu, dass der Schlauch eines Staubsaugers spätestens nach regelmäßiger mehrmonatiger Benutzung Risse aufweist, hatte der Käufer den Staubsauger aber fast zwei Jahre lang im Einsatz, ohne dass sich Probleme bei der Regulierung der Saugstärke und ohne dass sich Risse im Schlauch gezeigt haben, so wird man es in der Regel für feststehend erachten können, dass dem Staubsauger weder das für die Regulierung der Saugstärke erforderliche Teil X fehlte, noch der Schlauch des Gerätes den betreffenden Materialfehler aufwies. Um einen solchen Vorteil einer teilweise einwandfreien Erfüllung bringt man den Käufer, wenn er nach der Nacherfüllung auftretende andere Defekte, die die ursprüngliche Sache sicher oder wahrscheinlich nicht aufwies, nicht mehr geltend machen kann. Man würde also den Käufer hinsichtlich der Nacherfüllung schlechter stellen, als er beim ursprünglichen Erfüllungsversuch stand. Denn hätte der nachträglich entstandene Defekt der Kaufsache schon ursprünglich angehaftet, hätte der Käufer Mängelrechte rechtzeitig geltend machen können. Eine solche Schlechterstellung des Käufers während des Nacherfüllungsstadiums widerspricht der Identität von Erfüllungs- und Nacherfüllungspflicht und missachtet wiederum deren synallagmatische Verknüpfung mit der Gegenleistungspflicht, wonach der Verkäufer den vollen Kaufpreis nur bei qualitativ einwandfreier (Nach)Erfüllung verdient. Erst recht gilt dies mit Blick auf den Vorrang der Nacherfüllung, der den Käufer prinzipiell dazu zwingt, dem Verkäufer die Kaufsache zum Zwecke der Nacherfüllung zu überlassen, bevor er auf Sekundärrechte übergehen kann. Dies ist dem Käufer aber nicht zuzumuten, wenn er dadurch ersatzlos den Vorteil verliert, dass sich die Kaufsache bisher in verschiedener Hinsicht bewährt hat.

Es muss also hinsichtlich der reparierten Sache oder der Ersatzsache eine weitere Gewährleistungsfrist laufen, die dem Käufer die Möglichkeit gibt, die mangelnde Bewährung der Ersatzsache bzw. der reparierten Sache genauso lange geltend zu machen, wie er dies ursprünglich hätte tun können. Im Übrigen müsste der Käufer ansonsten sogar u. U. damit rechnen, durch die Nacherfüllung schlechter gestellt zu werden, als er bei Verzicht auf ein Nacherfüllungsverlangen stünde. Würde beispielsweise kurz vor Ablauf der Gewährleistungsfrist ein verhältnismäßig geringfügiger Mangel einer hochwertigen und technisch komplexen Kaufsache manifest, so müsste man dem Käufer u. U. raten, von einem Nacherfüllungsbegehren abzusehen, weil er befürchten müsste, künftig der Einrede der Verjährung ausgesetzt zu sein, wenn er die Kaufsache in schlechterem Zustand zurückerhielte, als diese vor der Nacherfüllung beschaffen war. Beim Verbrauchsgüterkauf weist dieses Argument sogar eine europarechtliche Qualität auf: Denn der EuGH hat sich sowohl in der

Quelle-Entscheidung⁵⁸ als auch in der Weber/Putz-Entscheidung⁵⁹ deutlich gegen eine Belastung des Käufers mit nachteiligen Folgen der Nacherfüllung ausgesprochen, die ihn davon abhalten könnten, seine Mängelrechte auszuüben.⁶⁰

Schließlich braucht es auch nicht viel Fantasie, um sich klarzumachen, dass durch Versagung einer zweiten Verjährungsfrist falsche Verhaltensanreize gesetzt werden. Ein Verkäufer, der kurz vor Ablauf der Gewährleistungsfrist nacherfüllt und weiß, dass er für neu verursachte Defekte wahrscheinlich nicht mehr in Anspruch genommen werden kann, wird sich möglicherweise doch weniger Mühe geben als bei einem erstmaligen Erfüllungsversuch, bei dem er zwei Jahre lang mit der Geltendmachung von Mängelrechten rechnen muss.

4 Neuer Lauf der Verjährungsfrist bei Fortdauer des ursprünglichen Mangels (Fallgruppen 1 und 2)

Eine neue Verjährungsfrist ist aber auch in den Fallgruppen 1 und 2 anzuerkennen. Hier läuft der Käufer allerdings anders als in Fallgruppe 3 nicht Gefahr, infolge der Nacherfüllung einen Bewährungsvorteil hinsichtlich bestimmter Sacheigenschaften zu verlieren. Denn die Kaufsache hat sich hinsichtlich ihrer erneut bzw. fortwährend mangelhaften Beschaffenheit schon ursprünglich nicht bewährt. Vielmehr lässt sich gerade umgekehrt sagen, dass der Käufer in den Fallgruppen 1 und 2, wo sich nach der Nacherfüllung dieselben oder gleiche Teile als mangelhaft erweisen wie zuvor, der Vorteile einer rechtzeitigen *Nicht*bewährung der Kaufsache verlustig geht, wenn man ihm eine neue Verjährungsfrist versagt. Obwohl ein Mangel rechtzeitig innerhalb der ursprünglichen Verjährungsfrist manifest und vom Käufer gerügt wurde, könnte der Verkäufer durch eine erst später erkennbare unzureichende Behebung dieses Mangels im Wege der Nacherfüllung den Käufer doch noch der Wirkung der Verjährung aussetzen. Und dies, obwohl für den Käufer gerade aufgrund der Nacherfüllung kein Anlass zur verjährungshemmenden Klage bestand. Dadurch würde die ursprüngliche Verjährungsfrist für den Käufer erheblich entwertet. Eine solche Rechtslage erscheint nach deren Ratio, dem Käufer eine faire Chance zur Durch-

⁵⁸ EuGH, Urt. v. 17.4.2008 Rs. C-404/06, NJW 2008, 1433, Rn. 34 (zitiert nach juris).

⁵⁹ S. EuGH, Urt. v. 16.6.2011, verbundene Rechtssachen C-65/09 (Gebr. Weber GmbH gegen Jürgen Wittmer) und C-87/09 (Ingrid Putz gegen Medianess Electronics GmbH), NJW 2011, 2269, zit. nach juris Rn. 46.

⁶⁰ Der EuGH geht aber offenbar eher nicht von einer europarechtlichen Pflicht zur „Kettengewährleistung“ aus, sondern betont in der Quelle-Entscheidung ausdrücklich, dass die Interessen des Verkäufers durch die Verjährungsfrist von zwei Jahren nach Art. 5 Abs. 1 Kaufrechts-Richtlinie 1999/44 EG geschützt würden, s. EuGH, Urt. v. 17.4.2008 Rs. C-404/06, NJW 2008, 1433, zit. nach juris Rn. 42; dass die Kaufrechts-Richtlinie 1999/44 EG es nicht gebietet, beim Verbrauchsgüterkauf an die Nacherfüllung einen Neubeginn der Verjährung zu knüpfen, wird insbesondere mit Blick darauf, dass Art. 5 Abs. 1 RL Bezug nimmt auf die Rechtsbehelfe in Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 RL, die an der „Lieferung“ des Gutes i. S. v. Art. 3 Abs. 1 RL als erstmaligem Erfüllungsversuch ansetzen, angenommen von Ernst/Zimmermann-Roth, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 225, 246f.

setzung seiner Mängelrechte zu verschaffen⁶¹, aber auch mit Blick auf den Vorrang der Nacherfüllung inakzeptabel. Würde der Käufer nämlich andere Mängelrechte als die Nacherfüllung geltend machen, etwa indem er den Kaufpreis mindern oder vom Kaufvertrag zurücktreten würde, so liefe er keine Gefahr, seine Rechte wegen des betreffenden Mangels durch dessen verspätetes erneutes Zutreten wieder zu verlieren. Wird dem Käufer aber eine sofortige Geltendmachung von Sekundärrechten verwehrt, dann muss die Nacherfüllung für ihn zumutbar und mithin so ausgestaltet sein, dass sie ihn nicht um die Durchsetzung seiner Rechte wegen rechtzeitig innerhalb der ersten Verjährungsfrist gerügten Mängel bringt. Ein Vorrang der Nacherfüllung muss folglich dem Käufer zur Überprüfung des Ergebnisses einer Nacherfüllungsmaßnahme grundsätzlich genauso viel Zeit belassen, wie ihm ursprünglich zur Überprüfung der Qualität des ersten Erfüllungsversuches zur Verfügung stand. Daraus rechtfertigt sich auch in diesen beiden Fallgruppen (1 und 2) ein neuer Lauf der Verjährungsfrist bei Ablieferung der reparierten Sache bzw. der Ersatzsache.

Davon abgesehen greift auch hier wieder der Gedanke der Vermeidung von Fehlanreizen gegenüber dem Verkäufer. Denn auch insoweit gilt, dass der Verkäufer sich insbesondere bei kurz vor Vollendung der Gewährleistungsfrist gerügten Mängeln nachgerade zum „Pfusch“ aufgefordert fühlen darf, wenn er darauf hoffen darf, Ansprüche des Käufers aufgrund später offenbar werdender Mängel der Nacherfüllung mit der Einrede der Verjährung abwehren zu können.

5 Kein neuer Lauf der Verjährungsfrist bei nachträglichem Offenbarwerden anfänglicher Mängel (Fallgruppe 4)

Abweichend von den Fallgruppen 1 bis 3 ist hingegen Fallgruppe 4 zu beurteilen, die durch das nachträgliche Offenbarwerden von Mängeln gekennzeichnet ist, die zu dem nachgebesserten Mangel und dessen Ursachen keinen Bezug haben. Gegen einen Neubeginn der Verjährung streitet hier der Gedanke, dass der Käufer durch die Nacherfüllung verjährungsrechtlich keinen zusätzlichen Vorteil erlangen soll. Denkt man sich die Nacherfüllung und den diese auslösenden Defekt hinweg, so dass dem späteren Offenbarwerden eines Mangels keine Nachbesserung vorausgegangen ist, so wäre der Käufer unzweifelhaft den Wirkungen der gegen ihn laufenden ursprünglichen Verjährungsfrist ausgesetzt. Es ist nicht ersichtlich, warum sich daran etwas ändern soll, nur weil dem Manifestwerden des Mangels die Nachbesserung eines anderen, davon unabhängigen Defektes vorausging. Da es hier nicht um erst nachträglich durch die Nacherfüllung verursachte Defekte geht, wird dem Käufer durch die Versagung einer neuen Verjährungsfrist kein Vorteil der Bewährung der Kaufsache im ursprünglichen Zustand genommen. Und auch der Gedanke, dass dem Käufer, sozusagen als Kehrseite zum Vorrang der Nacherfüllung, das Recht zustehen muss, für die Prüfung des Erfolgs der Nacherfüllung

⁶¹ Dazu Bt-Drucks.14/6040, S. 228.

genauso lange Zeit zur Verfügung zu haben wie beim ersten Erfüllungsversuch des Verkäufers, verfängt nicht. Denn hinsichtlich des erst später zu Tage getretenen, vom ursprünglich offenbar gewordenen Mangel ganz unabhängigen Defekts gab es – auch für den Käufer ersichtlich – kein Nacherfüllungsbemühen des Verkäufers und gibt es folglich keine (mögliche) Veränderung der Kaufsache, die der Käufer überprüfen könnte. Ein Neubeginn der Verjährung würde den Käufer mithin ohne sachlichen Grund besserstellen gegenüber der Situation eines späten Zutagetretens eines Defektes ohne vorherige Behebung eines davon unabhängigen Mangels. Dementsprechend wird diese Konstellation denn auch selbst von den Befürwortern eines Neubeginns der Verjährung typischerweise ausgenommen.⁶²

6 Begrenzung der neuen Verjährungsfrist durch die maximale Nutzungsdauer einer einwandfreien Sache?

Erscheint also für die Fallgruppen 1 bis 3 ein erneuter Lauf der Verjährungsfrist ab Ablieferung der reparierten oder ersatzweise gelieferten Sache geboten, so kann man sich gleichwohl fragen, ob diese neue Frist dem Käufer stets in voller Länge zur Verfügung stehen muss. Dagegen spricht, dass der Käufer beim Offenbarwerden von Mängeln im Anschluss an die Nacherfüllung verjährungsrechtlich grundsätzlich auch nicht besser stehen soll, als er stünde, wenn es nicht zur Nacherfüllung kommen würde. Zwar wurde oben⁶³ eingehend begründet, warum der Umstand, dass der Käufer die Verjährung nach § 438 BGB bei misslungener Nacherfüllung in den Fallgruppen 1, 2 und 3 nicht nur einmal, sondern zweimal oder bei weiteren Nacherfüllungsversuchen sogar u. U. noch öfter ausschöpfen kann, keine ungerechtfertigte Bevorzugung des Käufers darstellt. Abzulehnen ist deshalb der vereinzelt geäußerte Vorschlag, die „Kettengewährleistung“ durch Verdoppelung der Frist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB⁶⁴ zu begrenzen, der im Übrigen die Grundlage einer gesetzlichen Grundlage entbehrt.⁶⁵

Oben wurde aber auch dargelegt, dass der Käufer durch die Ersatzlieferung u. U. einen ungerechtfertigten Vorteil „neu für alt“ erlangt.⁶⁶ Entsprechendes gilt für die Reparatur, soweit neue Teile eingebaut werden. Fraglich ist, ob dieser Vorteil nicht wenigstens verjährungsrechtlich begrenzt werden sollte. Bedeutsam ist dies in Fällen, in denen eine Sache eine nur verhältnismäßig kurze Lebens- oder Gebrauchs-

⁶² S. BGHZ 164, 196, Rn. 18 u. bereits Fn. 50 (zitiert nach juris); BeckOK-BGB-Faust, Ed. 32, Stand: 01.08.2014, § 438 Rn. 59; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland-Haas, Das neue Schuldrecht, 2002, S. 24 Rn. 333; Arnold, in: FS Eggert, 2008, S. 41, 55; für umfassenden Neubeginn der Verjährung hingegen Wiedemann, ZRP 2013, 2, 4.

⁶³ S. unter F. II. 3. und 4.

⁶⁴ Dafür Wiedemann, ZRP 2013, 2, 4.

⁶⁵ Für Heranziehung der Regelverjährungsfristen aus §§ 195, 199 BGB als absolute Höchstfrist Stodolkowitz, ZGS 2010, 448, 451. Dies würde aufgrund der großzügigen Berechnung der kenntnisunabhängigen Fristen in § 199 BGB zwar zu angemessenen Ergebnissen führen, kommt mangels gesetzlicher Grundlage aber nur de lege ferenda in Betracht.

⁶⁶ S. unter III.1.

dauer aufweist. Denn hier mag insbesondere dann, wenn es erst kurz vor Ablauf der ersten Verjährungsfrist zur Nacherfüllung kommt, die Situation eintreten, dass die zweite, mit Ablieferung der reparierten oder ersatzweise gelieferten Sache neu beginnende Verjährungsfrist deutlich über die Lebens- bzw. Gebrauchsdauer hinausreicht, welche die Kaufsache aktuell hätte, wäre sie ursprünglich in einwandfreiem Zustand geliefert. Erst recht kann es dazu bei mehreren misslungenen Nacherfüllungsversuchen kommen. Konnte der Käufer die ursprünglich gelieferte Sache vor Zutreten des Mangels, der im Wege der Nacherfüllung behoben werden sollte, uneingeschränkt nutzen, dann erscheint es nicht ohne Weiteres gerechtfertigt, dass er einen später nach der Nacherfüllung offenbarwerdenden Mangel auch dann noch geltend machen kann, wenn in diesem Zeitpunkt eine (hypothetische) schon ursprünglich in einwandfreiem Zustand gelieferte Sache längst verschlissen oder unbrauchbar wäre. Dazu ein Beispiel: Man stelle sich vor, eine bunte LED-Lichterkette für den Dauerbetrieb, bei der sich die Leuchtmittel nicht austauschen lassen, hat laut Hersteller eine Lebensdauer von höchstens bis zu 20.000 Stunden. Eine Woche vor Ablauf der zweijährigen Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB wird deutlich, dass sich teilweise die Kunststoff-Ummantelung von den Kabeln der Kette löst. Der Käufer, der die Lichterkette bislang in störungsfreiem 24-Stunden-Dauereinsatz hatte, verlangt Ersatzlieferung, die ihm der Verkäufer zeitnah gewährt. Kurz vor Ablauf der zweiten Verjährungsfrist lösen sich wiederum teilweise die Ummantelungen von den Drähten. Hätte der Verkäufer hier schon ursprünglich mangelfrei geliefert, wäre die Lichterkette aktuell längst unbrauchbar. Man könnte deshalb hier daran denken wollen, dem Käufer die erneute Berufung auf Sachmängel nach § 242 BGB als treuwidrig versagen zu wollen.

Jedenfalls bei Kaufgeschäften, die nicht als Verbrauchsgüterkauf unter § 474 Abs. 1, Abs. 5 BGB fallen, ist für die Ersatzlieferung eine solche zeitliche Begrenzung der Mängelrechte auf die Lebens- bzw. Gebrauchsdauer einer einwandfreien Sache jedoch abzulehnen. Denn hier schuldet der Käufer nach §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1, Abs. 2 BGB Nutzungsersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache. Dass er durch Leistung zunächst der mangelhaften Sache und später der Ersatzsache insgesamt unter Umständen mehr Gebrauchsvorteile erlangt als durch die einmalige Lieferung einer einwandfreien Sache, wird also bereits durch die Pflicht zur Nutzungsentschädigung ausgeglichen. Der Kaufvertrag wird hinsichtlich der ursprünglichen Lieferung gleichsam rückabgewickelt. Damit bleibt dem Käufer aber kein Vorteil einer doppelten Nutzung zunächst der ursprünglichen und später der Ersatzsache mehr und ist es deshalb gerechtfertigt, dass der Käufer hinsichtlich der Ersatzsache in den Genuss einer vollen neuen Verjährungsfrist gelangt.⁶⁷

Es bleibt allerdings die Ersatzlieferung beim Verbrauchsgüterkauf, wo eine Nutzungsentschädigung gem. § 474 Abs. 5 S. 1 BGB ausgeschlossen ist. Außerdem die

⁶⁷ In diesem Sinne schon Arnold, ZGS 2002, 438, 440; ebenso Menges, JuS 2008, 395, 397.

Fälle der Nachbesserung, in denen Teile erneuert werden, die für die Gebrauchsdauer der Sache maßgeblich sind, so dass die reparierte Sache wesentlich länger nutzbar ist, als es eine schon ursprünglich in einwandfreiem Zustand geleistete Sache wäre.

Hier sollte man dem Verkäufer zur Vermeidung einer ungerechtfertigten Bereicherung des Käufers ausnahmsweise gestatten, den Vorteil „neu für alt“ wenigstens verjährungsrechtlich zu begrenzen und damit Mängelrechte nach § 242 BGB als treuwidrig abzuwehren, wenn feststeht, dass dem Käufer ursprüngliche Kaufsache und reparierte Kaufsache bzw. Ersatzsache zusammen insgesamt bereits über die maximale Lebens- bzw. Gebrauchsdauer einer einwandfreien Sache hinaus in mangelsymptomfreiem Zustand zur Verfügung standen. Eine solche Begrenzung der Verjährung stünde wohl mit den Anforderungen der Kaufrechts-Richtlinie 1999/44/EG in Einklang.⁶⁸

Dabei muss nach den allgemeinen Regeln den Verkäufer die Beweislast für die Voraussetzungen eines treuwidrigen Vorteils treffen. Allerdings fehlt es bei vielen Gütern an einer exakt prognostizierbaren Lebensdauer, so dass sich der Nachweis des Verschleißes bzw. der Unbrauchbarkeit einer hypothetischen einwandfreien Sache schon aus diesen Gründen meist nicht wird führen lassen. Davon abgesehen hängt bei vielen Gütern die Lebensdauer stark von der Nutzungsintensität ab, so dass insoweit zu fordern ist, dass der Verkäufer auch eine entsprechend intensive Nutzung durch den Käufer nachweist, soweit diese Voraussetzung ist für die Erschöpfung einer hypothetischen einwandfreien Sache. Auch diesen Nachweis wird der Verkäufer meist kaum führen können. Insgesamt wird damit eine Beschneidung der zweiten Verjährungsfrist nach Treu und Glauben gem. § 242 BGB nur ganz ausnahmsweise in Betracht kommen.

III Erneuter Lauf der 6-Monats-Frist des § 476 BGB?

1 Keine klare gesetzliche Anordnung

Zu klären ist schließlich, ob der Käufer in den Fällen nachträglich, im Anschluss an die Nacherfüllung offenbar werdender Mängel erneut in den Genuss der Beweislastumkehr des § 476 BGB gelangt, ob also dann, wenn binnen sechs Monaten nach Übergabe der reparierten Sache oder der Ersatzsache ein Defekt offenbar wird, grundsätzlich vermutet wird, dieser Defekt sei bereits bei deren (im Falle der Nachbesserung: zweiten) Übergabe vorhanden gewesen. Vor allem hinsichtlich der

⁶⁸ S. dazu, dass der EuGH offenbar nicht von einer europarechtlichen Pflicht zur „Kettengewährleistung“ ausgeht, bereits Fn. 60.

Ersatzlieferung wird dies vielfach bejaht.⁶⁹ Auch diese Frage entbehrt wiederum einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung.⁷⁰

Eine Lösung muss erneut aus allgemeinen Überlegungen zu Bedeutung, Ratio und systematischer Stellung der Nacherfüllung, aber auch der Beweislastumkehr gefunden werden.

2 Zweite Anwendung des § 476 BGB im Falle der Ersatzlieferung geboten

Hinsichtlich der Ersatzlieferung fällt die Antwort nicht schwer und lässt es sich im Grundsatz parallel zu den Überlegungen zu § 438 BGB argumentieren. Die Ratio des § 476 BGB, dem Verbraucher in Bezug auf die Qualität des ursprünglichen Erfüllungsversuches des Verkäufers den – typischerweise mit Schwierigkeiten behafteten – Nachweis des Zeitpunktes der Entstehung solcher Defekte zu ersparen, die früh zu Tage treten, weil solche Fehler mit einer größeren Wahrscheinlichkeit auf den ursprünglichen Zustand der Sache zurückzuführen sind als später offenbar werdende Mängel, greift einerseits ebenso im Falle der Ersatzlieferung ein und darf andererseits durch eine Ersatzlieferung nicht unterminiert werden. Hatte sich der zur Nacherfüllung führende Defekt erst nach Ablauf der 6-Monats-Frist des § 476 BGB gezeigt, wird nun aber bei der Ersatzsache binnen sechs Monaten nach deren Lieferung ein (anderer oder gleicher) Defekt offenbar, so würde man den Käufer hinsichtlich des zweiten Erfüllungsversuches schlechter stellen, als er bei der ursprünglichen Lieferung stand, wenn § 476 BGB nicht erneut eingreifen würde. Denn hätte schon der erstmalig gelieferten Sache der später bei der Ersatzsache zu Tage getretene Defekt angehaftet, so hätte sich der Käufer bei einem Offenbarwerden binnen sechs Monaten ab Lieferung auf § 476 BGB stützen können. Dass sich aber bei der ursprünglichen Sache kein solcher Fehler gezeigt hat, beruht je nach den Umständen möglicherweise bzw. sogar wahrscheinlich oder notwendigerweise darauf, dass die ursprüngliche Sache insoweit einwandfrei war. Diese teilweise einwandfreie Erfüllung darf der Verbraucher nicht infolge der Nacherfüllung ersatzlos

⁶⁹ So von Menges, JuS 2008, 395 396; BeckOK-BGB-Faust, Ed. 32, Stand: 01.08.2014, § 476 Rn. 21, der dasselbe annimmt für Teile, die im Rahmen der Nachbesserung ausgetauscht werden sowie in Bezug auf denjenigen Mangel, der Gegenstand der Nachbesserung war; ähnl. Soergel-Wertenbruch, BGB, 13. Aufl. 2009, § 476 Rn. 40; MünchKommBGB-Lorenz, 6. Aufl. 2012, Rn. 12; s. ferner Reinking, ZGS 2004, 130, 132ff., nach dessen Auffassung dann, wenn die Ersatzsache denselben Fehler wieder zeigt, die ursprüngliche Beweislastumkehr des § 476 BGB bis zu dessen endgültiger Behebung andauern soll. Dies soll auch gelten bei Nachbesserung, wo es nicht zu einem Neubeginn der Frist aus § 476 BGB kommen soll; allg. für Neulauf der Frist bei Nacherfüllung Wiedemann, ZRP 2013, 2, 4; Staudinger-Matusche-Beckmann, BGB (2014), § 476 Rn. 27; sympathisierend mit einer Neuanwendung des § 476 BGB in Bezug auf den konkret nachgebesserten Mangel auch OLG Saarbrücken, NJW-RR 2012, 285, 288.

⁷⁰ Die in Art. 5 Abs. 3 Kaufrechts-Richtlinie 1999/44 EG enthaltene europäische Vorgabe für eine Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf knüpft nach ihrem Wortlaut an die „Lieferung“ an, worunter sich durchaus auch die „Ersatzlieferung“ i. S. v. Art. 3 RL fassen lässt; abw. Ernst/Zimmermann-Roth, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 225, 246f., s. bereits Fn. 60.

einbüßen, wenn er den nachträglich zu Tage getretenen Defekt bei dessen (hypothetischem) Offenbarwerden infolge des ersten Erfüllungsversuches hätte erfolgreich geltend machen können. Denn sonst würde der Käufer durch die Nacherfüllung schlechter gestellt als durch den ersten Erfüllungsversuch.

Wo sich hingegen der die Nacherfüllung auslösende Defekt binnen sechs Monaten nach Lieferung gezeigt hatte und nun nach der Ersatzlieferung bei der Ersatzsache erneut binnen sechs Monaten ein (anderer oder gleicher) Fehler manifest wird, da würde man umgekehrt dem Käufer den Vorteil eines rechtzeitigen Zutretens des Mangels nach § 476 BGB nehmen, wenn die Nacherfüllung nicht zu einer erneuten Anwendbarkeit der Vermutungsregelung führen würde. Der Verkäufer könnte dem Käufer durch einen schlichten Ersatzlieferungsversuch die volle Beweislast zuschieben, wenn nur der Käufer die Sache entgegennähme und damit § 363 BGB eingreifen würde.⁷¹ Damit würde die ursprünglich eingreifende Vermutungswirkung erheblich entwertet. War beispielsweise unklar, ob der rechtzeitig in der 6-Monats-Frist offenbar gewordene Defekt in der Elektronik eines Staubsaugers auf einem Materialfehler oder unsachgemäßem Gebrauch beruhte und zeigt sich beim Gebrauch des Ersatzgerätes nach einigen Tagen der gleiche Defekt wieder, so hätte der Käufer nun den unsachgemäßen Gebrauch auszuräumen, wenn nicht erneut § 476 BGB eingreifen würde.

3 Zweite Anwendung des § 476 BGB im Falle der Nachbesserung geboten

Schwieriger ist die Beurteilung bei der Nachbesserung. Dies deshalb, weil bei der Nachbesserung die gelieferte Kaufsache die gleiche bleibt und damit der ursprüngliche Erfüllungsversuch fortwirkt.

Parallel liegt die Nachbesserung insoweit zur Ersatzlieferung, als unsicher sein mag, ob der Defekt im Zuge der Nacherfüllung verursacht worden ist oder aber erst nachträglich. Bei einer Verursachung im Zuge der Nacherfüllung läge Fallgruppe 2 oder Fallgruppe 3 vor, wäre der Verkäufer nach dem bislang Gesagten also gewährleistungspflichtig und würde der Käufer vom erneuten Lauf einer zweiten Verjährungsfrist des § 438 BGB profitieren. Dagegen läge bei einem erst im Anschluss an die Reparatur, etwa durch unsachgemäße Behandlung der Sache durch den Käufer verursachten Defekt keiner der Fälle 1 bis 4 vor und wären die Voraussetzungen einer Haftung nach § 437 BGB folglich nicht gegeben.

Soweit es um die Überwindung dieser zeitlichen Unsicherheit geht, passt die Ratio des § 476 BGB auch für die Nachbesserung: Der Verbraucher-Käufer soll in Bezug auf Mängel, die binnen sechs Monaten nach dem zweiten Gefahrübergang offenbar werden, vor dem Nachweis bewahrt werden, dass diese Defizite erst *nach der Nacherfüllung* verursacht wurden. Denn auch bei der Nachbesserung

⁷¹ Dazu, dass der Käufer, der die Kaufsache nach Nacherfüllung entgegengenommen hat, grundsätzlich gem. § 363 BGB die Beweislast für das Misslingen der Nacherfüllung trägt, BGH, NJW 2009, 1341, 1342; BGH, NJW 2011, 1664; ebenso MünchKommBGB-Fetzer, 6. Aufl. 2012, § 363 Rn. 4.

muss der Käufer die Sache dem Einfluss des Verkäufers ausliefern und besteht deshalb eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass zeitnah offenbar werdende Mängel nicht erst durch einen anschließenden Fehlgebrauch oder eine unsachgemäße Behandlung der Sache durch den Käufer entstanden sind, sondern der Sache im Zeitpunkt der Vollendung der Reparatur bereits anhafteten. Und auch hier vermag der Verbraucher-Käufer einen der Nacherfüllung nachfolgenden schädigenden Einfluss auf die Sache typischerweise schwer auszuräumen. Ferner passen auch die Überlegungen, dass der Käufer einerseits auch beim zweiten Erfüllungsversuch dann in den Genuss der Vermutungswirkung kommen sollte, wenn ein entsprechender Defekt beim ersten Erfüllungsversuch ebenfalls die Wirkung des § 476 BGB ausgelöst hätte und andererseits der Verkäufer nicht in der Lage sein sollte, dem Käufer die günstige Beweislastlage aus dem ursprünglich eingreifenden § 476 BGB durch einen bloßen Nachbesserungsversuch aus der Hand zu schlagen. Folglich muss § 476 BGB auch bei der Nachbesserung ein zweites Mal zur Anwendung gelangen.

4 Bloße Vermutung der Mangelfreiheit im Zeitpunkt des zweiten Gefahrübergangs

Anders als bei der Ersatzlieferung könnte ein Mangel, der sich nach einer Reparatur zeigt, aber auch schon früher entstanden sein. So könnte der Defekt auch schon im Zeitpunkt des ursprünglichen Gefahrüberganges vorgelegen haben. Dann wäre entweder Fallgruppe 1 oder Fallgruppe 4 gegeben, wobei nach den obigen Ausführungen allein in Fallgruppe 1 dem Käufer eine neue Verjährungsfrist zur Seite springen würde. Oder es könnte der Fehler nachträglich, aber vor den Nacherfüllungsbemühungen des Verkäufers, etwa durch unsachgemäßen Gebrauch durch den Käufer verursacht worden sein. Dann läge keine der oben genannten Fallgruppen vor und würde der Verkäufer gar nicht haften.

Über die zeitliche Unsicherheit einer solchen früheren Entstehung eines nach Nacherfüllung offenbar werdenden Defektes kann und darf eine zweite Anwendung des § 476 BGB dem Käufer nicht hinweg helfen. Denn auch dann, wenn es nicht zur Nachbesserung gekommen wäre, wäre der Käufer nur einmal in den Genuss der Beweislastumkehr des § 476 BGB gelangt und hätte er jenseits davon die Beweislast dafür tragen müssen, dass der Defekt nicht erst nach dem ersten Gefahrübergang entstanden ist. Dabei muss es folglich trotz Nachbesserung sein Bewenden haben, andernfalls der Käufer durch diese einen ungerechtfertigten Beweislastvorteil erlangt. Erreichen lässt sich dies schlicht dadurch, dass man bei der zweiten Anwendung des § 476 BGB die Vermutungswirkung wortlautgetreu darauf beschränkt, dass die Kaufsache bereits im Zeitpunkt des zweiten Gefahrübergangs mangelhaft war.

Zur Illustration ein Beispiel: Zeigt sich etwa der zunächst rechtzeitig fünf Monate nach Übergabe offenbar gewordene Mangel in der Elektronik des Staubsaugers drei Monate nach der Reparatur erneut, so steht aufgrund des zweiten Eingreifens

des § 476 BGB das Scheitern der Nachbesserung fest und kann der Käufer seinen Nacherfüllungsanspruch weiterverfolgen oder andere Mängelrechte geltend machen. Dass der Defekt nicht zwischen erstem Gefahrübergang und Nacherfüllung eingetreten ist, ist aufgrund des ersten Eingreifens des § 476 BGB anzunehmen. Wandelt man nun das Beispiel dahin ab, dass sich drei Monate nach der Reparatur nicht der gleiche Fehler in der Elektronik wieder zeigt, sondern eine Beschädigung des Schlauches, die entweder auf einem Materialfehler oder auf einem Fehlgebrauch beruht, so hilft das zweite Eingreifen des § 476 BGB dem Käufer nur begrenzt. Es wird dann zwar vermutet, dass die Schäden am Schlauch nicht erst nach der Nacherfüllung eingetreten sind, es trifft den Käufer aber genauso, wie wenn es nicht zur Nachbesserung gekommen wäre, die Beweislast dafür, dass der Schlauch nicht zwischen dem ersten Gefahrübergang und Nachbesserung beschädigt wurde.

5 Möglichkeiten der Entkräftung der Vermutung

Es sei schließlich noch darauf hingewiesen, dass die vorgeschlagene zweite Anwendung des § 476 BGB dem Verkäufer differenziertere Widerlegungs- bzw. Entkräftungsmöglichkeiten eröffnet. Er kann die Vermutung zum einen nicht – so wie ursprünglich – nur durch den Nachweis widerlegen, dass der Defekt nach dem ersten Gefahrübergang, aber vor der Nacherfüllung entstanden ist, sondern auch dadurch, dass es ihm gelingt, eine Verursachung des Fehlers im Anschluss an die Nacherfüllung zu beweisen.

Zum andern mag dem Verkäufer je nach Stand der ursprünglichen Verjährungsfrist sogar mit dem Nachweis gedient sein, dass der Mangel bereits im ursprünglichen Gefahrübergangszeitpunkt vorlag. Denn wenn sich zugleich feststellen ließe, dass es sich um einen anderen als den ursprünglich gerügten Defekt handelt, dann wäre die Konstellation 4 gegeben. Dies würde nach den oben angestellten Überlegungen zwar bedeuten, dass der Verkäufer aufgrund des Vorliegens eines Sachmangels beim ersten Gefahrübergang nach § 437 BGB haften würde. Es würde aber eben keine zweite Verjährungsfrist nach § 438 BGB laufen⁷² und folglich könnte der Verkäufer möglicherweise die Einrede der Verjährung entgegenhalten.

G Ergebnisse

1. Erfüllungs- und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers sind prinzipiell identisch und einheitlich darauf gerichtet, dem Käufer eine der vertraglichen Sollbeschaffenheit entsprechende Kaufsache zu verschaffen. Daraus folgt, dass dem Käufer hinsichtlich der Kaufsache aus der Nacherfüllung grundsätzlich weder besondere Vor- noch zusätzliche Nachteile erwachsen sollen.

⁷² S. F. II. 5

2. Zur Vermeidung eines ungerechtfertigten Vorteils „neu für alt“ ist das vertragliche Qualitätssoll bei der Nachbesserung insoweit dynamisiert, d. h. an den tatsächlichen Sachzustand anzupassen, als der Verkäufer zwischen erstem Gefahrübergang und Nachbesserung eintretende Verschlechterungen nicht zu beseitigen hat. Eine Ausnahme gilt allerdings für mangelbedingte Weiterfresserschäden, da der Käufer diese bei einem hypothetischen einwandfreien ersten Erfüllungsversuch ebenfalls nicht erlitten hätte, ihre Beseitigung also keinem Vorteil „neu für alt“ gleichkommt. Außerdem muss der Verkäufer im Zuge der Nachbesserung an der Kaufsache eintretende Defekte beseitigen. Denn auch diese Defekte würde eine ursprünglich einwandfreie Sache nicht aufweisen, weswegen insoweit eine Dynamisierung des Vertragssolls ebenfalls ausscheidet und es wiederum dabei bleiben muss, dass der Verkäufer auch bei einem zweiten Erfüllungsversuch den (vollen) Kaufpreis nur bei Leistung einwandfreier Qualität verdient. Dabei trägt der Verkäufer die Gefahr einer zufälligen Sachverschlechterung während der Nachbesserung bis zum zweiten Gefahrübergang nach § 446 BGB bzw. einem andere einschlägigen Gefahrübergangstatbestand.
3. Bei der Ersatzlieferung bleibt die geschuldete Sollbeschaffenheit aufgrund der Entscheidung des Gesetzgebers, den ersten Erfüllungsversuch rückabzuwickeln, unverändert. Dabei führt der großzügige Wegfall der Wertersatzpflicht nach § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB dazu, dass der Käufer u. U. einen unverdienten Vorteil „neu für alt“ erlangt.
4. In allen behandelten Fallgruppen nachträglicher Defekte ist die Nacherfüllung in dem Sinne misslungen, dass die Pflicht aus §§ 433 Abs. 1 S. 2, 434, 437 Nr. 1, 439 BGB zu einwandfreier Leistung weiterhin verletzt ist. Der Käufer kann mithin jeweils (weiterhin) Mängelrechte aus § 437 BGB geltend machen, die an einen im Zeitpunkt des ersten Gefahrübergangs vorliegenden Mangel anknüpfen.
5. Ersatzlieferung und Nachbesserung setzen grundsätzlich – und zwar in den genannten Fallgruppen 1 bis 3 – eine zweite Verjährung nach § 438 BGB in Gang, da dem Käufer einerseits der Vorteil der Bewährung der ihm ursprünglich gelieferten Sache nicht ersatzlos genommen werden darf und er andererseits nicht um die Früchte eines rechtzeitigen Zutagetretens des die Nacherfüllung auslösenden Mangels gebracht werden darf. Diese Erwägungen greifen allerdings nicht bei Sachmängeln, die schon ursprünglich bei Lieferung vorhanden waren, sich jedoch erst nach einer Nachbesserung zeigen (Fallgruppe 4). Insoweit bleibt es allein bei der ursprünglichen Verjährungsfrist.
6. Ersatzlieferung und Nachbesserung führen zu einer weiteren Anwendung des § 476 BGB. Denn ansonsten würde der Käufer einerseits um den Vorteil einer Bewährung der ihm ursprünglich gelieferten Sache gebracht werden, wenn sich bei dieser Sache kein Defekt innerhalb der (ursprünglichen) Sechs-Monats-Frist gezeigt hat. Andererseits würde eine anfänglich eingreifende Vermutungswirkung nach § 476 BGB erheblich entwertet, wenn der Verkäufer dem Käufer durch schlichten Nacherfüllungsversuch die Beweislast zuschieben könnte. Die Vermutungswirkung einer zweiten Anwendung des § 476 BGB ist jedoch begrenzt, da sie den Käufer nicht davor bewahrt, eine der Nacherfüllung vorausgehende Entstehung des Defektes auszuräumen.

Ein Kämpfer für Gerechtigkeit

Heinrich Hannover

Wenn man Peter Derleders Veröffentlichungen durchsieht, fällt eines auf: Er ist ein Kämpfer für Gerechtigkeit und scheut sich nicht, seine Zeit und Arbeitskraft einzelnen Menschen zu widmen, denen Unrecht widerfahren ist und die Hilfe brauchen. Ein Fall, der mich besonders beeindruckt hat, ist der eines körperlich schwer behinderten Juristen, den Peter Derleder während des Studiums, des Referendariats und in den ersten Berufsjahren begleitet und in einem anschließenden Arbeitsgerichtsprozess vertreten hat (Kritische Justiz 4/2012, S. 379ff.). Obwohl sein Schützling durch Bestehen beider juristischen Examina die Befähigung zum Richteramt erworben hatte, blieben zunächst alle Bewerbungen erfolglos, sodass er sich mit einer Sachbearbeiterstelle bei der Familienkasse zufriedengab, für die er eigentlich überqualifiziert war. Dort wurde er von einigen Kollegen abgelehnt, die ihr eigenes Fortkommen durch seine Qualifikation gefährdet sahen. Sie beschlossen eine Form des Mobblings, die dem Betroffenen zunächst verborgen blieb, indem sie sich insgeheim verabredeten, seine Arbeitszeit zu überwachen. Das geschah in der Weise, dass man zeitaufwendige Beobachtungen über das Eintreffen und die Abfahrt seines Autos auf dem Parkplatz praktizierte. Als der behinderte Kollege eines Tages mit der Beschuldigung überrascht wurde, er habe seine Arbeitszeit verkürzt, war er, wie Derleder schreibt, „über die gegen ihn durchgeführte Aktion tief schockiert und psychisch erschüttert, da er sich über das kollegiale Verhältnis zu den Kollegen fundamental getäuscht hatte.“ Er widersprach der gegen ihn erhobenen Beschuldigung, konnte aber seine genauen Arbeitszeiten nachträglich nicht rekonstruieren und beweisen, da ihm die Benutzung der in einem höheren Stockwerk der Dienststelle gelegenen Stechuhr wegen seiner körperlichen Behinderung erlassen worden war, obwohl er sich bereit erklärt hatte, sie zu bedienen. Die gegen den behinderten Kollegen erhobenen Beschuldigungen wurden ungeachtet seines Widerspruchs als wahr unterstellt und das Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt.

Dr. h.c. H. Hannover (✉)
hannover und partner, Worpswede, Deutschland
e-mail: mail@heinrich-hannover.de

Peter Derleder schildert den Ablauf des durch zwei Instanzen geführten Arbeitsgerichtsprozesses und gibt Einblicke in die Fragwürdigkeiten der Beweisaufnahme, die bei Lesern, die mit der real existierenden Justizpraxis vertraut sind, empörende Erinnerungen an andere Fälle versäumter Wahrheitsfindung wachrufen. Peter Derleders Mandant war an Richter geraten, denen ihre eigene Bequemlichkeit offenbar wichtiger war, als das mit größeren Mühen verbundene Suchen nach Wahrheit und Gerechtigkeit. Oder wie soll man sonst erklären, dass Zeugen geglaubt wurde, die den schwerbehinderten Kollegen offensichtlich loswerden wollten und sich deshalb zu einer vor ihm geheim gehaltenen Aktion verabredet und den geplanten Vorwurf der Arbeitszeitverkürzung in der Weise vorbereitet hatten, dass sie von ihren Arbeitsplätzen aus mit einigem zeitlichen und körperlichen Aufwand oder unter Verlassen ihres Arbeitsplatzes tagtäglich die auf dem Parkplatz eintreffenden und abfahrenden Autos beobachtet hatten, sobald sie Motorgeräusche hörten. Über die wochenlange mit der Beobachtung von 30 bis 40 täglich ein- und ausfahrenden Autos verbundene Arbeitszeitverkürzung der Zeugen ist offenbar nicht nachgedacht worden, es interessierte nur die angebliche Arbeitszeitverkürzung des behinderten Kollegen.

Man ist versucht, an behindertenfeindliche Einstellungen zu denken, die einst Klagen und Urteile möglich gemacht haben, in denen die Begegnung mit behinderten Menschen im Hotel als Reisemangel definiert werden konnte. Aber der Verdacht, dass die Richter glaubten, die Mitarbeiter der Familienkasse oder deren Besucher vor dem Anblick eines körperlich schwer behinderten Juristen schützen zu müssen, – dem Kläger fehlte die rechte Hand und der Bewegungsapparat war erheblich gestört – wird von Derleder nicht ausgesprochen und soll auch hier nicht unterstellt werden. Derleder begnügt sich mit der vornehm zurückhaltenden Umschreibung: „Für die Formulierung methodischer Zweifel an der Wahrnehmungssituation der Zeugen hätte es besonders engagierter Richter bedurft.“ Und das gilt auch für die von beiden Instanzen versäumte Klärung der Frage, ob nicht schon die Interessenlage und das hinterhältige Verhalten der Denunzianten deren Glaubwürdigkeit beeinträchtigten. Die Richter störte auch nicht, dass der Hauptbelastungszeuge an einem die Anhörung des Klägers betreffenden Beschluss des Personalrats mitgewirkt hatte, also offensichtlich befangen war. Und auch das Fehlen einer Abmahnung, die dem Betroffenen Gelegenheit gegeben hätte, Beweise für die Einhaltung seiner Arbeitszeit zu sichern und seinerseits die feindselige Aktion der Kollegen kritisch zu beobachten, haben die Arbeitsrichter erstaunlicherweise nicht vermisst. Offensichtlich hatte der schwer behinderte Jurist bei diesen Richtern keine Chance, ein gerechtes Urteil zu bekommen.

Peter Derleder stand in der Rolle des Interessenvertreters seines Mandanten am Ende dieses von ihm mit großem Einsatz geführten Verfahrens wohl vor einer Erfahrung von Rechtsverweigerung, die zum Alltagsfrust justizkritischer Rechtsanwälte gehört, aber der aufklärungsbedürftigen Masse der Rechtsgläubigen in aller Regel verborgen bleibt. Die Veröffentlichung der dem schwer behinderten Juristen widerfahrenen Ungerechtigkeit hätte, um die Aufmerksamkeit der Rechtsinteressierten zu finden, einen Platz mindestens auf Seite drei der Süddeutschen Zeitung verdient. Aber immerhin hat Peter Derleder durch seinen als „Anekdote zum Schick-

sal eines Schwerbehinderten im öffentlichen Dienst“ überschriebenen Artikel in der Kritischen Justiz den Fall für justizkritische Juristen unvergesslich gemacht. Peter Derleder hat nicht nur die Versäumnisse der Beweiswürdigung bei den Tatsachenfeststellungen, sondern auch die Vielzahl von Rechtsfragen aufgelistet, deren Klärung sich die Richter des Landesarbeitsgerichts erspart haben, indem sie dem Kläger rieten, einem Vergleich zuzustimmen, mit dem das Arbeitsverhältnis durch Kündigung einverständlich beendet und ein ordentliches Zeugnis erteilt werden sollte. Ein Rat, dem der durch das Mobbing seiner Kollegen tief verletzte und von der parteiischen Einstellung der Richter enttäuschte Kläger letztlich zustimmte. Es klang wie Hohn, wenn er auf die Chancen hingewiesen wurde, die er auf dem freien Arbeitsmarkt hätte.

Peter Derleders Einsatz für den schwer behinderten Kollegen ist kennzeichnend für einen Juristen, der nicht nur mit dem Kopf, sondern in besonderer Weise auch mit dem Herzen und mit sozialem Verantwortungsbewusstsein am Schicksal anderer Menschen beteiligt ist und sich ihrer Probleme mit selbstlosem Engagement annimmt. Dazu gehören charakterliche Eigenschaften, deren Vorhandensein in den juristischen Examen nicht geprüft wird und die man in der Rechtspraxis leider oft vermisst. Es ist zu wünschen, dass nachgeborene Juristengenerationen Lehrer mit der Gesinnung und dem Engagement eines Peter Derleder finden.

Veräußerungszustimmung und Selbstauskunft des Erwerbers

Zu den Rechten und Pflichten im Vorfeld der Zustimmung gem. § 12 WEG

Martin Häublein

Inhaltsverzeichnis

A	Zwei Thesen, die Veräußerungszustimmung betreffend	176
B	Handhabung in der Praxis und deren Vereinbarkeit mit dem Gesetzeszweck	177
C	Pflichtenprogramm im Vorfeld der Zustimmung	178
I	Erforderlichkeit einer Interessenabwägung	178
II	Pflichten des Veräußerers und Folgerungen für die Pflichten des Zustimmungenden	179
III	Konsequenzen einer verweigerten Selbstauskunft	181
IV	Gegenstand und Umfang der Selbstauskunft	182
V	Zwischenergebnis	185
D	Überlegungen zur Haftung des Verwalters wegen pflichtwidriger Zustimmung	185
E	Fazit und Ausblick	187

Das breit gefächerte Interesse, das der Jubilar dem Privatrecht in den vergangenen Jahrzehnten entgegengebracht hat, umfasst auch das Wohnungseigentumsrecht. Für Freunde und Weggefährten versteht es sich daher von selbst, dass Peter Derleder die Novelle des WEG im Jahr 2007 kritisch begleitete. Zu den im Vorfeld kontrovers diskutierten Fragen gehörte die Sinnhaftigkeit der Veräußerungszustimmung. Bekanntlich hielt der Gesetzgeber an der Möglichkeit fest, für die Veräußerung von Wohnungs- oder Teileigentum ein Zustimmungserfordernis zu vereinbaren. Zu den Diskussionen um die Aufhebung des § 12 WEG war es gekommen, weil das Instrument in Wissenschaft und Praxis von vielen für untauglich gehalten wurde – und so ist es noch heute. Nach Ansicht des Verfassers trägt hierzu allerdings der Umfang der Rechte und Pflichten, die h. M. den beteiligten Personen zugesteht bzw. auferlegt, bei. Sie verfährt dabei zum Teil widersprüchlich und berücksichtigt den Zweck der Veräußerungszustimmung zu wenig. Der hier unternommene Versuch, dem Informationsinteresse der Wohnungseigentümer besser gerecht zu werden als die gegenwärtige Praxis, erfolgt nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass Mietinter-

Prof. Dr. M. Häublein (✉)
Berlin, Deutschland
e-mail: martin.haeublein@uibk.ac.at

essenten oftmals eine Selbstauskunft abverlangt wird. Es ist nicht einzusehen, wieso es Erwerbern von Wohnungseigentum nicht zumutbar ist, eine solche abzugeben.

A Zwei Thesen, die Veräußerungszustimmung betreffend

Im Zusammenhang mit der Veräußerungszustimmung sind zwei Thesen weit verbreitet. Die Erste betrifft unmittelbar die Rechtsanwendung und vereint die h. M. hinter sich, weshalb sie als Richtschnur für pflichtgemäßes Verhalten große Relevanz besitzt. Nach ihr ist derjenige, dem die Zustimmung nach der Gemeinschaftsordnung obliegt, nicht verpflichtet, Auskünfte einzuholen oder Nachforschungen anzustellen, die die Person des Erwerbers oder dessen Vermögensverhältnisse betreffen.¹ Was die Zahlungsfähigkeit anbelangt, soll er sich regelmäßig darauf verlassen können, dass ein vernünftiger Eigentümer nicht an Vermögenslose verkaufe. Dieses Vertrauen werde gestärkt, wenn eine Bank die Finanzierung zugesagt habe.² Etwas anderes soll nur gelten, wenn Anhaltspunkte auf finanzielle Probleme des Erwerbers hindeuten oder sonst der Verdacht einer gemeinschaftswidrigen Gefahr besteht. Dem sei nachzugehen, bevor die Zustimmung erteilt werde.

Die zweite These bestreitet die Sinnhaftigkeit des Instruments und zielt damit auf die rechtspolitische Rechtfertigung von § 12 WEG. Die Zustimmung, deren Erforderlichkeit regelmäßig auf den aufteilenden Eigentümer zurückgeht, koste die Eigentümer Geld, verfehle aber ihren Zweck. Er besteht darin, es den Eigentümern zu ermöglichen, das Eindringen störender oder zahlungsunfähiger Personen in die Gemeinschaft zu verhindern.³ Dieses Ziel, so formuliert die Regierungsbegründung zur WEG-Novelle, könne jedenfalls in mittleren und größeren Wohnanlagen kaum erreicht werden, da insbesondere die Absicht einer störenden Nutzung und die finanzielle Situation eines Erwerbers nicht rechtzeitig erkennbar seien.⁴ Aus diesem Grund wurde eine Aufhebung des § 12 WEG erwogen, dann aber doch an der Norm festgehalten, der „bei kleineren Gemeinschaften und im ländlichen Bereich eine, wenn auch nicht große, Bedeutung zukommen kann“.⁵ Statt dessen wurde in § 12 Abs. 4 WEG die Möglichkeit eingeführt, die Beschränkung durch

¹ Siehe Bärmann-Klein, WEG, 12. Aufl. 2013, § 12 Rn. 31; Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten-Kümmel, WEG, 10. Aufl. 2013, § 12 Rn. 50; Müller, Prakt. Fragen des Wohnungseigentums, 5. Aufl. 2010, 4. Teil, C Rn. 32; Riecke/Schmid-Schneider, WEG, 3. Aufl. 2010, § 12 Rn. 75 a. E.; Staudinger-Kreuzer WEG (2005), § 12 Rn. 52.

² Staudinger-Kreuzer, WEG (2005), § 12 Rn. 52, der aber einräumt, im Einzelfall könne auch die Übertragung an einen Vermögenslosen beabsichtigt sein, um sich der Beitragsverpflichtung zu entziehen.

³ Siehe BGH, ZMR 2012, 639; F. Schmidt, DWE 1998, 5 stellt im Anschluss an Pick (Bärmann/Pick/Merle, WEG, 7. Aufl., § 12 Rn. 1) eine Verbindung zur Unauflöslichkeit der Gemeinschaft her, die ein besonderes Interesse an einer homogenen Zusammensetzung begründe. Ebenso Gottschalg, in: FS Deckert, 2002, S. 161, 163; zu Recht krit. Derleder, ZWE 2008, 253, 258, der diese Zielsetzung „im Hinblick auf den Individualisierungsprozess in der Gesellschaft“ für „brüchig“ hält; vgl. hierzu auch die Ausführungen bei Fn. 32.

⁴ BT-Drucks. 16/887, S. 21. Derleder, ZWE 2008, 253, 258: überflüssiger Verwaltungsaufwand.

⁵ BT-Drucks. 16/887, S. 21 re. Spalte.

Mehrheitsbeschluss zu eliminieren. Da dieser Weg aber für deren Wiedereinführung nicht eröffnet ist,⁶ sollten sich die Eigentümer gut überlegen, ob das Festhalten an der Vereinbarung nicht doch ihren Interessen mehr entspricht. Zum einen wird auf diese Weise sichergestellt, dass die Gemeinschaft von Veräußerungsgeschäften erfährt.⁷ Zum anderen eröffnet die Zustimmungsbefähigung durchaus gewisse Möglichkeiten, an Informationen über den Erwerber zu gelangen, was die folgenden Überlegungen belegen sollen.

B Handhabung in der Praxis und deren Vereinbarkeit mit dem Gesetzeszweck

In der Mehrzahl der Fälle, in denen die Gemeinschaftsordnung von der Möglichkeit Gebrauch macht, ein Zustimmungserfordernis anzuordnen, ist die Abgabe der entsprechenden Erklärung durch den Wohnungseigentumsverwalter⁸ vorgesehen. Ob dieser tatsächlich als Zustimmungsberechtigter, d. h. Inhaber/Träger der entsprechenden Befugnis anzusehen ist, wird später erörtert (s. u. D.). Unabhängig davon treffen den Verwalter jedenfalls Pflichten, wenn er selbst entscheidet, ob die Zustimmung erteilt wird. Im Bewusstsein der handelnden Akteure dominiert dabei meistens die Pflichtenbindung dem Veräußerer gegenüber, während Gemeinschaftsbelange hintenangestellt werden. Häufig wird die Zustimmung erklärt, ohne zuvor die Bonität des Erwerbers zu prüfen, oder es wird lediglich eine Anfrage bei einschlägigen Datenpools (Schufa, Creditreform) vorausgeschickt. Eine Selbstauskunft des Erwerbers wird hingegen kaum verlangt, nicht einmal über dessen finanzielle Verhältnisse. Dabei wird ignoriert, dass die h. M. den Veräußerer für verpflichtet hält, auf den Erwerber mit dem Ziel der Abgabe einer Selbstauskunft einzuwirken (s. dazu die Nachw. unter C. II.).

Ursächlich hierfür sind verschiedene Faktoren, zu denen die folgenden gehören: Regelmäßig fehlen Anhaltspunkte für eine vom Erwerber ausgehende gemeinschaftswidrige Gefahr, weshalb sich Verwalter gar nicht in der Pflicht sehen, weitere Informationen zu beschaffen; auf Aus- und Fortbildungsveranstaltungen sowie in einschlägigen, an Verwaltungsunternehmen gerichteten Publikationen dominiert ohnehin die h. M., nach der der Verwalter keine Auskünfte einholen muss. Viele Verwalter wissen auch gar nicht, ob sie überhaupt berechtigt sind, eine solche Auskunft zu verlangen, und wenn ja, von wem und mit welchem Inhalt. Daher befürchten sie, Fehler zu machen, die den Vollzug des zustimmungsbedürftigen Vertrages behindern, und vom Veräußerer für entsprechende Vermögenseinbußen zur Verantwortung gezogen zu werden. Schließlich ist es aufwendig, eine Selbstauskunft zu verlangen, was für deren Auswertung und den sich daraus eventuell ergebenden weiteren Recherchebedarf ebenso gilt. Dieser wird nicht nur nicht zu-

⁶ OLG München, ZWE 2014, 267; vgl. dazu bereits Häublein, ZMR 2007, 409, 414 und ZMR 2009, 424, 426.

⁷ Zutr. MünchKommBGB-Commichau, 6. Aufl. 2013, § 12 WEG Rn. 9.

⁸ Im Folgenden kurz als „Verwalter“ bezeichnet.

sätzlich entgolten, sondern es droht außerdem das Risiko, dass der Veräußerer in Opposition zum Verwalter geht und auf dessen Abwahl drängt.

Gleichwohl verträgt sich die verbreitete Übung, die Zustimmung zu erteilen, ohne zuvor versucht zu haben, an eine Selbstauskunft des Erwerbers zu gelangen, nicht mit den durch § 12 WEG geschützten Belangen der Miteigentümer. Angesichts der Zielsetzung,⁹ die der Gesetzgeber verfolgte, als er die Zulässigkeit einer Vinkulierung in das WEG aufnahm und an ihr im Rahmen der WEG-Novelle 2007 festhielt, ist von einem *gesetzlich anerkannten Interesse der Miteigentümer* auszugehen, *Informationen über den Erwerber zu erlangen*.

C Pflichtenprogramm im Vorfeld der Zustimmung

Es besteht ein evidenter Zusammenhang zwischen den beiden unter A wiedergegeben Thesen. Die Chance, durch das Instrument der Veräußerungszustimmung das Eindringen von Personen in die Gemeinschaft zu verhindern, die voraussichtlich gegen Eigentümerpflichten verstoßen werden, hängt maßgeblich vom Ausmaß der Rechte und Pflichten ab, die den Zustimmungenden im Hinblick auf die Informationsbeschaffung eingeräumt bzw. auferlegt werden. Das wird meistens nicht gewürdigt und soll hier daher vertieft werden.

I Erforderlichkeit einer Interessenabwägung

Die konkreten Pflichten und die damit korrespondierenden Rechte der Beteiligten zu bestimmen, fällt nicht leicht. Dies liegt einerseits an der Vielzahl denkbarer Faktoren, die im Einzelfall zu einem „Gefahrverdacht“ beitragen und das Pflichtenprogramm in concreto beeinflussen können. Selbst wenn man diese einmal unberücksichtigt lässt, fehlen andererseits Vorgaben des Gesetzgebers für den „einfachen“ Regelfall. Die Pflichten müssen also durch Abwägung der wechselseitigen Belange justiert werden, was zwar im Privatrecht eher die Regel ist als die Ausnahme, hier aber gleichwohl anspruchsvoll erscheint. Es stehen sich nämlich nicht nur das Informationsinteresse der Miteigentümer, das mit der Zielsetzung der Veräußerungszustimmung¹⁰ korrespondiert, und der Schutz der (Privat-)Sphäre des Erwerbers unter Einschluss seiner geschützten Daten gegenüber. Vielmehr muss die Verkehrsfähigkeit des Wohnungseigentums gewahrt bleiben, d. h. das Pflichtenprogramm darf weder den konkreten Verkauf unzumutbar erschweren noch darf es so beschaffen sein, dass es auch solche Erwerbsinteressenten abschreckt, die bereit und in der Lage sind, ihren Eigentümerpflichten nachzukommen. Schließlich müs-

⁹ Dazu oben bei Fn. 1.

¹⁰ Vgl. Commichau, in: FS Merle, 2010, S. 101, 105, wo die Bedeutung von Sinn und Zweck des § 12 WEG für den Umfang der Prüfungspflicht des Verwalters betont wird; ebenso AG Ansbach, ZMR 2014, 240f.

sen die Pflichten von demjenigen, der die Zustimmung erteilt bzw. die Entscheidung hierüber vorzubereiten hat, mit zumutbarem Aufwand erfüllt werden können. Man darf etwa vom Verwalter keine „detektivischen“¹¹ Leistungen verlangen, nicht zuletzt, weil ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Eigentümer nicht bereit sein wird, einen solchen Rechercheaufwand bei jedem Eigentümerwechsel zu bezahlen.

Misst man einschlägiges Schrifttum an diesen Vorgaben, tritt Ernüchterung ein. Die maßgeblichen Interessen werden in aller Regel nicht einmal benannt, geschweige denn abgewogen. Man beschränkt sich auf die Wiedergabe der eingangs als erste These dargestellten h. M., meist unter Hinweis auf andere, ebenso wenig ergiebige Fundstellen. Sinngemäß heißt es, Auskünfte müsse der Verwalter nur bei entsprechenden Anhaltspunkten einholen, dürfe sich im Übrigen aber auf gemeinschaftskonformes künftiges Verhalten des Erwerbers verlassen. Diese apodiktische Feststellung befremdet wegen der fehlenden argumentativen Anbindung an den Normzweck des § 12 WEG und der auf dessen Basis getroffenen Vereinbarungen. Besonders irritierend ist allerdings, dass in den meisten Darstellungen – oft in unmittelbarer räumlicher Nähe – eine weitere h. M. präsentiert wird, die das Pflichtenprogramm des Veräußerers betrifft. Die diesem auferlegten Pflichten werden nicht in Verhaltensanforderungen an den Zustimmungenden umgesetzt, obwohl insofern offenkundig ein Konnex besteht.

II Pflichten des Veräußerers und Folgerungen für die Pflichten des Zustimmungenden

Nach ganz h. M. ist der veräußernde Wohnungseigentümer verpflichtet, dem zur Zustimmung Berufenen jede ihm mögliche Information über den Erwerber zu geben und diesen zu einer Selbstauskunft zu veranlassen.¹² Mitunter wird die Pflicht, den Erwerber zur Selbstauskunft zu veranlassen, eingeschränkt und auf das Vorliegen „begründeter Zweifel“ reduziert.¹³ Diese Beschränkung wird aber nicht näher begründet und der in diesem Kontext angeführten¹⁴ Entscheidung des OLG Hamburg¹⁵ ist sie auch nicht zu entnehmen.

Dogmatische Grundlage einer solchen Pflicht ist das Gemeinschaftsverhältnis. Die wechselseitig bestehende Einwirkungsmacht¹⁶ und die Tatsache, dass bei typisierender Betrachtung sämtliche Wohnungseigentümer, also (bislang) auch der

¹¹ Staudinger-Kreuzer, WEG (2005), § 12 Rn. 52.

¹² BayObLG, DWE 1983, 26; KG, ZMR 1990, 68; OLG Köln, NJW-RR 1996, 1296, 1297; OLG Hamburg, ZMR 2004, 850; AG Bergheim, WuM 2013, 632, 633f.; AG Ansbach, ZMR 2014, 240; Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten-Kümmel, WEG, 10. Aufl. 2013, § 12 Rn. 51; Riecke/Schmid-Schneider, WEG, 3. Aufl. 2010, § 12 Rn. 75, Spielbauer/Then-Then, WEG, 2. Aufl. 2012, § 12 Rn. 9; F. Schmidt, DWE 1998, 5, 8.

¹³ Gottschalg, in: FS Deckert, 2002, S. 161, 166; siehe auch DNotI-Report 2009, 105, 106.

¹⁴ Siehe DNotI-Report 2009, 105, 106.

¹⁵ OLG Hamburg, ZMR 2003, 865, 866.

¹⁶ Zu diesem maßgeblichen Aspekt siehe Armbrüster, ZWE 2002, 333, 337 = FS Merle, 2000, 1ff.

nunmehr veräußernde, von den Vorzügen des bestehenden Zustimmungserfordernisses profitieren, sprechen für eine gesteigerte Pflichtenbindung, für die sich – in Anlehnung an das Gesellschaftsrecht – der Begriff Treue- oder Treupflicht etabliert hat.¹⁷ Hat der Veräußerer Informationen, die für die Zustimmungsentscheidung relevant sein können, muss er sie dem zur Zustimmung Berufenen ungefragt offenlegen, es sei denn, dieser verfügt bereits darüber oder kann sie sich ohne Weiteres anderweitig verschaffen.¹⁸ Zu weit geht allerdings die Annahme, angesichts der Treupflicht habe sich der scheidende Eigentümer um die Bonität seines Nachfolgers zu kümmern und bei der Auswahl seines Nachfolgers für das Wohlergehen der Gemeinschaft zu sorgen.¹⁹ Diese Auffassung drängt die Individualnützlichkeit des Eigentums zu weit in den Hintergrund und übergeht außerdem, dass gerade Vereinbarungen gem. § 12 WEG den Miteigentümern die Möglichkeit an die Hand geben, ihre Interessen selbst zu wahren.

Von den beschriebenen Offenbarungspflichten zu unterscheiden ist die aktive Informationsbeschaffung. Um sie geht es bei der Pflicht, den Erwerber zu einer Selbstauskunft zu veranlassen. Es erscheint zweifelhaft, ob insofern eine (ggf. selbstständig klagbare) Rechtspflicht angemessen ist. Vielmehr obliegt dem Veräußerer das Beibringen der Information, um die Voraussetzungen für eine Zustimmung oder zumindest einen Anspruch auf deren Erteilung zu schaffen. Die Mitwirkungshandlung ist der Sache nach also eine bloße Obliegenheit.²⁰ Der Veräußerer ist insofern nur im eigenen Interesse gehalten und allenfalls dem Erwerber gegenüber verpflichtet, die Voraussetzungen für die Zustimmung zu schaffen.²¹

Das hat – in Rechtsprechung und Lehre bislang vernachlässigte – *Konsequenzen für das Pflichtenprogramm aufseiten des Zustimmenden*. Wenn der Berechtigte die Zustimmung erteilt, ohne den Veräußerer aufgefordert zu haben, eine Selbstauskunft des Erwerbers zumindest über dessen finanzielle Verhältnisse beizubringen, begibt er sich einer Informationsquelle. Man mag den Ertrag solcher Auskünfte für überschaubar halten; indes ist das sicher kein Grund, darauf zu verzichten. Wenn der Verwalter verlangen kann, dass ihm vom Veräußerer vor Abgabe der Zustimmungserklärung bestimmte Informationen zur Bonität des Erwerbers vorgelegt werden,²² dann *muss er dies im Interesse der durch den Zustimmungsvorbehalt geschützten Eigentümer auch tun*. Insofern besteht eine Pflicht und es ist zu pauschal und nicht überzeugend, wenn die h. M. meint, der mit der Zustimmung befasste Verwalter sei nicht verpflichtet, Auskünfte einzuholen.

¹⁷ Zum Informationsanspruch qua Treupflicht im Kontext des § 12 WEG siehe etwa jurisPK-BGB-Lafontaine, 6. Aufl. 2012, § 12 Rn. 136.

¹⁸ Zu denken ist etwa an veröffentlichte Abschlüsse, die über die Vermögenslage der erwerbenden juristischen Personen Auskunft geben; zur Pflicht, eine Bilanz vorzulegen, s. aber AG Bergheim, WuM 2013, 632.

¹⁹ F. Schmidt, DWE 1998, 5, 6.

²⁰ Zu den Gründen, die dafür sprechen, in der Mitwirkungshandlung des Gläubigers eine bloße Obliegenheit zu sehen, vgl. etwa Peters, NZBau 2011, 641, 642ff., den Bauvertrag betreffend.

²¹ Auf die Auswirkungen, die es hat, wenn sich der Veräußerer weigert, sich um eine Selbstauskunft des Erwerbers zu bemühen, oder der Erwerber eine solche nicht abzugeben bereit ist, wird sogleich eingegangen (s. C. III.).

²² MünchKommBGB-Commichau, 6. Aufl. 2013, § 12 WEG Rn. 24.

III Konsequenzen einer verweigten Selbstauskunft

Kontrovers werden die Konsequenzen einer verweigten Selbstauskunft beurteilt. Rechtsprechung und Lehre meinen zum Teil, die Erfüllung der Informationspflicht könne zur Vorbedingung für die Erteilung der Zustimmung gemacht werden.²³ Folgt man der hier vorgetragenen Argumentation, besteht im Interesse der Miteigentümer sogar eine Pflicht, dies zu tun (s. soeben sub C. II. a. E.). Nach anderer Auffassung soll allein aus der Verweigerung einer Selbstauskunft nicht auf schlechte wirtschaftliche Verhältnisse des Erwerbers geschlossen werden können, weshalb dem Veräußerer die Zustimmung mangels wichtigen Grundes zu erteilen sei. Dem Verwalter, der den Erwerber zur Erteilung einer Selbstauskunft aufgefordert habe, stehe nämlich kein Auskunftsanspruch zu. Allenfalls sei der Veräußerer verpflichtet, auf den Erwerber einzuwirken, eine Selbstauskunft vorzulegen.²⁴

Diese Argumentation wirkt sehr formalistisch und überzeugt weder rechtlich noch im praktischen Ergebnis. Im Ausgangspunkt kann nicht zweifelhaft sein, dass die Zustimmung jedenfalls so lange nicht erteilt werden muss, wie der Veräußerer sich weigert, den Erwerber zur Mitwirkung zu veranlassen. Nichts anderes kann aber gelten, wenn der Veräußerer den Erwerber erfolglos zur Selbstauskunft auffordert. Eine bloße „Bemühensobliegenheit“ widerspräche dem Zweck des § 12 WEG, weil sie das Risiko einer Informationsverweigerung den Miteigentümern zuweist. Nur der Veräußerer hat die Möglichkeit, die Auskunftsbereitschaft des Erwerbers im Vorfeld zu klären und in Bezug darauf Regelungen in den Erwerbsvertrag aufzunehmen. In einer der wenigen umfangreicheren Untersuchungen, die sich dem hier aufgegriffenen Thema widmen, stellt *Friedrich Schmidt* zu Recht einigermaßen konsterniert fest, es sei „nicht nachvollziehbar, dem Verwalter zu verwehren, die Zustimmung von der nötigen Auskunft abhängig zu machen.“ Mit § 12 WEG sei es unvereinbar, wenn die Zustimmung erteilt werden müsste, ohne dass der Veräußerer die ihm obliegende Auskunft erteilt hat.²⁵ Wird die Selbstauskunft durch den Erwerber verweigert, wird man darin zwar wohl kein hinreichendes Indiz für mangelnde Bonität sehen und auf dieser Basis die Zustimmung verweigern können. Jedoch besteht ohne Mitwirkung kein fälliger Zustimmungsanspruch, weshalb der Berechtigte nicht in Verzug gerät, wenn er keine Zustimmung erteilt.²⁶

Ändert sich an dieser Einschätzung dann etwas, wenn der Verwalter nicht den Veräußerer, sondern unmittelbar den Erwerber auffordert, eine Selbstauskunft beizubringen? Das ist kaum vorstellbar und ließe sich allenfalls begründen, sofern der Erwerber die Selbstauskunft wegen der fehlenden Rechtsbeziehung zum Verwalter bzw. den Miteigentümern ablehnt. Verweigert er sie hingegen pauschal, etwa weil er prinzipiell nicht bereit ist, die Informationen preiszugeben, darf darauf geschlos-

²³ OLG Hamburg, ZMR 2004, 850, 851; Bärmann-Klein, WEG, 12. Aufl. 2013, § 12 Rn. 31.

²⁴ LG Itzehoe, ZMR 2012, 37.

²⁵ F. Schmidt, DWE 1998, 5, 12 bei bzw. in Fn. 78.

²⁶ Zu dieser Folge einer unterlassenen Mitwirkungshandlung s. BGH, NJW-RR 1988, 1396; NJW 1996, 1745. Ähnlich F. Schmidt, DWE 1998, 5, 12: Verwalter dürfe die Zustimmung „zurückstellen“.

sen werden, dass der Veräußerer die Selbstauskunft ebenfalls nicht erhalte und es eine bloße Förmerei wäre, den Veräußerer zur Mitwirkung aufzufordern.

Letztlich kommt es darauf aber nicht entscheidend an; denn entgegen der oben wiedergegebenen Ansicht²⁷ besteht jedenfalls kein Anspruch des Veräußerers auf Zustimmungserteilung. Dessen Mitwirkungsobliegenheit ist nämlich nicht etwa deswegen erloschen, weil der Verwalter das Auskunftersuchen statt an ihn an den Erwerber richtete. Zwar wird man davon auszugehen haben, dass der Zustimmungsberechtigte – vergleichbar einem verhaltenen Anspruch – die Mitwirkung einfordern muss. Unterlässt er dies, mag er mit der Erfüllung des Anspruchs auf Entscheidung über das Zustimmungsgesuch in Verzug geraten. Jedoch wird der Veräußerer von seiner Mitwirkungsobliegenheit dadurch nicht frei. Allerdings dürfte es in aller Regel selbst an einem Verzug fehlen. Da nämlich der Veräußerer ein erkennbares Interesse daran hat, ohne zeitliche Verzögerung die Zustimmung zu erhalten, wird sich der Zustimmungsberechtigte regelmäßig aufgefordert fühlen dürfen, das Auskunftsverlangen direkt an den Erwerber zu richten, um Zeit zu sparen. Nach einer Literaturmeinung soll der Antrag des Veräußerers auf Zustimmungserteilung sogar die stillschweigende Ermächtigung enthalten, den aus dem Erwerbsvertrag resultierenden, auf Vornahme der zumutbaren Mitwirkungshandlungen gerichteten Anspruch des Veräußerers gegen den Erwerber geltend zu machen.²⁸ Das mag im Einzelfall so sein, ist nach hier vertretener Ansicht aber nicht entscheidend.

IV Gegenstand und Umfang der Selbstauskunft

Die beizubringende Selbstauskunft darf sich nur auf Umstände beziehen, die für die Prognose über gemeinschaftskonformes Erwerberverhalten relevant sind. Aus § 12 Abs. 2 S. 1 WEG, der die Veräußerbarkeit des Eigentums schützt und daher als zwingend gilt,²⁹ folgt wegen der Bedeutung des Eigentümerrechts, dass der Aufnahme des Erwerbsaspiranten in den Kreis der Eigentümer gewichtige Gründe entgegenstehen müssen.³⁰ Solche liegen vor, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte objektiv begründete Zweifel bestehen, die erwarten lassen, dass der Erwerber nicht willens oder in der Lage sein wird, seinen *Pflichten* nachzukommen und die *Rechte* der anderen Eigentümer zu achten.³¹ Es kommt dabei nur auf die *rechtliche Pflichtenbindung* und nicht auf die viel zu vage „Homogenität“ der Gemeinschaft an.³²

²⁷ LG Itzehoe, ZMR 2012, 37.

²⁸ F. Schmidt, DWE 1998, 5, 8; damit zumindest sympathisierend DNotI-Report 2009, 105, 107f.

²⁹ Einh. M.; statt vieler: OLG München, ZMR 2006, 961; Bärmann-Klein, WEG, 12. Aufl. 2013, § 12 Rn. 37; Weitnauer/Lüke, WEG, 9. Aufl. 2005, § 12 Rn. 9.

³⁰ OLG Zweibrücken, ZMR 2006, 219: Unzuträglichkeiten und persönliche Spannungen genügen nicht; ebenso Bärmann/Seuß-Basty, Praxis des Wohnungseigentums, 6. Aufl. 2013, Teil C Rn. 466.

³¹ OLG Frankfurt, NZM 2006, 380.

³² Vgl. etwa OLG Köln, ZfIR 2002, 144: Miteigentümer können nicht verlangen, dass die Wohnung an eine genehme Person verkauft wird. Es ist daher bedenklich, wenn die in Fn. 3 genannten Autoren den Schutzzweck des § 12 WEG auf das Bewahren einer homogenen Eigentümerstruktur erweitern.

Folglich hängt der Umfang der Selbstauskunft maßgeblich vom Inhalt der Gemeinschaftsordnung ab.³³ Sieht diese etwa ein Hundeverbot vor, ginge von der Absicht, einen solchen zu halten, eine gemeinschaftswidrige Gefahr aus. Nach ihr darf daher gefragt werden. Besteht hingegen kein solches Verbot, begründet ein Hundehalter keine gemeinschaftswidrige Gefahr. Das gilt selbst dann, wenn bislang keine Tiere in der Anlage existieren und die übrigen Eigentümer wünschen, dass das so bleibt. In solchen Situationen ist es Sache der Eigentümer, ihren Wunsch durch Rechtsgeschäft abzusichern. Das Hundehaltungsverbot kann nicht über die Erwerberauswahl gleichsam durch die Hintertür eingeführt werden. Das würde nicht nur die Verfügungsbefugnis des Veräußerers unzulässig beschränken, sondern seinem bisherigen Verhalten in der Gemeinschaft auch de facto die Bedeutung einer konkludenten Willenserklärung³⁴ beilegen.

Eine weitere Begrenzung des Fragerechts folgt aus den oben (C. I.) erwähnten schutzwürdigen Belangen des Erwerbers, die gegen das Informationsbedürfnis der Eigentümer abgewogen werden müssen. Diese Schranke erlangt vor allem bei der Auskunft über die finanzielle Leistungsfähigkeit Bedeutung. Demgegenüber werden Fragen, die unzumutbar in die persönliche Lebensführung eingreifen, in aller Regel bereits deswegen nicht zum Gegenstand einer Selbstauskunft gemacht werden dürfen, weil entsprechende Verhaltenspflichten in der Gemeinschaftsordnung nicht wirksam begründet werden können. So schützt insbesondere § 138 BGB,³⁵ aber auch das Institut des unverzichtbaren Kernbereichs³⁶ den Einzelnen vor einem vollständigen Musizierverbot³⁷ oder diskriminierenden Anforderungen an das Zusammenleben.³⁸ Auch das Auskunftersuchen selbst kann insofern rechtswidrig sein und braucht dann im Hinblick auf den jeweiligen Aspekt nicht (zutreffend) beantwortet zu werden.

Was die finanziellen Verhältnisse anbelangt, mag eine umfassende Auskunft über die Vermögensverhältnisse des Erwerbers zwar durchaus geeignet sein, den Ei-

³³ Der Satz, der wichtige Grund könne nicht durch Vereinbarungen geschaffen werden (Jennißen/Grziwotz, WEG, 3. Aufl. 2012, § 12 Rn. 27), ist daher missverständlich. Zu weiteren Faktoren, wie Größe, Lage und Beschaffenheit der Anlage s. Müller, Prakt. Fragen des Wohnungseigentums, 5. Aufl. 2010, 4. Teil, C Rn. 45.

³⁴ Eine solche, auf Abschluss einer konkludenten Vereinbarung gerichtete Erklärung setzt voraus, dass der Eigentümer zumindest objektiv bereit war, rechtsverbindlich zu handeln. Dieser Rechtsbindungswille, der der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre entspricht, darf nicht durch Homogenitätserwägungen überspielt werden.

³⁵ OLG Zweibrücken, MittBayNot 1994, 44; guter Überblick bei Armbrüster, ZWE 2008, 361.

³⁶ Vgl. BGHZ 157, 322, Rn. 35f. (zitert nach juris).

³⁷ Vgl. BGHZ 138, 288, 293f. m. w. N.; Armbrüster, ZWE 2008, 361, 363; Staudinger-Bub, 2005, § 21 Rn. 130; offengelassen in BayObLG, ZMR 2002, 64; für Zulässigkeit einer Vereinbarung Bärman-Merle, WEG, 12. Aufl. 2013, § 21 Rn. 93.

³⁸ Partiiell, nämlich bei Diskriminierungen wegen Rasse oder ethnischer Herkunft, kommt insofern § 19 Abs. 2 AGG i. V. m. § 134 BGB in Betracht; ob aus § 19 Abs. 5 S. 2 AGG etwas anderes folgt, ist offen. Inwieweit § 19 Abs. 1 AGG wenigstens seiner Wertung nach herangezogen werden kann, ist ebenfalls ungeklärt; dafür Armbrüster, ZWE 2008, 361, 366; ebenso Derleder, ZWE 2008, 253, 258; auf mögliche Rechtfertigungsgründe (s. § 20 AGG) weist Jennißen/Grziwotz, WEG, 3. Aufl. 2012, § 12 Rn. 14 hin.

gentümern relevante Erkenntnisse zu verschaffen. Sie ist dem Erwerber aber nicht zuzumuten und kann daher nicht verlangt werden.³⁹ Nach hier vertretener Ansicht ist das Informationsbedürfnis der Miteigentümer dem eines Vermieters vergleichbar und unterliegt daher ähnlichen Schranken. Es kann eine Auskunft über die Einkommensverhältnisse und zusätzlich über solche Umstände verlangt werden, die die Zahlungsfähigkeit beeinträchtigen können.⁴⁰ Dazu zählen etwa laufende Insolvenz- oder Restschuldbefreiungsverfahren, die Abgabe eidesstattlicher Versicherungen oder laufende Zwangsvollstreckungsmaßnahmen.⁴¹ Es wird auch akzeptiert, wenn der Vermieter vor Abschluss des Mietvertrages eine Verdienstbescheinigung des Arbeitgebers fordert.⁴² Man wird dem Erwerber insofern allerdings die Möglichkeit einräumen müssen, seine Einkünfte auf andere Weise zu dokumentieren, etwa durch Vorlage von Kontoauszügen. Andernfalls würde u. U. der Arbeitgeber in die Erwerbspläne eingeweiht, was den berechtigten Belangen des Arbeitnehmers/Erwerbers zuwiderlaufen kann.

Wie eingangs (s. o. A.) erwähnt, erblickt das Schrifttum teilweise einen gegen ein Informationsinteresse der Eigentümer sprechenden Umstand in der Übernahme der Finanzierung durch eine (deutsche)⁴³ Bank. Statistisch betrachtet mögen Wohnungseigentümer über ein größeres Vermögen verfügen als Mieter. Indes besagt das für den Einzelfall wenig, was letztlich auch das Schrifttum zugibt.⁴⁴ Hinzu kommt, dass Banken die Bonitätsprüfung nicht an den Belangen der Wohnungseigentümergeinschaft ausrichten. Anlass für die Finanzierungszusage an einen Vermögenslosen kann etwa die Übernahme einer Bürgschaft oder einer anderen Sicherheit durch Dritte sein. Die Wohnungseigentümer sollten wenigstens die Chance haben, sich in vergleichbarer Weise abzusichern, was voraussetzt, dass sie die Vermögenslosigkeit feststellen können. Dazu trägt die Selbstauskunft bei. Da es um einen ex ante Schutz geht, beseitigt auch § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG das Informationsinteresse der Eigentümer nicht. Zahlungsunfähige Eigentümer können nach wie vor zu Belastungen der Gemeinschaft führen und lösen zumindest erheblichen Aufwand aus. Selbst wenn rasch gehandelt wird, können nachrangige Gläubiger die privilegierte Rangklasse ablösen und so verhindern, dass die Wohnung in die Hände eines zahlungsfähigen Erwerbers gelangt. Außerdem besteht für die Gemeinschaft das Risiko einer Übereignung durch den säumigen Eigentümer, bevor es zu einem Vollstreckungsversuch kommt.⁴⁵ Offenkundig geht auch der Gesetzgeber trotz Einführung der privilegierten Rangklasse von einem Schutzbedürfnis der Eigentümer aus, sonst hätte er nicht an § 12 WEG festgehalten.

³⁹ Vgl. AG Ansbach, ZMR 2014, 240, 241: keine umfassende Auskunftserteilung an Eides statt.

⁴⁰ Dazu etwa BGH, NJW 2014, 1954 (Rn. 18).

⁴¹ Zur Miete instruktiv Lammel, AnwZert MietR 4/2009 Anm. 1.

⁴² OLG Koblenz, ZMR 1998, 957.

⁴³ F. Schmidt, DWE 1998, 5, 9. Auf die mangelnde Europarechtskonformität einer solchen Anwendung des nationalen Rechts soll hier nicht näher eingegangen werden.

⁴⁴ S. F. Schmidt, DWE 1998, 5, 9 Fn. 30 und Staudinger-Kreuzer, WEG, 2005, § 12 Rn. 52 der auf die sog. Schrott-Immobilien verweist.

⁴⁵ Gegen eine aus § 10 ZVG resultierende dingliche Duldungspflicht BGHZ 198, 216 (Rn. 8ff.); anders die bislang h. L., für die etwa Derleder, ZWE 2008, 13, 20, steht.

Schließlich kann gegen die hier gezogene Parallele zum Mietrecht nicht eingewendet werden, die monatlichen Beiträge des Eigentümers seien im Vergleich zur Miete geringer und die Gläubiger weniger schutzbedürftig. Zum einen hängt die Auskunftsobliegenheit des Mieters nicht von der Miethöhe ab. Zum anderen gehören zum Ausfallrisiko der Miteigentümer auch etwaige Sonderumlagen. Im Übrigen hat der Vermieter durch § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB eine praktikable Möglichkeit, rasch auf den Zahlungsausfall zu reagieren, während das Entfernen eines nicht zahlenden Wohnungseigentümers aus Gründen, die letztlich im Schutz des Eigentums liegen, ein längerer Prozess ist, was wiederum das Schadensrisiko für die Miteigentümer erhöht.

V Zwischenergebnis

Die h. M. lehnt zu Unrecht pauschal eine Pflicht des Zustimmungsberechtigten ab, Auskünfte über den Erwerber einzuholen, nur weil keine Anhaltspunkte für drohende Pflichtverstöße vorliegen. Dabei entscheidet sie ganz überwiegend ohne die gebotene Abwägung der involvierten Interessen und würdigt insbesondere die ebenfalls von der h. M. anerkannte Verpflichtung des Veräußerers nicht, Informationen über den Erwerber offenzulegen und ggf. zu beschaffen. Wer die Zustimmung gleichsam „ins Blaue hinein“ erteilt, ohne von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, handelt pflichtwidrig (zur Haftung s. sogleich sub D.).

Der Inhalt der Selbstauskunft des Erwerbers ist zum Schutze sowohl des Veräußerers als auch des Erwerbers an den strikten Vorgaben des § 12 Abs. 2 S. 1 WEG zu orientieren. Das geschützte Informationsinteresse der Miteigentümer beschränkt sich auf Umstände, die auf ein künftiges pflichtwidriges Verhalten schließen lassen. In finanzieller Hinsicht genügt regelmäßig, in Anlehnung an das Mietrecht, der Nachweis eines regelmäßigen Einkommens, sofern die Bonität nicht durch andere Umstände infrage gestellt wird; nach diesen kann selbstverständlich ebenfalls gefragt werden. Solange der Veräußerer keine solche Selbstauskunft vorlegt, kann er die Abgabe der Zustimmungserklärung nicht mit Erfolg durchsetzen.

D Überlegungen zur Haftung des Verwalters wegen pflichtwidriger Zustimmung

Nach wohl einhelliger Ansicht ist der Verwalter vor Erteilung der ihm obliegenden Zustimmung verpflichtet, eine sorgfältige Prüfung vorzunehmen. Erteile er seine Zustimmung ohne vorherige Überprüfung und stelle sich dann die finanzielle oder persönliche Unzuverlässigkeit des Erwerbers heraus, sei er unter Umständen zum Schadensersatz verpflichtet.⁴⁶ „Unter Umständen“ bezieht sich hier insbesondere auf den schwierigen Kausalitätsnachweis. In die Haftung kommt der Verwalter

⁴⁶ Statt vieler: OLG Hamburg, ZMR 2004, 850; s. ferner Gottschalg, in: FS Deckert, 2002, S. 161, 165f.

nämlich nicht bereits dann, wenn der Erwerber später zur Zahlung der Wohngeldbeiträge nicht in der Lage ist. Der notwendige Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden besteht vielmehr nur, wenn sich dieses Risiko bei pflichtgemäßem Verhalten nicht verwirklicht hätte.⁴⁷ Traten die zur Zahlungsunfähigkeit führenden Umstände etwa erst nach dem Zeitpunkt ein, zu dem ein pflichtgemäß handelnder Verwalter die Selbstauskunft eingefordert hätte, oder war das Risiko selbst bei Abgabe einer ordnungsmäßigen Selbstauskunft nicht erkennbar, fehlt der erforderliche Zusammenhang. Allerdings ist im Zweifel davon auszugehen, dass auf Anforderung eine ordnungsmäßige Auskunft erteilt worden wäre.

Wenig untersucht ist die Frage, wem ein etwaiger Anspruch gegen den Verwalter zusteht. Sofern in älteren Entscheidungen oder Veröffentlichungen von der Gemeinschaft gesprochen wird, dürfte damit die Gesamtheit der Eigentümer gemeint gewesen sein, da die Gemeinschaft als solche nach damals herrschender Auffassung nicht Rechtsträger sein konnte.⁴⁸ In aktuellen Publikationen ist, sofern sie sich des Problems überhaupt annehmen, bisweilen sibyllinisch von einem „Schadensersatzanspruch der Wohnungseigentümer bzw. der Wohnungseigentümergeinschaft“ die Rede.⁴⁹ Für eine Anspruchsberechtigung der einzelnen Eigentümer⁵⁰ könnte sprechen, dass der Verwalter nach h. M. für diese tätig wird, wenn er dem Rechtsgeschäft zustimmt. Im Anschluss an ältere, aus der Zeit vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft stammende Judikatur,⁵¹ wird der Verwalter noch immer als Treuhänder der Wohnungseigentümer angesehen, für die er in mittelbarer Stellvertretung handle.⁵²

Ohne das Problem an dieser Stelle vertiefen zu können, soll dieser Auffassung eine andere Interpretation der Zuweisung der Zustimmungsbefugnis an den Verwalter gegenüber und zur Diskussion gestellt werden. Dabei wird von dem wohl häufigsten Fall ausgegangen, in dem die Gemeinschaftsordnung für die Veräußerung schlicht die Zustimmung des Verwalters vorsieht. Es versteht sich von selbst, dass die abweichende Formulierung einer konkreten Gemeinschaftsordnung zu abweichenden Ergebnissen führen kann. So betont etwa der BGH⁵³ im Anschluss an die Lehre,⁵⁴ es sei durch Auslegung der Vereinbarung zu ermitteln, ob die Zustimmungsbefugnis dem Verwalter als Treuhänder und mittelbarem Vertreter der Wohnungseigentümer eingeräumt werde, was im Zweifel angenommen wird, oder als Träger eines eigenen Rechts.

⁴⁷ Dies übergehend Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten-Kümmel, WEG, 10. Aufl. 2013, § 12 Rn. 71.

⁴⁸ S. OLG Hamburg, ZMR 2004, 850; Liessem, NJW 1988, 1306.

⁴⁹ Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten-Kümmel, WEG, 10. Aufl. 2013, § 12 Rn. 71.

⁵⁰ So wohl Müller, Prakt. Fragen des Wohnungseigentums, 5. Aufl. 2010, 4. Teil, C Rn. 31, der von „denkbaren Schadensersatzansprüchen der Wohnungseigentümer“ spricht.

⁵¹ Etwa BGHZ 112, 240, 242; OLG Zweibrücken, NJW-RR 1987, 269; OLG Köln, OLGZ 1984, 162, 163; weitere Nachw. bei Liessem, NJW 1988, 1306.

⁵² S. BGH, ZMR 2011, 813 (Rn. 9); ZWE 2013, 402 (Rn. 9); BeckOK-WEG-Hogenschurz, 20. Ed (Stand: 01.05.2014), § 12 Rn. 28; Müller, Prakt. Fragen des Wohnungseigentums, 5. Aufl. 2010, 4. Teil, C Rn. 15.

⁵³ BGH, ZMR 2011, 813 (Rn. 9).

⁵⁴ Bub, NZM 2001, 502, 503.

Die h. M., die den Verwalter als mittelbaren Stellvertreter der Eigentümer begreift, ist maßgeblich durch die individualistische Auffassung über die Wohnungseigentümergeinschaft geprägt. Sie bedarf angesichts der veränderten Sicht auf die Gemeinschaft einer kritischen Überprüfung. Insbesondere ist zu fragen, ob die Zuweisung der Zustimmungsberechtigung an den Verwalter diesen nicht eher *in seiner Eigenschaft als Organ der Gemeinschaft betrifft*. Es gibt Gründe, darin die nächstliegende Bedeutung einer entsprechenden Vereinbarung zu sehen. Zustimmungsrecht und -pflicht sind nämlich gemeinschaftsbezogen, sodass die Zuständigkeit der Gemeinschaft gem. § 10 Abs. 6 S. 3 Alt. 1 WEG grundsätzlich selbst dann besteht, wenn statt der Zustimmung des Verwalters die der Wohnungseigentümer vorgesehen ist. Es handelt sich geradezu um einen klassischen Fall der Gemeinschaftsbezogenheit, da die Entscheidung über die Zustimmung ausschließlich an gemeinschaftlichen, nicht aber an Individualinteressen zu orientieren ist. Demgegenüber bedeutete es eine nicht zu rechtfertigende Erschwerung für den Rechtsverkehr, wenn man die Zuständigkeit der rechtsfähigen Gemeinschaft ablehnte. Das zeigt sich an der auch vom BGH befürworteten Passivlegitimation der einzelnen Eigentümer, sofern diese dem Verwalter Vorgaben für Erteilung der Zustimmung gemacht haben.⁵⁵ Sie ist für den veräußerungswilligen Eigentümer unnötig aufwendig und – wie die Diskussion um die Anfechtungsklage zeigt⁵⁶ – auch prozessrechtlich allenfalls die zweitbeste Lösung.

Ansprüche wegen Verletzung der Prüfpflichten vor Erteilung einer Veräußerungszustimmung durch den Verwalter stehen daher der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu, für die der Verwalter im Zweifel tätig wird. Damit ist genau das Subjekt anspruchsberechtigt, in dessen Vermögen sich ein etwaiger Zahlungsausfall des Erwerbers unmittelbar niederschlägt.⁵⁷

E Fazit und Ausblick

Es ist widersprüchlich, wenn die h. M. einerseits meint, der mit der Veräußerungszustimmung betraute Verwalter müsse keine Auskünfte über den Erwerber einholen, andererseits aber der Veräußerer für verpflichtet gehalten wird, solche zu erteilen. Dieser Widerspruch ist angesichts des Schutzzwecks des § 12 WEG nicht dadurch aufzulösen, dass die Pflicht des Veräußerers auf Fälle reduziert wird, in denen ein „Anfangsverdacht“ für eine gemeinschaftswidrige Gefahr besteht. Vielmehr gebietet gerade das allseits bemängelte Informationsdefizit des Verwalters bzw. der übrigen Eigentümer das Ausnutzen vorhandener Informationsquellen.

⁵⁵ BGH, ZMR 2011, 813 (Rn. 8).

⁵⁶ Vgl. hierzu etwa Armbrüster, ZWE 2006, 470, 474; Bonifacio, ZWE 2011, 105; BeckOK-WEG-Elzer, 20. Ed (Stand: 01.05.2014), § 46 Rn. 147.

⁵⁷ Ob dem veräußerungswilligen Eigentümer individuelle Ansprüche gegen den Verwalter zustehen, wenn dieser die Zustimmung rechtswidrig nicht erteilt, ist hier nicht zu vertiefen. Individuelle Ansprüche kommen aber in Betracht, weil die Verwalterpflichten drittschützend sind; vgl. hierzu Häublein, ZWE 2008, 1.

Ein Verwalter, der den Veräußerer nicht wenigstens danach befragt, ob er Kenntnis von relevanten Tatsachen hat, begibt sich dieser Informationsmöglichkeit und handelt pflichtwidrig. Nach hier vertretener Ansicht gehen die Pflichten des Verwalters aber noch weiter; denn der Veräußerer hat nach h. M. auf eine Selbstauskunft des Erwerbers hinzuwirken, weshalb er hierzu aufzufordern ist, bevor über die Veräußerungszustimmung entschieden wird. Durch die Aufnahme des Zustimmungserfordernisses in die Gemeinschaftsordnung haben die Eigentümer ihr besonderes Interesse an einer ex ante Prüfung des Erwerbers zum Ausdruck gebracht. Darin liegt weder eine unzumutbare Erschwerung der Veräußerung, zumal die Mehrheit diese Regelung durch Beschluss einfach abschaffen kann. Noch bedeutet es einen unzulässigen Eingriff in die Privatsphäre der Erwerber, wenn eine gegenständlich auf Gemeinschaftsbelange begrenzte Selbstauskunft verlangt wird, was die Judikatur zum Mietrecht belegt.

Ungeachtet dessen, ob man diese Einschätzung teilt, sollte das Problem der Erwerberselbstauskunft bei der Gestaltung von Wohnungsverträgen berücksichtigt werden, was gegenwärtig kaum geschieht. Da zahlreiche Gerichte, darunter mehrere Oberlandesgerichte und das BayObLG,⁵⁸ eine Verpflichtung des Veräußerers anerkannt haben, auf die Erteilung einer Selbstauskunft durch den Erwerber hinzuwirken, liegt es nahe, bereits vor Vertragsschluss zu klären, ob eine solche gefordert werden wird, welchen Inhalt diese ggf. haben soll und ob der Erwerber bereit ist, die Erklärung abzugeben. Andernfalls drohen Abwicklungsschwierigkeiten, die zu hohen Schäden auf Veräußerer- und Erwerberseite führen können. Sie zu vermeiden, muss das Ziel vorausschauender Vertragsgestaltung sein. Für Notare besteht daher Handlungsbedarf, selbst wenn sich die hier vertretene Ansicht nicht durchsetzen sollte.

⁵⁸ S.o. Fn. 12.

Die „Kuchelbader Schlacht“ des Jahres 1881 aus der Sicht der akademischen Untersuchungsbehörde der Universität Prag

Jürgen Herrlein

Inhaltsverzeichnis

A	Deutsche und Tschechen	190
B	Die „Kuchelbader Schlacht“ 1881	191
I	Die Ereignisse aus Sicht der Prager deutschen Presse	192
II	Eine Studentenverbindung als Ziel	193
C	Der Kuchelbadbericht des akademischen Senats	194
D	Die Nachwirkungen	207
E	Juristische Nachbetrachtung	208

Die Homepage der Universität Bremen stellt Peter Derleder als Wissenschaftler mit „ca. 400“ Publikationen, „vor allem aus den Bereichen des Verbraucherrechts, Mietrechts, Familienrechts und Bankvertragsrechts“ vor.¹ Hinzuzusetzen wäre dieser Aufzählung insbesondere noch das Wohnungseigentumsrecht. Seit seiner Kieler Dissertation über „Wirtschaftliche Diskriminierung zwischen Freiheit und Gleichheit“ lassen ihn dabei, wie Wikipedia² es doch arg reduzierend formuliert, „Fragen mit sozialem Einschlag“ nicht mehr los. Dabei gerät leicht aus dem Blick, dass unser Jubilar auch ein ausgeprägtes Interesse an rechtshistorischen Themen hat und auch insofern publizierend hervorgetreten ist.³

J. Herrlein (✉)

Herrlein Strien-Geis & Coll., Frankfurt am Main, Deutschland

e-mail: j.herrlein@herecoll.de

¹ <http://www.jura.uni-bremen.de/personen/peter-derleder/publikationen/> (Abruf am 15. September 2014).

² http://de.wikipedia.org/wiki/Peter_Derleder (Abruf am 15. September 2014).

³ (1) Die Wiedergutmachung. Rechtsanwendung an den Rändern der Unmenschlichkeit, in: Rainer Eisfeld, Ingo Müller, Gegen Barbarei. Essays Robert M. W. Kempner zu Ehren, Frankfurt am Main 1989, S. 281ff.; (2) Das Jahrhundert des Familienrechts, in: KJ 2000, S. 1ff.; (3) Die Entwicklung des Familienrechts und der Nationalsozialismus, in: Eva Schumann (Hrsg.), Kontinuitäten und Zäsuren. Rechtswissenschaft und Justiz im „Dritten Reich“ und in der Nachkriegszeit, Göttingen 2008, S. 165ff.; (4) Ulrich Zasius, Von wahrer und falscher Jurisprudenz, in: KJ 2008, S. 103ff.; (5) Verspätete Wurzelbehandlung. Die Kieler Schule und ihre Bedeutung für das Nachkriegszivilrecht – am Beispiel von Karl Larenz und seinem Schüler Claus-Wilhelm Canaris, in KJ 2011,

Ich wage es deshalb, Peter Derleder als Festgabe ein bislang unveröffentlichtes Aktenstück aus der akademischen Gerichtsbarkeit des 19. Jahrhunderts zu übereignen. Die demselben zu Grunde liegenden Vorgänge spielten 1881 in Prag, das die 1348 gegründete, erste deutschsprachige Universität beheimatete.

A Deutsche und Tschechen

Das Königreich Böhmen mit der Hauptstadt Prag war im 19. Jahrhundert Teil der österreichisch-ungarischen Monarchie. Die Bevölkerung war – vereinfacht ausgedrückt – an den Rändern des Landes überwiegend deutschsprachig, während im Zentrum, auch um Prag über 90% böhmisch sprachen.⁴ Die Landesbewohner bezeichneten sich – der Sprache folgend – bis Mitte des 19. Jahrhunderts als Deutsche oder Böhmen.⁵ Das Zusammenleben der beiden Bevölkerungsgruppen war friedlich. Ein Reiseführer aus dem Jahr 1812 vermerkt:⁶

„Man kann also in Prag itzt Böhmen und Deutsche als gleich Eingeborene ansehen, welche der Unterschied der Sprache nicht voneinander trennt; ja selbst dieser Unterschied ist nicht einmal merklich, da man meist böhmisch und deutsch zugleich zu sprechen pflegt und eine gleichförmige Sitte nach dem herrschenden Geschmache angenommen hat.“

Diese Stimmung änderte sich im Zuge der „nationalen Wiedergeburt“ Tschechiens, vor allem seit der Niederschlagung des „Prager Pfingstaufstands“ 1848, ein Ereignis, das mehr als deutlich machte, dass Böhmen eine Provinz unter der Zentralgewalt der Regierung in Wien war. Böhmen begannen sich jetzt als „Tschechen“ zu bezeichnen. Intellektuelle beider Lager gossen Öl ins Feuer. Der Historiker und spätere Nobelpreisträger Theodor Mommsen formulierte beispielhaft krass:

„Vernunft nimmt der Schädel der Czechen nicht an, aber für Schläge ist auch er zugänglich. [...] Es geht um Alles; Unterliegen ist Vernichtung. Die deutschen Oesterreicher können aus den Marken, die sie materiell und civilisatorisch zur Blüthe gebracht haben, nicht auswandern wie die Juden aus Rußland, wer nachgibt, der muß es wissen, daß er entweder seine Kinder oder wenigstens seine Enkel czechisiert. Seid hart!“⁷

S. 336ff.; (6) Konfessionelle Prägungen des Familienrechts im 20. Jahrhundert, in: Cancik u. a. (Hrsg.), *Konfession im Recht*, 2009, S. 147ff.; (7) Die Erzählung „Unruhige Nacht“ von Albrecht Goes. Ein Zeugnis aus der Kriegsgerichtsbarkeit während des Nationalsozialismus, in: Joachim Perels und Wolfram Wette (Hrsg.), *Mit reinem Gewissen. Wehrmachtrichter in der Bundesrepublik und ihre Opfer*, Berlin 2011, S. 115ff.

⁴ Vgl. Ficker, *Die Bevölkerung des Königreichs Böhmen in ihren wichtigsten statistischen Verhältnissen*, 1864, S. 45–47. Exakte Zahlen für die zweite Hälfte des Jahrhunderts bei Pešek, *Urbanisierung und Assimilation in Prag von der Dualismuszeit bis zum Zweiten Weltkrieg*, in: *Südostdeutsches Archiv*, Bd. 34/35 (1991/1992), S. 43ff.; Rauchberg, *Zahlenverhältnis der Deutschen und der Tschechen in Böhmen*, in: *Deutsche Arbeit. Monatsschrift für das geistige Leben der Deutschen in Böhmen*, 2. Jahrg., 1902/1903, S. 1ff. (26).

⁵ Böhmisch ist hier synonym mit tschechisch gemeint. Zur – im 19. Jahrhundert auch politisch gemeinten – Verschiebung von „böhmisch“ nach „tschechisch“ vgl. Haider, *Im Streit um die österreichische Nation. Nationale Leitwörter in Österreich 1866–1938*, 1998, S. 151ff.

⁶ Schießler, *Prag und seine Umgebungen*, hier zitiert nach Weger, *Das „Deutsche Prag“ – von der Beständigkeit eines Mythos*, in: *Jahrbuch für deutsche und osteuropäische Volkskunde*, Bd. 44 (2001), S. 135ff. (136f.).

⁷ Mommsen, *An die Deutschen in Oesterreich*, in: *Neue Freie Presse* (Wien), 31.10.1897, S. 1.

Bald einhundert Jahre nach dem eingangs zitierten Reisebericht musste dann die Polizei den sonntäglichen Bummel der Prager deutschen Studenten über den „Graben“, die Flaniermeile der Stadt, vor angreifenden Tschechen schützen; am 2. Dezember 1908 wurde sogar das Standrecht verhängt, um begonnene Ausschreitungen zwischen „deutschen Österreichern“ und „tschechischen Österreichern“ zu unterbinden.⁸

B Die „Kuchelbader Schlacht“ 1881

Exemplarisch für den deutsch-tschechischen Nationalitätenkonflikt ist die „Kuchelbader Schlacht“ (chuchelská bitva) im Juni 1881. Die politische Stimmung in Prag war bereits seit Frühjahr dieses Jahres angespannt, weil durch eine kaiserliche Entschließung vom 11. April 1881 die Prager Universität in eine deutsche Universität mit deutscher Lehrsprache und eine tschechische Universität mit tschechischsprachigen Vorlesungen zu teilen war. Diese Entscheidung stieß auf Protest eines Teils der Tschechen, weil damit eine von diesen gewünschte völlige „Tschechisierung“ der Universität verhindert wurde.⁹

Die Radikalisierung ging besonders von Studenten aus und spitzte sich im Juni zu. Am 23. Juni 1881 kam es nach Presseberichten zu Streitigkeiten zwischen deutschen und tschechischen Studenten auf offener Straße, die Deutschen entzogen sich dabei weiteren Auseinandersetzungen durch Flucht, verfolgt von einer „schreienden Menschenmenge“.¹⁰ Am 24. Juni wurde ein Beschluss des Magistrats der Stadt Prag bekannt¹¹, wonach die Stadt Prag künftig zwar Eingaben von Bürgern jeweils in der Sprache, in welcher sie gestellt seien, beantworten, im Übrigen aber gelten würde: *„Schreibt die Stadt aus eigener Initiative, sei es an wen immer und wo immer hin, so ist in diesen Correspondenzen in der Regel die böhmische Sprache zu gebrauchen.“* Dies stieß sofort auf scharfen Protest der deutschen Bevölkerung. Am 25. Juni 1881 kam es zu erneut zu „Gewalttätigkeiten“¹² und zwar gegen die Burschenschaft Ghibellinia, die darin bestanden, dass einem Mitglied dieser Burschenschaft in einem Lokal die Mütze vom Kopf gerissen und zertrampelt wurde, einer mit Händen gepackt und „gerüttelt“ wurde und ein anderer einen Fußtritt erhielt. Zur Vermeidung von weiteren Angriffen wurden die Ghibellinen dann von der Polizei nach Hause begleitet.

⁸ Bericht über die Ausschreitungen im Prager Tagblatt vom 2. Dezember 1908, S. 5–10; über das Standrecht vgl. Prager Tagblatt vom 3. Dezember 1908, S. 2.

⁹ So Schmied, Die altösterreichische Gesetzgebung zur Prager Universität, in: Collegium Carolinum (Hrsg.), Die Teilung der Prager Universität 1882 und die intellektuelle Desintegration in den böhmischen Ländern. Vorträge d[er] Tagung d[es] Collegium Carolinum in Bad Wiessee vom 26.–28. November 1982, 1984, S. 11ff. (19). Die 1881 beschlossene Teilung erfolgte dann durch Gesetz vom 28. Februar (veröffentlicht am 3. März) 1882.

¹⁰ Prager Tagblatt vom 24. Juni 1881, S. 3.

¹¹ Prager Tagblatt vom 24. Juni 1881, S. 2.

¹² Bohemia (Prager Tageszeitung) vom 27. Juni 1881, S. 4.

I Die Ereignisse aus Sicht der Prager deutschen Presse

Trotz dieser Stimmung begann eine andere der Prager Studentenverbindungen, das Corps Austria, sein Stiftungsfest am 27. Juni 1881 abends mit einer demonstrativen „Auffahrt“¹³ mit mehr als 30¹⁴ Kutschen kreuz und quer durch die Innenstadt.¹⁵ Die Presse berichtete, dass überall am Straßenrand starke Menschenansammlungen den Umzug beobachteten. Dabei kam es zu „Ausschreitungen“ durch „Pfeifen und Johlen“,¹⁶ bei denen zwei Personen von der Polizei festgenommen wurden. Nach dem Umzug fand ein Kommers statt, während dessen es weitere Festnahmen wegen Ruhestörung gab.¹⁷ Die relativ hart erscheinenden Verhaftungen dürften ihren Grund auch darin gehabt haben, dass der Kommers angesichts der Prominenz der Gäste keine gewöhnliche studentische Veranstaltung war. Anwesend waren nämlich unter anderem der Rektor der Universität, die Dekane der juristischen und der philosophischen Fakultät, sowie ein Dutzend Professoren; dazu kam, dass die Veranstaltung musikalisch von der Kapelle des 36. Infanterieregiments begleitet wurde.¹⁸

Am Folgetag, dem 28. Juni 1881 machte die Festgesellschaft des Corps Austria eine Dampferfahrt auf der Moldau in das nahe gelegene Kuchelbad,¹⁹ wo die Gruppe um 11 Uhr ankam²⁰ und dann ungestört bis um 17 Uhr feierte.²¹

Ab circa 15.30 Uhr fanden sich tschechische Studenten²², Mitarbeiter des Prager tschechischen Theaters²³ und tschechische Arbeiter in Kuchelbad ein. Anlass dafür war eine in der Tageszeitung *Narodní Listý* erschienene Aufforderung zum „Stelldichein in Kuchelbad“.²⁴

Bis gegen 17 Uhr verhielten sich dann nach den deutschen Presseberichten die Austrianer zurückhaltend und ließen die Militärkapelle neutrale Lieder stimmen, die Tschechen dagegen sangen tschechisch-nationale Lieder, darunter das „Hrom a

¹³ Auffahrten wurden (vermutlich wegen der damit einhergehenden Verkehrsbehinderungen) jeweils vorher der Polizeidirektion angezeigt (vgl. Schreiben der Corps Austria und Suevia vom 23. Oktober 1906 für eine gemeinsame Auffahrt, Tschechisches Nationalarchiv, PP 5/7/38).

¹⁴ Zahl nach Neuwirth, vgl. Herrlein, Corps Austria – Corpsgeschichte 1861–2001, 2001, S. 73.

¹⁵ Bericht in der *Bohemia* (Prager Tageszeitung) vom 28. Juni 1881, S. 6. Die Route führte demnach vom Vereinslokal im Gasthaus „Zum goldenen Faß!“ an der Ecke Nikolandergasse/Inselgasse durch die Ferdinandstraße, Obstgasse, über den Roßmarkt (= Wenzelsplatz), Mariengasse, Hibernergasse, Graben, erneut Obstgasse, Ferdinandstraße, über den Quai, Kreuzherrenplatz, Marienplatz, Kleiner Ring, Karlsgasse, Husgasse und über den Bergstein zum Konviktsaal.

¹⁶ Bericht im Prager Tagblatt vom 29. Juni 1881, S. 4.

¹⁷ Bericht im Prager Tagblatt vom 29. Juni 1881, S. 4.

¹⁸ *Bohemia* (Prager Tageszeitung) vom 28. Juni 1881 (dort auch namentliche Aufzählung der anwesenden Professoren). Den ersten Toast – traditionell auf den Kaiser – brachte (der jüdische Austrianer) Alfred Popper aus.

¹⁹ So der Augenzeugenbericht von Neuwirth, Blutige Krawalle, in: *Bohemia* (Prager Tageszeitung) vom 29. Juni 1881, S. 5.

²⁰ Prager Tagblatt vom 29. Juni 1881, S. 5.

²¹ Neuwirth, Blutige Krawalle, S. 5; Prager Tagblatt vom 29. Juni 1881, S. 5.

²² So Neuwirth, Blutige Krawalle, S. 5.

²³ Prager Tagblatt vom 29. Juni 1881, S. 5.

²⁴ *Narodní Listý*, Ausgabe vom 28. Juni 1881, S. 3.

peklo“.²⁵ In der Folge soll es dann zunächst zu verbalen Beleidigungen tschechischerseits gekommen sein, während die nun anwesenden Polizisten sich zwischen der Gruppe der Deutschen und den Tschechen postierten, um Tätlichkeiten zu verhindern. Dies gelang jedoch nicht, weil aus den Reihen der tschechischen Demonstranten über die Polizisten hinweg zunächst ein Stück Holz und dann Gläser auf die Austrianer geschleudert wurden und angeblich auch ein Pistolenschuss²⁶ gefallen sein soll.

Die Deutschen flüchteten zunächst aus dem Lokal und versteckten sich, soweit sie nicht direkt zum Dampfer gelangen konnten, in der Umgebung. Gegen 21 Uhr legte der Dampfer wieder ab und gelangten gegen 23.30 Uhr in Prag an. Am 30. Juni gegen Mitternacht wurde versucht, das Kneiplokal der Austria zu stürmen. Schutzpolizei verhinderte dies durch Einsatz der Gewehrkolben gegen die Demonstranten.²⁷

II Eine Studentenverbindung als Ziel

Warum es zu dieser Auseinandersetzung kam, ist historisch nicht sicher geklärt. Ursache könnte gewesen sein, dass das Corps Austria sich besonders exponiert hatte, indem es Mitte Juni 1881 Anzeigen im Prager Tagblatt schaltete²⁸ und Alte Herren und Freunde des Corps aufforderte, ihre Adressen anzugeben, um sie zum Stiftungsfest einladen zu können. Bei einer Durchsicht des Prager Tagblatts und der Prager Tageszeitung Bohemia für das Jahr 1881 wurden keine anderen Anzeigen von studentischen Korporationen gefunden. Die Annahme, bei den nachfolgenden Ereignissen sei das Corps Austria mit einer großdeutsch-nationalen Burschenschaft verwechselt worden²⁹, ist deshalb zweifelhaft.³⁰ Zur Konzentration deutschfeindlicher Kreise auf das Corps Austria könnte noch eine andere Anzeige im Prager Tagblatt beigetragen haben, mit welcher der Ausflug eines deutschen Geselligkeitsvereins Austria³¹ für den 25., bei schlechtem Wetter 28. Juni 1881, nach Kuchelbad

²⁵ „Blitz und Hölle ...“. Gemeint sind in diesem tschechischen Hetzlied die Deutschen, auf die Blitz und Hölle herabgewünscht werden.

²⁶ Diese Angabe nur im Bericht des Prager Tagblatts vom 29. Juni 1881, S. 5.

²⁷ Angabe nach Schulthess, Europäischer Geschichtskalender, 22. Jahrg., 1881, Nördlingen 1882, S. 357.

²⁸ Prager Tagblatt vom 15. Juni 1881, S. 9 (mit einem Druckfehler) und vom 19. Juni 1881, S. 16.

²⁹ Lönnecker, „... freiwillig nimmer von hier zu weichen ...“, – Die Prager deutsche Studentenschaft 1867–1945, Bd. 1: Verbindungen und Vereine des deutschnationalen Spektrums (= Abhandlungen zum Studenten- und Hochschulwesen, Bd. 16), 2008, S. 36.

³⁰ Allerdings wird Austria auch in zeitgenössischer Literatur versehentlich als Burschenschaft bezeichnet, vgl. Srb, Bohemicae res. Zur Abwehr deutschnationaler Angriffe zusammengestellt, 1884, S. 40.

³¹ Der Eintrag bei Bohemia (Hrsg.), Allgemeines Adressen-Buch der k. u. k. Hauptstadt Prag [...], 2. Jahrg., Prag 1878, Teil I, S. 227 lautet: „»Austria« Geselligkeits Verein auf der Kleinseite Prags“ und befindet sich nicht in der Rubrik „Unterhaltungs- und Geselligkeits Vereine“, sondern unter dem Stichwort „Ressourcen“. Zu diesem Verein sind Akten im Tschechischen Nationalarchiv

angekündigt wurde.³² Für Demonstranten bestand also am 28. Juni 1881 die seltene Gelegenheit in Kuchelbad zwei Gruppierungen mit dem Namen Austria anzutreffen.

C Der Kuchelbadbericht des akademischen Senats

Soweit die „Kuchelbader Schlacht“ bislang in der historischen Literatur erwähnt wird, liegt dem immer der von Josef Neuwirth in der Prager Tageszeitung *Bohemia* am 29. Juni 1881 veröffentlichte – deutsch-national eingefärbte – Artikel zu Grunde. Literarisch hat diesen Beitrag bspw. der „rasende Reporter“ Egon Erwin Kisch übernommen.³³ Ein völlig neuer Blick auf die in Neuwirthscher Diktion „blutigen Krawalle“ ergibt sich durch einen Archivfund. Der Senat der Prager Universität stellte nämlich im Juli 1881 eine Untersuchung an, deren Ermittlungsbericht wieder aufgefunden wurde.³⁴ Er wird nachstehend im vollen Wortlaut einschließlich der teilweise eigenwilligen Orthographie wiedergegeben:

Disziplinaruntersuchung³⁵ aus Anlaß der am 28. Juni l[aufenden] J[ahres] in Kuchelbad bei Prag gegen deutsche Couleurstudenten vorgefallenen Exzesse.

I

Die im Monate Juni l[aufenden] J[ahres] in Prag beinahe ohne Unterlaß gegen deutsche Couleurstudenten ohne nachweisbare Provokation von Seite der letzteren verübten Exzesse fanden ihren beklagenswerthen Höhepunkt in der mit frechem Uebermuthe begonnenen und mit kannibalischer Rohheit beendeten Ueberfalle der deutschen Studenten³⁶ in Kuchelbad bei Prag am 28. Juni l[aufenden] J[ahres]. Da sogleich am nächsten Tage verlautete, daß bei diesem groben und rohen Exzesse auch Hörer der Universität sich betheiligten, so beschloß der akademische Senat schon am 30. Juni die Einleitung einer Disziplinaruntersuchung und betraute mit der Durchführung derselben den Gefertigten,³⁷ welcher dieselbe am 1. Juli begann und gegen die bisher bekannt gewordenen und gestellig gemachten beschuldigten Universitätshörer am 9. l[aufenden] M[onats] zu Ende führte.

Prag, Bestand: Policejní ředitelství Praha I (= Polizeidirektion Prag, Präsidium), Signatur: PP V 7/45 überliefert.

³² Prager Tagblatt vom 23. Juni 1881, S. 4.

³³ Kisch, Die Kuchelbader Schlacht, in: Prager Tageblatt vom 08.06.1930; Nachdruck in: Prager Pitaval. Späte Reportagen, 5. Aufl., 1992, S. 267–271.

³⁴ Anders als an Universitäten im deutschen Kaiserreich gab es in der k. u. k. Monarchie keine eigenen Universitätsgerichte. Die Disziplinargewalt wurde vielmehr vom akademischen Senat der jeweiligen Universität ausgeübt, der parallel zur staatlichen Strafjustiz eigene Ermittlungen anstellen durfte (vgl. Lemayer, Die Verwaltung der österreichischen Hochschulen 1868–1877, 1878, S. 76ff.).

³⁵ Der Bericht ist in einer (nach der Handschrift zeitgenössischen) Abschrift überliefert. Diese befindet sich im Tschechischen Nationalarchiv in Prag, Signatur PM 6/1/3, fol. 32–46.

³⁶ Hier ist nach heutigem Sprachgebrauch die Grammatik schlecht. Nicht die deutschen Studenten haben überfallen, sondern sie wurden überfallen.

³⁷ Der Bericht ist unterzeichnet mit „Dr. Rulf“. Es handelt sich dabei um Prof. Dr. Friedrich Rulf (1820–1900), welcher von 1872–1891 Professor für Strafrecht an der Universität in Prag war.

Das Ergebnis derselben ist auf Grund der aufgenommenen, diesem Berichte unter ./ bei-
liegenden Protokolle³⁸ folgendes:

Was zunächst den äußeren Verlauf des Exzesses anbetrifft, so stellt sich derselbe nach den
übereinstimmenden Aussagen der vernommenen deutschen Studenten, welche Aussagen in
allen wesentlichen Punkten durch die beschuldigten tschechischen Studenten bestätigt, ja in
nicht unwichtigen Punkten ergänzt werden, in folgendem dar:

Das akademische Corps „Austria“ unternahm zur Feier seiner vor 20 Jahren erfolgten
Stiftung³⁹ am 28. Juni I[aufenden] J[ahres] um 10 Uhr V[or] M[ittag] einen Ausflug mit
Dampfer nach Kuchelbad. Dort angelangt unterhielt sich die nicht bloß aus Studenten be-
stehende Gesellschaft auf das Beste, bis gegen 4 Uhr Nachmittag der Zuzug von tschechischen
Studenten und anderen Personen begann und zugleich unter den deutschen Studenten be-
kannt wurde, daß in der an diesem Tage erschienenen Nummer der „Narodni listy“⁴⁰ eine
anonyme Einladung zu einer Unterhaltung in Kuchelbad um 4 Uhr N[ach] M[ittag] erschie-
nen sei. Ein plötzlich eintretender Regen zwang die deutschen Studenten sich mit ihren
Gästen unter die im Garten befindliche Veranda zurückzuziehen, während die tschechischen
Studenten sich mit anderen aus Prag anwesenden Personen in die im Restaurationsgebäude
befindlichen Gastzimmer zurückzogen.

Nachdem der Regen aufgehört hatte, besetzten die tschechischen Studenten mit dem übrigen
tschechischen Publikum die im Garten befindlichen Tische, während die deutschen Studenten
unter der Veranda blieben. Der Zuzug tschechischer Studenten dauerte fort, jeder neu an-
kommende Zug wurde mit stürmischen Slava-Rufen⁴¹ begrüßt und es wurden auch bereits
einzelne Insulte gegen die deutschen Studenten vorgebracht.

Da es nun für die deutschen Studenten keinem Zweifel unterlag, daß es auf einen gro-
ben Exzeß gegen dieselben abgesehen sei, so sandte der Senior des Corps „Austria“, der
Hörer der Philosophie Carl Vrba,⁴² den Med. Cand. Gustav Adolf Elbogen⁴³ und den Hö-
rer der Rechte Hugo Urban⁴⁴ zur Bezirkshauptmannschaft in Smichow um Schutz gegen
bevorstehende Angriffe zu erlangen. Allein in Smichow trafen die Genannten nur den Be-
zirkskommissär Hruby, der sie barsch behandelte und meinte, die Studenten sollten nach
Hause fahren, wenn sie Besorgnisse hegten.⁴⁵ Elbogen und Urban fuhren daher, da sie
in Smichow keine Hilfe fanden, nach Prag zu den H. Statth. Vize-Präsidenten Ritter von
Grüner,⁴⁶ der ihnen auch ausgiebigen Schutz zusicherte. Mittlerweile hatte der Exzeß in
Kuchelbad bereits begonnen. Die tschechischen Studenten (nach Angaben der deutschen bei-
läufig 150-200, nach Angabe der Čechen beiläufig 100) sangen tschechische Nationallieder

³⁸ Der Abschrift des Berichts im Tschechischen Nationalarchiv liegen keine Protokolle oder Pro-
tollabschriften bei. Im Archiv der Prager Universität waren sie bei einer Nachfrage 2010 nicht
auffindbar.

³⁹ Das Corps Austria wurde am 23. Februar 1861 in Prag als „Akademische Verbindung Austria“
gegründet und am 10. Dezember 1873 zum „Akademischen Corps Austria“ umgewandelt.

⁴⁰ Die „Narodni listy“ war eine tschechischsprachige Prager Tageszeitung. Die erwähnte Anzeige
erschien in der Ausgabe vom 28. Juni 1881, S. 3.

⁴¹ Slava ist tschechisch für „Ruhm“. Im übertragenen Sinn ist es mit „Hoch lebe ...!“ zu verstehen

⁴² Karoly Vrba (1860–1932), später Dr. phil. und Landeschulinspektor.

⁴³ Gustav Adolf Elbogen (1855–1913), später Dr. med. und Chefarzt einer Klinik.

⁴⁴ Hugo Urban (1855–1914, später durch Heirat Inhaber der Buntpapierfabrik Albert Emmrich,
Prag) war Mitglied der Burschenschaften Albia Prag (dort aber 1882 ausgeschlossen) und Danubia
Wien, vgl. Schober, Festschrift der Prager Burschenschaft „Albia“, 1930, S. 183, lfd. Nr. 157.

⁴⁵ Gegen Hruby wurde anschließend ein Disziplinarverfahren wegen „unrichtigem Vorgehen“ ge-
führt (Mitteilung in der Egerer Zeitung vom 2. Juli 1881).

⁴⁶ Ignaz Ritter von Grüner (1816–1901) war seit 1875 Statthaltereivizepräsident in Prag (vgl.
Prökl, Eger und das Egerland, Bd. 2, 2. Aufl. 1877, S. 446–447).

„Kde domow my“,⁴⁷ „Hej slovné“⁴⁸ und das von roher Deutschenhetze zeugende Lied „Po bytvě na bílé hoře“⁴⁹, dessen Schlußvers lautet „ta německa holota“ (dieses deutsche Gesindel).

Daß auch dieses letztere Lied gesungen wurde, wurde nicht nur von den deutschen Studenten behauptet, sondern auch von čechischen Studenten (Bern[h]ard Chytil, Johann Kolbaba) zugegeben. Nach Absingen jedes Liedes wurden unter Gejohle und Geschrei Insulte und Drohungen gegen die deutschen Studenten ausgestoßen, den angeblichen „Verräthern“ Wrba, Kucera und dem jungen Prinzen Thurn und Taxis,⁵⁰ der früher Mitglied des čechisch-akademischen Lesevereins gewesen, stürmische Pereats gebracht. Es wurde dann von den čechischen Studenten das erstmal die österr. Volkshymne gesungen und Slavas dem böhm. Könige, dem Kronprinzen dargebracht. Als nun der schon früher erwähnte Bezirkskommissär Hruby mit Gendarmerie aus Prag erschien, sich den Čechen als Mann der Versöhnung vorstellte, und von ihnen mit Slava begrüßt wurde, fingen die Čechen abermals die Volkshymne zu singen an und brachen, als die deutschen Studenten nicht aufstanden und die Kappen nicht abnahmen, in Pereatrufe auf die deutschen Studenten aus und verlangten von dem Commissär, er möge die deutschen Studenten zum Aufstehen und Kappenabnehmen verhalten. Diesem Verlangen konnten die deutschen Studenten bei der provokatorischen und beleidigenden Natur desselben nicht nachkommen, sie ließen aber auf Wunsch des Commissärs von der von ihnen mitgebrachten Musikkapelle⁵¹ die Volkshymne anstimmen und sangen sie stehend und entblößten Hauptes deutsch, während die čechischen Studenten sie zum dritten Male čechisch sangen. Darauf schien sich die herrschende Aufregung etwas zu legen, die Stimmung wurde ruhiger, aber nur für kurze Zeit. Denn bald kamen Arbeiter in beträchtlicher Zahl in den Garten, die sich an den Ausgängen aufstellten und reichlich mit Bier bewirthet wurden, ja an welche, wie deutsche Studenten behaupten und wie dies der čechische Beschuldigte Paul Nebesky in Prag nachträglich gehört haben will und der Beschuldigte Alfred Vendulak als möglich zugibt, auch Geld vertheilt worden sein soll.

⁴⁷ Korrekt: „Kde domov můj“ („Wo ist meine Heimat?“) ist die tschechische Nationalhymne. Der Text ist völlig harmlos. Allerdings war die am Liedende gegebene Antwort „Das tschechische Land, meine Heimat!“ auf die Eingangsfrage damals als anti-österreichisch zu verstehen.

⁴⁸ Korrekt: „Hej! Slované“ („Hej Slawen“) ist ein Lied, welches 1848 auf dem Slawenkongreß in Prag als „Nationalhymne der Slawen“ ausgerufen wurde.

⁴⁹ Bei der Schlacht (bitva) am Weißen Berg (Bílá hora) am 8. November 1620 unterlagen die böhmischen Stände gegen die katholische Liga. Als Folge musste der böhmische „Winterkönig“ Friedrich V. fliehen und der habsburger Kaiser Ferdinand II. wurde Herrscher von Böhmen. Kulturelle Folge war unter anderem die Einführung des Deutschen statt tschechisch als Verwaltungssprache.

⁵⁰ Es handelte sich um Johann Fürst von Thurn und Taxis (* 29. Juni 1860 Niměřice, † 3. November 1920 Prag) Taxis war im Sommer 1881 Fuchsmajor der Austria. Er ging noch 1881 zum Studium nach Wien und wurde dort Mitglied des Corps Saxonia. Im Dezember 1882 wurde Taxis zuerst bei Austria und im Wege der Anschlussstrafe dann auch bei Saxonia dimittiert (Corpsliste 1861–2001, Nr. 163). Der Vater von Johann war der Rechtsanwalt Dr. Rudolf Fürst von Thurn und Taxis (* 25. November 1833 Prag, † 3. Juli 1904 Velehrad), der sich selbst als Tschechen bezeichnete und neben der Unterstützung von tschechischen Vereinen auch die erste juristische Zeitschrift in tschechischer Sprache, Právník (= Rechtsanwalt), gründete. Es erregte deshalb besonderes Aufsehen, dass Johann gerade bei der deutschen Studentenverbindung mit Namen Austria aktiv war. Rudolf und alle seine Nachkommen legten 1894 den Namen Thurn und Taxis ab, die Familie nennt sich seitdem Freiherren von Troskow.

⁵¹ Es handelte sich nach der Mitteilung von Neuwirth um die Militärkapelle des Regiments Ziemiecki (Herrlein, Corps Austria. Corpsgeschichte 1861–2001, S. 76). Dies war das in Prag stationierte „36. Infanterie-Regiment Hieronymus Freiherr Ziemiecki von Ziemiecín“.

Den Arbeitern, die sich an dem Gejohle und Geschrei, an den Rufen: Weg mit den Burschen beteiligten und deren zur Gewaltthaten geneigte Stimmung auch von den vernommenen čechischen Studenten anerkannt wird, wurde nach der Aussage der čechischen Studenten Chytil u. Vendulak Slavas ausgebracht. Beiläufig um ½ 8 Uhr erschien auch der Obmann des čechisch-akademischen Lesevereins Med. Cand. Hübner auf dem Schauplatze, wurde von den anwesenden čechischen Studenten mit stürmischen Slava und Na zdar (Glückauf) Rufen begrüßt, in die Höhe gehoben und nach Aussage der deutschen Studenten Elbogen, Urban und Thurn u. Taxis auf einen Tisch gestellt, von wo er eine Ansprache an die Versammelten hielt, die mit Pereatrufen auf die Burschen, mit Slava auf Hübner beantwortet wurde.

Diese letztere Thatsache der von Hübner gehaltenen Ansprache wird aber von den einvernommenen čechischen Studenten insgesamt in Abrede gestellt, die vielmehr behaupten, Hübner habe keine Ansprache gehalten, sondern sei nur zu einzelnen Studierenden gegangen und habe sie zu beruhigen gesucht. Die Aufregung unter den versammelten den gebildeten und ungebildeten Ständen angehörenden Čechen stieg immer höher, bis endlich bei Eintritt der Dunkelheit zu offener Gewaltthat geschritten wurde. Ein Knittel kam auf die deutschen Studenten geschlagen und verletzte den jur. St[udiosus] R. v. Stein.⁵² Gleich darauf wurde ein Glas geworfen und traf den Stud. jur. Angerer⁵³ aus Wien. Da ertönte von Seite der Čechen der Ruf, die Deutschen hätten ein Glas auf sie geworfen und es wurde dieß auch nach Aussage der deutschen Studenten von dem Bezirkskommissär Hruby, der nach langem Zögern endlich die Gendarmerie vor der Veranda aufmarschieren ließ, geglaubt, bis er von seinem Gendarmen auf die Lügenhaftigkeit dieser Behauptung aufmerksam gemacht wurde. Hierbei sei bemerkt, daß selbst der einvernommene in seinen Aussagen sehr rückhaltende čechische Student Nebesky angibt, er habe ein Glas unter der Veranda, somit unter die deutschen Studenten fallen gehört, nur habe er nicht gesehen, von wem es geworfen wurde und daß auch die anderen einvernommenen čechischen Studenten nur angeben, es sei *gesagt* worden, daß die deutschen Studenten ein Glas geworfen hätten, keiner es aber gesehen haben will.

Dem ersten Glase folgte nun ein wahres Bombardement mit Gläsern gegen die deutschen Studenten, die sich dagegen durch Vorhalten der Stühle zu schützen suchten, daselbst die Schmerzensschreie der Getroffenen den pflichtvergessenen Bezirkskommissär Hruby nicht bewogen, die mit aufgepflanzten Bajonette dastehende Gendarmerie einschreiten zu lassen. Die Gläser, deren Zahl selbst die einvernommenen čechischen Studenten und anderen Leute, die dem gebildeten Pöbel angehören, geworfen, da die Gläser aus der Mitte des Gartens, wo eben die čechischen Studenten, die čechischen Schauspieler saßen, über die Köpfe der Gendarmen geflogen kamen, während die Arbeiter unmittelbar an der Gendarmerie standen.

Mitten in dem Bombardement kam den deutschen Studenten die Nachricht, der Dampfer, den sie zur Rückfahrt nach Prag bestellt hatten, sei angekommen.

Sie mußten nun den Garten verlassen und waren bei ihrem Rückzuge, der bald in wilde Flucht ausartete und bei welchem sie jeglichen Schutzes von Seite des Bezirkskommissärs und seiner Gendarmen, die nicht einmal eine Verhaftung vornehmen durften, entbehrten, der kannibalischen Rohheit des čechischen fanatisierten Pöbels, der die fliehenden Stu-

⁵² Ernst Ritter von Stein (* 1857) war damals Corpsbursch der Austria, später Dr. iur und Rechtsanwalt.

⁵³ Leopold Angerer war seit Dezember 1880 Mitglied des Corps Saxonia Wien und schied 1882 dort aus nicht mehr feststellbaren Gründen (da die Personalunterlagen der Saxonia kriegsverlustig sind) wieder aus. Er war gemeinsam mit dem aus der Bukowina stammenden Saxen Jonél Kalinczuk Ritter von Chominski (1856–1934, später Arzt in Marienbad und Schriftsteller) aus Wien zum Stiftungsfest nach Prag gereist.

dentem mit pfundschweren Steinen bewarf, ausgesetzt, so, daß nur wenige ganz unverletzt blieben, mehrere aber bedeutende Verletzungen davon trugen.

Dieß in Kurzem und den wesentlichen Umständen nach der äußere Verlauf des Exzesses, der füglich in zwei Abschnitte geschieden werden kann, welche durch das Werfen des Knittels, der den Stud. jur. R. v. Stein traf, von einander getrennt werden.

Der zweite Abschnitt des Exzesses beginnend mit dem Werfen des Knittels fällt vor Allem der bereits eingeleiteten strafgerichtlichen Judikatur anheim; haben an demselben Studirende der Universität etwa theilgenommen, was aber durch die eingeleitete Disziplinaruntersuchung nicht festgestellt wurde, so kann erst nach gefällttem Strafurtheile von einer Disziplinarbehandlung derselben die Rede sein (§§ 3 + 5 der Disziplinarordnung).⁵⁴

Anders verhält es sich mit dem ersten bis zu dem Werfen des Knittels reichenden Abschnitts des beschriebenen Exzesses, der sich, insofern an ihm Studirende Theil genommen, abgehen von seiner polizeilichen Strafbarkeit als eine selbstständige schwere Uebertretung der akademischen Disziplinarordnung, als grobe Beleidigung der deutschen Studirenden, als ein höchst unanständiges Benehmen (§ 4 der D. O.)⁵⁵ darstellt und daher vor Allem den Gegenstand der Disziplinaruntersuchung und der disziplinarbestrafung bildet, dabei kann nicht übersehen werden, daß beide Theile des Exzesses mit einander im innigen Zusammenhange stehen, ein Ganzes bilden, so daß der erste Theil bis zum Knittelwerfen das einleitende Vorspiel, der zweite Theil die Hauptaktion bildet.

Uebergehend nun zur *Beurtheilung dieses Exzesses*, glaubt [der] Ref[erent] vorerst die Fragen aufwerfen und beantworten zu müssen, *ob dieser Exzess zufällig, plötzlich sich ereignet oder aber vorbereitet, planmäßig in das Werk gesetzt wurde und worin wohl der Grund, die Ursache desselben zu suchen sei.*

⁵⁴ § 3 lautete: „Alle Studirenden unterstehen in Ansehung ihrer bürgerlichen Verhältnisse, sowie der bürgerlich strafbaren Handlungen den allgemeinen Gesetzen und Behörden, in Ansehung ihres akademischen Verhaltens aber noch überdies den besonderen akademischen Anordnungen und Disziplinar-Vorschriften und den akademischen Behörden.“

§ 5 lautete: „Wird ein Studirender wegen einer Uebertretung der bestehenden allgemeinen Gesetze von anderen als den akademischen Behörden in Untersuchung gezogen, so ist hievon der akademische Senat zu verständigen, und demselben nach vollführter Untersuchung das erflossene Urtheil bekannt zu geben. Der wesentliche Inhalt desselben ist in den Universitäts-Acten vorzumerken, und es kann bei einem Einflusse der begangenen Uebertretung auf die akademische Ordnung oder auf die Ehre der Universität dem Schuldigen von Seiten der akademischen Behörden eine Warnung, ein Verweis ertheilt, oder die allfällige Befreiung von Bezahlung des Unterrichtsgeldes, oder ein Stipendiumsgenuss entzogen, oder nach Umständen auf Wegweisung von der Universität erkannt werden.“

Provisorische Disziplinar-Ordnung für die Universitäten vom 13. Oktober 1849, abgedruckt bei Thaa (Red.), Sammlung der für die österreichischen Universitäten giltigen Gesetze und Verordnungen, 1871, S. 154–158.

⁵⁵ § 4 lautete: „Die Studirenden sind im Allgemeinen zu dem aus der Natur ihres Verhältnisses als akademischer Bürger fließenden anständigen Benehmen, und zur Befolgung der bestehenden akademischen Gesetze oder der besonderen Anordnungen der akademischen Behörden verpflichtet. Wer sich dagegen vergeht, wer sich insbesondere auffallender Störungen der akademischen Ruhe und Ordnung oder einer Verletzung der für Studienzwecke bestehenden Institute, Sammlungen, Utensilien schuldig macht, wer durch beharrlichen Unfleiss oder unanständiges Betragen, durch unsittliche oder Aergerniss ergebende Handlungen Anstoss gibt, wer sich Beleidigungen gegen die akademischen Behörden oder Lehrer, oder ihre im Interesse der Ordnung und Ruhe einschreitenden Organe oder gegen seine Collegen erlaubt, wird nach Massgabe der Grösse seines Vorgehens zur Verantwortung gezogen.“

Auf Grund der durchgeführten Untersuchung muß der Gefertigte seine Ueberzeugung dahin aussprechen, daß der am 28. Juni l[aufenden] J[ahres] zu Kuchelbad stattgefundene Exzeß *ein wohl vorbereiteter, planmäßig eingeleiteter* gewesen. Die dafür sprechenden Gründe sind:

a. Es ist schon von vornherein unwahrscheinlich, daß so viele Menschen und namentlich 150–200 čechische Studenten sich zufällig an demselben Tage und zu derselben Zeit in Kuchelbad in derselben Restauration eingefunden hätten und zwar umsomehr, als bei der herrschenden Spannung zwischen deutschen u. čechischen Studenten eher anzunehmen wäre, daß die letzteren den in Kuchelbad bereits seit Vormittag anwesenden deutschen Studenten ausgewichen wären.

b. In der čechischen Zeitung „Narodny listy“ erschien am Morgen des 28. Juni eine dem h. kk. Ministerium bereits vorliegende Annonce enthaltend eine anonyme Einladung zu einer Zusammenkunft in Kuchelbad um 4 Uhr N[ach]M[ittag].

Die Nachricht von dieser Annonce verbreitete sich allgemein unter den deutschen und čechischen Studenten und die ersteren erkannten in derselben sogleich die Aufforderung zum Erscheinen in Kuchelbad zum Zwecke eines gegen sie zu verübenden Exzesses (Zeuge G. A. Elbogen u. H. Urban, Beschuldigte B. Chytil, A. Koukel, P. Nebesky).

c. Die bei dem Exzesse betheiligt gewesenen čechischen Studenten gehörten großentheils dem čechisch akademischen Leseverein als Mitglieder an. Als solche trugen sie in der meisten Zeit allgemein mit dem Vereinszeichen versehene Bänder mit den slavischen Farben blau, weiß, roth.

Bei dem Exzesse hingegen hatten sie dieselben abgelegt, während nach den Aussagen der Zeugen H. Urban u. O. Novotny, die Nachmittags mit čechischen Studenten auf dem Schraubendampfer nach Kuchelbad fuhren, sie zu dieser Zeit dieselben noch umhatten. Der Beschuldigte P. Nebesky gibt auch an, er sei von den übrigen čechischen Studenten aufgefordert worden, das Band mit dem Vereinsabzeichen abzulegen. Die vernommenen čechischen Studenten wollen den Grund dieses Ablegens der slavischen Trikolore nicht angeben, er lag offenbar darin, damit bei den bereits verabredeten Exzessen die Mitglieder des čechisch-akademischen Lesevereins als solche nicht erkannt würden.

d. Der Beschuldigte L. Chytil gesteht geradezu, daß er infolge der in den Narodny listy enthaltenen Einladung nach Kuchelbad gekommen sei, daß er gewußt habe, es seien die deutschen Studenten dort und es würden die čechischen Studenten dahin kommen.

e. Die čechischen Studenten gingen bei ihrer Ankunft in Kuchelbad großentheils nicht unmittelbar in den Restaurationsgarten, in welchem die deutschen Studenten sich befanden, sondern sammelten sich zuvörderst in einem anderen Wirthshause und zogen von dort truppweise in den Restaurationsgarten (Zeuge H. Urban, Beschuldigte P. Nebesky, Joh. Kolbaba). Der Zeuge G. A. Elbogen gibt insbesondere an, daß, als er Nachmittags in Kuchelbad ankam, er bereits in den im Dorfe befindlichen Wirthshäusern viele čechische Studenten versammelt antraf und daß gegen die 4. Stunde einzelne čechische Studentengruppen um das Versammlungslokal der „Austria“ herumgingen und sich mit Arbeitern besprachen, welche hinter dem Eisenbahndamm in Bereitschaft lagen.

Alle diese bisher angeführten Gründe lassen keinen Zweifel darüber, daß der grobe und rohe Exzeß in Kuchelbad *nicht das Werk einer momentanen Aufregung, sondern das Werk einer vorher stattgefundenen Verabredung* gewesen.

Dafür spricht auch der *planmäßige Verlauf des ganzen Exzesses*.

Offenbar sollten die deutschen Studenten durch das Absingen der čechischen, theilweise vom Deutschanhaß triefenden Nationallieder, durch die vorgebrachten Schmähungen,

Pereatrufe und andere Roheiten gereizt, aus ihrer selbst von sämtlichen Beschuldigten anerkannten ruhigen, anständigen, jede Provokation auf das Strengste vermeidenden Haltung gebracht und zu einem übrigens vollkommen zu entschuldigenden Ausbruche des Unmuthes und Zornes gedrängt worden, um so dieselben als die Ruhestörer, als die Urheber des nachfolgenden Exzesses darstellen zu können. Da dieß nicht gelang, wurde zu einem andern Mittel gegriffen.

Obwohl die Čechen bereits vor Ankunft des Bezirkskommissärs Hruby die österr. Volkshymne gesungen und an der Nichtbetheiligung der deutschen Studenten an dem Absingen derselben keinen Anstand genommen hatten, sangen sie nach Ankunft des Bez.Commissars abermals die Volkshymne, denunzierten nun die deutschen Studenten bei demselben als Landesverräther und verlangten von ihm, er möge die deutschen Studenten zum Aufstehen und Kappenabnehmen verhalten.

Als auch diese unqualificirbare Provokation der deutschen Studenten in der würdigen Haltung derselben zu Schanden wurde, griff man nun, nachdem die rohen Arbeiter herbeigekommen, durch Biergenuß in die entsprechende Stimmung versetzt, durch auf sie ausgebrachte Slavas gehörig angeeifert worden waren, zur offenen, brutalen Gewalt und streute zu dem Ende die Lüge aus, die Deutschen hätten ein Glas auf die Čechen geworfen.

In diesen erwiesenen Vorgängen läßt sich *ein planmäßiges Vorschreiten, zur planmäßigen Durchführung des Exzesses gewiß nicht verkennen* und es erscheint die Aussage des Studenten Richard Kukula⁵⁶ vollkommen glaubwürdig, daß an einem in der Mitte des Gartens befindlichen Tische, an welchem die Hauptbeschuldigten Alfred Vendulak und Method Stojan saßen und an welchem auch der leider der akademischen Gerichtsbarkeit nicht unterliegende Obmann des čechisch-akademischen Lesevereins M[ed]. Cand. Hübner seinen Platz nahm, sich das Centrum somit die Leitung der Agitation befunden habe, denn dorthin sind alle die Rädelsführer gekommen. Erscheint es *nun so außer Zweifel*, daß der Exzeß in Kuchelbad auf einer vorhergegangenen Verabredung beruhte, nicht plötzlich in Kuchelbad entstand, sondern vielmehr gehörig vorbereitet war, so ist es von vornherein klar, daß nicht das Benehmen der deutschen Studenten *in Kuchelbad; das vielmehr selbst von allen Beschuldigten čechischen Studenten als ein ruhiges und anständiges bezeichnet wird*, die Ursache des Exzesses gewesen sei.

Ebenso wenig kann aber auch zugegeben werden, und es muß vielmehr als eine ganz unqualifizirbare Verleumdung erklärt werden, wenn in einer am 6. Juli I[aufenden] J[ahres] veröffentlichten Erklärung des „Cesky Klub“ der Versammlung der s. g. Vertrauensmänner des čechischen Volkes,⁵⁷ die Behauptung aufgestellt wird, daß die ganze bedauerliche Erregung der letzten Zeit ausschließlich von den deutschen Couleurstudenten verursacht worden sei, welche angeblich „schon durch längere Zeit durch nächtliche Krawalle, durch Belästigung harmloser Passanten und durch ihr herausforderndes Wesen die Geduld der Stadtbevölkerung und namentlich durch absichtliche Beleidigungen der böhmischen Nationalität die Langmüthigkeit der böhm. Bevölkerung auf eine harte Probe gestellt haben.“

Der Gefertigte glaubt in dieser Beziehung nur auf den Umstand aufmerksam machen zu müssen, daß obwohl die Prager Sicherheitswache sich in der Verhaftung der etwa die nächtliche Ruhe störenden deutschen Studenten nie als lässig, sondern vielmehr stets als sehr eifrig erwies, doch seit geraumer Zeit keine einzige Verhaftung eines deutschen Studenten zur Kenntnis der akademischen Behörden gebracht wurde.

Nicht das Betragen der deutschen Couleurstudenten war daher die Ursache der gegen dieselben unternommenen Exzesse, sondern für jeden, der in letzterer Zeit in Prag lebte und

⁵⁶ Richard Cornelius Kukula (1862–1919, später Professor für klassische Philologie in Graz) war Mitglied im Corps Austria.

⁵⁷ Vorsitzender des Český klub (= Tschechischer Klub) war der tschechisch-nationalistische Schriftsteller und Politiker František Ladislav Rieger (1818–1903).

sehen und hören wollte, kann es nicht den mindesten Zweifel unterliegen, daß die gegen die deutschen Studenten unternommenen Exzesse, welche ihren Höhe- aber nicht ihren Schlußpunkt in dem Kuchelbader Ereignisse fanden, nur eine Folge der seit geraumer Zeit mit besonderer Energie von Seite der čechischen, in deutscher und čechischer Sprache erscheinenden Zeitungen betriebenen Anfeindung alles deutschen sind, welche Anfeindung in dem Gemüthe čechischer Leser, namentlich aber bei einem großen Theile der an den čechischen Gymnasien und Realschulen einseitig national gebildeten und bei Unkenntniß deutscher Sprache und Literatur jedes höheren Aufschwungs unfähigen čechischen Jugend einen nur zu empfänglichen Boden fand. Die Exzesse hatten, wie dieß jedem die čechisch nationale Entwicklung in neuester Zeit scharfen Auges Betrachtenden sich unwillkürlich aufdrängen muß, *nicht die deutschen Studenten* als solche, sondern *das Deutschthum in Prag*, und zunächst die *deutsche Universität*, deren Fortbestand durch solche Exzesse gegen deutsche Studenten nach und nach untergraben werden sollte, zum Gegenstande.

War nun der Exzeß in Kuchelbad ein wohl vorbereiteter, haben die deutschen Studenten zu demselben keine Veranlassung gegeben, liegt ihm vielmehr eine allgemeine deutschfeindliche Tendenz zu Grunde, dann bildet die Theilnahme an demselben von Seite Studirender gewiß ein sehr schweres nur durch die härtesten akademischen Strafen zu sühnendes Disziplinarvergehen, da ja nach § 4 der Diszip. O. jeder Studirende, der durch unanständiges Benehmen, durch unsittliche oder Ärgerniß erregende Handlungen Anstoß gibt oder der sich Beleidigungen gegen seine Collegen erlaubt, nach Maßgabe der Größe seines Vergehens zur Verantwortung zu ziehen ist. An dem Exzesse in Kuchelbad haben sich nun leider neben čechischen Schauspielern und anderen Personen *allerdings auch Studirende in großer Zahl, darunter auch Hörer der Universität*, betheiligt, die größtentheils dem *čechischen akademischen Leseverein* als Mitglieder angehören. Dieser Verein scheint überhaupt nach den Ergebnissen der Untersuchung der stattgefundenen Exzesse nicht ferngestanden zu sein. Denn abgesehen von der bedeutenden Zahl seiner Mitglieder, die an dem Exzesse sich betheiligt haben, abgesehen von dem Umstande, daß sie offenbar in Folge einer Verabredung ihr Vereinszeichen ablegten, um nicht als Mitglieder des Vereins kennbar zu erscheinen, so erschien auch der Obmann des Vereins M. C. Hübner, wie bereits erwähnt, während des Exzesses in Kuchelbad, verblieb daselbst, nachdem er von den Studenten stürmisch begrüßt worden war, geraume Zeit und ließ sich an jenem Tische nieder, welcher von dem Studirenden Kukula als das Centrum der Agitation bezeichnet wird und an welchem zwei der Hauptbeschuldigten der Jurist Vendulak und der Mediziner Stojan Platz genommen hatten.

Selbst wenn die Behauptung der deutschen Studenten, daß Hübner eine aufreizende Ansprache an die Studenten gehalten, auf einem Irrthum beruhen sollte, was aber bei der Bestimmtheit der Aussagen nicht anzunehmen ist, so kann es doch nicht bezweifelt werden, daß es ihm bei seiner Beliebtheit unter den Studenten, bei dem Einfluß, der er auf dieselben auszuüben vermag, ein Leichtes gewesen wäre, die Studenten zu beruhigen und zum Verlassen des Gartens zu bewegen, wenn er dieß nur eben gewollt hätte.

So that er aber selbst nach der Aussage der čechischen Studirenden nichts Entscheidendes zur Herstellung der Ruhe und verließ, viele Mitglieder seines Vereins zurücklassend, den Schauplatz zu einer Zeit, wo er bei dem bereits herrschenden Tumulte und der zu Tage tretenden Erregtheit der rohen Arbeiter ebenso wie mehrere einvernommene čechische Studenten einsehen mußte, daß es zu ernstern Gewaltthätigkeiten gegen die deutschen Studenten kommen werde. Es liegt somit der wohlbegründete Verdacht vor, daß Hübner von dem Exzesse im Vorhinein gewußt, denselben gewilligt und durch sein Erscheinen bei demselben gefördert habe. Endlich muß noch bemerkt werden, daß nach Angabe des Med. C. Elbogen der Beschuldigte P. Nebesky ihm, ohne daß von seiner Seite eine Beschuldigung des Lesevereins vorhergegangen wäre, sagte, er möge nicht glauben, daß an dem Exzesse der čechisch-akademische Leseverein als solcher betheiligt sei.

Was nun die *Universitätshörer* anbetrifft, die sich an dem Exzesse betheiligt haben, so gelang es bei dem Umstande, als die deutschen Studenten nur wenige der in Kuchelbad anwesenden *čechischen* Studenten dem Namen nach kannten und die Gendarmerie völlig thatenlos auf dem Schauplatze verweilte, ohne eine einzige Verhaftung vorzunehmen, nur sehr wenige Exzedenten zu ermitteln, aber darunter allerdings einige, die eine hervorragende Thätigkeit entwickelten.

Der Gefertigte stellt nun rücksichtlich der durch die eingeleitete Untersuchung als Theilnehmer ermittelten *Universitätshörer* folgende näher zu begründende Anträge.

1. *Vendulak, Alfred*, 24 Jahre alt, Hörer der Rechte im 6. Semester, Mitglied des *čechisch-akademischen* Lesevereins, ist schuldig eines schweren Vergehens gegen § 4 der Disz. O. und ist dafür mit Verweisung von der Prager Universität für immer zu bestrafen.

Seinem Geständnisse zufolge ging er am 28. Juni l[aufenden] J[ahres] nach Kuchelbad, um den daselbst wohnenden städtischen Beamten Prazak zu besuchen. Der Besuch aber, wenn er wirklich stattfand, dauerte nicht lange, denn noch vor dem eingetretenen Exzeß befand er sich seinem Geständnisse zu folge im Garten, in welchem die deutschen Studenten sich befanden und blieb daselbst bis gegen 9 Uhr, um welche Zeit er den Garten zugleich mit dem Obmann Hübner verlassen haben will.

Er schildert die Vorgänge im Allgemeinen in der oben erwähnten Weise, gibt zu, daß er die *čechischen* Lieder mitgesungen, jedoch an den ausgebrachten *Pereats* sich nicht betheiligt habe, wenngleich er nicht in Abrede stellen will, daß er durch Slava und Nazdar Rufen sich an dem herrschenden Tumulte betheiligte. Abgesehen von diesem Geständnisse liegen aber noch folgende Momente gegen ihn vor: Gleich nach dem Exzesse verbreitete sich das Gerücht, das selbst in die öffentlichen Blätter Aufnahme fand, daß Vendulak sich in hervorragender Weise an dem Exzesse betheiligt, daß er Geld unter die Arbeiter vertheilt und dieselben aufgefordert habe, jede beliebige Menge Bier auf Kosten der Studenten zu trinken und daß sich in seinem Besitze drei Couleurrappen von dem Exzesse herrührend befinden.

Vendulak hierüber vernommen, gab das Vorhandensein dieser Gerüchte zu, ohne aber das Entstehen derselben rechtfertigend erklären zu können. Uebrigens gab er die Möglichkeit zu, daß unter die Arbeiter Geld von jemand Anderen vertheilt worden sei. Der Zeuge Elbogen bezeichnete ihn schon bei der ersten Vernehmung als einen jener Studierenden, die bei dem Exzesse das große Wort führten, die sich viel in der Nähe der Veranda aufhielten und sich sehr provozierend benahmen, und wiederholte bei der vorgenommenen Confrontation, bei welcher sich der Beschuldigte sehr ungestüm benahm, so daß er zur Ruhe verwiesen werden mußte, daß Vendulak sich bei dem nach Absingen jedes Liedes von *čechischer* Seite erhobenen allgemeinen Tumulte betheiligt habe und ebenso bestätigte der Zeuge Kukula bei der Confrontation, daß Vendulak an dem Tische gesessen sei, der das Centrum der ganzen Agitation zu sein schien und an welchem auch Hübner saß, und daß er sich dort sehr geschäftig und rührig zeigte, sowie mitgesungen und mitgeschrien habe. Berücksichtigt man diese Umstände, sowie ferner den Umstand, daß Vendulak behauptet, er habe das Vereinsabzeichen, die slavische Trikolore, zwar getragen, allein da er den Rock zugeknöpft hatte, konnte dasselbe nicht gesehen werden und wurde auch von Niemandem gesehen, daß er ferner als Grund der Anwesenheit der *čechischen* Studenten in Kuchelbad angibt, sie wären gekommen, um die deutschen Studenten in ihren Uniformen anzusehen; daß er ferner behauptet, es sei nicht den Arbeitern überhaupt, sondern der gebildeten *čechischen* Arbeiterschaft ein Slava gebracht worden, von welchem an und für sich unwahrscheinlichen Beisatze der Mitschuldige Bernard Chytil nichts weiß, daß er ferner beharrlich in Abrede stellt, es sei das rohe deutschfeindliche Lied „*Po bitvě na bílé hoře*“ gesungen worden, während dieß doch selbst durch *čechische* Studenten zugestanden ist, so drängt sich die Ueberzeugung auf, daß Vendulak nicht zufällig, sondern absichtlich, um an dem Exzesse theilzunehmen, nach Kuchelbad kam und an dem Exzesse hervorragenden Antheil nahm, daher die beantragte Strafe gerechtfertigt erscheint.

2. Chytil, Bernhard, 19 Jahre alt, Hörer der Medizin im 1. Semester ist eines schweren Vergehens nach § 4 der Disz. Od: schuldig und ist dafür mit Verweisung von der Prager Universität für immer zu bestrafen. Er gesteht die Annonce in den „Narodni listy“ gelesen und gewußt zu haben, daß die deutschen Studenten an diesem Tage in Kuchelbad sind, sowie daß auch viele českische Studenten an diesem Tage nach Kuchelbad kommen wollten und ging trotzdem dorthin, weil er angeblich Kuchelbad, das er noch nicht kannte, sehen wollte. Er gesteht, die českischen Volkslieder mitgesungen zu haben, mit Ausnahme des Liedes von der weißenberger Schlacht, das zwar gesungen wurde, das er aber nicht mitgesungen habe. Er gesteht zu in das Slava auf die böhmischen Arbeiter eingestimmt zu haben, sowie er auch zugesteht, daß er, obgleich Mitglied des českisch-akademischen Lesevereins doch die slawische Trikolore mit dem Vereinsabzeichen damals nicht getragen habe. Berücksichtigt man noch den Umstand, daß er seinem eigenen Geständnisse zu folge die gefährdende Haltung der Arbeiter bemerkte und darauf den Regierungskommissär sowohl als dem Obmann Hübner aufmerksam gemacht haben will, nichts destoweniger aber doch bis zum Schluß im Garten blieb, so erscheint seine Verurtheilung und die beantragte Strafe vollkommen gerechtfertigt.

3. Stojan, Method, 22 Jahre alt, Hörer der Medizin im 2. Semester ist eines schweren Vergehens nach § 4 der Disz. O. schuldig und dafür mit Verweisung von der Prager Universität für immer zu bestrafen. Stojan ist Mitglied des českisch akademischen Lesevereins und gibt zu, bei seinem Ausfluge nach Kuchelbad am 28. Juni die slawische Trikolore mit dem Vereinsabzeichen nicht getragen zu haben. Er will nach Kuchelbad lediglich deshalb gekommen sein, um noch vor dem Ferien dasselbe zu sehen, gibt aber zu, schon bei der Hinfahrt auf dem Dampfer erfahren zu haben, daß die deutschen Studenten dort seien. Er saß in Kuchelbad an dem Tische, an welchem Vendulak und später auch Hübner saßen und welcher das Centrum der Agitation gebildet haben soll. Er gesteht die českischen Nationallieder mitgesungen und verlangt zu haben, daß die deutschen Studenten beim Absingen der österr. Volkshymne aufstehen, leugnet aber an den Pereats theilgenommen zu haben. Obwohl er zugibt, den Ernst der Lage namentlich nach dem Erscheinen der Arbeiter wahrgenommen zu haben, entfernte er sich doch erst als die Gläser gegen die deutschen Studenten geworfen wurden und kehrte dann noch einmal zurück und sah, wie er dieß bei seiner Einvernahme wohlgefällig erzählte, wie die deutschen Studenten davon liefen.

4. Nebesky, Paul,⁵⁸ 20 Jahre alt, Hörer der Philosophie im 6. Semester, Mitglied des českisch-akademischen Lesevereins ist eines schweren Vergehens nach § 4 der Disz. O. schuldig und dafür mit Verweisung von der Prager Universität für immer zu bestrafen.

Derselbe gesteht, daß er schon auf dem Dampfer, mit welchem er am 28. Juni [aufenden] J[ahres] Nachmittags nach Kuchelbad fuhr, um eine ihm bekannte Familie zu besuchen, von den mitfahrenden českischen Studenten und den anderen Anwesenden von der anonymen Einladung in der Narodni listry erfuhr, daß er ferner zunächst mit den anderen českischen Studenten in Kuchelbad angekommen in das untere Wirtshaus gegangen sei, wo er von diesen aufgefordert wurde, die slawische Trikolore abzulegen. Obwohl ihm dieß alles auffallend war, sei er doch, nach kurzem Besuche bei der bekannten Familie in den Restaurationsgarten gegangen, in welchem sich die deutschen Studenten befanden., Er nahm an einem Tische in der Nähe der Veranda Platz, an welchem auch der Tabaktraffikant⁵⁹ Zingel aus der Wassergasse⁶⁰ saß, welcher nach der Aussage des Studenten H. Urban schon auf dem Schraubendampfer die Studenten aufforderte, sich heute zu halten und der von dem Med. C. Elbogen als einer der ärgsten Provokatoren und Agitatoren

⁵⁸ Ein 1861 geborener Paul Nebeský wird in den polizeilichen Meldeakten für Prag zwischen 1888 und 1893 als Schauspieler erwähnt.

⁵⁹ Betreiber eines Kiosks für Tabakwaren.

⁶⁰ Nach dem Adressen-Buch der königlichen Hauptstadt Prag, 1878, handelt es sich um Stanislav Zingel, der seinen Kiosk in der Wassergasse 17 betrieb.

bezeichnet wird, welcher sich so wild und roh benommen habe, daß sein Anblick jedem Furcht einflößen mußte. Nebesky will beruhigend auf die českischen Studenten eingewirkt haben, was aber von den deutschen Studenten entschieden in Abrede gestellt wird. So sagte ihm der Studierende Kukula bei der Confrontation in das Gesicht, daß er ihn nach seinem Benehmen für einen Rädelsführer gehalten habe, daß er an den Slava und Pereatrufen sich in hervorragender Weise betheiligte und Fratzen auf die deutschen Studenten schnitt und ebenso sagte ihm der Med. C. Elbogen bei der Confrontation, daß er (Elbogen) ihn ersucht habe, beruhigend auf die Studenten einwirken zu wollen, worauf dieser (Nebesky) aber erwiderte, er mißbillige zwar das Benehmen der českischen Studenten, aber es zu hindern, sei ihm unmöglich. Berücksichtigt man auch den Umstand, daß Nebesky bei seinen Aussagen bemüht war, die Größe des Exzesses möglichst abzuschwächen, so behauptete er, daß nur beiläufig 10 Gläser auf die deutschen Studenten geworfen worden wären, während selbst českische Studenten die Zahl auf 40 bis 60 angaben, daß er ferner zugeben mußte, daß er, weil er musikalisch sei, immer zuerst die Leder zu singen anfang, daß er bei den ausgebrachten Pereatrufen aufgestanden sei, wenngleich nicht mitgeschrien habe, um angeblich seine Stimme zu schonen, daß er endlich bis zum Schluß des Exzesses im Garten blieb, so kann an seiner hervorragende Betheiligung am Exzesse nicht gezweifelt werden.

5. *Puchwein, Ferdinand*,⁶¹ 22 Jahre alt, Hörer der Rechte im 4. Semester, früher Mitglied des českisch-akademischen Lesevereins, ist eines schweren Vergehens gegen § 4 Disz.: Od: schuldig und wird dafür mit Verweisung von der Prager Universität auf 4 Semester bestraft. Seiner Angabe gemäß, fuhr er am 28. Juni l[aufenden] J[ahres] mit seiner Cousine auf den Schraubendampfer beiläufig um 1 Uhr N[ach] M[ittag] nach Kuchelbad, ging mit derselben spazieren, bis ihn die aufsteigenden Gewitterwolken nöthigten, in die Restauration einzukehren. Dort blieb er und nahm, nachdem er wegen des in dem Garten herrschenden Lärms seine Cousine bei einer bekannten Frau untergebracht hat, an dem Tische Platz, an welchem der als Hauptagitator am Exzesse genannte Tabaktraffikant Zingel, sowie obbezeichnete[r] in schwerwiegender Weise betheiligte[r] českische Student Paul Nebesky saßen. Er gesteht, die českischen Nationallieder mitgesungen zu haben, an den Pereatrufen will er sich aber nicht betheiligt haben. Er verließ den Garten erst als die Musikkapelle wegging, zu welcher Zeit bereits die Arbeiter in dem Garten erschienen waren.

Da er, trotzdem schon die Rücksicht auf seine Cousine ihn zum sogleichen Verlassen des Restaurationsgartens hätte bewegen sollen, dieß doch nicht that, sondern vielmehr durch längere Zeit in Gesellschaft zweier an dem Exzesse in höherem Maße betheiligter dem Exzesse beiwohnte u. durch Singen der českischen Nationallieder sich an dem Exzesse unmittelbar betheiligte, so erscheint die beantragte Strafe seinem Verschulden entsprechend.

6. *Koukel, Anton*, 21 Jahre alt, Hörer der Rechte im 6. Semester, Mitglied des českisch-akademischen Lesevereins ist eines Vergehens nach § 4 der Disz. Ord: schuldig und deßhalb mit dem Verweise durch den Senat verbunden mit dem consilium abeundi in der Dauer von zwei Semestern zu bestrafen.

Er behauptet deßhalb an dem Tage des Exzesses nach Kuchelbad gegangen zu sein, weil er dringend Geld benötigte und ein Freund, der Musiker Kovarovic⁶² ihm versprochen hatte, Nachmittags in Kuchelbad, wo laut einer Einladung der Narodni listy eine Unterhaltung stattfinden werde, ihm das Geld zu borgen.

Nach Kuchelbad in den Restaurationsgarten gekommen, um daselbst auf den Freund zu warten, sei er von dem Juristen Vendulak aufgefordert worden an seinem Tische Platz zu nehmen, was er für einige Zeit auch that. Er gesteht, sich an dem Singen der českischen

⁶¹ Nach dem polizeilichen Melderegister Prag war ein 1859 geborener Ferdinand Puchwein von mindestens 1889 bis 1903 Gastwirt in Prag.

⁶² Karel Kovařovic (1862–1920) wurde später Dirigent am Prager Nationaltheater.

Nationallieder betheiligt zu haben, da der im Garten anwesende JD^r. Dasek,⁶³ den ihm befragenden Studenten erklärt habe, das Singen der Nationallieder in einem öffentlichen Garten sei erlaubt, welche Thatsache auch von dem Mitschuldigen P. Nebesky bestätigt wird.

Obwohl er selbst angibt, daß er erkannte, es sei eine Demonstration gegen die deutschen Studenten im Zuge, daß unter den Arbeitern eine immer höher sich steigernde Aufregung geltend macht, blieb er doch über Aufforderung eines Bekannten, der, weil er selbst kein Geld hatte, die Zeche für ihn zu zahlen versprach, beinahe bis zum Schluß des Exzesses im Garten. Mildernd spricht für ihn der Umstand, daß er reumüthig bekannte, er sehe ein, daß er durch sein Verbleiben in dem Garten gefehlt habe, daß er ferner die Volkslieder nicht mitgesungen hätte, wenn nicht der Advokat Dr. Dasek dieß als erlaubt erklärt hätte. Mit Rücksicht darauf sowie auf den Umstand, daß der Beschuldigte dem Gefertigten als ein anständiger Student bekannt ist, wird die obige milde Strafe ausgesprochen.

7. Kolbaba, Johann, 20 Jahre alt, Hörer der Rechte im 2. Semester, gegenwärtig nicht mehr Mitglied des tschechisch-akademischen Lesevereins, ist eines Vergehens nach § 4 Disz. Od: schuldig und dafür mit einem Verweise von dem Senate zu bestrafen.

Er gibt an, daß er öfter nach Kuchelbad spazieren gehe, und so sei er auch am 28. Juni l[aufenden] J[ahres] um 10 U[uh] V[or] M[ittag] mit dem Techniker⁶⁴ Kreč dahin gegangen. Zu Mittag sei er in den Restaurationsgarten nicht gegangen, weil er meinte, es müsse wegen der daselbst spielenden Musikkapelle Entré gezahlt werden, er sei daher in ein anderes Wirthshaus gegangen, in welches Nachmittags mehrere tschechische Studenten kamen, mit welchen er dann in den Restaurationsgarten, in welchem die deutschen Studenten saßen, gegangen sei. Dort habe er von der Einladung der „Naordni Listy“ erfahren, sei aber nur mit Unterbrechungen in dem Garten gewesen, da er zeitweilig in den Wald spazieren ging; er habe nur an dem Singen einiger Lieder, namentlich der österr. Volkshymne, nicht aber an dem Geschrei und dem Pereatrufen theilgenommen. Als er merkte, daß etwas gegen die deutschen Studenten geplant werde, verließ er schon um 8 Uhr den Garten. Mit Rücksicht auf seine nur geringe Betheiligung an dem Exzesse u. den Umstand, daß nach Angabe des Zeugen H. Urban er sich im Ganzen anständig betrug und zwischen den deutschen u. tschechischen Studenten zu vermitteln suchte, sowie daß er reumüthig bekannte, es wäre besser gewesen, wenn er den Restaurationsgarten sogleich verlassen hätte, wird die obengegebene milde Strafe ausgesprochen.

8. Baron Beiski, Gustav, 23 Jahre alt, Hörer der Rechte im 6. Semester, Mitglied des tschechisch-akademischen Lesevereins ist eines Vergehens gegen die akademische Disziplin schuldig und mit einem Verweise von dem akademischen Senate zu bestrafen.

Derselbe wurde von den Beschuldigten Vendulak u. Nebesky als bei dem Exzesse anwesend bezeichnet und deßhalb in die Untersuchung gezogen. Er gibt an, daß er häufig nach Kuchelbad gehe u. so auch am 28. Juni l[aufenden] J[ahres] N[ach] M[ittag] nach 2 Uhr ohne daß er von der Einladung der Narodni listy, die er als ein mehr grobes Blatt nicht lese, etwas wußte mit dem Schraubendampfer, auf welchem sich auch mehrere tschechische Studenten befanden, dahin gefahren sei. Er sei dann in den Wald spazieren gegangen, mußte aber wegen eingetretenen Regen in die Restauration eintreten, wo er bereits bemerkte, daß unter den anwesenden Čechen gegen die deutschen Studenten eine feindliche Stimmung herrsche. Trotzdem der dieß merkte, kehrte er doch, nachdem er einen Spaziergang unternommen, in den Garten zurück, und nahm an dem Tische an welchen Vendulak u. Hübner saßen, Platz, um ein Glas Bier zu trinken. Es ist nicht erwiesen, daß er sich an dem Singen

⁶³ Es handelt sich um den Rechtsanwalt Dr. Josef Daschek (tschechische Schreibweise Dašek). Daschek wurde 1841 in Neuhaus (Jindřichův Hradec, Tschechien) geboren, erwarb 1872 das Prager Bürgerrecht und starb am 12. Juli 1889 in Prag (Quelle: Tschechisches Nationalarchiv, Konskriptionsbogen = Polizeilicher Meldebogen für Daschek).

⁶⁴ Als Techniker wurden die Studenten der (Poly)technischen Hochschule bezeichnet.

u. Schreien beteiligt hat, er verließ, nachdem er die steigende Aufregung wahrgenommen, um 8 Uhr den Garten. Er erklärte einzusehen, daß es besser gewesen wäre, wenn er in den Garten nicht zurückgekehrt wäre, allein er wollte aber nur die deutschen Studenten in der ihm unbekannten Studententracht sehen. Mit Rücksicht auf diese Umstände, sowie der Umstand, daß er ein sehr fleißiger Student ist, erscheint die milde Strafe angemessen.

Selbstverständlich ist es, daß gegen alle diese bisher genannten Studierenden das Disziplinarverfahren von Neuem eingeleitet wäre, falls sie später strafgerichtlich wegen dieses Exzesses abgeurtheilt werden sollten.

II

Außer den genannten Studierenden wurden dem Gefertigten als an dem Exzesse in Kuchelbad beteiligt, noch folgende Studierende namhaft gemacht. Die Studierenden der Medizin Ottokar Molnar und Franz Zadina,⁶⁵ von denen der erstere sich in landesgerichtlicher Haft befindet u. der letztere von Prag bereits abwesend ist, daher gegen sie das Disziplinarverfahren suspendiert bleiben muß. Die ebenfalls dem Gefertigten angezeigten Hörer der Pharmazie Franz Bittner, Richard Dreyer, Zwetko Sdakovič, sowie der Rechtshörer Ottokar Drubek⁶⁶ haben glaubwürdig dargethan, daß sie gar nicht am Thatorte anwesend waren, daher das weitere Verfahren gegen sie einzustellen ist.

III

An dem Exzesse sollen sich auch die Hörer der böhm. Technik⁶⁷ Motejl, Safarik, Kutschera Franz,⁶⁸ Deyl, Kubin aus Jicin, der sich besonders provozierend benommen haben soll, Zelenka Franz u. Quelfinger Ritter Steinsberg⁶⁹ beteiligt haben, was dem Rektorate der böhm. Technik zur Kenntniß zu bringen wäre.

IV

Der Prager Advokatenkammer wäre zur Kenntniß zu bringen, daß der Prager Advokat Dr. Josef Dasek bei dem Exzesse in Kuchelbad gegenwärtig gewesen und nach Aussage der Studierenden denselben auf ihr Befragen erklärt haben soll, das Singen von českischen Nationalliedern in dem Garten sei erlaubt.

V

Dem h. kk. Statthalterei-Präsidium wären die obengeführten Umstände, welche den českische-akademischen Leseverein der Theilnahme an dem Kuchelbader Exzesse verdächtig erscheinen lassen, mit dem zur Kenntniß zu bringen, daß der akademische Senat nicht umhin könne, vom Standpunkte der akademischen Ruhe u. Ordnung gegen den Fortbestand des genannten Vereins ernste Bedenken zu hegen, daß jedenfalls die fernere Leitung des Vereins durch den Med. Cand. Hübner unzulässig sei, und daß eine Aenderung der Statuten in der Richtung, daß nur Studierende während ihrer Studienzeit wirkliche Mitglieder des Vereins sein können, als dringend notwendig erscheine.

Prag, am 11. Juli 1881

[Unterschrift] Dr. Rulf

⁶⁵ Franz Zadina (* 1859) wird in den polizeilichen Meldebögen 1902 als von Beruf Ober-Respizient (= Berichterstatter, Referent) der Finanzwache geführt.

⁶⁶ Otakar Drubek (* 1859) war von 1899 bis 1920 Notar in Český Dub, danach in Slaný.

⁶⁷ Die damalige Polytechnische Hochschule, heute Tschechische Technische Universität Prag, war seit 1869 in ein deutsches und ein böhmisches technisches Institut geteilt.

⁶⁸ In den Prager polizeilichen Meldebögen sind 49 Personen namens Franz Kutschera verzeichnet. Von diesen wäre nur einer (1857–1889) vom Alter her in Frage kommend.

⁶⁹ Die korrekte Schreibweise des Familiennamens ist Guolfinger Ritter von Steinsberg.

D Die Nachwirkungen

Die Prager deutsche Presse qualifizierte die beschriebenen Ereignisse sofort als „blutige Krawalle“⁷⁰ und prägte den Begriff „Schlacht“⁷¹ für die Vorkommnisse. Das Titelblatt einer böhmischen Tageszeitung lautete gar: „Das kostbare, deutsche Blut [...] schreit um Rache“.⁷²

Dergestalt publizistisch aufgeladen wurden Wellen der nationalen Empörung ausgelöst, welche rasch politisch instrumentalisiert wurden und nicht nur Prag und Böhmen erfassten, sondern bis nach Wien reichten, wo Kronprinz Rudolf seinem Vater, dem Kaiser, darüber Bericht erstattete⁷³ und sogar nach Berlin, von wo der deutsche Reichskanzler Bismarck die deutsche Botschaft in Wien anwies, die Kuchelbader Schlacht unkommentiert zu lassen, damit nicht eine daraus zu entnehmende Parteinahme den Nationalitätenkonflikt weiter anheize und dadurch die befreundete Regierung in Wien schwäche⁷⁴. Selbst aus St. Petersburg kommentierte der sich dort aufhaltende Prager Alois Lexa von Aehrenthal die ihm zugetragenen Ereignisse.⁷⁵ Das Geschehen war noch mehr als 20 Jahre später so präsent, dass es – unter Nennung des Corps Austria – am 12. Dezember 1905 Gegenstand von Redebeiträgen im Wiener Abgeordnetenhaus war.⁷⁶

Unter unkritischer Übernahme des zitierten Berichts von Neuwirth im Prager Tagblatt zementierte sich in den folgenden Jahrzehnten die Vorstellung der Studenten, welche „von dem tschechischen Pöbel überfallen“⁷⁷ wurden und von einem „blutigen Überfall“⁷⁸ in Form der „Schlacht von Kuchelbad“.⁷⁹

Die tschechische Sicht der Dinge geht dagegen davon aus, es sei nur eine „gewöhnliche Wirtshausschlägerei“⁸⁰ gewesen, welche die deutsche Presse zum Vorwand nahm, die Betroffenen zu „Märtyrern“⁸¹ zu machen. Doch noch deutlich

⁷⁰ So der Teilnehmer Neuwirth, Mitglied der Austria, vgl. Neuwirth, *Blutige Krawalle*, S. 5; Prager Tagblatt vom 29. Juni 1881, S. 5.

⁷¹ So der damals weit verbreitete (von 1860 bis 1941 jährliche erscheinende) Schulthess, *Geschichtskalender* 1881, S. 356: „In Kuchelbad kommt es zu einer förmlichen Schlacht [...]“.

⁷² Einleitung einer nicht namentlich gekennzeichneten Meldung über die Ereignisse auf dem Titelblatt der Egerer Zeitung vom 2. Juli 1881.

⁷³ Hamann, Rudolf – Kronprinz und Rebell, 6. Aufl., 1987, S. 146.

⁷⁴ Otto von Bismarck, *Gesammelte Werke*. Neue Friedrichruher Ausgabe, Abt. III, Bd. 4, 2008, S. 701.

⁷⁵ Brief Aehrenthals an seinen Vater vom 6. Juli 1881, abgedruckt bei Adlgasser, *Die Aehrenthals*. Eine Familie in ihrer Korrespondenz 1872–1911, Bd. 1, 2002, S. 219f.

⁷⁶ Vgl. Stenographische Protokolle der Sitzung des Österreichischen Abgeordnetenhauses, S. 32.940ff.

⁷⁷ Alldeutscher Verband, *Kalender aller Deutschen*, 1893, S. XVII.

⁷⁸ Beer, *Geschichte Böhmens mit besonderer Berücksichtigung der Geschichte der Deutschen in Böhmen*, 1921, S. 275.

⁷⁹ Klier, *Das Deutschtum Prags in der Vergangenheit*, 1936, S. 65.

⁸⁰ So bspw. Srb, *Bohemiae res*, S. 41; dem folgend noch heute Höbelt, Franz Joseph I. Der Kaiser und sein Reich. Eine politische Geschichte, 2009, S. 80f. („Rauferei“).

⁸¹ Urban, *Die tschechische Gesellschaft 1848 bis 1918*, Bd. 1, 1994, S. 520.

subjektiv verhaftet statt historisch-objektiv schrieb nach 1996 der Sekretär der Gesellschaft für Wirtschaftsgeschichte der Tschechischen Republik:⁸² „Die scheinbar episodenhafte Wirtshausrauferei war so einer der ersten blutigen Zusammenstöße des arroganten Pangermanismus mit dem immer selbstbewußteren tschechischen Nationalismus.“

Mit der Kuchelbader Schlacht war das Zusammenleben auch der deutschen und tschechischen Studenten beendet. So wurden bspw. in der „Gifthütte“, einem der beliebtesten Studentenlokale Prags keine gemeinsamen Feiern mehr veranstaltet.⁸³

Bei der historischen Verortung im österreichisch-tschechischen Nationalitätenkonflikt ist von der Forschung bislang die soziale Seite der Ereignisse weitgehend unbeachtet gelassen worden. Eine neuere Studie weist dazu darauf hin, dass für die Auseinandersetzungen unter den Studenten nicht nur ethnische (deutsch-tschechische), sondern auch soziale Differenzen verantwortlich waren, da sich auf der einen Seite die nach ihrer Herkunft überwiegend großbürgerlich-mittelständischen deutschen Studenten und auf der anderen Seite die bäuerlich-kleinbürgerlichen tschechischen Studenten gegenüberüberstanden.⁸⁴

E Juristische Nachbetrachtung

Die in dem Untersuchungsbericht fehlenden Überlegungen zur Strafbarkeit nach § 5 Disziplinarordnung lassen die Vermutung zu, dass die erwähnte, eingeleitete strafrechtliche Judikatur noch nicht abgeschlossen war und die Universität auch nicht darauf warten wollte. Bei Beurteilung des Verhaltens der von der Ermittlung betroffenen Studenten ausschließlich nach § 4 der Disziplinarordnung lautete der Kern der Norm, unter die zu subsumieren war:

„Die Studirenden sind [...] zu [...] anständigen Benehmen [...] verpflichtet. Wer sich dagegen vergeht, wer sich insbesondere auffallender Störungen der akademischen Ruhe und Ordnung [...] schuldig macht, wer durch [...] unanständiges Betragen, durch unsittliche oder Aergerniss ergebende Handlungen Anstoss gibt, wer sich Beleidigungen [...] gegen seine Collegen erlaubt, wird nach Massgabe der Grösse seines Vergehens zur Verantwortung gezogen.“

Da die „Schlacht“ in Kuchelbad erfolgt war, also nicht nur außerhalb der Universität, sondern sogar außerhalb der Stadt Prag, konnte der Vorwurf einer Störung der akademischen Ruhe und Ordnung nicht gemacht werden. Der Tatvorwurf konnte demnach nur noch unter dem Blickwinkel unanständigen Betragens und Ärgernis ergebender Handlungen oder Beleidigung von (Studien)Kollegen zu einer Strafbarkeit führen oder Freispruch ergeben.

⁸² Hájek, Krawall in einem Ausflugsrestaurant, in: Acta Studentica, Heft 115, 1996, S. 2–4 [= Übersetzung eines am 28.6.1996 in der tschechischen Zeitung „Lidové Noviny“ erschienen Artikels], S. 4.

⁸³ Mitteilung des Zeitgenossen Klein, Das Ende der Gifthütte, in: Prager Tagblatt vom 31. Mai 1925, S. 7f. (8).

⁸⁴ Lemberg-Hoffmann, Universitäten in nationaler Konkurrenz (= Veröffentlichungen des Collegium Carolinum, Bd. 86), 2003, S. 33ff., 40f.

Das Singen von nationalistischen Liedern, einige Würfe von Gegenständen und laut gerufene Schimpfworte ließen sich als unanständiges Benehmen, Ärgernis oder Beleidigung von Kommilitonen ansehen. Aus heutigem Blickwinkel erscheinen all diese Handlungen aber eher als Vergehen minderen Umfangs und jedenfalls nicht die drankonische Strafe der Relegation rechtfertigend. Möglicherweise hat der Untersuchungsbeamte der Universität das nicht unähnlich gesehen, denn er vertritt eine überraschende politische Argumentation:

„Die Exzesse hatten, wie dieß jedem [...] sich unwillkürlich aufdrängen muß, [...] *das Deutschthum in Prag*, und zunächst die *deutsche Universität*, [...] zum Gegenstande. War nun der Exzeß in Kuchelbad ein wohl vorbereiteter, [...] liegt ihm vielmehr eine allgemeine deutsch-feindliche Tendenz zu Grunde, dann bildet die Theilnahme [...] ein sehr schweres nur durch die härtesten akademischen Strafen zu sühnendes Disziplinarvergehen [...].“

Komprimiert: Auf die korrekte strafrechtliche Würdigung kommt es nicht an. Es genügt vielmehr: Wer dem „*Deutschthum in Prag* [...] *feindliche[n] Tendenz[en]*“ anhängt, hat auf der Universität nichts verloren. Das erinnert in seiner politischen Komponente deutlich an die bundesdeutsche Hochschulgerichtsbarkeit, mit der die Studentenbewegung 1968 konfrontiert war⁸⁵ und den Radikalenerlass des Jahres 1972.

Ein dazu passendes Zitat des Philosophen George Santayana lautet in gängiger Übersetzung „*Wer sich seiner Vergangenheit nicht erinnert, ist verurteilt, sie zu wiederholen.*“⁸⁶ Es ist ein Verdienst von Peter Derleider mit seinen rechtshistorischen Arbeiten insbesondere zum Nationalsozialismus das Bewusstsein zur Abwehr solch fataler Wiederholungen wach zu halten.

⁸⁵ Vgl. bspw. Baumgärtl, Vom Guerillakino zum Essayfilm, 1998, S. 77f. zur Relegation von Haroun Farocki und Thomas Giefer als Studenten an der Deutschen Film- und Fernsehakademie Berlin (dffb), weil sie 1967 einen systemkritischen Film gedreht hatten. In Bonn wurden gegen die Teilnehmer einer harmlosen Sitzblockade universitäre Strafverfahren eröffnet; vgl. Becker, Bonna Perl am grünen Rheine. Studieren in Bonn von 1818 bis zur Gegenwart, 2013, S. 196f.

⁸⁶ Im Original “Those who cannot remember the past are condemned to repeat it”, s. Santayana, *The Life of Reason*, 1905, S. 284.

Die Verjährungshemmung in außergerichtlichen Schlichtungsverfahren

Horst Hiort

Inhaltsverzeichnis

A	Die Zukunft der außergerichtlichen Streitbeilegung	212
B	Ausgewählte Urteile zur Verjährungshemmung während und nach Schlichtungsverfahren	213
I	Die Entscheidung des LG Köln vom 9. April 2013 – 21 O 271/12	213
II	Die Entscheidung des LG München vom 5. Februar 2014 – 32 O 9841/13	214
C	Die Anwendbarkeit von § 204 BGB auf Schlichtungsverfahren	215
I	Die Einvernehmlichkeit nach § 204 Abs. 1 Nr. 4 2. Alt. BGB	215
1	Untersuchung am Beispiel des Versicherungsombudsmanns	216
2	Verfahren bei der Schlichtungsstelle des Sparkassenverbands (Fall LG Köln)	219
3	Vermutungsregelung von § 15a Abs. 3 Satz 2 EGZPO	219
II	Nachwirkende Verjährungshemmung nach § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB	220
1	Begründung des LG München	220
2	Kritische Würdigung	220
D	Kurzer Blick auf die AS-RL	221
E	Ergebnis	222

Fehlende Rechtsdurchsetzungsmöglichkeit kann eine an sich vorhandene Anspruchsgrundlage entwerten. Dementsprechend kommen Verjährungsfristen und Hemmungstatbeständen spätestens in einem Gerichtsverfahren große Bedeutung zu, weshalb sie der kritischen Betrachtung bedürfen. Peter Derleder beschäftigte sich im Rahmen seines verbraucherrechtlichen Schwerpunkts immer wieder mit Fragen der Verjährung. Seine Beiträge sind auch bei dieser allgemein eher als dröge eingeschätzten Materie eine sehr lohnende Lektüre, da neben der gewohnt scharfsinnigen Befassung mit dem Thema selbst an schwierigen Stellen sein ihn

Dr. H. Hiort (✉)

Versicherungsombudsmann e. V., Berlin, Deutschland

e-mail: h.hiort@versicherungsombudsmann.de

auszeichnender ebenso trockener wie feiner Humor aufblitzt.¹ Auch jüngst hat er sich wieder mit der Verjährungshemmung befasst,² weshalb an dieser Stelle eine Verjährungsfrage aus verbraucherrechtlicher Sicht untersucht werden soll.

A Die Zukunft der außergerichtlichen Streitbeilegung

Die außergerichtliche Streitbeilegung befindet sich seit Jahren im Aufwind.³ In vielen Wirtschaftsbereichen sind oder werden Schlichtungsstellen eingerichtet.⁴ Auch der Gesetzgeber unterstützt diese Entwicklung; er hat das Mediationsgesetz sowie andere die außergerichtliche Konfliktbeilegung fördernde Verfahren geschaffen.⁵ Nun ist ein weiterer Schub zu erwarten: Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) bereitet derzeit die Umsetzung einer Richtlinie der Europäischen Union⁶ (AS-RL) vor. Danach haben alle Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass ab dem 9. Juli 2015 für innerstaatliche sowie grenzüberschreitende Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmen aus dem Kauf von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen außergerichtliche Streitbeilegungsstellen zur Verfügung stehen.⁷ Die Richtlinie schreibt keine bestimmte Methode der alternativen Konfliktlösung (z. B. Mediation oder Schlichtung) vor und beschränkt den Zugang zu den Gerichten nicht. Die Transformation in nationales Recht wird unter dem Arbeitstitel Verbraucherstreitbeilegungsgesetz (VSBG) vorbereitet.

Der Aufschwung der außergerichtlichen Streitbeilegung beruht auf der sich immer mehr durchsetzenden Erkenntnis, dass nicht für jeden Streit das förmliche Gerichtsverfahren das vorzugswürdige Mittel zur Konfliktlösung ist. Verbindliche rechtliche Rahmenbedingungen bestehen noch nicht. Künftig haben zumindest die Schlichtungsstellen, die nach dem VSBG anerkannt werden wollen, Mindeststan-

¹ Als beispielhaftes Zitat: „Wie bei ehelichen Konflikten, wo der eine Partner seine Ehe für gut, der andere sie für längst gescheitert hält, ist auch in Vertragsbeziehungen ein entsprechender Beurteilungsdissens geläufig“ aus Derleder/Meyer, KJ 2002, 325, 334.

² Derleder/Kähler, NJW 2014, 1617.

³ Hirsch im ZRP-Rechtsgespräch, ZRP 2012, 189.

⁴ Für den in dieser Untersuchung interessierenden Bereich der Finanzdienstleistungen weist die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht auf ihrer Webseite zwei Schlichtungsstellen im Versicherungswesen und siebzehn im Banken-, Bausparkassen- und Fondsbereich aus, darunter der Deutsche Sparkassen- und Giroverband (DSGV) sowie allein neun der Sparkassenverbände, vgl. http://www.bafin.de/DE/Verbraucher/BeschwerdenAnsprechpartner/Finanzombudsstellen/SchlichtungUebersicht/uebersicht_artikel.html.

⁵ Artikel 1 des Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21. Juli 2012 (BGBl. I S. 1577), in Kraft getreten am 26. Juli 2012 in Umsetzung der Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen (ABl. L 136 vom 24.5.2008, S. 3); vgl. auch § 278a ZPO.

⁶ Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten).

⁷ Vgl. dazu Hirsch, NJW 2013, 2088.

dards einzuhalten. Dies gilt für die Organisation ebenso wie für das Verfahren. Beides ist bislang recht unterschiedlich ausgestaltet.⁸ Allen ist gemein, dass sie als verbraucherfreundlich proklamiert werden. Oft wird herausgestellt, dass der Verbraucher sein Anliegen auch ohne Präsentation durch einen rechtskundigen Vertreter effizient einbringen kann und dass ihm durch das Verfahren keine Nachteile entstehen können.⁹ Was aber ist mit der Verjährung seiner etwaigen Ansprüche? Wird durch die jeweilige Verfahrensordnung (VerfO) oder die allgemeinen Regelungen des Verjährungsrechts sichergestellt, dass nach Abschluss des Schlichtungsverfahrens der Verbraucher noch immer eine gerichtliche Überprüfung erreichen kann? Daran sind aufgrund zweier Gerichtsentscheidungen erhebliche Zweifel entstanden. In beiden Fällen stritten die Parteien über Fragen der Verjährung. In beiden Fällen wurde gegen die Verbraucher entschieden. Dies ist hinreichender Anlass, die Verjährungshemmung in außergerichtlichen Schlichtungsverfahren einer genauen Betrachtung zu unterziehen, deren Schwerpunkt im Finanzdienstleistungsbereich liegt.

B Ausgewählte Urteile zur Verjährungshemmung während und nach Schlichtungsverfahren

I Die Entscheidung des LG Köln vom 9. April 2013 – 21 O 271/12¹⁰

Die Klägerin machte Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter Beratung beim Erwerb von Kapitalanlagen geltend. Die Beklagte verteidigte sich u. a. mit der Einrede der Verjährung.¹¹ Zu diesem Punkt stritten die Parteien darüber, ob ein von der Klägerin bei der Kundenbeschwerdestelle des T Sparkassen- und Giroverbands¹² eingereichter Schlichtungsantrag die Verjährung gehemmt hatte.

Das LG Köln ließ dahinstehen, ob ein Anspruch der Klägerin dem Grunde nach bestand, da jedenfalls der Schadensersatzanspruch verjährt sei. Das Schlichtungsverfahren habe einen etwaigen Anspruch nicht gehemmt; § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB sei in keiner der beiden Varianten erfüllt. Zum einen könne nicht festgestellt werden, dass es sich bei der Kundenbeschwerdestelle des T Sparkassen- und Giroverbands um eine von der Landesjustizverwaltung eingerichtete und anerkannte Gütestelle handelt, weshalb die erste Alternative nicht greife. Von den Voraussetzungen der

⁸ Vgl. Brömmelmeyer, WM 2012, 337 m. w. N.; Lücke, WM 2009, 102 sowie Römer, NJW 2005, 1251.

⁹ Jahresbericht des Versicherungsombudsmanns, 2013, 7.

¹⁰ http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg_koeln/j2013/21_O_271_12_Urteil_20130409.html.

¹¹ Beide Entscheidungen werden stark verkürzt auf die hier interessierenden Inhalte wiedergegeben.

¹² Diese Bezeichnung lässt nicht zweifelsfrei erkennen, um welchen der neun Sparkassenverbände es sich handelt. Dementsprechend können die Angaben zur VerfO nur nach den Ausführungen im Urteil zugrunde gelegt werden.

zweiten Alternative fehle es am einvernehmlich unternommenen Einigungsversuch. Diesen habe die Beklagte in ihrer Stellungnahme an die Kundenbeschwerdestelle ausdrücklich mit Bezug auf § 204 Abs. 1 Nr. 4 2. Alt. BGB abgelehnt, sodass das Verhalten der Beklagten nicht als Verhandeln im Sinne von § 203 BGB anzusehen sei.

Die notwendige Einvernehmlichkeit könne auch nicht daraus abgeleitet werden, dass die Beklagte in der Liste der am Schlichtungsverfahren des T Sparkassen- und Giroverbands beteiligten Unternehmen aufgeführt sei. Das LG Köln verweist hierzu auf Ziff. 5 Abs. 1 Satz 2 der VerFO der Schlichtungsstelle. Dort sei geregelt, dass das Verfahren bei Meinungsverschiedenheiten aller Art stattfinden „kann“, also nicht „muss“. Deshalb sei eine obligatorische Verfahrensbeteiligung fraglich. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die VerFO selbst keine Verjährungsregelung beinhalte. Folglich könne weder ein Kunde, der ein solches Verfahren einleitet, von einer verjährungshemmenden Wirkung ausgehen, noch dürfe eine beteiligte Sparkasse durch die Einleitung des Verfahrens in verjährungsrechtlicher Hinsicht benachteiligt werden.

Schließlich komme auch unter dem Gesichtspunkt von § 15a Abs. 3 Satz 2 EGZ-PO kein anderes Ergebnis in Betracht. Die dort enthaltene unwiderlegliche Vermutungsregelung könne nicht analog auf § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB angewendet werden.

II Die Entscheidung des LG München vom 5. Februar 2014 – 32 O 9841/13¹³

In diesem Verfahren machte der Kläger ebenfalls Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter Beratung beim Erwerb einer Kapitalanlage geltend. Die Klägervertreter hatten beim Bundesverband deutscher Banken e. V.¹⁴ ein Schlichtungsverfahren bei der dortigen Ombudsstelle eingeleitet. Der Ombudsmann sah in Form einer Entscheidung von einer Schlichtung ab. Die Parteien stritten darüber, ob die etwaigen Ansprüche über die Dauer des Ombudsmannverfahrens hinaus gehemmt worden waren.

Die Beklagte vertrat die Auffassung, die Einleitung des Beschwerdeverfahrens habe zwar eine Hemmung etwaiger Ansprüche bewirkt. Diese sei jedoch nicht auf § 204 Abs. 1 Nr. 4 1. Alt. BGB zurückzuführen, sondern auf die VerFO der Ombudsstelle¹⁵ des Bankenverbands (VerfBO). Danach gelte die Verjährung für die Ansprüche des Beschwerdeführers lediglich für die Dauer des Schlichtungsverfahrens als gehemmt. Eine nachwirkende Hemmung sehe die VerFO nicht vor.

Das LG bestätigte die Auffassung der Beklagten und wies die Klage aufgrund eingetretener Verjährung ab. Bei dem Ombudsmann des Bundesverbands deutscher

¹³ BeckRS 2014, 08404.

¹⁴ Hierbei handelt es sich um die Interessenvertretung der privaten Banken in Deutschland.

¹⁵ Verfahrensordnung für die Schlichtung von Kundenbeschwerden im deutschen Bankgewerbe, Download oder als Drucksache anforderbar unter: <http://bankenverband.de/publikationen/verbraucher/shopitem/ede7381da0f64777bf67364a7263d0af>.

Banken handle es sich nicht um eine von der Landesjustizverwaltung eingerichtete oder anerkannte Gütestelle. Gleichwohl seien die Voraussetzungen von § 204 Abs. 1 2. Alt. BGB erfüllt, denn es liege ein einvernehmlicher Einigungsversuch bei einer sonstigen Gütestelle vor. Damit sei auf dieser Grundlage die Verjährung gehemmt worden. Allerdings müsse zur Konkretisierung der Wirkung die VerfO beachtet werden, denn diese bestimme bei einem einvernehmlichen Schlichtungsverfahren Beginn und Umfang der Hemmung. Nach § 6 Abs. 1 der VerfBO gelte die Verjährung für die Ansprüche des Beschwerdeführers für die Dauer des Schiedsverfahrens als gehemmt. Damit sei § 204 Abs. 2 BGB nicht anwendbar. Eine Verlängerung der Verjährungshemmung nach dieser Vorschrift komme wegen der ausdrücklichen Regelung in der VerfO nicht in Betracht. § 204 Abs. 2 BGB sei nicht zwingend und vorliegend einvernehmlich durch Einigung auf die VerfO abbedungen. Deshalb habe der Abschluss des Ombudsmannverfahrens die Verjährung wieder in Gang gesetzt. Im Zeitpunkt der Klageerhebung sei somit der Anspruch verjährt gewesen.

C Die Anwendbarkeit von § 204 BGB auf Schlichtungsverfahren

Ob es sich bei den Schlichtungsstellen der Bankenbranche um von der Landesjustizverwaltung eingerichtete und anerkannte Gütestellen im Sinn von § 204 Abs. 1 Nr. 4 1. Alt. BGB handelt, soll an dieser Stelle nicht diskutiert werden. Viel interessanter und von weit größerer Bedeutung ist die Frage, ob die Voraussetzungen von § 204 Abs. 1 Nr. 4 2. Alt. BGB vorliegen und wenn ja, ob nach Verfahrensende die Hemmung gemäß Abs. 2 für sechs Monate fortwirkt.

I Die Einvernehmlichkeit nach § 204 Abs. 1 Nr. 4 2. Alt. BGB

§ 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB setzt in seiner zweiten Alternative voraus, dass im Zuge eines einvernehmlichen Einigungsversuchs der Parteien bei einer sonstigen Gütestelle, die Streitbeilegungen betreibt, die Bekanntgabe des Güteantrags veranlasst wurde. Die Tatbestandsmerkmale „sonstigen Gütestelle, die Streitbeilegungen betreibt“ sowie die „Bekanntgabe des Güteantrags veranlasst“, dürften regelmäßig unproblematisch sein. Somit kommt es maßgeblich darauf an, ob stets von Einvernehmlichkeit auszugehen ist, wenn bei einer Schlichtungsstelle ein Verfahren mit einem Unternehmen durchgeführt wird, das der Schlichtungsstelle angeschlossen ist. Das LG Köln vertrat die Auffassung, davon könne nicht ausgegangen werden. Erklärt der Beschwerdegegner in seiner Stellungnahme an die Kundenbeschwerdestelle ausdrücklich mit Bezug auf § 204 Abs. 1 Nr. 4 2. Alt. BGB, dass er eine Schlichtung ablehnt, fehle es am einvernehmlich unternommenen Einigungsversuch. Die Einvernehmlichkeit ließe sich nicht bereits aus dem Anschluss an eine Schlichtungsstelle ableiten. Soweit das LG argumentiert, das Verfahren sei nicht

obligatorisch, da die VerfO nur regle, das Verfahren „könne“ bei Meinungsverschiedenheiten aller Art stattfinden, überzeugt dies nicht. Ohne dies an dem Wortlaut der betroffenen VerfO nachvollziehen zu können,¹⁶ ist damit sicher nur eine allgemeine Beschreibung der Zuständigkeit gemeint. Selbstverständlich „muss“ es nicht stattfinden in dem Sinn, dass der Sparkassenkunde in jedem Fall, z. B. vor einer Klage, das Ombudsmannverfahren durchzuführen hat. Das Gericht überzeugte das eigene Argument wohl selbst nicht, jedenfalls ließ es die Frage dahinstehen. Es führt weiter an, die VerfO beinhalte keine Verjährungsregelung, der Kunde könne somit nicht von einer verjährungshemmenden Wirkung ausgehen, die beteiligte Sparkasse dürfe in verjährungsrechtlicher Hinsicht nicht benachteiligt werden. Diese Begründung zielt auf eine Art Vertrauenstatbestand ab. Soweit jedoch gesetzliche Verjährungsregelungen im Raum stehen, kommt es darauf nicht an. Selbst wenn sich eine Verfahrenspartei, wie vorliegend, entsprechend erklärt, bestimmt sich die Hemmung der Verjährung nach dem Tatbestand des § 204 BGB und nicht nach dem erklärten Willen einer Partei. Entscheidend für die Einvernehmlichkeit ist letztlich, ob der Anschluss an eine Schlichtungsstelle eine Ablehnung der Schlichtung im Sinne von § 204 Abs. 1 Nr. 4 2. Alt. BGB per se ausschließt. Dies wirft die Frage nach der Rechtsgrundlage von Schlichtungsverfahren auf.

1 Untersuchung am Beispiel des Versicherungsombudsmanns

Ob ein Unternehmen, das sich einer Schlichtungsstelle angeschlossen hat, für einzelne Verfahren die Schlichtungsbereitschaft mit Wirkung für den Lauf der Verjährung ablehnen kann, hängt maßgeblich davon ab, in welchem rechtlichen Rahmen das Schlichtungsverfahren stattfindet. Da die vom LG Köln aufgeworfene Frage von weitreichender Bedeutung ist, soll ihr zunächst in größerem Zusammenhang nachgegangen werden. Hierfür bietet sich die Verfahrenskonstruktion einer großen und anerkannten Schlichtungsstelle¹⁷ im Finanzdienstleistungsbereich an¹⁸: dem Versicherungsombudsmann.¹⁹ In seiner Verfahrensordnung (VomVO) ist die Verjährungshemmung ausdrücklich geregelt.²⁰ An diesem Beispiel gewinnt zudem die Ausgangsfrage an Brisanz, da der Ombudsmann nach Maßgabe der VomVO gegen die seinem Verfahren angeschlossenen Unternehmen verbindlich entscheiden

¹⁶ Siehe Fn. 12.

¹⁷ Bundesverbraucherministerin Aigner, Pressemitteilung vom 12.10.2012: „Diese Einrichtung ist ein Vorbild auch für andere Branchen.“, Zeitschrift Capital 2011, Heft 7: „Das größte deutsche Privatgericht“.

¹⁸ Der Versicherungsombudsmann erhält jährlich ca. 18.000 Beschwerden, siehe die Webseite der Schlichtungsstelle www.versicherungsbombudsmann.de unter Zahlen und Fakten/Statistiken. Zur Vielzahl der Schlichtungsstellen im Finanzdienstleistungsbereich vgl. Fn. 4.

¹⁹ Der Versicherungsombudsmann arbeitet mit zwei Verfahrensordnungen. Er ist neben der originären Zuständigkeit für Beschwerden gegen Versicherungsunternehmen nach der VomVO zudem auf gesetzlicher Grundlage des § 214 Abs. 1 Nr. 2 VVG für Beschwerden gegen Versicherungsvermittler zuständig (VermVO). Die Anerkennung durch das (damals) BMJ ist veröffentlicht im Bundesanzeiger vom 3. Juli 2008, Nr. 98, S. 2376.

²⁰ § 12 Abs. 1 Satz 1 VomVO.

kann.²¹ Sollte dies einer kritischen Prüfung nicht standhalten und sich das betroffene Unternehmen der Umsetzung (zunächst) entziehen können, wäre ein mögliches Obsiegen des Verbrauchers von geringerem Wert als gemeinhin angenommen.

Welche Rechtsfolgen können sich aus dem Verfahren ergeben? Sofern kein Vergleich abgeschlossen und damit ein neuer Rechtsgrund gesetzt wird, sind die Rechtsfolgen für die Parteien unterschiedlich. Zum Nachteil des Beschwerdeführers können aus dem Verfahren oder der Ombudsmannentscheidung keine Wirkungen folgen.²² Selbst bei einer teilzusprechenden Entscheidung wäre er nicht gehindert, den abgewiesenen Teil vor Gericht weiter zu verfolgen. Die Folgen der Versicherungsunternehmen wurden erwähnt, aber von welcher Rechtsqualität sind diese?

Die VomVO gibt zur Rechtsgrundlage für die Verbindlichkeit von Ombudsmannsprüchen keine Auskunft. Soweit ersichtlich, wurde noch kein Gerichtsverfahren geführt, in dem diese Frage zur Entscheidung angestanden hätte. Das lässt vermuten, dass es in der Praxis insoweit keine Probleme gibt. Indes birgt dies keine Garantie für die Zukunft und bedarf der Überprüfung.

In der Literatur gibt es keine einheitliche Auffassung zur Rechtsnatur von Schlichtungsverfahren in der Privatwirtschaft. Zum Teil werden Parallelen zur institutionellen Handelsschiedsgerichtsbarkeit gezogen,²³ aber als Rechtsverhältnis auch Schiedsvereinbarung, Schiedsspruch unter einseitigem oder beidseitigem Vorbehalt, Ombudsvertrag bzw. Ombudsmannvereinbarung genannt.²⁴ Eine vertiefte Untersuchung an dieser Stelle würde den Rahmen sprengen, daher erfolgt hier nur eine kurze Skizzierung der Konstruktion des Versicherungsombudsmann e. V.

Unternehmen, die sich der Schlichtungsstelle anschließen wollen, müssen dem Trägerverein beitreten. Die Vereinssatzung bestimmt daraufhin in § 5 verschiedene Pflichten der Mitglieder, darunter die verbindliche Anerkennung der Verfahrensordnung. Die in der VomVO geregelte Verjährungshemmung sowie die Verbindlichkeit der Entscheidung²⁵ werden aber in § 5 Abs. 1 und 2 Satzung noch einmal ausdrücklich genannt.²⁶ Damit wird jedoch noch keine Wirkung gegenüber dem Beschwerdeführer gewährleistet. Die Satzung wirkt zunächst nur zwischen dem Verein und den Vereinsmitgliedern. Allerdings besteht i. d. R. eine vertragliche Beziehung zwischen den Beschwerdeparteien, nämlich der Versicherungsvertrag,²⁷ denn nach § 2 Abs. 1a) VomVO ist eine Beschwerde nur zulässig, wenn diese einen eige-

²¹ § 11 Abs. 1 VomVO.

²² Die Verjährungshemmung wirkt nur gegen den Versicherer, § 12 Abs. 1 VomVO, Entscheidungen des Ombudsmanns sind für den Beschwerdeführer stets unverbindlich, § 11 VomVO.

²³ Vgl. hierzu sowie zum nachfolgend genannten Ombudsvertrag Lorenz, VersR 2004, 541, 546.

²⁴ Vgl. hierzu die sehr ausführliche und aufschlussreiche Darstellung von Th. von Hippel, Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen, 2000, 33–114 sowie Schimansky/Bunte/Lwowski-Höche, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 3 Rn. 5ff.

²⁵ Siehe Fn. 20 und 21.

²⁶ Die Verbindlichkeitsregelung klingt in der Vereinssatzung jedoch dramatischer, denn nach § 5 Abs. 2 „unterwerfen“ sich die Versicherungsunternehmen den Entscheidungen des Versicherungsombudsmanns.

²⁷ Seit 21. November 2013 können zudem Ansprüche aus einem Realkreditvertrag im Ombudsmannverfahren geltend gemacht werden, § 2 Abs. 1b) VomVO. Dies führt aber zu einem entsprechenden Ergebnis.

nen vertraglichen Anspruch aus einem Versicherungsvertrag oder einem Vertrag, der in einem engen wirtschaftlichen Zusammenhang mit einem Versicherungsvertrag steht, betrifft.²⁸ Eine weitere Pflicht der Mitgliedsunternehmen besteht in der Hinweispflicht auf das Ombudsmannverfahren, § 5 Abs. 3 Satzung. Diese erfordert, dass die Mitglieder ihre Kunden bei Vertragsschluss oder bei Zusendung der Vertragsunterlagen auf die Mitgliedschaft im Verein und die Möglichkeit des Streit-schlichtungsverfahrens hinweisen.

Zum einen macht der rechtstechnisch unklare Begriff „Kunden“ klar, dass nicht nur Versicherungsnehmern das Streitschlichtungsverfahren offensteht. Diese Bezeichnung wurde sicher bewusst gewählt, da noch in § 2 Abs. 1 Satzung die Rechtsbegriffe Verbraucher bzw. Versicherungsnehmer verwendet werden. Damit wird deutlich, dass auch in den Vertrag einbezogene Dritte, wie Versicherte, Beschwerde einlegen können. Zum anderen folgt aus der allgemeinen Hinweispflicht, dass dem betroffenen Versicherungsunternehmen keine Entscheidung mehr dahin gehend zukommt, ob im Einzelfall das Beschwerdeverfahren durchgeführt wird oder nicht. Vielmehr gelten, wie sich auch aus der VomVO ergibt, bei zulässigen Beschwerden stets die Wirkungen nach § 5 Satzung und die Mitwirkungspflicht am Verfahren.²⁹

Damit liegt eine *offerta ad incertas personas*³⁰ vor, die sich wie folgt beschreiben lässt. Das Versicherungsunternehmen bietet seinem Kunden ein in der VomVO definiertes Beschwerdeverfahren an,³¹ bei dem klare Zulässigkeits- und Verfahrensregeln bestehen, die Aufgaben und Befugnisse des Ombudsmanns definiert sind und in dem das Versicherungsunternehmen verpflichtet ist, die Verfahrenswirkungen zu akzeptieren und umzusetzen.³² Der Kunde nimmt das Angebot an, indem er die Beschwerde beim Ombudsmann einlegt.

Mit Angebot und Annahme kommt ein Vertrag zustande. Damit verpflichtet sich der Versicherer direkt gegenüber dem Beschwerdeführer, die Verjährungshemmung zu akzeptieren. Diese Verpflichtung lässt sich in einem eventuellen anschließenden Gerichtsverfahren einbringen, entweder als Einwendung, falls der Versicherer den Anspruch verfolgen sollte, oder im Aktivprozess gegen die Einrede der Verjährung durch den Versicherer. Verbindliche Entscheidungen bestätigen einen bereits vorhandenen Anspruch aus dem Versicherungsvertrag und bewirken, dass keine Einwendungen mehr möglich sind. Ein Vollstreckungstitel folgt aus dem Ombudsmannverfahren nicht unmittelbar, dennoch verbessert sich die Rechtsstellung des Beschwerdeführers enorm. Im Übrigen erscheint es durchaus möglich, dass die verpflichtende Ombudsmannentscheidung als Schiedsspruch i. S. v. §§ 1025ff. ZPO für vollstreckbar erklärt werden kann.³³

²⁸ Nach § 2 Abs. 1c) VomVO genügt auch eine Vertragsanbahnung.

²⁹ Zum Beispiel Abgabe einer Stellungnahme § 6 Abs. 1 VomVO.

³⁰ Hoeren, NJW 1992, 2727, 2731, ablehnend zum Ombudsmannverfahren des Bundesverbands deutscher Banken e. V., das sich in der Konstruktion jedoch in wesentlichen Punkten unterscheidet.

³¹ Vgl. zum Verfahren Lorenz, Fn.23; Bruck/Möller-Brand, VVG, 9. Aufl., § 214 Rn. 6ff.

³² Im Ergebnis ebenso Lorenz, a. a. O., S. 546.

³³ Die Bedenken von Hoeren, a. a. O., S. 2731, bezüglich des Ombudsmannverfahrens des Bundesverbands deutscher Banken e. V. greifen für das Verfahren des Versicherungsombudsmanns nicht durch.

2 Verfahren bei der Schlichtungsstelle des Sparkassenverbands (Fall LG Köln)

Bezogen auf diesen Fall kann die Frage der Einvernehmlichkeit mangels Kenntnis der maßgeblichen VerfO nicht abschließend beurteilt werden. Der Urteilstext lässt darauf schließen, dass das Verfahren auch für die Sparkasse vollkommen unverbindlich ist. Sie kann offensichtlich die Mitwirkung an einer Schlichtung ablehnen und muss auch keine Verjährungshemmung gegen sich gelten lassen.³⁴ Soweit bekannt, können erst recht keine verbindlichen Entscheidungen gegen sie ergehen. Damit verschlechtert die VerfO die Rechtsposition der Sparkasse nicht erkennbar. Hinzu kommt, dass die Schlichtungsstelle nicht separat organisiert, sondern im Sparkassenverband angesiedelt ist. Damit ist kein Beitritt erforderlich, der ausschließlich den Anschluss an die Schlichtungsstelle bezweckt. Auch sind die Wirkungen nicht, wie beim Versicherungsombudsmann, in der Vereinssatzung ausdrücklich als Mitgliederpflichten festgeschrieben. Entsprechend muss mit dem Anschluss an eine Schlichtungsstelle mit einer solchen VerfO nicht die Erklärung zur generellen Schlichtungsbereitschaft verbunden sein. Unter diesem Betrachtungswinkel erscheint die Auffassung des LG Köln als vertretbar. Mit Blick auf den freiwilligen Beitritt zur Schlichtungsstelle ist aber naheliegender, von der Einvernehmlichkeit auszugehen. Schließlich offeriert die Sparkasse eine Streitbeilegungsmöglichkeit und wird mit dem Kunden Partei des Verfahrens. Zunächst eine Konfliktbeilegung anzubieten, ggf. sogar damit Kunden anzuwerben, und dann im Verfahren selbst mit Bezug auf § 204 Abs. 1 Nr. 4 2. Alt. BGB die Einvernehmlichkeit abzulehnen, könnte als widersprüchlich angesehen werden. Für eine enge Auslegung von § 204 Abs. 1 Nr. 4 2. Alt. BGB gibt es keine Veranlassung.³⁵ Verbraucher- und geschäftspolitisch, dies sei an dieser Stelle angemerkt, drängt sich beim Verständnis des LG Köln die Frage nach dem Sinn eines solchen Verfahrens für die Sparkassenkunden auf.

3 Vermutungsregelung von § 15a Abs. 3 Satz 2 EGZPO

Nach § 15a Abs. 3 Satz 2 EGZPO wird das Einvernehmen unwiderleglich vermutet, wenn der Verbraucher eine branchengebundene Gütestelle (...) angerufen hat. Das LG Köln hat die analoge Anwendung auf § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB jedoch abgelehnt, weil keine planwidrige Regelungslücke bestehe und sich eine Auslegung bei eindeutigen Wortlaut bei einer Norm zum Schutz der Rechtssicherheit verbiete. Dies überzeugt nicht. Der in § 15a Abs. 3 Satz 2 EGZPO zum Ausdruck gebrachte Gedanke, wonach der Verbraucher nicht damit rechnen muss, dass ihm

³⁴ Demgegenüber sieht die VerfO des DSGVO in ihrer aktuellen Fassung in § 7 Abs. 1 vor, dass für die Dauer des Schlichtungsverfahrens (Vorprüfungsverfahren einschließlich der Schlichtung vor dem Ombudsmann) die Verjährung für Ansprüche, die Gegenstand des Verfahrens sind, als gehemmt gilt.

³⁵ Der BGH legt § 204 BGB regelmäßig weit aus und wendet Tatbestände auch analog an, vgl. II ZR 32/08, XI ZR 230/08 und X ZR 3/13.

bei der Anrufung einer branchengebundenen Gütestelle ein Rechtsnachteil entsteht, ist übertragbar auf § 204 Abs. 1 Nr. 4.³⁶ Auch die ansonsten unter b) aufgeführten Argumente sowie die Einheitlichkeit der Rechtsordnung sprechen dafür. Daher gilt jedenfalls unter entsprechender Anwendung von § 15a Abs. 3 Satz 2 EGZPO die Einvernehmlichkeit als gegeben.

II Nachwirkende Verjährungshemmung nach § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB

§ 204 Abs. 2 Satz 1 BGB betrifft das Ende der Verjährungshemmung von Abs. 1. Danach endet die Hemmung sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens. Damit gilt Abs. 2 Satz 1 grundsätzlich in den Fällen des Abs. 1 Nr. 4.

1 Begründung des LG München

Nach der Auffassung des LG München wird Abs. 2 durch § 6 Abs. 1 VerfBO abbedungen. Diese Regelung lautet: „Für die Dauer des Schlichtungsverfahrens (Vorprüfungsverfahren und Schlichtung vor dem Ombudsmann) gilt die Verjährung für die Ansprüche des Beschwerdeführers als gehemmt.“ Das LG weist lediglich auf die „ausdrückliche Regelung“ hin, eine weitere Begründung findet sich im Urteil nicht.

2 Kritische Würdigung

Es ist nicht nachvollziehbar, wie das LG München zu dem Ergebnis kommt, § 6 Abs. 1 VerfBO dränge § 204 Abs. 2 BGB zurück. Zunächst deckt sich der Regelungsgehalt beider Vorschriften: Während des Verfahrens werden die Ansprüche des Beschwerdeführers gehemmt. Zwar ergibt sich als logische Folge von § 6 Abs. 1 VerfBO, dass nach dem Verfahren die Verjährung weiterläuft. Ausdrücklich formuliert ist dies aber nicht. Es wäre schon ein Unterschied, wenn dort stünde, die Verjährung läuft weiter. Dann hätte die Verfahrensregelung eine klare Aussage, die man dahin gehend verstehen könnte, dass andere Hemmungstatbestände nicht wirken sollen. Folglich wäre eine Kollision mit § 204 Abs. 2 BGB, die das LG zu erkennen glaubt, tatsächlich gegeben. Im Gegensatz zur abzulehnenden Auffassung des LG München ergibt sich die nachwirkende Hemmung bereits aus der Anwendung des nicht verdrängten § 204 Abs. 2 BGB.³⁷

³⁶ MünchKommBGB-Grothe, 6. Aufl., § 204 Rn. 35.

³⁷ Ebenso Schimansky/Bunte/Lwowski-Höche, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 3 Rn. 54.

Wäre man anderer Auffassung, müsste zumindest eine Hinweispflicht diskutiert werden. Insbesondere in einem Verfahren unter Beteiligung von Verbrauchern muss gefordert werden, dass auf eine für sie derart nachteilige Folge deutlich und rechtzeitig hingewiesen wird. Dies gilt sowohl für die VerFO, die einseitig vom Träger der Schlichtungsstelle vorgegeben ist und sollte aber zudem vom Ombudsmann im Verfahren vor dessen Beendigung klar erwähnt werden. Ob der Hinweis in geeigneter Weise erfolgt ist, sollte schließlich von der Rechtsprechung in die Prüfung einbezogen werden.

Gänzlich unverständlich werden die Auffassung des LG und das gefundene Ergebnis, wenn die sogenannten Verfahrensgarantien im Ombudsmannverfahren der Banken herangezogen werden. Diese sind in den jährlichen Tätigkeitsberichten der Schlichtungsstelle, die vom Träger der Schlichtungsstelle, dem Bundesverband deutscher Banken e. V. herausgegeben werden, enthalten und betreffen ausdrücklich den Fall des § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB. Dort wird unter der Überschrift „Verjährungshemmung“ zunächst die Hemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB bestätigt und sodann die Sechsmonatsfrist von § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB mit Bezug auf das Verfahren genannt.³⁸ Ohne näher auf die Rechtslage dieser „Garantie“ einzugehen, muss diese doch berücksichtigt werden; sie dürfte im Übrigen auch zur Nachwirkung führen. Klarer wäre es indes, diese Garantie direkt in die VerFO zu übernehmen.

An dieser Stelle sei erwähnt, dass die VomVO des Versicherungsombudsmanns eine ausdrückliche Regelung enthält. § 12 Abs. 1 Satz 3 bestimmt, dass die gesetzlichen Verjährungsregelungen unberührt bleiben. Diese wohl nur vorsorglich aufgenommene Klarstellung gewinnt angesichts der Entscheidung des LG München praktische Bedeutung.

D Kurzer Blick auf die AS-RL³⁹

Nach Art. 12 Abs. 1 AS-RL haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die Parteien eines AS-Verfahrens, dessen Ergebnis nicht verbindlich ist, „nicht durch den Ablauf der Verjährungsfristen während des AS-Verfahrens daran gehindert werden, in Bezug auf dieselbe Streitigkeit ein Gerichtsverfahren einzuleiten“. Damit soll dem Grundsatz Rechnung getragen werden, dass die Parteien nach einem AS-Verfahren immer noch ihr Recht auf Zugang zu den Gerichten wahrnehmen können. Dies gilt nur, soweit kein verbindliches Ergebnis erreicht wurde. Auf welche Weise die Mitgliedstaaten den Eintritt der Verjährung verhindern, bleibt ihnen überlassen.⁴⁰

³⁸ Vgl. die Jahresberichte 2011, 39; 2012, 36 und 2013, 34.

³⁹ Siehe Fn. 6.

⁴⁰ Erwägungsgrund 45 der AS-RL.

E Ergebnis

Unternehmen, die einer Schlichtungsstelle angeschlossen sind, beteiligen sich im Fall eines Beschwerdeverfahrens an einem einvernehmlichen Einigungsversuch i. S. v. § 204 Abs. 1 Nr. 4 2. Alt. BGB. Die Begründung kann je nach Konstruktion der Schlichtungsstelle variieren. So folgt die Einvernehmlichkeit beim Versicherungsombudsmann schon aus seinen Vereinsregelwerken. Die Ablehnung der Einvernehmlichkeit nach § 204 Abs. 1 Nr. 4 2. Alt. BGB im Verfahren würde sowohl gegen die fundamentalen Mitgliederpflichten als auch gegen den jeweiligen Schlichtungsvertrag verstoßen und damit unwirksam sein. Bei anderen Schlichtungsstellen ergibt sich jedenfalls nach der hier vertretenen Auffassung die Einvernehmlichkeit aus der Vermutungsregelung von § 15a Abs. 3 Satz 2 EGZPO in analoger Anwendung und dem anderenfalls vorliegenden widersprüchlichen Verhalten.

Die nachwirkende Verjährung von § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB kann allenfalls durch eine ausdrückliche, für Beschwerdeführer klare Regelung ausgeschlossen werden, sofern es sich um Verbraucher handelt. Ansonsten ist stets davon auszugehen, dass die Hemmung sechs Monate fortwirkt.

Es ist aber zu bedenken, dass durchaus andere Auffassungen vertreten werden, wie die Verfahrensvorträge der betroffenen Sparkasse und Bank und insbesondere die Entscheidungen des LG Köln und des LG München zeigen. Auch wenn den besprochenen Fällen jeweils Anlagegeschäfte zugrunde lagen, sich also möglicherweise keine typische Verbraucherlage aufdrängte, überraschen die vertretenen Meinungen durch ihre spitzfindige Argumentation in verbraucherrelevanten Geschäften.

Daran ist ersichtlich, dass für den Verbraucher als potenziellen Beschwerdeführer eines AS-Verfahrens ein gewisses Risiko bleibt. Er läuft Gefahr, dass seine etwaigen Ansprüche verjähren. Vielleicht wurde aus diesem Grund und mit Blick auf die Entscheidung des LG Köln in die Präambel der VerFO der Ombudsstelle für Investmentfonds⁴¹ Anfang des Jahres 2014 klarstellend die verjährungshemmende Wirkung des Ombudsmannverfahrens aufgenommen.⁴² Auf diese Weise können die Schlichtungsstellen, soweit noch nicht geschehen, im Sinne der Verbraucherfreundlichkeit reagieren. Es ist in jedem Fall aus Gründen der Rechtssicherheit wünschenswert, dass der Gesetzgeber, vielleicht schon im Zuge des Gesetzgebungsprozesses des VSBG, endgültig Klarheit schafft.

⁴¹ Die Ombudsstelle wird betrieben vom Bundesverband Investment und Asset Management e. V.

⁴² Vgl. die Pressemitteilung der Ombudsstelle vom 17.1.2014.

Das Insolvenzrecht im Wandel – Der Insolvenzverwalter: Vom Verwerter zum Unternehmer; das Insolvenzverfahren: Vom unglücklichen Übel zur strategischen Option

Gerrit Hölzle

Inhaltsverzeichnis

A	Das überkommene Bild des Insolvenzverwalters	224
B	Der institutionelle Rahmen	225
C	Der Insolvenzverwalter als Organ der Unternehmensleitung	227
D	Vom Wahrnehmungswandel zum Bedeutungswandel	229
E	Fazit	234

Der Jubilar, mein Habilitationsvater, hat sich am Rande seiner Forschungsschwerpunkte immer auch mit dem Insolvenzrecht befasst. Insbesondere der Einfluss des Insolvenzrechts auf andere Rechtsgebiete stand dabei im Fokus vieler Diskussionen, die ich mit dem Jubilar führen durfte. Dabei waren immer auch die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen insolvenzrechtlicher Institutionen und ihrer Interpretation Gegenstand seiner scharfsinnigen Betrachtung. Zuletzt hat der Jubilar mit mir gemeinsam ein Promotionsvorhaben mit dem Titel „Die Auswahl und die Bestellung des Insolvenzverwalters im ESUG“ begutachtet. Auch im Rahmen dieser Dissertation war es dem Jubilar ein Anliegen, herauszustellen, wie sich Fragen der Auswahl der Person des Insolvenzverwalters auf das Insolvenzverfahren im Ganzen und damit wirtschaftlich für die Gläubiger auswirken. Das ESUG hat dabei nicht nur erheblichen Einfluss auf die Frage der Auswahl und der Bestellung der Person des Insolvenzverwalters genommen, sondern auch in ganz wesentlichem Maße zu einem Wandel im Berufsbild des Insolvenzverwalters beigetragen; dies jedenfalls in solchen Verfahren mit einiger wirtschaftlicher Bedeutung, die erstens in der Öffentlichkeit wahrgenommen und zweitens von den beteiligten Verkehrskreisen als „interessant“ betitelt werden. Diesem Wandel im wirtschaftlichen als auch im Selbstverständnis des Insolvenzverwalters und daraus folgend des Insolvenzrechts geht der nachfolgende Beitrag zu Ehren des Jubilars nach und stellt die Frage, wie

PD Dr. G. Hölzle (✉)

GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten, Bremen, Deutschland

e-mail: ghoelzle@goerg.de

sich dieser Wahrnehmungswandel auch auf die Nutzung des Insolvenzverfahrens als strategische Option auswirkt.

A Das überkommene Bild des Insolvenzverwalters

Das deutsche Insolvenzrecht ist traditionell überkommen ein Recht der Zerschlagung und Vermögensverwertung (gewesen).¹ Das Fundamt dafür ist tief eingebettet in die dogmatische Ausgestaltung des vormaligen Konkurs- und heutigen Insolvenzrechts als Gesamtvollstreckungsrecht. Während die Konkursordnung nicht einmal eine gesetzliche Institution zur Sanierung des in Konkurs gefallenen Unternehmens kannte, finden sich in der Gesetzesbegründung zur InsO (1999) erste Anleihen aus der Rechtsökonomik² und mit der Schaffung des an das US-amerikanische Chapter 11-Verfahren angelehnten Insolvenzplanverfahrens (§§ 217ff. InsO) erste Sanierungsansätze. Auch mit dem Institut der Eigenverwaltung (§ 270 InsO) sollten Anreize für eine Nutzung unternehmerischer Kompetenzen auf Organebene mit dem Ziel der Sanierung des Unternehmens geschaffen werden.

Allein das Insolvenzplanverfahren und die Eigenverwaltung führten in der InsO (1999) ein Schattendasein.³ Wenige Insolvenzpläne und noch weniger Verfahren in Eigenverwaltung hatten zur Folge, dass auch die Insolvenzordnung (1999) eine Zerschlagungsordnung blieb und der Duktus des Scheiterns wie Nebelschwaden über einem jeden insolventen Unternehmen waberte.

Erst die zunehmende Europäisierung und Wettbewerbsblichung auch des Rechtsmarktes und die Tatsache, dass einige bekannte deutsche Unternehmen die Kosten und die Mühen nicht scheuten, den deutschen Rechtsmarkt zu verlassen,⁴ um sich – in den Beispielsfällen – dem englischen Insolvenzrecht zu unterwerfen, haben den deutschen Gesetzgeber wach gerüttelt und die Erkenntnis geweckt, dass es dem deutschen Insolvenzrecht an einer Sanierungskultur fehlt und diese im internationalen Wettbewerb zu schaffen ist.⁵

Der Gesetzgeber hat sich dabei allerdings dagegen entschieden, außerhalb des Insolvenzrechts ein vorgeschaltetes Sanierungsverfahren zu schaffen,⁶ sondern hat mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG), das zum 01.03.2012 in Kraft getreten ist,⁷ die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen geschaffen, um das Insolvenzrecht in Richtung einer Unternehmenssanierung zu öffnen.

Dass sich die Modernisierung des Insolvenzrechts mit dem Ziel, auch in Deutschland eine Sanierungskultur⁸ zu etablieren, im Wesentlichen und von der

¹ Madaus, Der Insolvenzplan (Habil. 2010), S. 590

² RegE InsO, BT-DTS. 12/2443, S. 77; dazu Hölzle, KTS 2011, 291, 294f.

³ Vgl. Hölzle, NZI 2010, 207; ders., KTS 2011, 291.

⁴ Auch dazu ausführlich Hölzle, KTS 2011, 291, 308ff.

⁵ Hölzle, KTS 2011, 291, 293ff.; Vallender, NZI 2010, 838, 840.

⁶ Vgl. Hölzle, NZI 2010, 207; ders., NZI 2011, 124.

⁷ Vgl. Hölzle, Praxisleitfaden ESUG, 2. Aufl.

⁸ Vallender, NZI 2010, 838, 840.

Einbeziehung von Gesellschafterrechten in das Insolvenzplanverfahren (§ 225 a InsO) abgesehen, auf verfahrensrechtliche Modernisierungen beschränken konnte, ist dabei ein großes Lob für das bereits zuvor bestehende Insolvenzrecht. Denn auch die InsO (1999) enthielt und enthält bereits eine Vielzahl von Institutionen zur finanz- und leistungswirtschaftlichen Sanierung eines Unternehmens, die zum Teil auch im europäischen Vergleich beispiellos sind.⁹

Die durch das ESUG eingeführten Modifikationen sollen nach Ablauf von fünf Jahren (2017) evaluiert werden.¹⁰ Erste Auswertungen der sogenannten „ESUG-Verfahren“ zeigen jedoch,¹¹ dass die modifizierten Institutionen der Eigenverwaltung, des Schutzschirmverfahrens und der erleichterten Umsetzung eines Insolvenzplans angenommen werden und auf fruchtbaren Boden fallen. Nicht allein, dass die Verfahrenslaufzeiten von „ESUG-Verfahren“ deutlich kürzer sind als die Verfahrenslaufzeiten von Regel-Insolvenzverfahren, auch der gesamtwirtschaftliche Erfolg solcher Verfahren ist durchschnittlich größer als der von Regelverfahren.

B Der institutionelle Rahmen

Zu diesem – vorbehaltlich der abschließenden Evaluation – als vorläufig erfolgreich in Gang gesetzten Wandel der Wahrnehmung des Insolvenzrechts von einer Zerschlagungs- zu einer Sanierungsordnung, haben im Wesentlichen die Öffnung der Eigenverwaltung mit einer Umkehr der Beweislast (§ 270 InsO)¹² und die Vorverlagerung dieser Institution auch schon in das Insolvenzeröffnungsverfahren (§ 270 a InsO) beigetragen. Während nach der InsO (1999) die Eigenverwaltung nur im eröffneten Verfahren und nur dann angeordnet werden konnte, wenn der Schuldner nachwies, dass die Führung des Verfahrens in Eigenverwaltung zu keinen Nachteilen für die Gläubiger führen werde, ist nach § 270 InsO (ESUG) die Eigenverwaltung immer dann anzuordnen, wenn nicht im Antragszeitpunkt bereits (gerichts-)bekannt ist, dass Nachteile für die Gläubiger zu erwarten sind.¹³ Die damit verbundene Umkehr der Beweislast hat zu einem verhältnismäßig starken Anstieg der in Eigenverwaltung geführten Verfahren geführt. Maßgeblich dafür war aber sicherlich auch, dass die Eigenverwaltung bereits im Eröffnungsverfahren als vorläufige Eigenverwaltung angeordnet werden muss, stellt der Schuldner einen entsprechenden Antrag und sind keine Umstände bekannt, die Nachteile für die Gläubiger erwarten lassen. Damit muss sich der Schuldner nicht im Eröffnungsverfahren in der Hoffnung auf die Anordnung der Eigenverwaltung im eröffneten Verfahren bereits dem Diktat eines vorläufigen Insolvenzverwalters unterwerfen.

Die Aufsicht führt wie im eröffneten auch im Eröffnungsverfahren ein gerichtlich bestellter (vorläufiger) Sachwalter. Wird der Antrag vom Schuldner frühzeitig,

⁹ Bork, Sanierungsrecht in Deutschland und England [2011], Rn. 12.5, 12.22, 12.38.

¹⁰ Bt-Drucks, 17/7511.

¹¹ Vgl. Vorbemerkung in Hölzle, Praxisleitfaden ESUG, (2. Aufl.), Einl., S. VI.

¹² Hölzle, NZI 2011, 124.

¹³ Zur Auslegung ausführlich Hölzle, Praxisleitfaden ESUG, 2. Aufl., §§ 270, 270a Rn. 50ff., 69ff.

das heißt zu einem Zeitpunkt gestellt, zu dem noch keine Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) eingetreten ist, so steht es dem Schuldner frei, den Antrag als sogenannten Schutzschirmantrag (§ 270 b InsO) zu stellen.¹⁴ In dieser besonderen Spielart des Eröffnungsverfahrens wird auf Antrag des Schuldners gerichtsseitig eine Frist von maximal drei Monaten zur Vorlage eines Insolvenzplans gesetzt, womit das gesamte Verfahren von vornherein auf die Unternehmenssanierung angelegt ist; diese Incentivierung des Schuldners wird noch dadurch gefördert, dass dieser ohne Einflussnahmemöglichkeit des Gerichts oder eines vorläufigen Gläubigerausschusses eine jede geeignete und unabhängige Person, welche die Voraussetzungen des § 56 InsO erfüllt, als (vorläufigen) Sachwalter vorschlagen und damit „mitbringen“ darf. Dies stärkt das Vertrauen des Schuldners in das Verfahren freilich ganz erheblich und kann zu einer früheren Antragstellung und zu der Bereitschaft, die Möglichkeiten des Insolvenzverfahrens proaktiv zu nutzen, ganz erheblich beitragen.

Der (vorläufige) Sachwalter hat weder im Eröffnungs- noch im eröffneten Insolvenzverfahren funktionale Eingriffskompetenzen. Er übt eine reine Aufsichtsfunktion aus. Sein mit unmittelbarer Rechtswirkung ausgestalteter Handlungsspielraum erschöpft sich im Eröffnungsverfahren in der Möglichkeit, die Gläubiger und das Gericht über Umstände zu informieren, die aus seiner Sicht Nachteile erwarten lassen, sollte das Verfahren in (vorläufiger) Eigenverwaltung fortgeführt werden. Zwar gilt das Zustimmungserfordernis des § 275 InsO auch für den vorläufigen Sachwalter im Insolvenzeröffnungsverfahren in Eigenverwaltung, jedoch hat die Versagung der Zustimmung keine materiell-rechtliche Auswirkung.¹⁵ Mangels Anordnung eines Zustimmungsvorbehaltes entsprechend § 21 Abs. 2 Nr. 1, 2. Alt. InsO bleiben auch solche Rechtshandlungen des Schuldners wirksam, denen der (vorläufige) Sachwalter widersprochen hat.

Die fehlende funktionale Einflussnahmemöglichkeit des vorläufigen Sachwalters auf die operative Fortführung, Gestaltung und Steuerung des Unternehmens im Insolvenzeröffnungsverfahren führt dazu, dass die Einleitung eines Insolvenzverfahrens in vorläufiger Eigenverwaltung nicht selten mit einem Vertrauensdefizit der Stakeholder und nicht zuletzt auch des Gerichts einhergeht. So ist es z. B. schwierig, für ein Unternehmen in vorläufiger Eigenverwaltung, in dem ausschließlich die bisherige Geschäftsführung im Amt ist, eine Insolvenzgeldvorfinanzierung zu initiieren. Die wenigen Banken, die eine solche Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes für die Mitarbeiter auch in der vorläufigen Eigenverwaltung überhaupt begleiten, erwarten, dass in der operativen Unternehmensführung, idealerweise in der Organfunktion, insolvenzrechtlicher Sachverstand vertreten ist, der die Gewähr für die insolvenzrechtskonforme Führung des Unternehmens im Eröffnungsverfahren bietet.

Nicht zuletzt aus diesem Grunde gehört es insbesondere in den wirtschaftlich bedeutenderen Insolvenzverfahren in (vorläufiger) Eigenverwaltung mittlerweile zu den üblichen Gestaltungen, dass neben dem vorläufigen Sachwalter in der Unternehmensführung selbst und regelmäßig mit Organfunktion ein weiterer Insolvenz-

¹⁴ Ausführlich Hölzle, Praxisleitfaden ESUG, 2. Aufl., § 270b Rn. 10.

¹⁵ Undritz, in: K. Schmidt, InsO, § 275 Rn. 5.

verwalter oder erfahrener Restrukturierungsberater in die Rolle des sogenannten „Eigenverwalters“ schlüpft. In dieser Funktion und Person sind sodann diejenigen Kompetenzen gebündelt und die Aufgaben alloziert, die in der Regelverwaltung von der Geschäftsführung und dem mitbestimmenden vorläufigen Insolvenzverwalter gemeinschaftlich ausgeübt werden. Die Zusammenarbeit zwischen dem Eigenverwalter und dem Sachwalter¹⁶ sollte dabei eng und von großer Transparenz geprägt sein, um das Unternehmen in dieser Verfahrensart gemeinsam zum Erfolg zu führen.

Ruft man sich den Beschluss des Amtsgerichts Duisburg¹⁷ in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der Babcock Borsig AG in Erinnerung, in welchem die Ergänzung des Vorstandes der Gesellschaft um einen Insolvenzverwalter, um Gewähr für die ordnungsmäßige Abwicklung auch in der Eigenverwaltung zu bieten, als geradezu missbräuchlich herausgestellt wurde, so wird der Wandel der Zeit, wie er durch das ESUG eingeläutet und vollzogen wurde, besonders deutlich. Ungeachtet dessen, dass dieser Beschluss auch seinerzeit bereits Gegenstand ganz erheblicher Kritik war, ist er in Zeiten des ESUG jedenfalls nicht im Ansatz mehr zu rechtfertigen, da solche Gestaltungen geradezu gesetzlich angelegt sind.

C Der Insolvenzverwalter als Organ der Unternehmensleitung

Soweit sich nun also durch das ESUG das Tätigkeitsfeld des Insolvenzverwalters dahingehend verschoben hat, dass es zu seinem üblichen Tätigkeitsfeld gehört, sowohl in der vorläufigen Eigenverwaltung als auch im eröffneten Verfahren als Organ in die Unternehmensleitung einzutreten und somit unmittelbar operative Verantwortung zu übernehmen, wobei er zeitgleich wegen der Einhaltung insolvenzrechtlicher Regularien der Aufsicht des (vorläufigen) Sachwalters unterliegt, verändern sich auch die Anforderungen an das Berufsbild.

Zwar ist die Begleitung der Unternehmensfortführung auch in der Regelverwaltung bereits im Eröffnungsverfahren Bestandteil des Pflichtaufgabenkatalogs des vorläufigen Insolvenzverwalters¹⁸ und hat dieser die Fortführung eines nicht eingestellten Geschäftsbetriebes auch im eröffneten Insolvenzverfahren wegen des Übergangs der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis gemäß § 80 InsO auf ihn im eröffneten Verfahren ohnehin zu betreiben, so ist der unmittelbare Eintritt in die Organstellung aber doch von anderer Qualität.

Im Eröffnungsverfahren stellen sich insbesondere in der vorläufigen Eigenverwaltung für den Eigenverwalter nunmehr Problemlagen hinsichtlich z. B. der Haftung aus § 64 GmbHG¹⁹ oder § 69 AO,²⁰ mit denen sich der (vorläufige) Insol-

¹⁶ Vgl. dazu Kübler-Minuth, Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz (HRI), 2. Aufl. 2014, § 11 Rn. 108ff.

¹⁷ AG Duisburg, ZIP 2002, 1636 (Babcock-Borsig AG).

¹⁸ Hölzle, ZIP 2011, 1889.

¹⁹ Ausführlich Klinck, DB 2014, 983; Brinkmann, DB 2012, 1313 (Teil 1) und 1369 (Teil 2).

²⁰ Vgl. Kübler-Kahlert, HRI (2. Aufl. 2014), §§ 957 Rn. 231ff.

venzverwalter bislang seine eigene Person betreffend, nicht hat auseinandersetzen müssen. Für die vorläufige Eigenverwaltung sind diese Haftungsfragen allerdings weitgehend ungeklärt, was nicht unbeträchtliche Risiken mit sich bringt. Auch wird der (vorläufige) Eigenverwalter zwar regelmäßig als Organ mit einer definierten Ressort-Zuständigkeit z. B. „Insolvenzrecht und Restrukturierung“ bestellt, jedoch ändert dies nichts an den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen der Gesamtverantwortung des Organs²¹ auch außerhalb der eigenen Ressortzuständigkeit. Daraus folgt, dass der Eigenverwalter unmittelbare Ressortverantwortlichkeiten auch für Themen der operativen Betriebsführung erlangt, was eine deutlich erhöhte fachliche Auseinandersetzung mit dem Unternehmensgegenstand erfordert.

Ungeachtet der Diskussion um die Anwendung der Business Judgment Rule auf den (vorläufigen) Insolvenzverwalter²² streitet diese für den Eigenverwalter mit Organfunktion zwar unmittelbar; jedoch erstreckt sich die potenzielle Haftung auf jede im Unternehmen getroffene unternehmerische Entscheidung, die grundsätzlich der Organverantwortung unterliegt. Ein Novum für den Insolvenzverwalter, der bislang nur den Schadensersatz der Gläubiger aus §§ 60, 61 InsO, nicht aber die unmittelbar unternehmerische Haftung zu fürchten hatte.

Die Insolvenzverwaltung in Eigenverwaltung ist daher im Ergebnis sehr viel stärker unternehmerisch geprägt als es die klassische Insolvenzverwaltung im Regelinsolvenzverfahren ist. Der Insolvenzverwalter, der diesem Wandel der Zeiten folgt und sich geschäftspolitisch nicht auf die Rolle des (vorläufigen) Sachwalters beschränkt, sondern auch die Position des Eigenverwalters übernimmt, hat sich mit einem grundlegenden Wandel seines Berufsverständnisses auseinanderzusetzen. Er ist nicht mehr allein Wächter über die ordnungsmäßige Liquidation, die zwar auch die Einschätzung zu beinhalten hatte, ob die Gläubigerinteressen bestmöglich durch Fortführung oder durch Zerschlagung des Geschäftsbetriebes befriedigt werden konnten, er ist nicht mehr nur ausführendes Organ der Zwangsvollstreckung, er ist im Fortführungsfall nunmehr Unternehmer im ureigensten Verständnis des Wortes, wobei der Fokus des unternehmerischen Handelns, der besonderen Situation geschuldet, sich nicht am Shareholder Value, sondern vielmehr am Stakeholder Value zu orientieren hat. Der Insolvenzverwalter in der Eigenverwaltung hat daher den Wandel von der Insolvenzordnung als Zerschlagungsordnung auf dem Weg zur Schaffung eines sanierungsorientierten unternehmerischen Ansatzes und damit den Schritt in Richtung der Schaffung einer Sanierungskultur im deutschen Insolvenzrecht vollständig vollzogen.

Dies bleibt nicht ohne Einfluss auf die Anforderungen, die an das Berufsbild des Insolvenzverwalters zu stellen sind.

Nach wie vor verfügt die absolute Mehrzahl der Insolvenzverwalter in Deutschland über eine rechtswissenschaftliche Ausbildung. Die Uhlenbruck-Kommission,²³ die sich mit der Vorauswahl und der Bestellung von Insolvenzverwaltern so-

²¹ Vgl. z. B. Scholz-Schneider, GmbHG (11. Aufl. 2014), § 43 Rn. 37ff.

²² Vgl. dazu ausführlich Oldiges, Die Haftung des Insolvenzverwalters unter der Business Judgment Rule, Diss. 2011.

²³ NZI 2007, 507.

wie der Transparenz, Aufsicht und Kontrolle im Insolvenzverfahren befasste, hielt für Regelinsolvenzverfahren den Abschluss einer rechtswissenschaftlichen, wirtschaftswissenschaftlichen oder anderen Hochschulausbildung mit wirtschaftswissenschaftlicher Ausrichtung für erforderlich. Dem folgend, muss ein Bewerber, um das Amt des Insolvenzverwalters ausüben zu dürfen, seit jeher im Grundsatz über ausgeprägte insolvenzrechtliche und betriebswirtschaftliche Kenntnisse verfügen, wobei die betriebswirtschaftlichen Grundlagen als sichere Kenntnisse in Buchführung und Bilanzierung, Bilanzanalyse, Rechnungslegung in der Insolvenz, Beherrschung betriebswirtschaftlicher Fragen des Insolvenzplans, der übertragenen Sanierung und der Liquidation definiert wurden.²⁴ Diese betriebswirtschaftlichen Grundlagen allein dürften jedoch für das gewandelte Berufsverständnis und Anforderungsprofil des Insolvenzverwalters in der Eigenverwaltung kaum mehr ausreichend sein. Soweit nämlich der Eigenverwalter in der Organfunktion die operative Verantwortung für die Führung und Restrukturierung des Unternehmens trägt, reichen analytische Befähigungen allein kaum mehr aus. Vielmehr muss sich der Eigenverwalter auch mit den Grundlagen der Unternehmensführung, der Kosten- und Leistungsrechnung sowie der integrierten Unternehmensplanung umfassend auseinandersetzen.

Soweit dies aber geschieht, und der eigenverwaltende Insolvenzverwalter auch über die nötigen Softskills bei der Mitarbeiterführung und der Kommunikation mit den Verfahrensbeteiligten verfügt, kann und wird dies maßgeblich dazu beitragen, das Bild des Insolvenzverwalters und damit nicht zuletzt der Insolvenzordnung in der allgemeinen Wahrnehmung deutlich zu wandeln. Überschriften in Zeitungen wie „Brautschmücker oder Totengräber“²⁵ werden dann der Vergangenheit angehören. Vielmehr werden die Institutionalisierung des eigenverwaltenden Insolvenzverwalters und die Kommunikation erfolgreicher Verfahren in den Markt dazu beitragen, das Insolvenzverfahren insgesamt mehr unternehmerisch zu prägen und mehr ökonomisch als zwangsvollstreckungsrechtlich zu fundieren.

D Vom Wahrnehmungswandel zum Bedeutungswandel

Gelingt es, das Insolvenzverfahren über die Zeit unternehmerisch zu prägen und in der allgemeinen Wahrnehmung zu einem Sanierungsverfahren umzugestalten, so wird dies dazu beitragen, es in der Zukunft aus Unternehmenssicht nicht länger als zu vermeidendes Übel zu betrachten, sondern es gegebenenfalls auch als strategische Option in Betracht zu ziehen.

Als strategische Option kann das durch das ESUG reformierte Insolvenzverfahren insbesondere wegen des weitreichenden Gestaltungskatalogs insbesondere im bislang unantastbaren Gesellschafterbereich interessante Möglichkeiten bieten.

Eine strategische Insolvenz zeichnet sich deshalb besonders dadurch aus, dass sie die insbesondere durch das ESUG modifizierten Institutionen der Eigenver-

²⁴ K. Schmidt-Ries, InsO, 18. Aufl., § 56 Rn. 15.

²⁵ So z. B. in der Bietigheimer Zeitung im Zusammenhang mit der Schlecker-Insolvenz.

waltung und des Insolvenzplanverfahrens nicht mehr nur als *ultima ratio*, sondern vielmehr proaktiv nutzt, um in der Regel klar umrissene Probleme mit und in einer bestimmten Gruppe von Stakeholdern zu lösen. Dies können, wie im viel diskutierten Fall ‘Suhrkamp’,²⁶ Probleme gesellschaftsrechtlicher Art, aber auch Probleme der arbeitsrechtlichen Reorganisation, Probleme bei der Schließung von Niederlassungen, Altlastenprobleme, Probleme im Zusammenhang mit der Entschuldung in Bezug auf Pensionslasten oder andere Verbindlichkeiten aus betrieblicher Altersversorgung bis hin zu Problemen mit bestimmten Vertragspartnern z. B. aus langfristigen Kontrakten, Anleihegläubigern etc. sein. Dabei ist den Unternehmen, die sich für eine strategische Insolvenz entscheiden, gemein, dass sie sich im Zeitpunkt dieser Entscheidung in aller Regel wirtschaftlich noch nicht in einer unmittelbar existenzbedrohenden Lage befinden.²⁷ Insolvenzantragspflichten (§ 15a InsO i. V. m. §§ 17, 19 InsO) bestehen daher in der Regel noch nicht, wenn deren Eintritt auch absehbar sein mag.

Begriffsgemäß²⁸ zeichnet sich eine strategische Insolvenz somit dadurch aus, dass

1. das Unternehmen Insolvenz-Eigenantrag stellt, regelmäßig, aber nicht notwendig in Verbindung mit einem isolierten Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung (§ 270a InsO) oder einem Schutzschirmantrag (§§ 270a, 270b InsO),
2. der durch den Konflikt mit einer konkret identifizierbaren Stakeholder-Gruppe (z. B. Gesellschafter, Arbeitnehmer, Pensionsberechtigte, Vertragspartner, Banken, Anleihegläubiger) veranlasst ist und
3. unter Inanspruchnahme der Institutionen des Insolvenzrechts der Gesellschaft einen strategischen Vorteil in der Konfliktlösung verspricht, wobei
4. die Gesellschaft bei Antragstellung noch nicht unmittelbar vom finanziellen Kollaps bedroht sein muss, also insbesondere noch keine Insolvenzantragspflichten (§ 15a InsO i. V. m. §§ 17, 19 InsO) eingetreten sein müssen und regelmäßig auch noch nicht eingetreten sind.

Ob die Veranlassung, sich für das Insolvenzverfahren als strategische Option zu entscheiden, dabei von den Gesellschaftern insgesamt, einem Teil der Gesellschafter, z. B. einem Gesellschafterstamm oder von der Geschäftsführung ohne gesellschaftsrechtlich bindende Weisung ausgeht, ist für die Definition unerheblich. Ebenso wenig spielt die gewählte Verfahrensart, ob Regelverwaltung, (vorläufige) Sachverwaltung oder Schutzschirmverfahren für die Definition des Insolvenzverfahrens als strategische Insolvenz eine Rolle. Dies ist vielmehr Frage der Gestaltung im Detail, wenn die antragstellende Gesellschaft auch regelmäßig bestrebt sein wird,

²⁶ Vgl. LG Frankfurt/M., ZIP 2013, 1831 dazu Hölzle, EWiR 2013, 589; OLG Frankfurt/M., ZIP 2013, 2018, BGH, ZIP 2014, 1442, dazu Hölzle, ZIP 2014, 1819; zuletzt LG Berlin, ZIP 2014, 2197, gegen BGH der Ansicht Hölzles folgend; jetzt auch BVerfG, ZIP 2015, 80.

²⁷ Vgl. zur Definition des Begriffs ausführlich auch Coelho/John/Taffler, Does the Market Know Better? The Case of Strategic vs. Non-Strategic Bankruptcies (March 15, 2011), S. 8f.; abrufbar unter SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1787197> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1787197>.

²⁸ Mit ähnlicher Definition für das US-amerikanische Recht Coelho/John/Taffler, a. a. O. (vorherige Fn.).

die sprichwörtlichen Zügel in der Hand zu behalten und deshalb auf die Option der Eigenverwaltung zielt.

Insbesondere die Merkmale zu 2. und 3. der vorstehenden Definition offenbaren jedoch, warum der strategischen Insolvenz zum Teil mit Misstrauen und Zweifeln in Bezug auf ihre rechtliche Legitimation begegnet wird: Sie dient der Lösung von Konflikten, die ohne das ggf. vermeidbare Insolvenzverfahren jedenfalls mit dem aus ihm hergeleiteten Vorteilen für die Gesellschaft nicht lösbar gewesen wären und deren Durchführung regelmäßig mit erheblichen wirtschaftlichen Einbußen für die betroffenen Stakeholder verbunden ist. Das aber widerspricht dem überkommenen Verständnis von dem Insolvenzverfahren als ultima ratio, die es sowohl aus der Perspektive der Gesellschaft selbst, vor allem aber auch der Gläubiger zu vermeiden galt. Dieses Verständnis aber ist überholt! Aus diesem Grunde ist auch das Störgefühl gegenüber einer Insolvenz als Option Ausdruck anachronistischer Betrachtung, welche die Bedeutung des Insolvenzrechts in seiner gesellschaftlichen und gesamtwirtschaftlichen Entwicklung verkennt.

Auch die Motivation, aus der heraus die strategische Insolvenz in Betracht gezogen wird, kann vielfältiger Natur sein. Mag bislang auch in den weitaus häufigsten Fällen die Erkenntnis den Weg in die strategische Insolvenz geleitet haben, dass die angestrebte Reorganisation des leistungswirtschaftlichen, des finanzwirtschaftlichen oder auch des gesellschaftsrechtlichen Bereichs außerhalb eines Insolvenzverfahrens an unüberbrückbaren Hindernissen zu scheitern drohte oder nur um einen im Insolvenzverfahren vermeidbaren Preis zu haben ist, so gibt es eine Vielzahl von weiteren Gründen, die Insolvenzooption frühzeitig in das Kalkül einzubeziehen und nicht alternativlos nur als sprichwörtliches „Plan B-Szenario“ in der Schublade vorzuhalten.

So kann die Insolvenzooption aus rein wirtschaftlichen Gründen sogar aus dem Blickwinkel des Shareholder Value verfolgenswert sein, wie Untersuchungen zur Ökonomik von strategischen im Vergleich zu nicht-strategischen Insolvenzverfahren zeigen.

Der empirische Datenbestand in Deutschland ist allerdings begrenzt. Für das dem deutschen Insolvenzplan verwandte, weil es für dieses nämlich Pate gestanden hat, US-amerikanische Chapter 11-Verfahren jedoch haben *Coelho/John/Taffler*²⁹ im Jahr 2011 nachgewiesen, dass die Wertentwicklung (ShareholderValue) solcher Gesellschaften, die wohlbedacht und entsprechend vorbereitet das Insolvenzverfahren als strategische Option genutzt haben, und solcher, die sich hiervon mehr oder minder haben überraschen lassen, sich signifikant unterscheidet: Während alle Gesellschaften unterschiedslos im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag rund 50 % ihres Börsenwertes eingebüßt haben und ebenfalls unterschiedslos mit der Antragstellung noch einmal ein Wertverlust von 25 % einhergeht, entwickeln sich die Unternehmen nach der Antragstellung in Abhängigkeit davon, ob der Insolvenzantrag strategisch geplant war oder nicht, diametral gegenläufig. War die Insolvenz

²⁹ Coelho/John/Taffler, Does the Market Know Better? The Case of Strategic vs. Non-Strategic Bankruptcies (March 15, 2011); Abrufbar unter SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1787197> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1787197>

nicht strategisch vorbereitet, büßt das Unternehmen im ersten Jahr nach der Antragstellung durchschnittlich noch einmal rund 29 % des Wertes ein; ganz anders in der strategischen Insolvenz: Hier steigt der Börsenwert in den auf die Antragstellung folgenden sechs Monaten um 29 %!

Hintergrund dieser signifikant abweichenden Wertentwicklung ist nicht zuletzt die Marktwahrnehmung auf Grundlage der das Insolvenzverfahren begleitenden Unternehmenskommunikation. Während die Veröffentlichung von Bilanzdaten in der Zeit vor dem Insolvenzantrag unterschiedslos aufgenommen wird und auch im Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung der Markt ebenfalls noch keine Möglichkeit hat, diese schlechte Information zu gewichten, weil zu diesem Zeitpunkt in der Regel noch nicht kommuniziert ist, ob es sich um ein strategisches Insolvenzverfahren handelt, sind die beteiligten Verkehrskreise durchaus in der Lage, schlechte Neuigkeiten im weiteren Verlauf nach „guten-schlechten Nachrichten“ und „schlechten-schlechten Nachrichten“ zu selektieren. Wird nämlich im Anschluss an die Insolvenzantragstellung bekannt, dass der Insolvenzantrag lange vorbereitet war, der Umsetzung eines konkreten Unternehmensziels dient und bewusst eingesetzt wurde, so nimmt der Markt diese Information völlig anders auf, als das allgemeine Statement des Insolvenz- oder Sachwalters „Wir suchen nach Lösungen und sind zuversichtlich!“. Und tatsächlich: Je bewusster der Weg in die Insolvenz beschritten und je besser der Antrag vorbereitet wird, desto größer sind selbstverständlich auch die Chancen, den Unternehmenswert im Insolvenzverfahren nicht zu gefährden, sondern im Gegenteil, entschuldet aus dem Verfahren hervorzugehen.

Dieses ökonomische Kalkül im Hinterkopf, kann die Einbeziehung strategischer Insolvenzüberlegungen bereits zu dem nach der Business Judgement Rule geforderten Informationsbedarf des Geschäftsführers gehören, wenn und soweit sich hierdurch die Chancen für das Unternehmen bestmöglich sichern lassen. Überwiegt die Wahrscheinlichkeit, dass innerhalb eines überschaubaren Prognosezeitraums ein Insolvenzantrag ohnehin würde gestellt werden müssen, so kann die frühzeitige Entscheidung, das Verfahren proaktiv vorzubereiten und einzuleiten aus dem Blickwinkel sowohl eines Shareholder-Value-, aber auch eines Stakeholder-Ansatzes vorzugswürdig sein. Mit den durch das ESUG eröffneten Instrumentarien jedenfalls ist die Insolvenz keinesfalls mehr dem ökonomischen Totalverlust gleichzusetzen, was überdies schon eine Mehrzahl prominenter Fälle in Deutschland gezeigt hat.³⁰

Wird die Schaffung einer hinreichenden Informationsbasis auch in Bezug auf die alternative Restrukturierung im Insolvenzverfahren damit zum integralen Bestandteil der Geschäftsführerpflichten, vor allem nach §§ 93 AktG, 43 GmbHG, bereits in einer sich abzeichnenden Krise, so kann das Insolvenzverfahren auch in erhebli-

³⁰ Vgl. Pleister, GWR 2013, 220 (zu Centrotherm); Decher/Voland, ZIP 2013, 103; K. Schmidt, ZIP 2012, 2085 (zu Pfeiderer); dass eine jede (strategische) Insolvenz, sichert sie auch den Bestand des Unternehmens, mit erheblichen Einschnitten für einzelne Stakeholder, gegen die das Verfahren gerichtet ist, verbunden ist, liegt in der Natur der Sache. Gerade die Fälle Pfeiderer und auch Suhrkamp zeigen dies deutlich. Zu Lasten jeweils einer konkreten Stakeholder-Gruppe wurde das Insolvenzverfahren genutzt, um das jeweilige Unternehmen zukunftsfähig aufzustellen.

chem Umfang zur Risikominimierung beitragen und damit Bestandteil der persönlichen Compliance-Strategie des geschäftsführenden Organs sein. Wenn auch die Sorge vor einer persönlichen Haftung nicht treibende Kraft der Insolvenzantragstellung sein sollte – und vereinzelt auch instrumentalisiert wird, um Partikularinteressen auch Dritter zu befriedigen – so gilt trotzdem, dass jedenfalls das Bewusstsein entsprechend geschärft bleiben sollte.

Allein der ökonomische Wertevergleich ist aber weder das einzige noch vor allem das gewichtigste Argument aus der Warte der Compliance für Geschäftsleiter. Die Risiken beginnen bei Prognoseunsicherheiten im Rahmen von Liquiditätsplanungen und daraus abzuleitenden Fortbestehensprognosen sowie auch der Bewertung z. T. hoch individualisierter Assets und den sich daraus ableitenden Fragen der Überschuldung. Sie enden nicht erst bei Konflikten z. B. mit der Konzernführung, wenn es um die Frage des Werthaltigkeitsnachweises für im Rahmen eines Cash-Poolings gewährte Upstream Loans vor dem Hintergrund des § 30 GmbHG und ggf. sogar § 826 BGB geht.

Aber auch aus Gesellschaftersicht können Haftungsrisiken minimiert werden, wie die jüngst in Gang gesetzte Rechtsprechung des BGH zu sogenannten Ketten-Darlehen zeigt: Der Gesellschafter hat „seine“ Gesellschaft jeden Monat wieder mit einem wiederkehrenden Betrag liquiditätsmäßig gestützt, um die Gesellschaft in die Lage zu versetzen, insbesondere Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge zahlen zu können. Die jeweils gewährten Darlehen wurden im Laufe des Monats zurückgezahlt, um rechtzeitig vor dem 10. des Folgemonats wieder ausgereicht zu werden. Der BGH hat sich nicht auf den Standpunkt gestellt, dass es sich bei jedem dieser Darlehen um denselben ausgereichten Betrag handele, so dass dieser nur einmal angefochten werden könne, sondern hat im Grundsatz festgestellt, dass jede Finanzierungsentscheidung isoliert zu betrachten ist. Dies führe dann im Ergebnis, so der BGH, zur Anwendung der für Kontokorrentkredite entwickelten Grundsätze, was das Anfechtungsrisiko in solchen Kettenfinanzierungen für den Gesellschafter massiv erhöht. Würde der Gesellschafter hingegen dieselbe Finanzierung in einem in Eigenverwaltung geführten Insolvenzverfahren als revolving Massedarlehen gewährt haben, wäre dies anfechtungsrechtlich risikolos, da vom Gesellschafter in der (eröffneten) Insolvenz gewährte Mittel nicht dem Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO unterliegen und deshalb auch nicht der Anfechtung nach § 135 InsO i. V. m. § 147 InsO unterfallen.

Neben der Entlastung von Haftungsrisiken durch eine frühzeitige und entsprechend vorbereitete Insolvenzantragstellung können gerade auch die üblichen, insolvenzverfahrensspezifischen Instrumente der leistungswirtschaftlichen Sanierung für die Entscheidung eine Rolle spielen. Oft nicht hinreichend realisiert wird, dass es sich hierbei um echte Vorzüge des deutschen Insolvenzrechts handelt, die in anderen Rechtsordnungen, auf die zuletzt nicht selten auch neidvoll geblickt wurde, unbekannt sind. Dabei stehen im Vordergrund die Möglichkeiten zur Beendigung ungünstiger Verträge (§ 103 InsO), die erleichterten Möglichkeiten, personalwirtschaftliche Anpassungen vorzunehmen und nicht zuletzt natürlich der Liquiditätsvorteil aus einer bis zu dreimonatigen Insolvenzgeldvorfinanzierung, wobei ebenso

deutlich herauszustellen ist, dass ein Sanierungskonzept, das allein oder weit überwiegend auf den Einsparungen durch eine Insolvenzgeldvorfinanzierung beruht, sicherlich diesen Namen nicht verdient. Dass es sich dabei aber um einen willkommenen und oft hilfreichen Begleiteffekt handelt, steht außer Frage.

E Fazit

Die Bedeutung der Eigenverwaltung hat in wirtschaftlich interessanten und bedeutsamen Insolvenzverfahren seit Einführung des ESUG erheblich zugenommen und wird weiter zunehmen. Die damit verbundenen Auswirkungen auf die Tätigkeit des Insolvenzverwalters, der sich auch auf Ebene der Unternehmensleitung als Eigenverwalter zu engagieren bereit ist, sind erheblich. Die Wahrnehmung von Insolvenzverfahren rückt damit sehr viel mehr an die unternehmerische Wirklichkeit heran und hat über die professionelle unternehmerische Abwicklung solcher Verfahren die Möglichkeit, das Insolvenzverfahren von dem Duktus des Scheiterns und der Zerschlagung zu befreien. Das wiederum öffnet den Weg für eine proaktive Nutzung des Insolvenzverfahrens als vor allem auch gesellschaftsrechtlicher Gestaltungsoption.

Die Herausforderungen nicht nur für Insolvenzverwalter, sondern auch für Insolvenzgerichte, Gläubigerausschüsse etc. sind ganz erheblich. Das für die nächsten Jahre hierdurch vorgezeichnete Programm, das sich z. B. auch in dem Entwurf für ein Konzerninsolvenzrecht fortsetzt, könnte umfangreicher und grundlegender nicht sein.

Der in den vergangenen Jahren immer stärkeren Professionalisierung der Insolvenzverwaltung auf rechtlicher und organisatorischer Ebene wird eine erhebliche Professionalisierung in unternehmerischer und damit betriebswirtschaftlicher und ökonomischer Hinsicht nachfolgen. Dies kann weder der Schaden der Gläubiger noch der Schuldner im Verfahren sein und ist deshalb uneingeschränkt zu begrüßen.

Die Inhaltskontrolle des Verwaltervertrags

Florian Jacoby

Inhaltsverzeichnis

A	Anlass	235
B	Grundlagen	236
I	Festlegung der Gemeinschaftsordnung im Innenverhältnis	236
II	Verwalteramt und persönliches Rechtsverhältnis	237
III	Der Verwaltervertrag als Gestaltungsmittel im Außenverhältnis	237
IV	Verwaltervertrag und Beschluss	238
1	Unterschied von Beschluss und Vertrag	238
2	Abgrenzung im Einzelfall	239
3	Alternativlösung eigenständige Beschlussfassung	239
V	Folgerungen für die Inhaltskontrolle	240
C	Einzelne Regelungsgegenstände	241
I	(Kooperations-)Pflichten der Eigentümer	241
II	Ausgestaltung der Verwaltung	241
III	Vertretungsmacht des Verwalters	242
1	Risiken einer vertraglichen Regelung	242
2	Beschlussweise Regelung	243
IV	Entscheidungsmacht des Verwalters	244
V	Abrede zur Verwaltervergütung	245
1	Vergütungssystem	245
2	Endpreise	245
3	Erhöhungsklauseln	245
D	Fazit	246

A Anlass

Der Wohnungseigentumsverwalter legt anlässlich seiner Bestellung üblicherweise einen Verwaltervertrag vor. Die Wohnungseigentümer beschließen dann in der Versammlung der Wohnungseigentümer nicht nur über die Bestellung des Verwalters,

Prof. Dr. F. Jacoby (✉)

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrens-, Insolvenz- und Gesellschaftsrecht, Universität Bielefeld, Bielefeld, Deutschland

e-mail: florian.jacoby@uni-bielefeld.de

sondern auch über den Vertrag. Typischerweise genehmigen sie den Vertragsinhalt und ermächtigen einzelne Eigentümer, vorzugsweise Beiratsmitglieder, den Vertrag als gemäß § 27 Abs. 3 S. 3 WEG ermächtigte Vertreter der rechtsfähigen Gemeinschaft der Wohnungseigentümer abzuschließen. In der Instanzrechtsprechung wird sogar die Ordnungsmäßigkeit eines Bestellungsbeschlusses davon abhängig gemacht, dass zugleich im Verwaltervertrag die Eckpunkte der Verwaltung, namentlich Laufzeit und Vergütungshöhe, geregelt werden.¹

Dieser Beitrag will den Inhalt des Verwaltervertrags in den Blick nehmen. Vielfach verfolgt der Verwalter das Ziel, mittels des Vertrags die Grundsätze seiner Verwaltung zu formulieren: Gegenstände sollen dann Regelungen über Entscheidungs- und Vertretungsmacht des Verwalters, Durchführung der Eigentümerversammlung, Gestaltung der Abrechnung etc. sein. Eine solche inhaltliche Ausgestaltung des Vertrags muss sich an der Kompetenzordnung des WEG messen lassen und einer AGB-Kontrolle stellen. Insofern hofft dieser Beitrag auf die Aufmerksamkeit des Jubilars, dem ich nicht zuletzt über das Wohnungseigentumsrecht verbunden bin und zu dessen Anliegen der – im hiesigen Kontext über die §§ 305ff. BGB zu gewährleistende – Verbraucherschutz zählt.²

B Grundlagen

In einem ersten Schritt sind die allgemeinen Grundlagen zur Inhaltskontrolle eines Verwaltervertrags zu erarbeiten.

I Festlegung der Gemeinschaftsordnung im Innenverhältnis

Das WEG regelt in §§ 10–19 die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und in §§ 20–29 die Verwaltung. Die Eigentümer können von diesen Bestimmungen grundsätzlich abweichende Regelungen durch Vereinbarung nach Maßgabe von § 10 Abs. 2 u. 3 WEG treffen. Weiteres Gestaltungsinstrument ist der Mehrheitsbeschluss, § 10 Abs. 4 WEG. Allerdings setzt die Wirksamkeit eines Beschlusses voraus, dass Gesetz oder Vereinbarung der Eigentümer (insbesondere die Teilungserklärung) den Eigentümern Beschlusskompetenz einräumt, der Gegenstand, über den die Eigentümer beschließen, also der Mehrheit in Abweichung vom Vertragsprinzip überantwortet wurde.³ Durch Vereinbarung und Beschluss können die Eigentümer also nicht nur ihr Verhältnis untereinander, sondern auch die Organisation der rechtsfähigen Gemeinschaft der Eigentümer sowie die Rechtsstellung des Verwalters in der betroffenen Anlage abweichend vom Gesetz ausgestalten.

¹ OLG Hamm, ZMR 2003, 51; LG Düsseldorf, ZMR 2012, 465; AG Schöneberg, Grundeigentum 2013, 68; a. A. BGH, NJW 2012, 3175 Rn. 12; Merle, ZWE 2012, 327f.

² Zur Verbrauchereigenschaft der rechtsfähigen Gemeinschaft der Wohnungseigentümer Derleder, ZWE 2010, 10, 11.

³ Vgl. dazu Jacoby, ZWE 2013, 146f.

Die Gesamtheit aller dieser gesetzlichen und gewillkürten Regelungen lässt sich als Gemeinschaftsordnung bezeichnen.⁴ Die Kompetenz zu deren Ausgestaltung überantwortet das WEG mithin den Eigentümern.

Der Verwalter hingegen ist an dieser Gestaltung der Gemeinschaftsordnung durch die Eigentümer zwar in unterstützender, aber nicht in (mit-)entscheidender Funktion beteiligt. Insbesondere mag der Verwalter die Beschlussfassung der Wohnungseigentümer anregen, vorbereiten und als Versammlungsvorsitzender verkünden. Die Entscheidungsmacht liegt aber allein bei den Eigentümern. Auch die durch § 10 Abs. 6 S. 1 WEG mit Rechtsfähigkeit ausgestattete Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist an der Ausgestaltung der Gemeinschaftsordnung nicht beteiligt. Denn dieses Rechtssubjekt ist geschaffen, um im Außenrechtsverkehr als dauerhaftes Zuordnungssubjekt und Haftungsschutzschild zu dienen, im Innenverhältnis kommen ihm indessen keine Kompetenzen zu, die Gemeinschaftsordnung näher auszuformen.

II Verwalteramt und persönliches Rechtsverhältnis

Durch die Bestellung in sein Amt erhält der Verwalter die mit dem Amt verbundenen Kompetenzen und Aufgaben zur Organisation der Eigentümer und der rechtsfähigen Gemeinschaft. Beispielsweise erwachsen dem Verwalter aus § 24 Abs. 1 WEG Aufgabe und Kompetenz, zur „ordentlichen“ Eigentümerversammlung zu laden. Aus § 27 Abs. 3 S. 1 WEG folgt dessen Vertretungsmacht, die rechtsfähige Gemeinschaft der Wohnungseigentümer in den vom Gesetz geregelten Fällen zu vertreten.

Von dieser Amtsstellung des Wohnungseigentumsverwalters ist dessen persönliche Rechtsstellung, das sog. Amtswalterrechtsverhältnis, zu unterscheiden, das ebenfalls bereits durch Bestellung begründet wird. Dieses Rechtsverhältnis wird vom WEG nicht umfassend ausgestaltet. Es besteht zwischen der zum Verwalter bestimmten Person (Amtswalter) einerseits und andererseits den Eigentümern sowie der rechtsfähigen Gemeinschaft, wie es § 27 Abs. 1 WEG mit den dort geregelten Pflichten andeutet. Aus eben diesem Rechtsverhältnis hat der Verwalter einen Anspruch auf amtsangemessene Vergütung.⁵ Den Regelungen des WEG über den Verwalter ist eine Bestimmung wie die vereinsrechtliche in § 27 Abs. 3 BGB hinzuzudenken, freilich nicht mit dem Verweis auf den (unentgeltlichen) Auftrag, sondern auf die (entgeltliche) Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB).

III Der Verwaltervertrag als Gestaltungsmittel im Außenverhältnis

Im Unterschied zur Gemeinschaftsordnung betrifft der Verwaltervertrag nicht das Innenverhältnis der Eigentümer, sondern die Außenrechtsbeziehung des Amtswal-

⁴ Zum Begriff Jacoby, ZWE 2013, 61.

⁵ OLG Hamm, ZMR 2003, 51.

ters zur rechtsfähigen Gemeinschaft der Eigentümer. Im Verwaltervertrag wird dessen persönliche Rechtsstellung zum Außenrechtssubjekt der rechtsfähigen Gemeinschaft der Wohnungseigentümer festgelegt (Amtswalterrechtsverhältnis). Vertragspartner des Verwalters sind gerade nicht die Wohnungseigentümer, die das Innenverhältnis regeln können, sondern es ist die rechtsfähige Gemeinschaft. Insoweit steht der Verwalter nicht anders als ein Rechtsanwalt oder ein Bauunternehmer, der von der rechtsfähigen Gemeinschaft eingeschaltet wird. Der Vertrag muss daher dieses Rechtsverhältnis von Gemeinschaft und Verwalter zum Gegenstand haben. Es wird insbesondere die Vergütung konkretisiert, ggf. eine Haftungsregelung, ergänzt um eine Versicherungspflicht des Verwalters, getroffen. Auch die Vertragsdauer ist festzulegen, die durchaus von der Bestelldauer abweichen kann.

Der regelmäßig vom Verwalter eingeführte Verwaltervertrag unterliegt als schlichter Geschäftsbesorgungsvertrag der AGB-Kontrolle gemäß §§ 305ff. BGB. Dabei bestimmt sich der Anwendungsbereich der Kontrolle nach Maßgabe von § 310 BGB. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die rechtsfähige Gemeinschaft der Eigentümer jedenfalls dann, wenn sie nicht ausschließlich aus unternehmerisch tätigen Teileigentümern besteht, als Verbraucher (§ 310 Abs. 3, § 13 BGB) einzuordnen ist.⁶ Zwar verlangt § 13 BGB eine natürliche Person. Verbraucherregelungen verlangen aber ungeachtet dessen nach ihrer Anwendung, weil die rechtsfähige Gemeinschaft nur rechtstechnisches Mittel ist, um den Auftritt aller Eigentümer im Außenverhältnis zu ersetzen.⁷ Wenn der BGH § 13 BGB zutreffend auf die GbR anwendet,⁸ muss das ebenso für die rechtsfähige Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gelten.

IV Verwaltervertrag und Beschluss

Die hier vertretene strikte Trennung von Gemeinschaftsordnung und Verwaltervertrag muss sich mit dem Einwand auseinandersetzen, dass die Eigentümer über den Inhalt des Verwaltervertrags beschließen. Durch diesen Beschluss – so lässt sich argumentieren – könnte der Inhalt des Verwaltervertrags Eingang in die Gemeinschaftsordnung jedenfalls dann finden, wenn hinsichtlich des betroffenen Gegenstands Beschlusskompetenz besteht. Die Problematik mag ein alltägliches Beispiel veranschaulichen: Die allermeisten Verwalterverträge enthalten Bestimmungen zur Vertretungsmacht des Verwalters, im Namen der rechtsfähigen Gemeinschaft der Eigentümer zu handeln.

1 Unterschied von Beschluss und Vertrag

Insoweit gilt es, sich die unterschiedlichen Rechtsfolgen vor Augen zu führen, die je nach dem eintreten, ob diese Regelung Beschlussgegenstand oder Vertragsbestandteil wird.

⁶ OLG München, NJW 2008, 3574; a. A. LG Rostock, NZM 2007, 370 mit ablehnender Anmerkung Armbrüster, ZWE 2007, 290.

⁷ Armbrüster/Kräher, ZWE 2014, 1, 4; Derleder, ZWE 2010, 10, 11.

⁸ BGH, NJW 2002, 368.

Ein fehlerhafter Beschluss ist von Anfang an grundsätzlich wirksam. Wird er nicht binnen eines Monats angefochten, erlangt er Bestandskraft, sodass etwaige Mängel nach Ablauf dieser Frist nicht mehr gerügt werden können. Die Vertretungsmacht ist ihrer Rechtsnatur nach keine Vollmacht, weil sie nicht nach § 167 Abs. 1 BGB durch (Willens-)Erklärung des Vollmachtgebers erteilt wird, sondern aus dem Beschluss als Organisationsakt folgt. Zwar ließe sich auch die auf Beschluss beruhende Vertretungsmacht noch isoliert unter die Legaldefinition des § 166 Abs. 2 BGB („rechtsgeschäftlich erteilt“) subsumieren. Jedoch legt § 167 Abs. 1 BGB fest, dass Vollmacht nur die auf Willenserklärung des Vollmachtgebers beruhende Vertretungsmacht ist. Das hat Auswirkungen auf die (Un-)Anwendbarkeit insbesondere von §§ 172, 174 BGB, was der III. Zivilsenat des BGH unlängst fehlinterpretiert hat.⁹

Eine im Vertrag von rechtsfähiger Gemeinschaft und Wohnungseigentumsverwalter vorgesehene Vertretungsmacht ist indessen – nicht anders als wenn die rechtsfähige Gemeinschaft einen Rechtsanwalt einschaltet – Vollmacht. Der Vertrag beinhaltet dann als Innenvollmacht (§ 167 Abs. 1 Fall 1 BGB) die gegenüber dem Verwalter abgegebene Willenserklärung der Gemeinschaft, dass dieser für jene im Rechtsverkehr auftreten soll. § 174 BGB ist anwendbar. Die fehlerhafte Willenserklärung ist von Anfang an nichtig. Eine Heilung kann nur auf Rechtsgeschäft beruhen, § 141 BGB. Insbesondere eine nach §§ 305ff. BGB unwirksame Vertragsklausel bleibt unwirksam, sodass auch lange nach Vertragsschluss die Unwirksamkeit geltend gemacht werden kann.

2 Abgrenzung im Einzelfall

Im Einzelfall ist zu entscheiden, ob eine Regelung nur zum Bestandteil des Verwaltervertrags wird oder ob sie zumindest auch einen selbstständigen Beschlussgegenstand darstellt. In den allermeisten Fällen wird man eine eigenständige beschlussweise Regelung ablehnen müssen. Denn in der ganz gängigen Praxis ist Beschlussgegenstand allein das Ja/Nein zum Verwaltervertrag. Darauf beziehen sich Ladung, Verkündung, Niederschrift und Beschluss-Sammlung, von denen maßgeblich für die Wirksamkeit des Beschlusses freilich die Verkündung ist¹⁰. Die einzelnen Bestimmungen des Verwaltervertrags werden schlicht nicht zum Gegenstand eines eigenen Tagesordnungspunkts, was eine über den Verwaltervertrag hinausgehende Beschlussfassung aber voraussetzen würde. Denn ein eigenständiger Regelungsgehalt, der in der Änderung der Gemeinschaftsordnung läge, bedürfte einer eigenständigen Beschlussfassung, die diesen Regelungswillen beinhaltet.

3 Alternativlösung eigenständige Beschlussfassung

Dieses Verständnis des Beschlusses über den Verwaltervertrag ignoriert keinesfalls die – freilich Beschlusskompetenz voraussetzende – Möglichkeit einer Ergänzung

⁹ BGH, NJW 2014, 1587; dagegen Jacoby, AnwZert MietR 13/2014, Anm. 1.

¹⁰ BGHZ 148, 335, 341ff. = BGH, NJW 2001, 3339, 3341ff.

der Gemeinschaftsordnung durch entsprechende Beschlussfassung. Es ist aber angesichts der weitreichenden Wirkungen einer solchen Beschlussfassung notwendig, dass die zu ergänzenden Punkte zum Gegenstand der Eigentümerversammlung und so zum Gegenstand einer eigenständigen Beschlussfassung gemacht, keinesfalls in dessen im Verwaltervertrag versteckt werden.

Dieser Forderung nach einer eigenständigen Beschlussfassung entspricht die Praxis in einem Punkt zunehmend: Vielfach ist es angezeigt, nur einen bestimmten Eigentümer für eine Sondervergütung des Verwalters heranzuziehen, die durch einen besonderen Verwaltungsaufwand entsteht. Beispielsweise soll allein der Eigentümer, der seine Einheit veräußert, die Sondervergütung des Verwalters für die Erteilung der Veräußerungszustimmung nach § 12 WEG zu entrichten haben. Für eine solche Kostenbelastung begründet § 21 Abs. 7 WEG Beschlusskompetenz. Von dieser Beschlusskompetenz wird vielfach in ergänzenden Beschlüssen zum Verwaltervertrag Gebrauch gemacht, um die Sondervergütung des Verwalters, zu deren Entrichtung sich der Vertragspartner Gemeinschaft verpflichtet, an den verursachenden Eigentümer weiterzureichen.¹¹ So wird die Belastung der einzelnen Eigentümer nicht zum Gegenstand des Verwaltervertrags. Es wird zutreffend gesehen, dass eine solche Vertragsabrede zwischen Gemeinschaft und Verwalter als unzulässiger Vertrag zulasten Dritter ohne Wirkung bliebe. Aber auch in dem Beschluss über den Vertrag wird zutreffend nicht zugleich ein Beschluss aufgrund von § 21 Abs. 7 WEG erkannt.

V Folgerungen für die Inhaltskontrolle

Bei der Inhaltskontrolle der Regelungen eines Verwaltervertrags gilt es zwei bedeutende Fallgruppen auseinanderzuhalten:

Die erste Fallgruppe beruht darauf, dass der Verwaltervertrag nur das Außenrechtsverhältnis zwischen Verwalter und der rechtsfähigen Gemeinschaft der Eigentümer regeln kann. Daher gehen Bestimmungen mit einem anderen Regelungsinhalt typischerweise ins Leere. Das betrifft nicht nur Verpflichtungen der einzelnen Eigentümer hinsichtlich ihrer persönlichen Rechtsstellung, sondern auch Regelungen, die die Gemeinschaftsordnung abändern, ergänzen oder konkretisieren wollen. Denn auch dazu sind nur die Eigentümer selbst, nicht aber die Rechtssubjekte rechtsfähige Gemeinschaft und Verwalter berufen. Auch kommt nicht in Betracht, dass der Verwaltervertrag die Pflichten des Verwalters abweichend von der Gemeinschaftsordnung bestimmt. Der Verwalter ist aufgrund seines Amtes den Eigentümern gegenüber verpflichtet, die Verwaltung entsprechend der Gemeinschaftsordnung vorzunehmen. Diese Verpflichtung können Gemeinschaft und Verwalter als Vertragspartner des Verwaltervertrags nicht abändern.

Als zweite Fallgruppe ist die AGB-Kontrolle nach BGB zu benennen. Häufig sind Verstöße gegen das Verbot überraschender Klauseln (§ 305c BGB) und

¹¹ Elzer/Fritsch/Meier-Fritsch, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 447f.

das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB). Auch lassen sich Abweichungen vom Gesetzesrecht derart feststellen, dass die betroffenen Klauseln nach § 307 Abs. 2 BGB als unangemessen einzuordnen sind. Besonderes Augenmerk ist bei der Inhaltskontrolle weiter solchen Klauseln zu schenken, die dem Verwalter die Rechtsmacht einräumen, für die rechtsfähige Gemeinschaft zu handeln und diese Dritten gegenüber zu vertreten. Denn solche Regelungen gehen zwar nicht ins Leere, weil die rechtsfähige Gemeinschaft selbst durchaus solche Kompetenzen einräumen kann. Die konkrete Regelung kann aber die gesetzliche Machtverteilung nach WEG nicht abbedingen, ohne mit § 307 BGB in Konflikt zu geraten.

C Einzelne Regelungsgegenstände

Für einzelne Regelungsgegenstände sind die Folgerungen aus den erarbeiteten Grundlagen zu ziehen.

I (Kooperations-)Pflichten der Eigentümer

Anlässlich des Abschlusses des Verwaltervertrags will der Verwalter vielfach Pflichten der einzelnen Wohnungseigentümer festschreiben. Anzutreffen sind etwa Regelungen über die Verpflichtung, Mieterwechsel anzuzeigen, andere, die Wohnanlage betreffende Verträge vorzulegen, sonst wie in bestimmter Weise an der Verwaltung mitzuwirken und gewisse anfallende Entgelte des Verwalters zu tragen.

Da die Wohnungseigentümer nicht Parteien des Verwaltervertrags sind, ist eine solche Verpflichtung im Verwaltervertrag nicht möglich (Unzulässigkeit eines Vertrags zugunsten Dritter). Es fehlt überdies grundsätzlich an Beschlusskompetenz, Leistungspflichten der einzelnen Eigentümer außerhalb des Bereichs der gemeinschaftlichen Kosten und Lasten durch Mehrheitsbeschluss zu begründen.¹² Auch durch Annex-Beschluss können daher nur vereinzelt Pflichten der Eigentümer zur Kostentragung getroffen werden. Einschlägig ist allein – wie unter B. IV. 3. bereits berührt – die Beschlusskompetenz aus § 21 Abs. 7 WEG.¹³

II Ausgestaltung der Verwaltung

Beispiele für Regelungen eines Verwaltervertrags, die die Verwaltung ausgestalten wollen, sind Bestimmungen zum Aufbau der Jahresabrechnung. Teilweise wird gar vorgesehen, ob Umsatzsteuer auszuweisen ist. In Verwalterverträgen finden sich

¹² BGH, NJW 2011, 1221; BGH, ZWE 2012, 268.

¹³ Vgl. dazu einen Beschlussvorschlag auch bei Jacoby, ZWE 2010, 57, 59.

aber auch Regelungen zur Eigentümerversammlung, etwa zur Ladungsfrist¹⁴, zur Bestimmung des Versammlungsorts oder zur Zulässigkeit, sich in der Versammlung vertreten zu lassen¹⁵. Indes ist die Ausgestaltung der Verwaltung, die Bestandteil der Gemeinschaftsordnung ist, kein tauglicher Gegenstand des Verwaltervertrags. Solche Bestimmungen im Verwaltervertrag gehen wie eine solche zulasten Dritter ins Leere, weil der Verwalter seine Verwaltung an den Inhalten der Gemeinschaftsordnung (Gesetz und Vereinbarungen/Beschlüsse der Eigentümer) auszurichten hat, aber nicht anhand einer Vereinbarung mit der insoweit nicht entscheidungsbefugten rechtsfähigen Gemeinschaft.

Inwieweit die Eigentümer Regelungen durch Beschluss treffen können, ist von der Beschlusskompetenz abhängig. Etwa ermöglicht es das WEG den Eigentümern nicht, die Eigentümerversammlung auszugestalten (möglicherweise im Unterschied zu einer sog. Öffnungsklausel in der Teilungserklärung). Wie weit im Übrigen die Beschlusskompetenz des § 21 Abs. 3 WEG reicht, ist noch nicht abschließend geklärt. Sicherlich ist die Beschlussfassung über eine einzelne Verwaltungsmaßnahme von dieser Norm gedeckt. Es ist aber bedenklich, über diese Kompetenz hinaus den Eigentümern die Macht zuzuweisen, die Gemeinschaftsordnung im Hinblick auf Verwaltungsmaßnahmen allgemein ändern zu können.¹⁶ Vergleichbar räumt § 28 WEG den Eigentümern nur die rechtliche Möglichkeit ein, eine einzelne Jahresabrechnung zu beschließen, nicht aber allgemeine Vorgaben für Jahresabrechnungen zu machen. Jedoch besitzen die Eigentümer aus § 21 Abs. 3 WEG Beschlusskompetenz zu entscheiden, gemäß § 9 Abs. 1 UStG auf die Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 13 UStG zu verzichten.¹⁷ Denn die Optionsausübung ist lediglich eine Verwaltungsmaßnahme.

III Vertretungsmacht des Verwalters

Die Vertretungsmacht des Verwalters wird üblicherweise zum Gegenstand des Verwaltervertrags gemacht. Davon ist aus einer Reihe von Gründen abzuraten. Die Vertretungsmacht sollte in Übereinstimmung mit § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG Gegenstand eines Beschlusses sein.

1 Risiken einer vertraglichen Regelung

Eine Regelung im Verwaltervertrag birgt zunächst das Risiko, dass sie einer AGB-Kontrolle nicht standhält und als unangemessene oder intransparente Klausel nach §§ 305c, 307 BGB unwirksam ist. Diese Unwirksamkeit wird nicht durch die Bestandskraft des Beschlusses über den Verwaltervertrag geheilt, sondern ist dauer-

¹⁴ Vgl. OLG Dresden, ZMR 2009, 301.

¹⁵ OLG München, ZMR 2009, 64.

¹⁶ Vgl. Jacoby, ZWE 2012, 418, 422.

¹⁷ Bärmann-Merle, WEG, 12. Aufl. 2013, § 28 Rn. 122; Jennißen-Jennißen, WEG, 4. Aufl. 2015, § 28 Rn. 99.

haft. Beispielsweise wird in einer Befreiung des Verwalters vom Insichgeschäft ein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB gesehen.¹⁸ Gleiches soll für eine Klausel gelten, die dem Verwalter die Befugnis einräumt, Untervollmacht zu erteilen.¹⁹ Schließlich dürfe eine Klausel ihrem Umfange nach nur so weit gehen, dass das finanzielle Risiko für den einzelnen Eigentümer überschaubar bleibe.²⁰

Überdies stoßen entsprechende Vertretungsregelungen noch auf viel grundsätzlichere Bedenken. Nach § 27 Abs. 3 WEG richtet sich der Umfang der Vertretungsmacht des Verwalters nach Gesetz, nach Vereinbarungen und nach Beschlüssen der Eigentümer. In diese Ordnung bricht der Verwaltervertrag ein. Eine Regelung der Vertretungsmacht im Verwaltervertrag lässt sich – zumal bei Berücksichtigung von § 305c Abs. 2 BGB – dahin verstehen, dass die eingeräumte Vollmacht über die gesamte Dauer der Verwalterbestellung fortbesteht, mithin insoweit unwiderruflich ist. Dann tritt ein offener Konflikt zur rechtlichen Möglichkeit der Eigentümer zutage, in der Gemeinschaftsordnung durch Vereinbarung oder Beschluss festzulegen, in welchem Umfang der Verwalter die Eigentümer vertreten darf. Schon allein deswegen ist eine Vollmachtserteilung im vom Verwalter gestellten Verwaltervertrag als unwirksame Klausel anzusehen, da sie mit den wesentlichen Grundgedanken der im WEG vorgesehenen Kompetenzverteilung nicht zu vereinbaren ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

2 Beschlussweise Regelung

Die Begründung der Vertretungsmacht durch Beschluss nach § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG ist vorzuziehen. Etwaige Mängel eines Beschlusses sind dann Fragen dessen Ordnungsmäßigkeit, die nur binnen Monatsfrist durch Anfechtungsklage geltend gemacht werden können. Als Beispiel für einen möglichen Beschlussinhalt lässt sich folgende Klausel anführen:

Der Verwalter wird nach § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG ermächtigt, für die Wohnungseigentümergeinschaft Rechtsgeschäfte und sonstige Rechtshandlungen vorzunehmen.

Der Umfang der Vertretungsmacht ist für Rechtsgeschäfte (Abschluss, Kündigung etc.) auf einen Gegenstandswert von ... EUR (Einmal- oder Jahresvergütung) begrenzt. Für vom Verwalter eingeleitete Gerichtsverfahren gilt die gleiche Begrenzung hinsichtlich des Streitwerts.

Der beschränkende Passus des zweiten Absatzes dient allein dazu, die Anfechtbarkeit des Beschlusses wegen fehlender Ordnungsmäßigkeit auszuschließen. Auch ein Beschluss mit bloß dem ersten Absatz als Inhalt wäre wirksam und würde – falls keine Anfechtungsklage binnen Monatsfrist erhoben wird – in Bestandskraft erwachsen. Entsprechendes gilt für Befreiungen vom Insichgeschäft oder die Kompetenz, Untervollmacht zu erteilen. Auch solche Weiterungen der Vertretungsmacht könnten allenfalls zur Anfechtbarkeit des Beschlusses binnen Monatsfrist führen.

¹⁸ OLG München, ZMR 2009, 64.

¹⁹ OLG München, ZMR 2009, 64.

²⁰ OLG München, ZMR 2009, 64; LG München I, ZWE 2011, 42 (43).

IV Entscheidungsmacht des Verwalters

Die Entscheidungsmacht des Verwalters ist ein von der Vertretungsmacht zu trennender Aspekt der Verwalterbefugnisse. Die Vertretungsmacht beschreibt das rechtliche Können des Verwalters nach außen, durch Verträge o. Ä. für die Wohnungseigentümergeinschaft im Verhältnis zu Dritten Wirkungen herbeizuführen. Die Entscheidungsmacht beschreibt im Innenrechtsverhältnis zwischen Verwalter einerseits und andererseits der Eigentümergeinschaft sowie den Eigentümern das Dürfen des Verwalters, Vertragspartner, Konditionen etc. zu bestimmen. Zur Veranschaulichung dieser Abgrenzung lässt sich auf den Prokuristen eines Kaufmanns verweisen: Der Prokurist hat aufgrund der Regelungen des HGB in §§ 48ff. eine fast unbegrenzte Vertretungsmacht, den Kaufmann zu vertreten. Welche Geschäfte er aber abschließen darf, hängt von seinem (meist zugrunde liegenden) Arbeitsvertrag und den Weisungen des Kaufmanns ab.

Der Wohnungseigentumsverwalter hat nach dem Gesetz nur sehr eingeschränkte Entscheidungskompetenzen. § 27 Abs. 1 Nr. 3 WEG bestimmt die Eilkompetenz. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 WEG ist die Kompetenz zu „laufenden Maßnahmen“ zu entnehmen, deren Umfang aber umstritten ist. Grundsätzlich steht die Entscheidungskompetenz daher den Eigentümern zu. Der Verwalter hat also ggf. eine außerordentliche Versammlung einzuberufen.

Versuche, die Entscheidungsmacht des Verwalters im Verwaltervertrag zu regeln, bergen Risiken im Hinblick auf Transparenz und Angemessenheit. Entsprechende Klauseln werden vielfach für unwirksam gehalten.²¹ Tatsächlich stellt jede Klausel, die die Entscheidungskompetenzen des Verwalters gegenüber dem Gesetz erweitert, wegen ihres Konflikts mit der Gemeinschaftsordnung eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar. Es widerspricht der Kompetenzordnung des WEG, dass die rechtsfähige Gemeinschaft durch Regelung ihres Außenrechtsverhältnisses dem Wohnungseigentumsverwalter abstrakt von einem einzelnen Regelungsproblem die Entscheidungskompetenz überantwortet. Solche Veränderungen der Kompetenzordnung haben wie sonstige Änderungen der Gemeinschaftsordnung durch Vereinbarung oder Beschluss der Eigentümer zu erfolgen.

Ob die Kompetenzordnung nicht nur durch Vereinbarung, sondern auch durch Beschluss geändert werden kann, ist eine Frage der Beschlusskompetenz.²² In dieser Hinsicht lässt sich nicht auf § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG verweisen. Denn diese Regelung eröffnet Beschlusskompetenz allein dafür, Vertretungsmacht, aber nicht dafür, Entscheidungsbefugnis dem Verwalter einzuräumen. Es verbleibt mithin lediglich die allgemeine Verwaltungsbefugnis in § 21 Abs. 3 WEG, um Beschlusskompetenz zu begründen. Diese Beschlusskompetenz erlaubt aber – wie gerade bereits angerissen – nur, dass die Eigentümer in Einzelfällen ihre Entscheidungsmacht auf den Verwalter delegieren, ihre darüber hinausweisende generelle Entmachtung ist nicht gedeckt. Der sichere Weg besteht daher für den Verwalter darin, sich Entscheidungsmacht im Wirtschaftsplan dahingehend einräumen zu lassen, im Umfange der einzelnen Planpositionen zu entscheiden.

²¹ OLG München, ZMR 2009, 64; LG München I, ZWE 2011, 42, 43.

²² Zurückhaltend Elzer, ZWE 2012, 163, 167; Jacoby, ZWE 2012, 418, 422.

V Abrede zur Verwaltervergütung

Hauptanliegen des Verwaltervertrags muss es sein, die Verwaltervergütung festzulegen. Folgende Gesichtspunkte sind dabei zu bedenken:

1 Vergütungssystem

Viele Vertragsmuster gehen von einer Grundvergütung aus und formulieren daneben Sondertatbestände. Um zu verdeutlichen, dass diese Sondertatbestände nicht bereits von dem festen Vergütungsanteil abgedeckt sind, bietet sich an, die Leistungen des Verwalters abschließend aufzuführen, die er für den festen Vergütungsanteil erbringt. Dieses System hat für den Verwalter den Vorteil, dass wegen neuer Aufgaben, die diesem durch Gesetzesänderungen auferlegt worden sind, neue Vergütungstatbestände erforderlich werden, ohne dass dem entgegengehalten werden könnte, die Grundvergütung decke diese Leistung bereits ab.

Führt ein Verwaltervertrag die Vertragspflichten des Verwalters auf, sollten diese also danach strukturiert werden, welche durch den festen Vergütungsbestandteil entgolten werden und für welche Tätigkeiten eine zusätzliche Sondervergütung verdient wird. Eine solche Gestaltung hilft, dass Sondervergütungstatbestände nicht als überraschende oder unangemessene Klauseln eingeordnet werden können. Freilich müssen sich Sondervergütungen der Höhe nach in einen angemessenen Rahmen halten und den voraussichtlichen zusätzlichen besonderen Zeit- und Arbeitsaufwand im Einzelfall berücksichtigen.²³

2 Endpreise

Der Verwalter hat nach § 1 Preisangabenverordnung gegenüber dem Vertragspartner Wohnungseigentümergeinschaft, der weithin Verbraucher ist, Endpreise (also inklusive Umsatzsteuer) auszuweisen.

3 Erhöhungsklauseln

Erhöhungsklauseln müssen nicht nur der AGB-Kontrolle standhalten, sondern auch noch den Vorgaben des Preisklauselgesetzes entsprechen.²⁴ Danach sind starre Staffelerhöhungsklauseln, Leistungsvorbehaltsklauseln sowie Spannungs- und Kostenelementeklausel erlaubt.

²³ BGH, NJW 1993, 1924, 1925.

²⁴ AG Reutlingen, ZWE 2012, 435.

D Fazit

1. Die scharfe Inhaltskontrolle von Verwalterverträgen wird dadurch diktiert, dass Herren der Gemeinschaft die einzelnen Eigentümer sind, der Verwaltervertrag hingegen allein zwischen der rechtsfähigen Gemeinschaft und dem Wohnungseigentumsverwalter geschlossen wird.
2. Regelungen, die Pflichten einzelner Eigentümer begründen oder den Verwalter auf eine Tätigkeit verpflichten, die nicht mit der Gemeinschaftsordnung in Einklang steht, sind mangels Regelungskompetenz der Vertragsparteien unbeachtlich.
3. Regelungen im Verwaltervertrag zur Vertretungsmacht des Verwalters und dessen Entscheidungskompetenz begegnen ebenfalls umfassenden Bedenken, weil sie den durch das WEG formulierten Vorrang der Entscheidungsmacht der Eigentümer nicht berücksichtigen. Daher sind auch solche Bestimmungen unwirksam (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Die Eigentümer haben sich insoweit ihrer Beschlusskompetenz aus §§ 21 Abs. 3, 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG zu bedienen.
4. Wichtigste Funktion des Verwaltervertrags ist es, die Vergütung des Verwalters zu konkretisieren. Neben den Vorgaben der AGB-Kontrolle hat der Verwalter insoweit ferner die Anforderungen des Preisklauselgesetzes und § 1 Preisangabenverordnung einzuhalten.

Zur Aufnahme der Rechtsprechung in den Willen des Gesetzgebers

Lorenz Kähler

Inhaltsverzeichnis

A	Einleitung	247
B	Die gesetzgeberischen Reaktionsmöglichkeiten	249
I	Zustimmung	249
II	Ablehnung	250
III	Hinnahme	250
IV	Schweigen	252
C	Der notwendige Bezug auf den Gesetzestext	255
D	Die Abstimmung mit konkurrierenden Willenselementen	260
E	Die Abstimmung mit anderen Auslegungsmethoden	261
F	Zur Funktion der Aufnahmevoraussetzungen	263
G	Anwendungsbeispiele	264
H	Zusammenfassung	266

A Einleitung

Je häufiger sich die Gesetze ändern, umso höher ist die Versuchung, zumindest über die Rechtsprechung für eine gewisse Kontinuität zu sorgen. Möglich ist das, weil die Anwendung unterschiedlicher Normen häufig zum selben Ergebnis führt. Nicht jede Gesetzesänderung wirkt sich daher auf die erzielten Ergebnisse aus, selbst wenn sich durch sie die rechtliche Grundlage einer Rechtsprechung wandelt. Besonders eine symbolische Gesetzgebung lässt die bisherige Rechtsprechung intakt. Gleiches gilt für Gesetze, die den Stand der Rechtsentwicklung zusammenfassen. Das zeigen in höchst unterschiedlichen Einzelfragen zahlreiche Reformen, die der Jubilar be-

Prof. Dr. L. Kähler (✉)

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht und Rechtsphilosophie, Universität Bremen,
Bremen, Deutschland

e-mail: lkahler@uni-bremen.de

© Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2015

K.-O. Knops, H.G. Bamberger, G. Hölzle (Hrsg.), *Zivilrecht im Wandel*,

DOI 10.1007/978-3-662-45872-3_15

247

gleitet hat, allen voran die Schuldrechtsreform aus dem Jahr 2001.¹ Sie hat neben grundlegenden Änderungen in einigen Bereichen die Rechtsprechung kodifiziert und daher trotz einer Gesetzesänderung insofern für Rechtskontinuität gesorgt.

Dieses Phänomen setzt sich in Urteilen fort, die unbeirrt durch eine neue gesetzliche Grundlage auf die bisherige Rechtsprechung zurückgreifen.² Besonders interessant ist dabei das Argument, der Gesetzgeber habe sich nicht gegen eine Rechtsprechung zu einer bestimmten Frage gewendet, sodass man diese nunmehr fortsetzen könne.³ Wäre der Gesetzgeber mit ihr nicht einverstanden gewesen, hätte er dies verdeutlichen müssen. Die *Änderung* eines Gesetzes wird damit kurzerhand zu einem Grund für die *Bestätigung* der bisherigen Rechtsprechung, eine nicht vorgenommene Änderung zum Argument für Kontinuität. Dahinter steht das Argument, dass der Gesetzgeber die Rechtsprechung gebilligt⁴ und in seinen Willen aufgenommen habe. Aus nur zwischen den Parteien geltenden Urteilen wird auf diese Weise ein allgemeingültiges Gesetz.

Diese Folge ist so erstaunlich, dass sich eine methodische Reflexion aufdrängt, wann der Gesetzgeber die bisherige Rechtsprechung in seinen Willen aufnimmt und ob das als Argument zählt. Diese Fragen sind zentral für das Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung. Denn je eher man diese Aufnahme bejaht, umso größer wird die dem Gesetzgeber obliegende Last, sich zur bisherigen Rechtsprechung zu äußern. Das mag einerseits den Dialog zwischen den Gerichten und dem Gesetzgeber stärken, andererseits aber zu einer problematischen Projektion gerichtlicher Vorstellungen auf seinen Willen führen.

Es ist daher kein Zufall, dass die Antworten auf diese Fragen höchst unterschiedlich ausfallen. Klar ist im Ausgangspunkt nur, dass der Gesetzgeber nicht durch Untätigkeit eine bestimmte Rechtsprechung billigt.⁵ Weniger klar aber ist, wie man seine Tätigkeit angesichts einer ihm bekannten Rechtsprechung zu bewerten hat. Schweigt der Gesetzgeber zu einer Rechtsprechung, welche die vom Gesetzgebungsakt geregelte Frage betrifft, so wird das mitunter als ihre Billigung angesehen.⁶ Unumstritten ist das aber nicht.⁷ Wie bei Methodenfragen generell zeichnet sich dazu keine höchstrichterliche Klärung ab. Derartige Fragen werden trotz ihres Rechtsstatus und trotz der Vorlagegebote der §§ 132 Abs. 2 GVG, 2 RsprEinhG als außerhalb dessen empfunden, was einer Klärung bedarf und ihrer

¹ BGBl. I 2002, S. 42; I 2003, S. 738; dazu Derleder, NZM 2002, 676ff.; ders., WuM 2002, 407ff. u. w.

² Zum Beispiel BGHZ 152, 121, 128f. = NJW 2003, 290, 292.

³ Zum Beispiel BGHZ 152, 121, 128f. = NJW 2003, 290, 292; BFHE 150, 524, 527, nicht beanstandet durch BVerfG, NJW 1994, 574, 575; Schoch/Schneider/Bier-Stelkens/Panzer, VwGO, 26. Aufl., § 1 Rn. 49.

⁴ Etwa BFHE 150, 524, 527 für die Fortführung eines unbestimmten Begriffs und der dazu ergangenen Rechtsprechung, nicht beanstandet durch BVerfG, NJW 1994, 574, 575.

⁵ BVerfG, NJW 2009, 1469 Rn. 101; Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009, S. 32; Schoch/Schneider/Bier-Stelkens/Panzer, VwGO, 26. Aufl., § 1 Rn. 49.

⁶ Oben Fn. 3.

⁷ Ablehnend BVerfGE 78, 20, 25 = NJW 1988, 1902; BAG, NZA 2005, 125, 126.

fähig ist.⁸ Umso wichtiger ist es, die methodische Zulässigkeit eines derartigen Arguments zu prüfen.

Um denkbare Unterschiede nicht zu übersehen, ist es sinnvoll, sich zunächst die einzelnen Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers vor Augen zu führen (B), bevor ihre Relevanz für die Festlegung des gesetzgeberischen Willens (C) untersucht werden kann. Sodann gilt es, die für die Auslegung verbleibenden Argumente mit den anderen in der Auslegung relevanten Elementen abzustimmen, nämlich einerseits mit anderen Argumenten über den gesetzgeberischen Willen (D) und andererseits mit den übrigen Auslegungsmethoden (E). All das zeigt, dass der Verweis auf die vorherige Rechtsprechung zwar durchaus als Argument zählen kann, dafür aber eine beträchtliche Hürde besteht (F). Ein abschließender Blick auf zwei Beispiele soll dies illustrieren (G).

B Die gesetzgeberischen Reaktionsmöglichkeiten

So zahlreich die einzelnen Gesetzgebungsakte sind, so vielfältig sind auch die dabei zu verzeichnenden Reaktionen des Gesetzgebers auf die bisherige Rechtsprechung. Zwischen einer schroffen Ablehnung und einer klaren Zustimmung gibt es die unterschiedlichsten Schattierungen. Wie sich der Gesetzgeber zur bisherigen Rechtsprechung verhält, ist daher zunächst eine Frage des einzelnen Gesetzgebungsaktes. Dafür ist der jeweilige Sachverhalt zu ergründen. Pauschale Annahmen können das nicht ersetzen. Jedoch lässt sich grob danach klassifizieren, ob der Gesetzgeber die bisherige Rechtsprechung im Grundsatz billigt (I.), sie ablehnt (II.) oder sich neutral zu ihr verhält (III.). Denkbar ist ebenso, dass er schweigt (IV.).

I Zustimmung

Die klarste Form der Aufnahme bisheriger Rechtsprechung in den gesetzgeberischen Willen ist die Zustimmung zu ihr. Das geschieht etwa, wenn der Gesetzgeber wie beim Wegfall der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB eine in der Rechtsprechung entwickelte Figur mit den dafür etablierten Begriffen kodifiziert. Ebenso mag er zwar eine neue Formulierung wählen, dabei jedoch versuchen, mit ihr die bisherige Rechtsprechung zusammenzufassen. Unzweifelhaft wird der Bezug auf die bisherige Rechtsprechung dabei dann, wenn der Gesetzgeber zur Erklärung der verabschiedeten Normen einzelne Urteile zitiert.

Die Zahl derartiger Übernahmen der Rechtsprechung⁹ zeigt, dass die von ihr entwickelten Figuren in vielen Konstellationen auch für die Politik mehrheitsfähig

⁸ Fleischer, Mysterium „Gesetzesmaterialien“, 2013, S. 42. Zur Kritik an der fehlenden Abstimmung methodischer Fragen Kähler, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl., 2011, S. 193f.

⁹ Paradigmatisch ist dafür die Schuldrechtsreform, siehe Fn. 1.

sind. Die Billigung durch den Gesetzgeber legt nahe, dass die Entwicklung neuer Rechtsfiguren durch die Gerichte meist nicht gegen seinen Willen erfolgt. Besonders deutlich ist dies, wenn die Materialien die Beantwortung ungeklärter Fragen ausdrücklich der Rechtsprechung und der Rechtswissenschaft überlassen. Das mag man als Ermächtigung zu einer Konkretisierung deuten. Allerdings folgt das nicht bereits aus dem Gebrauch konkretisierungsbedürftiger Begriffe.¹⁰ Denn aus dem Umstand, dass eine Konkretisierung erforderlich ist, ergibt sich weder, dass sie dem Gesetzgeber bewusst war, noch, dass er die Rechtsprechung oder die Rechtswissenschaft mit ihr betrauen wollte. Die Unausweichlichkeit einer Konkretisierung besagt nicht, dass der Gesetzgeber sie vorausgesehen hat.

II Ablehnung

Das Gegenteil der Aufnahme der Rechtsprechung in den gesetzgeberischen Willen ist deren Ablehnung. Sie ist das zentrale Instrument, um eine als problematisch empfundene Rechtsprechung zu korrigieren. Nicht immer muss damit eine Kritik an der Auslegung einer bisher geltenden Norm einhergehen. Diese Auslegung mag korrekt sein, jedoch aufgrund der Fragwürdigkeit der zugrunde liegenden Norm zugleich einen Änderungsbedarf anzeigen. Überdies kann sich die Reform darauf beschränken, für die Zukunft bestimmte Ergebnisse sicher zu stellen, ohne die bisherige Rechtsprechung zu würdigen. Schon daher muss in einer Derogation von Richterrecht keine Degradierung liegen, die den Dialog zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung beeinträchtigt oder gar die Autorität der Rechtsprechung zu untergraben droht.¹¹

Obwohl sich die direkte Ablehnung der bisherigen Rechtsprechung von einer Zustimmung auf den ersten Blick am stärksten unterscheidet, hat sie mit ihr eine wichtige Gemeinsamkeit: In beiden Fällen nimmt der Gesetzgeber zur bisherigen Rechtsprechung ausdrücklich Stellung, auch wenn das Vorzeichen dabei wechselt. Jeweils kann man eine bestimmte in der Rechtsprechung verankerte Norm angeben, auf die sich der gesetzgeberische Wille bezieht.

III Hinnahme

Anders als in den eben erwähnten Fällen ist die Hinnahme der bisherigen Rechtsprechung dadurch geprägt, dass sich der Gesetzgeber mit ihr nicht auf eine bestimmte Ansicht festlegt. Er verzichtet auf eine detaillierte Stellungnahme, indem er die Rechtsprechung weder billigt noch sie durch eine Korrektur ablehnt, gleich-

¹⁰ Siehe aber Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, S. 244; Hart, *The Concept of Law*, 1961, p. 141; Fleischer-Seibert (Fn. 8), S. 111, 121.

¹¹ So aber Fleischer-Wedemann (Fn. 8), S. 127, 133.

wohl aber erwähnt. Das kann an einer Fülle von Ursachen liegen, so etwa daran, dass er diese Rechtsprechung im Grundsatz für sinnvoll hält, zu den Einzelheiten aber nichts sagen oder die Entwicklung abwarten möchte, keine politische Mehrheit für eine Änderung findet oder ein Streit über sie in einer Kompromissformel¹² versteckt. Die spätere Änderung der bisherigen Rechtsprechung muss in diesen Fällen nicht gegen den gesetzgeberischen Willen erfolgen. Denn mit der Hinnahme einer Ansicht ist nicht notwendiger Weise die Ablehnung einer mit ihr konkurrierenden Ansicht verbunden.

Die Hinnahme der bisherigen Rechtsprechung ist von einer Zustimmung zu ihr abzugrenzen,¹³ weil es einen erheblichen Unterschied darstellt, ob man etwas akzeptiert oder lediglich toleriert. Nicht jedes Zitat in den Materialien bestätigt daher die damit in Bezug genommene Rechtsprechung. Der Gesetzgeber kann diese vielmehr auch lediglich referieren, um seine Position zu erläutern, oder als Entscheidung der Gerichte hinnehmen. Presst man allerdings seinen Willen in das Korsett aus Zustimmung und Ablehnung, wird diese Übergangsform unsichtbar. Urteilszitate werden dann vermeintlich zum Argument, die bisherige Rechtsprechung fortzuführen, weil sie mangels Ablehnung als Zustimmung gewertet werden. Diese gerät dann zur Fiktion. Allenfalls lässt sich eine Hinnahme so deuten, dass die bisherige Rechtsprechung den gesetzgeberischen Vorstellungen zumindest nicht grob zuwider läuft.

So ging der Gesetzgeber bei der 1998 erfolgten Reform von § 250 Abs. 1 StGB davon aus, dass die bisherige Rechtsprechung zum Einsatz eines nur scheinbar gefährlichen Werkzeugs weiterhin Bestand habe.¹⁴ Der BGH setzte diese Rechtsprechung tatsächlich fort, hielt dafür aber interessanter Weise diesen Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung nicht für maßgeblich.¹⁵ Vielmehr stützte er seine Ansicht auf deren Sachgerechtigkeit.¹⁶ Die bloße Erwartung, dass die Rechtsprechung fortgeführt wird, billigt diese generell nicht in einem ausreichenden Maße, als dass dies als eigenständiges Argument dienen könnte.

Erst recht lässt sich aus der bloßen Verwendung eines unbestimmten Begriffs nicht ableiten, dass der Gesetzgeber damit die von der Rechtsprechung schon bisher vorgenommene Konkretisierung dieses Begriffs hinnimmt oder gar billigt¹⁷. Denn es ist noch nicht einmal sicher, dass der Gesetzgeber die einzelnen Ansichten der Rechtsprechung kennt. Zu den Einzelheiten mag er unterschiedliche Positionen haben, ohne dies in den Materialien zu verdeutlichen. Sieht man in der Fortführung eines Begriffs hingegen dessen Billigung, drohte eine Versteinigung der Rechtsprechung. Jede Fortentwicklung in einer Einzelfrage müsste dann gegen den angeblichen gesetzgeberischen Willen erfolgen. Der Gesetzgeber müsste einen neuen Begriff verwenden, um die bisherige Konkretisierung zu verändern, selbst wenn sich die neue Rechtsprechung unter dem bisherigen Begriff zusammenfassen ließe.

¹² Fleischer-Seibert (Fn. 8), S. 111, 119.

¹³ Vgl. die Unterscheidung zwischen Hinnahme und Bestätigung durch BVerfGE 11, 126, 131 = NJW 1960, 1563, 1564; DtZ 1994, 148, 149 für den Parallelfall des Art. 100 GG.

¹⁴ Bt-Drucks. 13/9064, S. 18.

¹⁵ BGH, NStZ 2007, 332 Rn. 7.

¹⁶ BGH, NStZ 2007, 332 Rn. 7.

¹⁷ So hingegen BFHE 150, 524, 527; nicht beanstandet durch BVerfG, NJW 1994, 574, 575.

IV Schweigen

Die größten Fragen wirft das Schweigen des Gesetzgebers zur bisherigen Rechtsprechung auf. Es liegt zwar nahe, dass er vor einer Reform die bisherige Rechtsprechung untersucht, weil er nur so überprüfen kann, ob eine Gesetzesänderung erforderlich ist. Notwendig aber ist eine derartige Untersuchung nicht. Die Umsetzung europäischer Richtlinien etwa ist selbst dann erforderlich, wenn damit im Ergebnis keine Korrektur der bisherigen Rechtsprechung erfolgt, aber die Rechtslage nur durch die Verabschiedung neuer Normen ausreichend transparent wird.¹⁸ In diesem Fall kann der Gesetzgeber offen lassen, was die Rechtsprechung zu einer bestimmten Frage bisher entschieden hat und sich auf die Umsetzung europäischer Vorgaben beschränken. Das Schweigen ist in diesem Fall von einer Bestätigung der für die Gesetzgebung irrelevanten bisherigen Rechtsprechung weit entfernt.

Anders sind die Fälle gelagert, in denen der Gesetzgeber aufgrund fehlender europäischer Vorgaben in der Gestaltung des Rechts frei ist. Sieht er dabei das von ihm verfolgte Anliegen durch den aktuellen Rechtszustand als nicht gewährleistet an, mag damit eine implizite Kritik an der von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Ansichten einhergehen. Umgekehrt mag man die Kodifikation der bisherigen Rechtsprechung als Zustimmung zu ihr werten. Denkbar ist aber ebenso, dass der Gesetzgeber die Rechtsprechung und rechtswissenschaftliche Äußerungen¹⁹ zu einer bestimmten Frage trotz der Relevanz für die geregelte Frage übersieht oder sich einer Stellungnahme zu ihnen enthält, etwa weil ihre Interpretation innerhalb der Kommission oder des Ausschusses umstritten ist. Aus dem Umstand, dass eine Rechtsprechung für eine geregelte Frage einschlägig ist und eine Berücksichtigung daher zu erwarten war, folgt somit nicht, dass der Gesetzgeber ihr tatsächlich zustimmt. Das gilt umso mehr, als die Rechtsprechung meist sehr viel konkretere Regeln entwickelt, als sie im Gesetz verankert sind und dem Gesetzgeber vor Augen stehen. Vielfach ist zudem nicht einmal eindeutig, was genau der Stand der Rechtsprechung ist. Daher lässt sich aus dem Schweigen des Gesetzgebers zu einer bestimmten Rechtsprechung nicht ableiten, dass er sie in seinen Willen aufnimmt.²⁰

Gegen einen derartigen Schluss spricht des Weiteren, dass nur das als Gesetz gilt, was der Gesetzgeber verabschiedet hat, und nicht das, was er hypothetischer Weise gebilligt hätte. Umso mehr darf auch ein Schweigen in den Materialien nicht als Argument zu einem Thema zählen, zu dem der Gesetzgeber keine Stellung genommen hat. So wie sich Gesetze darauf beschränken können, *punktuell* zu einer Frage Stellung zu nehmen und keine umfassende Kodifikation eines Gebiets vornehmen müssen, so können sich auch die Materialien damit begnügen, die wesentlichen Gründe für die geänderten Normen darzulegen, ohne auf sämtliche von einer Re-

¹⁸ EuGH, Rs. 29/84, Slg. 1996, 01661 Rn. 21; Calliess-Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl., Art. 288 AEUV Rn. 32.

¹⁹ Siehe aber BGHZ 198, 64 = NJW 2013, 3035 Rn. 17, wo der BGH aus dem Schweigen zu einer in der Literatur geäußerten Kritik einer Ansicht ableitet, der Gesetzgeber habe diese fortgeführt.

²⁰ Vgl. BVerfGE 78, 20, 25 = NJW 1988, 1902 zur legislatorischen Übernahme einer höchstrichterlichen Interpretation.

form betroffene Fragen einzugehen.²¹ Es kann sogar Ergebnis kluger Zurückhaltung sein, auf die bisherige Rechtsprechung nicht einzugehen, wenn der Gesetzgeber über ihre Berechtigung unsicher ist und die Entwicklung offen halten möchte.²²

Schließlich spricht gegen die Wertung eines Schweigens als Zustimmung zur bisherigen Rechtsprechung, dass sich die vom Gesetz Betroffenen notgedrungener Weise an dessen Wortlaut orientieren müssen. Ihnen ist die Nachforschung, ob sich aus den Materialien etwas anderes ergibt, nicht zumutbar. Sie dürfen daher auf die Formulierung des Gesetzes vertrauen.²³ Erst recht können sie aus dem fehlenden Widerspruch zu einer etablierten Rechtsprechung nicht ableiten, dass der Gesetzgeber diese billigt. Denn insbesondere Laien ist eine solche Rechtsprechung kaum bekannt. Gerichte und Gesetzgeber führen daher keinen Dialog, in dem man voraussetzen kann, dass das Gegenüber die vorherigen Äußerungen wahrnimmt und man sie nicht zu wiederholen braucht. Vielmehr richtet sich das Gesetz in erster Linie an die Adressaten der jeweiligen Norm, deren Perspektive daher auch für die Auslegung maßgeblich ist.

Wollte man aus einem Schweigen des Gesetzgebers gleichwohl eine Zustimmung zur bisherigen Rechtsprechung ableiten, müsste sich dieser zu allen für eine Norm einschlägigen Fragen in den Gesetzesmaterialien äußern. Nur so könnte er dann eine Billigung der bisherigen Rechtsprechung vermeiden. Das schüfe weitgehende Äußerungsobliegenheiten. Sie wären bereits mit der Zahl gesetzgeberischer Projekte und der großen Zahl der zu zentralen Normen ergangenen Rechtsprechung nicht in Einklang zu bringen. Der Gesetzgeber steht jedoch bei der Verabschiedung eines Gesetzes nicht vor Gericht und unterliegt keiner Geständnisfiktion, wie sie etwa § 138 Abs. 3 ZPO für den Zivilprozess aufstellt. Für die demokratische Diskussion ist es unverzichtbar, dass die Parlamentarier ihre Vorstellungen authentisch zum Ausdruck bringen und damit auch verantworten können. Deshalb darf man sie nicht durch Äußerungsobliegenheiten belasten.²⁴

Dieses Ergebnis entspricht der Antwort auf die vergleichbare Frage, ob der Gesetzgeber bei einer Gesetzesreform eine von ihr nicht unmittelbar betroffene vorkonstitutionelle Norm in seinen Willen aufnimmt. Ist das der Fall, bestätigt er sie, sodass eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 GG in Betracht kommt.²⁵ Auch dabei genügt das Schweigen des Gesetzgebers zu einer Norm

²¹ So etwa BGHZ 110, 47, 56 = NJW 1990, 982, 984, der eine *bestimmte* Umgehung von § 52 AktG durch eine verdeckte Sacheinlage als unzulässig ansah, obwohl sich der Gesetzgeber gegen eine *pauschale* Beschränkung von Kapitalerhöhungen entschlossen habe.

²² Fleischer-Wedemann (Fn. 8), S. 127, 132 plädiert hingegen für die Klarstellung, ob eine Fortsetzung der bisherigen Rechtsprechung beabsichtigt ist.

²³ Klassisch für dieses Argument Heck, Problem der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., 1932, Neudruck 1968, S. 77f.

²⁴ § 76 Abs. 2 GOBT konkretisiert nicht die von ihm für Gesetzesentwürfe aus der Mitte des Bundestages vorgeschriebene Begründung. Eine andere Frage ist, ob einem Gesetz eine nachvollziehbare Konzeption und eine ausreichende Ermittlung von Tatsachen zugrunde liegen müssen, was sich in der Regel in den Materialien niederschlagen wird, dazu BVerfGE 127, 175, 226 (Ermittlung des Existenzminimums). Zu weiteren ausnahmsweise erforderlichen Begründungen Fleischer-Waldhoff (Fn. 8), S. 75, 79ff.

²⁵ BVerfGE 11, 126, 131 = NJW 1960, 1563, 1564; NJW 1993, 3557; BeckOK-GG-Morgenthaler, 21. Aufl., Art. 100 Rn. 12.

nicht, um ihr einen nachkonstitutionellen Charakter zu verleihen und damit zu bestätigen.²⁶ Das gilt ebenso für ein Schweigen des Gesetzgebers „zur bisherigen Rechtsprechung der Zivilgerichte“²⁷. Für die Aufnahme in den Willen des Gesetzgebers sind vielmehr besondere Voraussetzungen erforderlich wie etwa, dass die Norm neu verkündet, *im Gesetz* auf sie verwiesen wird oder ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen der unveränderten und einer erlassenen Norm besteht.²⁸

Ähnlich wie bei der Auslegung von Willenserklärungen²⁹ ist ein Schweigen daher nur ausnahmsweise berecht. Es gilt zwischen dem zu unterscheiden, was gesagt wurde, und dem, was auf eine bestimmte Frage gesagt worden wäre. Selbst wenn die Gesetzgebungsmaterialien auf eine bestimmte Vorstellung des Gesetzgebers hindeuten, unterscheidet sich eine derartige Andeutung von einer im Gesetz ausdrücklich formulierten Ansicht. Denn diese setzt einen bewussten Akt voraus, mit dem eine größere Identifikation einhergeht, als wenn die Ansicht nur anklingt. Auch die mögliche Kritik und damit einhergehende Kontrolle ist bei Andeutungen und stillschweigenden Annahmen kaum zu erwarten. Werden die Materialien in einem parlamentarischen Ausschuss beraten, wenden sich die Parlamentarier typischer Weise eher gegen die ihnen missfallenden Formulierungen als gegen Schlüsse, die man aus einem Schweigen zu anderen Fragen ziehen mag.

Bestenfalls ist das Schweigen zu einer Rechtsprechung daher ein Indiz dafür, dass der Gesetzgeber nicht den Willen hatte, diese zu ändern.³⁰ Aus einem Schweigen lässt sich dann nur auf das Fehlen eines Willens schließen, nicht hingegen auf eine positive Vorstellung, wie das Recht beschaffen sein sollte. So lehnte der BGH auch nach der Streichung der §§ 847 Abs. 1 S. 2, 1300 Abs. 2 a. F. BGB die Vererblichkeit eines Schmerzensgeldanspruchs ab.³¹ Dabei stützte er sich zwar auch darauf, dass der Gesetzgeber seiner Rechtsprechung in den Materialien nicht widersprochen habe.³² Dieses Schweigen war für die von ihm abgelehnte Vererblichkeit aber nicht maßgeblich.³³ Vielmehr folgte sie aus der Funktion des Schmerzensgeldes. Das Schweigen des Gesetzgebers widerlegte damit lediglich die Ansicht, dieser habe eine derartige Vererblichkeit beabsichtigt. Während man aus einem Schweigen damit unter Umständen auf das Fehlen eines Änderungswillens schließen kann, folgt aus ihm weder eine Bestätigung noch eine Ablehnung einer vorherigen Rechtsprechung.³⁴ Ebenso stellt der Gesetzgeber einen geltenden Grundsatz nicht in Fra-

²⁶ BVerfG, NJW 1960, 1563, 1565; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge-Ulsamer, BVerfGG, 43. Aufl., § 80 Rn. 81.

²⁷ BVerfG, NJW 1993, 3557, 3558.

²⁸ BVerfGE 11, 126, 131 = NJW 1960, 1563, 1564; BVerfGE 66, 248, 254; 70, 126, 129f.

²⁹ Vgl. dazu BGH, NJW 1995, 1281; MünchKommBGB-Busche, 6. Aufl., § 147 Rn. 6f.

³⁰ BVerwGE 57, 183, 186; BSG, BeckRS 1981, 05344 Rn. 19.

³¹ BGH, ZERb 2014, 260 Rn. 8ff.

³² AaO., Rn. 14ff.

³³ AaO., Rn. 17ff.

³⁴ Entsprechend Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 26. Aufl., § 80a Rn. 75a für das Redaktionsversehen bei der Verweisung von § 80 Abs. 3 S. 2 VwGO auf § 80 Abs. 6 VwGO, während das OVG Frankfurt (Oder), LKV 1998, 489 dieses Versehen als durch das 6. VwGO-Änderungsgesetz als durch Schweigen bereinigt ansieht.

ge, wenn er dessen Relevanz bei der Regelung einer von diesem Grundsatz erfassten Einzelfrage nicht thematisiert.³⁵

Das Schweigen zur bisherigen Rechtsprechung kann mehr oder weniger ausgeprägt sein. So mag sich der Gesetzgeber zu ihr zwar äußern, dafür aber eine Formulierung wählen, die undeutlich bleibt. Etwa hatte der BGH zur Hehlerei nach § 259 StGB zu entscheiden, ob diese auch nach der Gesetzesreform 1976 einen Absatzerfolg voraussetzt.³⁶ Das bejahte er mit dem Hinweis, dass die bisherige Rechtsprechung dies angenommen und der Gesetzgeber es als „von untergeordneter Bedeutung“ angesehen habe, dass neben dem Hilfeleisten beim Absetzen auch das Absetzen selbst im Gesetz aufgeführt sei.³⁷ Daher habe es der Gesetzgeber beim bisherigen Rechtszustand belassen wollen.³⁸

Eine derartige Folgerung steht indes auf dünner Grundlage. Denn die angeblich entschiedene Frage war in den Materialien nicht deutlich angesprochen. Überdies lässt sich die Formulierung, dass die unterschiedliche Erwähnung dieser Merkmale im Gesetz von untergeordneter Bedeutung sei, auch als begrenzte Anerkennung eines Unterschieds werten, den die Rechtsprechung eibnet. Die vagen Formulierungen ließen keinen Schluss auf den gesetzgeberischen Willen zu und kamen damit im Ergebnis einem Schweigen nahe.

C Der notwendige Bezug auf den Gesetzestext

Von der Frage, ob und wie der Gesetzgeber auf die bisherige Rechtsprechung reagiert, ist die Frage zu unterscheiden, inwieweit dies für die Festlegung seines Willens maßgeblich ist. Denn da es sich dabei nicht um einen natürlichen Willen handelt, bedarf es methodischer Regeln für die Entscheidung, was für die Auslegung als ein solcher Wille zählt. Das gilt selbst für die klarste Form der Zustimmung.

Spricht man etwa den parlamentarischen Materialien und der Gesetzgebungsgeschichte nur eine begrenzte Relevanz zu, bedarf es eines Anhaltspunkts im Gesetzeswortlaut, um einen gesetzgeberischen Willen anzunehmen. Anders ist es hingegen, wenn man dafür sämtliche Materialien wie Referentenentwürfe und Kommissionsberichte heranzieht. Die historische Frage, was die Ansicht der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten war, und die rechtliche Frage, von welcher gesetzgeberischen Ansicht man in der Auslegung ausgehen muss, sind daher nicht identisch.³⁹ Das gilt umso mehr, als die Gesetzgebungsmaterialien auch in ihrer Formulierung Gegenstand politischer Kompromisse sowie Strategien sind. So ist es etwa nach dem Bericht eines Referatsleiters im Justizministerium eine häufig anzutreffende Strategie, neue Regeln als Klarstellungen zu bezeichnen, um eine Rückwirkung zu

³⁵ So etwa BVerfGE 13, 290, 311 = NJW 1962, 437, 441 zur Geltung der Vertragsfreiheit im Rahmen von § 1356 BGB a. F.

³⁶ BGH, NJW 1977, 205.

³⁷ BGH, NJW 1977, 205, 206.

³⁸ BGH, NJW 1977, 205, 206.

³⁹ Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 338ff., 343, 345 hingegen identifiziert den Inhalt des Normsetzerwillens mit dem Norminhalt.

erreichen und Übergangsvorschriften zu vermeiden.⁴⁰ Ganz unvertraut dürfte das den Gerichten nicht sein, da auch sie mit Worten wie „Klarstellung“ und „Präzisierung“ Änderungen vornehmen.⁴¹ Reformen fallen offenbar leichter, wenn sie sich in das Gewand der Kontinuität kleiden lassen. Schon deshalb bedürfen die Verweise der Materialien auf die bisherige Rechtsprechung einer kritischen Würdigung, bevor man sie als deren Bestätigung wertet.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob eine derartige Bestätigung in den Materialien methodische Relevanz hat. Das hängt auf den ersten Blick zwar mit dem viel behandelten Streit zwischen der subjektiven und der objektiven Auslegungsmethode zusammen.⁴² Denn eine strikte objektive Theorie würde die Ansichten des Gesetzgebers von vornherein als unerheblich abweisen. Allerdings lässt sich diese Frage nicht mit den in diesem Streit angeführten abstrakten Argumenten entscheiden. Selbst wenn man der objektiven Theorie folgte und den gesetzgeberischen Willen für irrelevant hielte, bliebe offen, ob und wann man die Materialien zur Feststellung des gesetzlichen Inhalts heranziehen darf. Ähnliches gilt für die subjektive Theorie, der man folgen kann, ohne die Frage zu entscheiden, was im Einzelnen als gesetzgeberischer Wille zählt. Die konkrete Frage, ob eine Reaktion des Gesetzgebers auf die bisherige Rechtsprechung für die Auslegung eines Gesetzes relevant ist, steht und fällt daher nicht mit der abstrakten Entscheidung zwischen der objektiven und der subjektiven Theorie.

Etwa lässt sich das Argument, den gesetzgeberischen Willen gelte es aufgrund des Demokratieprinzips zu beachten,⁴³ sowohl für als auch gegen die Aufnahme der Rechtsprechung in den gesetzgeberischen Willen verwenden. Der Verweis auf diese Rechtsprechung zählt als Argument, wenn man davon ausgeht, noch so geringe Indizien genügen, um den für die Demokratie grundlegenden gesetzgeberischen Willen anzunehmen. Hingegen ist das Demokratieprinzip insoweit ein Argument gegen die Berücksichtigung der Materialien, als die Aufmerksamkeit damit auf den Gesetzeswortlaut gelenkt und der auf ihn ausgerichtete demokratische Prozess geschützt wird. Denn für die Verabschiedung eines Gesetzes bestehen aus gutem Grund hohe Hürden, die man nicht durch die Erhebung der Materialien zu verbindlichen Argumenten unterlaufen darf. Die Beschäftigung mit der konkreteren Frage, ob und wann die Reaktion des Gesetzgebers auf eine in der Rechtsprechung entwickelte Ansicht das Gesetz prägt, ist daher unvermeidlich.

Von der objektiven Theorie geprägt ist die gelegentlich vom Bundesverfassungsgericht vertretene Ansicht, dass eine gesetzgeberische Absicht im Gesetzeswortlaut einen Ausdruck gefunden haben müsse, um für die Auslegung berücksichtigt zu

⁴⁰ Fleischer-Seibert (Fn. 8), S. 111, 122.

⁴¹ Kähler (Fn. 8), S. 172ff.

⁴² Stellvertretend Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 328ff.; Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 177f.; Hassold, ZZP 94 (1981), 192ff.; Jestaedt, (Fn. 39), S. 345, 353; Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, Aufklärung über Justiz Bd. 2, 2008, S. 158ff.; Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann-Rüßmann, Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2003, S. 135, 142ff.; Fleischer (Fn. 8), S. 9ff.

⁴³ Hassold, ZZP 94 (1981), 192, 206; G. Wagner, in: FS Schumann, 2001, S. 535, 542.

werden.⁴⁴ Sie hat ihren Hintergrund in der Lehre, wonach nur die im Gesetz ausgesprochenen Gedanken „wahre Vorschriften“ seien, die dafür maßgebenden Gründe und Darlegungen aber irrelevant.⁴⁵ Die Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder seien nicht entscheidend.⁴⁶ Erklären lässt sich diese Skepsis gegenüber den Materialien mit dem Ablauf des parlamentarischen Verfahrens. Zur Abstimmung im Bundestag und Bundesrat steht allein der Gesetzentwurf, nicht aber seine Begründung.⁴⁷ Anders als die einzelnen Paragraphen⁴⁸ muss diese weder im Plenum diskutiert noch von einer Mehrheit getragen sein. Denkbar ist daher etwa, dass einzelne Parlamentarier die Begründung zwar für falsch halten, dem Gesetzentwurf aber zustimmen. Die Maßgeblichkeit der Begründung für die Auslegung lässt sich daher nur begrenzt auf den Gesetzgebungsakt stützen. Wollte man sie ohne Einschränkung berücksichtigen, drohte die Gefahr, dass eine Minderheit in ihr Regeln versteckt, denen die Mehrheit nicht zustimmen würde. Daher lassen sich gesetzgeberische Materialien nicht uneingeschränkt in der Auslegung berücksichtigen.

Allerdings rechtfertigt dies nicht den radikalen Schluss, sämtliche bei der Auslegung zugrunde zu legenden gesetzgeberischen Ansichten müssten im Gesetz einen Ausdruck finden. Anderenfalls würden so hohe Hürden für die Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens entstehen, dass dies mit dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG kaum vereinbar wäre.⁴⁹ Denn man würde sie in diesem Fall selbst noch dann übergehen, wenn sich eine parlamentarische Debatte angesichts der einhelligen Zustimmung zu einem Gesetzentwurf im beratenden Ausschuss erübrigt. Gleiches gälte für die Interpretation mehrdeutiger und vager Begriffe, die dann ebenfalls ohne Rücksicht auf die Gesetzesmaterialien zu interpretieren wären. Bei einem derartigen rigorosen Verständnis würden die Materialien weitgehend bedeutungslos und es käme trotz denkbarer Vagheit der gesetzlichen Formulierung allein auf den Gesetzeswortlaut an. Das überschätzt diesen ebenso wie es den zumindest in einigen Konstellationen hilfreichen Beitrag der Materialien zur Auslegung unterschätzt. Vor allem aber verkennt dies die Möglichkeiten, ohne Rücksicht auf den Kontext semantisch eindeutige Normen niederzulegen. Die Materialien sind trotz all ihrer Unzulänglichkeiten ein Teil dieses Kontextes. So schwach der Verweis auf die Materialien daher auch sein mag, ist er noch stark genug, um neben den anderen Methoden bestehen zu können.

⁴⁴ BVerfGE 11, 126, 131 = NJW 1960, 1563, 1564; NJW 1981, 39, 43; NJW 1983, 735, 738; NJW 2002, 1779, 1782; BGHZ 197, 21 = NJW 2013, 3437 Rn. 37. Diese Vorstellung findet sich auch schon zuvor, etwa bei Ennecerus/Nipperdey, AT, 15. Aufl., 1959, § 54, S. 325. Kritisch Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 7. Aufl., 2005, S. 434, Rn. 734.

⁴⁵ Klassisch etwa Schoeman, Handbuch des Civilrechts, 1. Bd., 1806, S. 79f.; dazu Ogorek, (Fn. 42), S. 49ff.

⁴⁶ BVerfGE 1, 299, 312; 10, 234, 244; 62, 1, 45; BGH, NJW 2012, 2958 Rn. 30; BGHZ 197, 21 = NJW 2013, 3437 Rn. 37.

⁴⁷ Siehe § 86 S. 1 GOBT.

⁴⁸ § 81 Abs. 2 S. 1 GOBT.

⁴⁹ Oben Fn. 43.

Betrachtet man die Rechtsprechung näher, so fällt auf, dass sie das Kriterium eines Ausdrucks im Gesetz ohnehin so weit versteht, dass von der objektiven Theorie wenig übrig bleibt.⁵⁰ So verweist etwa das Bundesverfassungsgericht auch dort auf die Verfassungstradition und die Materialien zum Grundgesetz, wo sie keinen erkennbaren Ausdruck im Text des Grundgesetzes gefunden haben.⁵¹ Beispielsweise nimmt es einen *generellen* Parlamentsvorbehalt für den Einsatz von Streitkräften an,⁵² obwohl der Wortlaut des Grundgesetzes wie in Art. 115a Abs. 1 S. 1 GG nur einen *punktuellen* Vorbehalt vorsieht und für eine generelle Geltung daher kein Anhaltspunkt im Text besteht. Zur Begründung heißt es, dass der Gesetzgeber bei der Streichung von Art. 59a GG nicht den Willen zu einer „Entparlamentarisierung des Streitkräfteeintritts“ gehabt habe,⁵³ was offenbar daraus folgen soll, dass er dies nicht in den Gesetzesmaterialien formuliert habe. Eine hypothetische Antwort auf eine in den Materialien nicht thematisierte Frage soll auf diese Weise eine fehlende Textgrundlage ausgleichen.

Eine derartig weitgehende Rolle der Materialien übergeht indes die zentrale Rolle, die der Gesetzestext für die parlamentarische Diskussion wie für die Befolgung des Rechts spielt. Die Materialien sind keine Nebengesetzgebung, sondern eine Erläuterung des verabschiedeten Gesetzestexts. Sollen sie als Argument dienen, muss daher ein nachvollziehbarer Bezug der in ihnen zitierten Ansicht zum verabschiedeten Gesetz bestehen. Äußern sich die Materialien zu einer Frage, die das zu verabschiedende Gesetz nicht regelt, leisten sie damit lediglich einen unverbindlichen „Diskussionsbeitrag“.⁵⁴ Erst recht gilt das für denkbare Antworten auf dort nicht thematisierte Fragen. Sie sind noch nicht einmal ein Diskussionsbeitrag, sondern eine mehr oder weniger fundierte Mutmaßung.

Aus diesen Gründen muss sich eine in den Materialien geäußerte Ansicht nachvollziehbar auf eine bestimmte Norm beziehen, soll sie für die Auslegung als Argument zählen. Anderenfalls fehlte ein Grund für ihre Verbindlichkeit. Einige Entscheidungen drücken dies durch die Formulierung aus, dass die für die Auslegung zu berücksichtigenden Äußerungen des Gesetzgebungsverfahrens im Gesetz einen „hinreichenden Niederschlag gefunden haben“⁵⁵ müssen. Das setzt voraus, dass der „Niederschlag“ nicht vollständig zu sein hat, sondern nur genügen muss. Ohne einen nachvollziehbaren Bezug haben die Materialien, für sich genommen, keine normative Relevanz, so aufschlussreich sie zur Ermittlung des Rechts auch sein mögen.

⁵⁰ Vgl. Fleischer (Fn. 8), S. 11.

⁵¹ Etwa BVerfGE 2, 124, 128 = NJW 1953, 497 zum abgelehnten Verwerfungsmonopol für vorkonstitutionelle Normen; BVerfGE 6, 32, 36f. zum umfassenden Verständnis der Handlungsfreiheit.

⁵² BVerfGE 90, 286, 383 = NJW 1994, 2207, 2217.

⁵³ BVerfGE 90, 286, 382 = NJW 1994, 2207, 2217.

⁵⁴ BGH, NJW 2006, 1340, 1341; NJW 2007, 364 Rn. 11 zur Zurechnung einer Haustürsituation nach § 1 HWiG a.F.; BKR 2006, 448, 449. Ferner BGH, NStZ 2007, 332 Rn. 7: „Auslegungshinweise“. Ähnlich bereits Schoeman (Fn. 45), S. 88, wonach der Gesetzgeber als „Privatinterprete“ erscheine; Larenz (Fn. 45), S. 329; BVerfGE 54, 277, 298.

⁵⁵ BGHZ 195, 257 = NJW 2012, 2958 Rn. 27ff.; BGHZ 197, 21 = NJW 2013, 3437 Rn. 36; NJW 2014, 2420 Rn. 70.

Diese Forderung nach einem nachvollziehbaren Bezug auf den Gesetzestext unterscheidet sich von der Andeutungstheorie, wonach zur Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens ein „auch nur unvollkommener Ausdruck“ im Gesetz erforderlich ist.⁵⁶ Denn eine Vielzahl der in den Materialien thematisierten Einzelfragen ist im Gesetzeswortlaut nicht angedeutet, obwohl sie sich auf ihn beziehen. Das gilt etwa für in den Materialien angesprochene Konkretisierungen abstrakter gesetzlicher Begriffe. Sie dienen aufgrund des gesetzgeberischen Willens als *ein* Argument, um Mehrdeutigkeiten aufzulösen. So lässt sich gegen das Argument, das Gesetz nenne ein konkretes Merkmal nicht und schließe es damit aus, einwenden, dass die Materialien eine weite Auslegung des abstrakten Begriffs vorsehen, die auch das konkrete Merkmal einbezieht.⁵⁷

Forderte man hingegen selbst für die zur Konkretisierung einer Norm herangezogenen Argumente einen Ausdruck im Gesetzeswortlaut, würde dies einen Anreiz zu einer Aufblähung der Gesetze schaffen. Der Gesetzgeber müsste dann seine Beweggründe im Gesetz niederlegen, damit sie in der Auslegung eine Rolle spielen können. Ähnlich wie bei den europäischen Richtlinien entstünde die Gefahr, dass die stereotype Aufzählung vager Fernziele die Prägnanz des Gesetzes beeinträchtigte.

Der notwendige Bezug der Materialien zum Gesetz ist gewahrt, wenn ein Vorschlag während des Gesetzgebungsverfahrens erörtert und abgelehnt wird.⁵⁸ Zwar findet er in der Textfassung keinen Ausdruck, da weder er noch seine Ablehnung dort erwähnt sind. Die Ablehnung müsste nach dem bisher vorherrschenden Kriterium eines Niederschlags im Text⁵⁹ daher für die Auslegung irrelevant sein. Jedoch lässt sich die Beschränkung des Gesetzes auf den verabschiedeten Text so deuten, dass damit eine weitergehende Fassung ausgeschlossen werden sollte. Mit dieser Beschränkung ist erklärbar, warum eine Norm nur in der verabschiedeten, nicht aber in einer erweiterten Form Gesetz geworden ist. Das genügt als ausreichender Bezug auf den Gesetzestext. Er verdeutlicht durch seine Beschränkung auf bestimmte Tatbestände hinreichend, dass damit andere Tatbestände nicht erfasst sind.⁶⁰ Man würde den gesetzgeberischen Willen ebenso wie die Rolle eines Gesetzestextes verkennen, wenn man diese Ablehnung mangels eines Ausdrucks im Gesetz als irrelevant behandelte.

⁵⁶ Hassold, ZJP 94 (1981), 192, 210; zur Kritik Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., 2008, S. 616; MünchKommBGB-Säcker, 6. Aufl., Einleitung Rn. 116ff.; Fleischer (Fn. 8), S. 19.

⁵⁷ So etwa BGH, NJW 1980, 2535, der das Ermöglichen eines Inverkehrbringens gefälschter Wertpapiere als Inverkehrbringen nach § 146 Abs. 1 Nr. 3 versteht, obwohl § 146 Abs. 1 Nr. 1 StGB zwischen dem Inverkehrbringen und dessen Ermöglichung unterscheidet. Zum fehlenden Ausschluss einer vom Wortlaut erfassten Fallgruppe aufgrund des Übersehens einer Frage BVerfG, NVwZ 2006, 807, 810.

⁵⁸ BGH, NJW 2014, 2651 Rn. 16; BSG, BeckRS 1981, 05344 Rn. 19; Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann-Rüßmann, Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2003, S. 135, 145. Weiter noch BVerwGE 129, 272 = BVerwG, NVwZ 2008, 318, 320 Rn. 42, das ein Schweigen als negative Regelung versteht, wenn der dazugehörige Sachverhalt dem Gesetzgeber nicht entgangen sein kann.

⁵⁹ Oben Fn. 44.

⁶⁰ Davon zu unterscheiden ist der Fall der Ablehnung eines Gesetzes, da dabei kein Gesetzestext besteht, der auslegbar wäre. Gegen eine Berücksichtigung einer derartigen Ablehnung Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge-Ulsamer, BVerfGG, 43. Aufl., § 80 Rn. 81.

Hingegen fehlt es am notwendigen Bezug einer Ansicht zum verabschiedeten Gesetz, wenn die Materialien sonstige Fragen thematisieren, die sich auf andere Gesetze beziehen. In diesem Fall haben sie einen ähnlichen Status wie Äußerungen aus der Rechtsprechung oder der Rechtswissenschaft. Sie sind ein Beitrag zur Diskussion um die überzeugendste Auslegung. Jedoch kommt ihnen unabhängig von ihrem argumentativen Gehalt keine normative Bedeutung zu. Selbst wenn der Gesetzgeber die Aufnahme der Rechtsprechung in seinen Willen beabsichtigt, scheitert er damit, sofern er sich nicht auf eine bestimmte verabschiedete Norm bezieht. So zentral das Gesetz für die Rechtslage ist, so begrenzt sind die Formen, mit denen sich der Gesetzgeber zu ihr verbindlich äußern kann. Die Zustimmung der Materialien zu einer Rechtsprechung zählt daher nur dann als Argument, wenn ein ausreichender Bezug zum Gesetzestext besteht.

Auch mit Rücksicht auf die Rechtsentwicklung sollte man vorsichtig mit der Annahme sein, der Gesetzgeber habe eine bestimmte ihm bekannte Rechtsprechung gebilligt. Zwar verleiht das dieser Rechtsprechung auf den ersten Blick eine höhere Autorität, da sie auf dem Umweg über die Gesetzgebung eine allgemeine Geltung erlangt, die ihr mangels Präjudizienbindung sonst fehlt. Dieser Aufstieg zur Autorität rächt sich jedoch in dem Moment, in dem eine Änderung der bisherigen Ansicht erforderlich erscheint. Gilt diese Ansicht dann als gesetzlich verankert, bedürfte es eines Gesetzes, um sie zu ändern.

D Die Abstimmung mit konkurrierenden Willenselementen

Nimmt der Gesetzgeber eine Rechtsprechung in seinen Willen auf, so ist sie für die künftige Auslegung gleichwohl nicht in jedem Fall maßgeblich. Denn daneben kann es auch andere Aspekte geben, die bei der Konstruktion des gesetzgeberischen Willens zu beachten sind. So wie eine Einzelperson vermag auch der Gesetzgeber, plurale Ziele zu verfolgen. Sein Wille ist kein monolithischer Block. Das ist für die Willensfeststellung deshalb von großer Bedeutung, weil diese Ziele einander sowohl abstrakt als auch in der Anwendung auf einen konkreten Fall widersprechen können.

Die abstrakten Ziele eines Gesetzes wie die Verfolgung bestimmter Interessen, die Abgrenzung von Freiheitssphären oder die Steigerung von Effizienz stehen einer bestimmten Rechtsprechung entgegen, wenn sich herausstellt, dass eine andere Ansicht diese Ziele besser befördert. Dann gerät der konkrete Wille zur Fortsetzung der bisherigen Rechtsprechung in Spannung zu diesen abstrakten Zielen. Für die Auslegung ist in dieser Konstellation zu entscheiden, was für den Gesetzgeber ein höheres Gewicht hat: die Verfolgung des abstrakten Ziels oder die Fortsetzung der bisherigen Rechtsprechung. Wie auch immer man dies beantwortet, ist das für die Auslegung zu berücksichtigende Gewicht des gesetzgeberischen Willens in dieser Konstellation geringer als in den übrigen Fällen. Denn dieser Wille spricht dann nur überwiegend und nicht einheitlich für die letztlich zugrunde gelegte Ansicht.

Stimmt der Gesetzgeber einer bestimmten Rechtsprechung zu, bedeutet das ebenfalls nicht, dass sie nach seinem Willen auf Ewigkeit fortzuführen ist. Denn er wird in aller Regel den erreichten Stand der Rechtsentwicklung nicht konservieren wollen. Vielmehr lässt sich die Zustimmung zu einer durch die Rechtsprechung geprägten Entwicklung so deuten, dass damit auch die Kompetenz zur weiteren Entwicklung anerkannt wird. Denn stimmt der Gesetzgeber nicht aus eigenen, unabhängig von den Gerichten gewonnenen Überzeugungen einer bestimmten Rechtsprechung zu, wird er auch in Zukunft der Fähigkeit der Gerichte zur Analyse der einzelnen Konstellationen vertrauen. Die weitere Entwicklung wird er kaum beenden wollen. In diesem Fall würde es daher seinem Willen widersprechen, wenn man ihn auf die Übernahme bestimmter Regeln begrenzen würde.

Die Billigung der konkreten Regeln kann daher zur Anerkennung der abstrakten Konkretisierungskompetenz in ein Spannungsverhältnis treten. Für die Gerichte hat das zur Konsequenz, dass sie sich zur Fortführung ihrer Rechtsprechung nur begrenzt auf deren Übernahme durch die Gesetzgebung berufen können. Vielmehr müssen sie sich die Sachgründe verdeutlichen, die für die ursprüngliche Rechtsprechung maßgeblich waren, und prüfen, ob diese auch weiterhin Bestand haben. Nur so nehmen sie ihre Konkretisierungskompetenz wahr, die der Gesetzgeber durch die Übernahme der Rechtsprechung anerkennt.

In besonderer Weise ist diese Offenheit für veränderte Konkretisierungen bei Regelungen erforderlich, die lediglich den Stand der Entwicklung zusammenfassen, diese aber nicht beenden sollen. Das gilt etwa für die von der Schuldrechtsreform kodifizierten Institute wie die culpa in contrahendo in §§ 280, 311 Abs. 2 BGB oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB. Sie müssen entwicklungs offen verstanden werden, sollen sie ihre Herkunft aus einer Fortbildung des Rechts nicht verleugnen, an der sowohl Rechtsprechung wie Rechtswissenschaft beteiligt waren⁶¹ und weiterhin bleiben sollen. So verlockend daher die Aufwertung der bisherigen Rechtsprechung durch ihre Aufnahme in den gesetzgeberischen Willen auch ist, so stark gilt es einer Versteinerung der Rechtsentwicklung vorzubeugen. Sie wäre nicht nur für die vom Recht verfolgten Ziele fatal, sondern widerspricht in aller Regel bereits dem gesetzgeberischen Willen.

E Die Abstimmung mit anderen Auslegungsmethoden

Steht die Aufnahme einer bestimmten Rechtsprechung in den gesetzgeberischen Willen fest, so bleibt die Notwendigkeit, dieses Argument mit den anderen für die Auslegung maßgeblichen Methoden abzustimmen.⁶² Zwar sind viele Entscheidungen davon geprägt, dass sämtliche Methoden für ein und dasselbe Auslegungsergebnis sprechen.⁶³ Jedoch ist das nicht zwangsläufig der Fall. Bezieht sich nämlich

⁶¹ Zusammenfassend Bt-Drucks 14/6040, S. 161f., 174.

⁶² Etwa BGH, NJW 1977, 205, 206 zur Änderung von § 259 StGB.

⁶³ Zum empirischen Nachweis bei Rechtsprechungsänderungen Kähler (Fn. 8), S. 137ff.

der gesetzgeberische Wille lediglich auf den Gesetzestext, ohne dass die bisherigen Regeln dort ausdrücklich niedergelegt sind, so kann der Wortlaut für eine abweichende Auslegung sprechen. Das gilt insbesondere für Konstellationen, in denen wie im Verjährungsrecht die Rechtssicherheit von besonderer Bedeutung⁶⁴ ist.

Vielfach wird allerdings die Ansicht vertreten, dass den Gesetzesmaterialien in der Regel keine ausschlaggebende Bedeutung zukomme.⁶⁵ Eine Norm müsse im Zweifel unabhängig von den Materialien ausgelegt werden, da sie gegenüber diesen eine selbstständige Rechtsquelle darstelle.⁶⁶ All das aber schließt die Berücksichtigung der Materialien nicht aus und betont lediglich die Bedeutung des Gesetzeswortlauts als authentischen Ausdruck des gesetzgeberischen Willens sowie als unverzichtbare Orientierungsgröße für den Rechtsverkehr. Ist der Wortlaut mehrdeutig, können die Materialien durchaus die Entscheidung beeinflussen, in welchem Sinn er zu verstehen ist.⁶⁷

Die Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens muss dabei nicht nach einem Alles-oder-nichts-Schema verlaufen. Vielmehr kann er je nach Klarheit der Formulierung, dem Gewicht etwaiger entgegenstehender Willenselemente sowie Methoden mehr oder weniger stark berücksichtigt werden. Das Reichsgericht sprach beispielsweise der Entstehungsgeschichte dann eine Bedeutung zu, wenn sie „umfassende Vorarbeiten“ betraf. Bei ihnen ließe sich anders als bei Gelegenheitsgesetzen annehmen, dass einer in der Beratung geäußerten Ansicht widersprochen werde, sofern es dazu einen Grund gebe.⁶⁸ Entsprechend wäre die Erwähnung einer Rechtsprechung in den Materialien ein umso stärkeres Argument, je detaillierter und klarer sie in Bezug genommen wird.

Ähnliche Gewichtungsregeln lassen sich für die übrigen Methoden aufstellen. Je eindeutiger zum Beispiel der Wortlaut ist, desto weniger gebieten die Materialien eine abweichende Auslegung. Je vager hingegen die Formulierung im Gesetz ist, umso stärker kommt es auf eine auch mit Hilfe der Materialien gewonnene Konkretisierung an. Die damit einhergehende Depotenzierung des gesetzgeberischen Willens mag der Vorstellung einer absoluten gesetzgeberischen Souveränität zwar als Kränkung erscheinen. Es ist aber lediglich die Konsequenz davon, dass man den Gesetzgeber zwingt, über bestimmte Normen seine Vorstellungen zu äußern. Soll das Recht herrschen, können Regeln erst dann verbindlich werden, wenn sie per Gesetz beschlossen und öffentlich verkündet werden.⁶⁹ Das trägt zur Kanalisierung und Fokussierung des gesetzgeberischen Willens bei, die zumindest abstrakt auch in seinem Interesse sein dürften. Überdies hilft dies, seine Stellungnahmen als das zu werten, was sie sind: Aussagen natürlicher Personen, die sich mehr oder weniger stark, mehr oder weniger klar und mehr oder weniger zweifelnd für oder gegen eine bestimmte Ansicht wenden können.

⁶⁴ BGHZ 59, 72, 74 = BGH, NJW 1972, 1460.

⁶⁵ RGSt 37, 333, 334; BGHSt 1, 158, 163; BVerfGE 1, 158, 163; 62, 1, 45; NJW 2005, 126, 129. Andererseits BVerfGE 90, 286, 382.

⁶⁶ RGSt 37, 333, 334.

⁶⁷ BVerfGE 1, 299, 312; BVerfG, NJW 1983, 103, 104; BGH, BeckRS 1959, 3120485; BFH, NJW 1998, 262, 263.

⁶⁸ RGSt 37, 333, 335; ähnlich BGHSt 1, 74, 76.

⁶⁹ Vgl. BGH, NJW 2006, 3208, 3210; Larenz (Fn. 42), S. 329.

Scheitert nach diesen Kriterien eine Aufnahme einer bisherigen Rechtsprechung in den gesetzgeberischen Willen, bedeutet dies nicht, dass diese Rechtsprechung damit bedeutungslos wird. Sie lässt sich dann lediglich nicht mehr als eigenständiges Argument heranziehen. Allein der Umstand, dass eine Ansicht in den Materialien steht, ist dann kein für die Auslegung relevantes Argument. Jedoch bleibt ihre Nutzung als Erkenntnisquelle möglich und sinnvoll,⁷⁰ um sich die Situation zu verdeutlichen, vor deren Hintergrund der Gesetzgeber tätig geworden ist. Das erweitert das Verständnis des gesetzgeberischen Vorgehens selbst dann, wenn daraus keine unmittelbare normative Konsequenz folgt. Erkennbar ist dies an den Erstkommentierungen zu Normen, die sich vielfach auf die gesetzgeberischen Materialien beziehen, diese Verweise dann aber nach und nach durch Rechtsprechungs- sowie Literaturzitate ergänzen und schließlich ersetzen.⁷¹ Das zeigt, dass diese Materialien nicht als Autorität dienen sollten, da diese mangels Gesetzesänderung unverändert bleiben müsste, sondern als Erkenntnisquelle, die mit anderen Erkenntnisquellen konkurriert.

F Zur Funktion der Aufnahmevoraussetzungen

Die dargelegten Voraussetzungen für eine Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung bilden eine beträchtliche Hürde. Es bedarf einer erkennbaren Zustimmung zu einer Rechtsprechung, die sich auf den Gesetzestext bezieht und sich gegenüber konkurrierenden Willenselementen und Methoden durchsetzt. Erst dann kann man von der Aufnahme der Rechtsprechung in den gesetzgeberischen Willen ausgehen und ihr auch im Ergebnis folgen.

Das deutet auf die Funktion dieser Voraussetzungen hin: Indem sie die Quellen filtern, die Eingang in die Auslegung des Rechts finden, reinigen sie zugleich die Argumente, die dann noch übrig bleiben. Das sind neben Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Teleologie und Systematik vor allem die rechtsethischen Sachargumente, die für oder gegen eine Norm und ihre Konkretisierung sprechen. Sie haben neben der Berufung auf den gesetzgeberischen Willen zumindest vor Gericht zwar einen schweren Stand. Denn steht einmal fest, dass eine bestimmte Ansicht dem gesetzgeberischen Willen entspricht, wird dies kaum ein Gericht für irrelevant halten und auf überwiegende Sachargumente verweisen. Zu nahe läge der Verdacht, dass das Gericht sich zum Gesetzgeber aufschwingt. Verdeutlicht man sich jedoch, dass auch dieser Wille nicht absolut ist, sondern mehr oder weniger stark ausgeprägt sein kann, wird verständlich, warum es auch auf derartige Argumente ankommt. Je strenger umgekehrt die Maßstäbe sind, die man an den Nachweis des gesetzgeberischen Willens stellt, desto besser gelingt die Konzentration auf die Sachargumente.

Je größer hingegen die Skepsis gegenüber den übrigen Methoden ausfällt, insbesondere teleologischen sowie rechtsethischen Argumenten, desto näher liegt es,

⁷⁰ Vgl. BVerfGE 54, 277, 297 f; weitere Nachweise oben Fn. 54.

⁷¹ Aufschlussreich etwa die Kommentierung zu § 181 in Planck/Strohal, BGB, 4. Aufl., 1913, im Vergleich zu der von Planck, BGB, 2. Aufl., 1898.

aus noch so vagen Andeutungen des Gesetzgebers Argumente für oder gegen eine bestimmte Auslegung zu gewinnen. Die Versuchung liegt dann nahe, insbesondere Sachargumente hinter einer Interpretation der Gesetzesmaterialien zu verbergen, statt – wie vielfach notwendig – einzuräumen, dass sich dort für die konkret zu entscheidende Frage angesichts ihrer Detailliertheit sowie der Allgemeinheit der gesetzgeberischen Ausführungen bestenfalls Andeutungen finden.

Ähnlich wie bei der Vertragsauslegung ist hierbei ein Zusammenspiel zwischen der Willenskonstruktion und der Sachargumentation zu finden.⁷² So wie sich das, was der Auslegende für richtig hält, zu einem gewissen Grade auf den Willen der Vertragsschließenden projizieren lässt, so erfolgt auch der Umgang mit den gesetzgeberischen Materialien häufig nicht, um sie ergebnisoffen zu würdigen, sondern um bestimmte Ansichten zu stützen. Aufgrund dieses Phänomens wird der Rückgriff auf sie bisweilen als Augenwischerei betrachtet.⁷³ Das jedoch hieße, das Kind mit dem Bade auszuschütten. Wendet man hingegen die dargelegten Kriterien an, ist der selektive und rein strategische Zugriff auf die Materialien begrenzt. Es scheiden die Verweise auf die bisherige Rechtsprechung aus, die sich nicht nachvollziehbar auf den Gesetzestext beziehen. Zudem ist der strategische Zugriff dann vielfach entbehrlich, weil man sich bei einer fehlenden gesetzgeberischen Stellungnahme auf die übrigen Methoden in der Gesetzesauslegung stützen kann.

G Anwendungsbeispiele

Zwei Beispiele mögen die Anwendung der dargelegten Grundsätze illustrieren. § 209 a.F. BGB sah die Verjährungsunterbrechung für den Fall vor, dass der *Berechtigte* vor Gericht die Befriedigung oder Feststellung eines Anspruchs begehrt. Eine Klage des Unberechtigten hingegen führte selbst bei nachträglicher Legitimation nicht zu einer Verjährungsunterbrechung.⁷⁴ Die Neukonzeption des Verjährungsrechts in § 204 BGB strich die Voraussetzung der Berechtigung. Die nunmehr an die Stelle der Verjährungsunterbrechung getretene Verjährungshemmung soll nach dem Wortlaut bereits mit der Erhebung der Klage beginnen. Der BGH führt jedoch seine zum früheren Recht entwickelte Rechtsprechung fort und verlangt für eine Verjährungshemmung nach wie vor, dass der Berechtigte klagt.⁷⁵ Zentrales Argument dafür ist, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB dem bisherigen § 209 Abs. 1 Nr. 1 BGB entspreche.⁷⁶

⁷² Im Einzelnen Kähler, *European Review of Private Law* 2014, 641, 643ff.

⁷³ Posner, *How Judges Think*, 2008, S. 350; siehe ferner Scalia, *A Matter of Interpretation*, 1997, S. 18, 29ff.

⁷⁴ BGH, NJW 1959, 338, 339; NJW 1980, 2461, 2462; NJW 1999, 3707; Reinicke/Tiedtke, JZ 1985, 890.

⁷⁵ BGH, NJW 2010, 2270 Rn. 38; zur Kritik Kähler, NJW 2006, 1769.

⁷⁶ BGH, NJW 2010, 2270 Rn. 38.

Nach den dargelegten Grundsätzen genügt dies nicht, um die bisherige Rechtslage sowie die bisherige Rechtsprechung unter der neuen Rechtslage fortzuführen. Die Vorstellung, dass die neue Rechtslage der bisherigen entspreche, ist pauschal in einem Satz formuliert,⁷⁷ ohne dass die konkrete Frage nach der Berechtigung des Klägers auch nur angesprochen wird. Bereits zum bisherigen Recht gab es eine Fülle von Fragen, etwa ob die Klage zulässig ist, ob die Berechtigung durchgehend bestehen muss und ob der Kläger diese offen zu legen hat.⁷⁸ Sie lassen sich differenziert beantworten, sodass dem Fortführungswillen aufgrund seiner fehlenden Konkretisierung ein geringes Gewicht zukommt.

Zweitens fehlt es an einem ausreichenden Bezug des Merkmals der Berechtigung zum Gesetzestext, sodass es sich in diesem Fall um eine unverbindliche Vorstellung⁷⁹ der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten handelt. Dort ist das Merkmal der Berechtigung ersatzlos entfallen. Ein Normbetroffener kann daher nicht erkennen, dass es auch weiterhin auf dieses Merkmal ankommt. Da es aber gerade in Verjährungsfragen auf Rechtssicherheit und damit eine schnelle Erkennbarkeit der Rechtslage ankommt, darf man die Betroffenen nicht darauf verweisen, aufgrund der Gesetzesbegründung die bisherige Rechtslage zu recherchieren, für die im Wortlaut jeglicher Anhaltspunkt fehlt. Schließlich hätte ein derartiger sich nicht auf den Gesetzestext beziehender Wille kein Gewicht gegenüber dem Wortlaut. Er könnte damit nicht rechtfertigen, dass die Inhaber eines Rechts aufgrund Verjährung eine Klageabweisung dulden müssen, obwohl sie im Zeitpunkt der Streitentscheidung berechtigt sind und bereits vor Eintritt der Verjährung geklagt haben.

Das zweite Beispiel betrifft eine Entscheidung zu § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 UKlaG, der nach Ansicht des BGH missglückt formuliert ist. Danach dürfen nur solche Verbände die Unterlassung einer AGB-Klausel verlangen, denen Gewerbetreibende angehören, die Waren oder Dienstleistungen „auf demselben Markt“ vertreiben. Das sei bei einem Verband zur Förderung gewerblicher Interessen nicht der Fall, da dieser nicht Wettbewerber der Unternehmen sei, gegen die sie vorgehen. Gleichwohl sei er klagebefugt. Das begründete der BGH u.a. damit, dass die Rechtsprechung zur Vorgängernorm des § 13 AGBG eine derartige Befugnis angenommen hätte und der Gesetzgeber dies nicht beanstandet habe.⁸⁰

Zwar mag man diese Korrektur des Gesetzeswortlauts im Ergebnis billigen. Jedoch lässt sich dies kaum darauf stützen, dass der Gesetzgeber zu einer früheren Rechtslage oder Rechtsprechung geschwiegen hat. Er äußert sich primär über Gesetze. Dabei ist er nicht verpflichtet, in den Materialien erneut zu bestätigen, dass diese Gesetze so gemeint sind, wie er sie formuliert hat. Der Bezug der Ansicht zum Gesetzestext bleibt unklar. Die Aufnahme dieser Rechtsprechung in den gesetzgeberischen Willen ist also auch in diesem Fall abzulehnen. Allenfalls mag man das Schweigen als Indiz dafür ansehen, dass die Materialien einen Irrtum des Gesetzgebers nicht widerlegen. Das fällt aber in der Auslegung kaum ins Gewicht.

⁷⁷ Bt-Drucks 14/6040, S. 113.

⁷⁸ Zur Übersicht siehe MünchKommBGB-Grothe, 4. Aufl., 2001, § 209 Rn. 13ff.; Palandt-Heinrichs, BGB, 61. Aufl., 2002, § 209 Rn. 9ff.

⁷⁹ Dazu BVerfGE 54, 277, 297f. sowie oben Fn. 54.

⁸⁰ BGHZ 152, 121, 128 = NJW 2003, 290, 292.

H Zusammenfassung

Reformiert der Gesetzgeber eine Norm, so kann er sich auf vielfältige Weise zur bisherigen Rechtslage und der zu ihr ergangenen Rechtsprechung verhalten. Die wichtigsten dieser Reaktionsmöglichkeiten sind die Zustimmung, die Ablehnung, die Hinnahme und das Schweigen. Die Aufnahme der bisherigen Rechtsprechung in den gesetzgeberischen Willen kommt in aller Regel nur bei einer ausdrücklichen Zustimmung in Betracht.

Zusätzlich bedarf es dann jedoch zweier weiterer Voraussetzungen. Die gebilligte Ansicht muss sich erstens nachvollziehbar auf den Gesetzestext beziehen. Zweitens darf sie weder durch andere Aspekte des gesetzgeberischen Willens noch durch andere Auslegungsmethoden verdrängt werden. Dafür kommt es nicht nur auf die Gewichtung des gesetzgeberischen Willens gegenüber den anderen Methoden an, sondern ebenso auf den Nachdruck, mit dem der Gesetzgeber seiner Vorstellung Ausdruck verliehen hat.

Erst wenn dieser Drei-Stufen-Test erfüllt ist, vermag der Verweis des Gesetzgebers auf eine bisherige Rechtsprechung, die Auslegung zu prägen. Problematisch ist die damit einhergehende Einschränkung nicht, da sie den Blick für die eine Norm tragenden Sachargumente freilegt. Sie sind es, die eine Gesetzesreform ebenso tragen sollten wie die Rechtsprechung auch.

Haftungsfreizeichnung im (internationalen) Auktionsgeschehen

Die „Buddha-Skulptur aus der Sui-Dynastie“ vor dem BGH

Andreas Kappus

Inhaltsverzeichnis

A	Zueignung: Ein Gemälde	267
B	Peter Derleder zu Kunstkäufen bei Auktionshäusern	269
C	Die Buddha-Skulptur: Aus fremder Welt	269
D	Das Judikat des BGH: „weltfremd“?	272
I	Transnationalität des Sachverhalts und die AGB-Einbeziehungsfrage	273
1	Rechtsvergleichender kollisionsrechtlicher Ansatz	273
2	Traditioneller kollisionsrechtlicher Ansatz	275
II	Das (überraschende) Verdikt des BGH zur Haftungsfreizeichnung	276
1	Das Begründungsspektrum	276
2	Hinterfragen der vom BGH angeführten Quellen	278
3	Ein Blick in die Schweiz	281
4	Einliefererangaben	281
III	Vom Verständnis der Freizeichnungs-AGB des Auktionshauses Zeller	282
IV	Zu möglichen Hintergründen der Buddha-Entscheidung	285
E	Fazit	286

A Zueignung: Ein Gemälde

Farben können eine Herzensangelegenheit bedeuten. Wer wüsste das besser als der Jubilar: Grün-weiß! Sein Grün¹ fällt teils kräftig aus, teils kommt es nach „celeste“,

Dr. A. Kappus (✉)

Poppe & Kappus Rechtsanwälte, Schriftleiter der Neuen Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht (NZM), Frankfurt am Main, Deutschland
e-mail: Kappus.Andreas@beck-frankfurt.de

¹ S. <http://www.werder-fanshop.de>

jener elegant-zarten Mischung aus grün und blau – „helles Türkis“² – der Radtraditionsmarke BIANCHI. Mein Rennmodell „Via Nirone“³ zieren, eher dezent, auch kleine weiße Lackabschnitte, am Gabelkopf prangt das Unternehmenslogo: der gekrönte Adler⁴, den man in Frankfurt a. M. verbreitet auch „auf der Brust“ trägt.⁵

Mietrechtler, der *Peter Derleder*⁵ nun einmal auch ist, verbinden mit Farben und den Lehren dazu Schönheitsreparaturzusammenhänge, und zwar bis hin zum *BGH*: „Lindgrün“ – mit dem Klammerzusatz „zartes“ – wurde dort verworfen, weil „zu vielen Einrichtungsarten (potenzieller Mieter) nicht passen(d)“.⁶ „Weiß“ geht (fast) immer, nur nicht als Auszugsrenovierungsverpflichtung; denn: nur „dezent“⁷ brauche es zuzugehen in deutschen Wohnungen, was mit Blick auf das Gemeinte – würde man die Elle „klar und verständlich“ aus dem Transparenzgebot in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB anlegen – verstörend wirkt. Grün also: Kräftiger Farbton⁸ soll nicht gehen, volles Rot nach Frankfurter Art⁹ auch nicht, „kunterbunt“¹⁰ erst recht nicht. Ob eine kräftig bunte Außenhaut – etwa das Ochsenblutrot eines Stilaltbaus – Abweichungen vom (ein wenig spießigen) Standard in Weiß oder dezent, zumindest aber farbliche Nachahmungen derlei markanter Außengestaltung im Wohnungsinnen verträgt, ist noch offen. Immerhin lässt hoffen, dass mutigere Gerichte das dekorative Herausstellen einzelner Wände oder auch nur von Wandteilen mittragen,¹¹ selbst wenn der *BGH*¹² sich auch insoweit freudlos gezeigt hat. Wer es indes auch raumbezogen „zu bunt treibt“, wird, weil solcher Wohngeschmack als Individualitätsausdruck nun partout in kein Großzügigkeitsschema passen will, auf kein Verständnis hoffen dürfen.¹³

² Quelle: [http://de.wikipedia.org/wiki/Bianchi_\(Unternehmen\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Bianchi_(Unternehmen)) mit Abbildungen.

³ <http://fotos.rennrad-news.de/p/8814>

⁴ Abbildung bei Marchesini, BIANCHI – Die Geschichte der großen italienischen Fahrradmarke, 2005, S. 152.

⁵ Allein in NZM, deren Mitherausgeber er seit Ausgabe 24/1998 ist, hat Peter Derleder, in jedem der bisher 17 Jahrgänge vertreten, eine beeindruckende Zahl an Beiträgen – auch zum WEG – veröffentlicht: 21 Aufsätze, 5 Urteilsbesprechungen, 1 Praxistipp und 5 Rezensionen.

⁶ BGH, NJW 2008, 2499 Rn. 16, jedenfalls wenn nach der (Formular-)Gestaltung im Einzelfall wirksam „neutral“ geschuldet ist.

⁷ BGH, NJW 2011, 514; kritisch Kappus, NJW-Editorial zu Heft 15/2011, weil die Klausel nur auf „Decken, Fenster, Türen“ gemünzt war.

⁸ KG, NZM 2005, 664 (u. a. zu [moos-]grün).

⁹ Jedenfalls nicht im Elternschlafzimmer nach LG Frankfurt a. M., NZM 2007, 922. In der Allgemeinpresse wird gleichwohl die Frage gestellt: „Darf ein knalliges Rot die Wände zieren?“; s. Budras/Scherf, „Streitfall Miete“, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung Nr. 21 vom 25.5.2014, S. 30.

¹⁰ BGH, NZM 2014, 72 (zu „rot, gelb, blau“).

¹¹ AG Landshut, WuM 2008, 625 = BeckRS 2014, 00045 („insbesondere Rottöne“ als „derzeit ... übliche Gebrauchsspuren“; allerdings waren dem Mieter keine Dekorationslasten auferlegt worden, weshalb der Vermieter wegen Beschädigung der Mietsache Schadensersatz geltend machte). LG Frankfurt a. M., NZM 2007, 922; LG Berlin, NZM 2007, 801 („Harry-Potter-Bordüre“ im Kinderzimmer als Attribut des Zeitgeistes); AG Berlin-Schöneberg, GE 2013, 1659.

¹² BGH, NZM 2014, 72 (die Doppelhaushälfte war „in weißer Farbe frisch renoviert übernommen“ worden).

¹³ AG Berlin-Schöneberg, GE 2009, 55.

B Peter Derleder zu Kunstkäufen bei Auktionshäusern

Die Pracht der Farbe: Sie signalisiert vielen Zeitgenossen eher Künstlerisches. Und so zweige ich an dieser Stelle, bevor Dekorationszusammenhänge Überhand nehmen, in einen Bereich ab, zu dem sich der Jubilar – gerade mit Blick auf die spätere Buddha-Entscheidung des *BGH* einschlägig – bereits im Jahr 2004 geäußert hat: Zum Kunstauktionsgeschehen, konkret zur Gestaltung von Kunstauktions-AGB nach der Schuldrechtsmodernisierung. Da die, wie sich erweisen sollte, visionäre Äußerung in einem Leserbrief zu einem NJW-Aufsatz¹⁴ enthalten und deshalb in der heute schwer zugänglichen Quelle „NJW-aktuell“¹⁵, dem regelmäßig nicht mit gebundenen NJW-Umschlag, abgedruckt ist, sei die maßgebliche Passage des Briefes hier wiedergegeben:

„Die bisherigen Gewährleistungsausschlüsse der Auktionshäuser, die der *BGH* im Jawlensky-Fall (*BGH*, NJW 1975, 970) auf der Basis des § 242 BGB und später nach § 9 AGBG (NJW 1980, 1619) gebilligt hat und die *Wertenbruch* weiterhin für zulässig hält, werden durch das neue Schuldrecht insofern in Frage gestellt, als eine mangelhafte Lieferung nunmehr eine zum Schadensersatz führende (regelmäßig fahrlässige) Pflichtverletzung darstellt und ein Haftungsausschluss für schuldhaftes Pflichtverletzung auf die Grenze des § 309 Nr. 7b BGB (keine wirksame Freizeichnung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit) und des diese Wertung gem. § 310 I 2 BGB aufnehmenden § 307 BGB stößt. Daher ist den Auktionshäusern dringend zu raten, wie andere Warenanbieter eine Gewährleistungsausschlussklausel zumindest durch den Vorbehalt der Haftung für grobe Fahrlässigkeit zu ergänzen. Wer ganz sicher gehen möchte, mag auch noch einen Vorbehalt für den Fall des Vorsatzes, des arglistigen Verschweigens und der Beschaffenheitsgarantie aufnehmen, obwohl solche Vorbehalte nach altem Recht nicht notwendig waren und sich auch heute von selbst verstehen.“

Bereits an dieser Stelle, es wird darauf zurückzukommen sein, ein grundlegenden Hinweis zum Verständnis der Buddha-Entscheidung des *BGH* aus 2013: Der *VIII. Senat* wird sein Verdikt mit § 309 Nr. 7a BGB („Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit“) begründen – und sich dafür auf Quellen stützen, die erst deutlich später bekannt geworden sind. *Peter Derleder* wird nicht angeführt. Und auch er konnte sich seinerzeit für die Kunstauktion offenbar keine Umstände vorstellen, die *sachmangelbedingt* zu derartigen Schäden bei Kunden eines Kunstauktionshauses führen können.

C Die Buddha-Skulptur: Aus fremder Welt

Mit dem „Buddha aus der Sui-Dynastie“ hat es folgende Bewandnis, wobei sich der tiefere Sachverhalt erst dann erschließt, wenn neben der *BGH*-Entscheidung insbesondere auch die Entscheidungen des *OLG München*¹⁶ und des *LG Mün-*

¹⁴ Wertenbruch, NJW 2004, 1977 („Gewährleistung beim Kauf von Kunstgegenständen nach neuem Schuldrecht“). Just aus diesem Beitrag zitiert das LG München I als 1. Instanz im Buddha-Fall!

¹⁵ NJW-aktuell Heft 37/2004, S. XVIII (betitelt „Kunstkäufe bei Auktionshäusern“).

¹⁶ OLG München, NJW 2012, 2891.

chen I¹⁷ herangezogen werden. Denn der BGH hat eine eher knappe Darstellung gewählt und damit fallwichtige Umstände, namentlich die grenzüberschreitende Dimension des Falles, ausgespart. Im (elektronisch weiterhin ansteuerbaren) Katalog zur „103. Internationalen Bodensee-Kunstauktion (3.–5.12.2009)“ des Traditionsauktionshauses *Michael Zeller*, Lindau am Bodensee, gegründet 1893 und nach dem Jahr 1980 nun schon zum zweiten Mal öffentlichkeitswirksam vor dem BGH,¹⁸ ist unter „Buddhas und Tempelfiguren“ mit Losnummer 1131 eine Buddha-Skulptur abgebildet¹⁹ mit folgender Beschreibung unterhalb einer grau unterlegten Überschrift „Sitzender Buddha.“:

„Dhyana Asana, Hände fehlen. Marmor mit Wurzelspuren. China, Sui-Dynastie, 581–618, H 40 cm. Es handelt sich wahrscheinlich um den historischen Buddha Sakyamuni. Der regelmäßige Verlauf der ziemlich flachen Falten und das enge Anliegen des Gewandes am Körper entsprechen noch dem nördlichen Ch'i-Stil. Museal!

Ausrufpreis 3.800 Euro.“²⁰

Die Skulptur wird dem in Zürich²¹ wohnhaften Kläger, der zur Auktion eigens anreiste,²² nach Angabe des Auktionshauses²³ für 16.500 Euro (zuzüglich Aufgeld nach den Gerichtsangaben, insgesamt für 20.295 Euro) zugeschlagen. Diesen Preissprung wird man auktionsgeschehenstypischen Umständen zuschreiben dürfen: Entweder einem von freien Marktkräften getragenen Bietergefecht, getreu der *Sigmund Freud* zugeschriebenen Erkenntnis: „Der Preis sagt nichts über den Wert eines Kunstwerkes aus, sondern nur etwas über die Gier des Sammlers“²⁴ – oder seines Vermittlers?²⁵ Oder haben – verborgene – Kräfte das konkrete Auktionsgeschehen gesteuert mit dem Ziel der unlauteren Preistreiberei, wobei solche Mechanismen auch auf Bieterseite vorkommen: Man nennt das Phänomen eine

¹⁷ LG München I, BeckRS 2012, 16285.

¹⁸ BGH, NJW 1980, 1619 (das Porträtmalerei „Gesicht in verwandter Cranach'scher Manier“ zierte den Katalogtitel zur 17. Bodensee-Kunstauktion). Zum aktuellen Cranach-Fälschungsskandal s. Kanning, SZ Nr. 265 vom 18.11.2014, S. 30.

¹⁹ Über <http://www.zeller.de/de/katalog/auktion-103-dez-09/suche-im-auktionskatalog-nr-103-dez-09/kategorie/buddhas-und-tempelfiguren> ansteuerbar; Abbildung auch in Handelsblatt Nr. 196 vom 11./12./13.10.2013, S. 65.

²⁰ Die Wiedergabe der Katalogangaben, nach dem Anklicken der grau hinterlegten Überschriftszeile „Sitzender Buddha.“ mit „Info“ bezeichnet, weicht beim BGH in zwei (zu vernachlässigenden) Details von der im Zeller'schen Internetauftritt ansteuerbaren Darstellung ab: im BGH-Umdruck steht – statt „Dhyana“ – „Dhyan“ und – statt „Ch'i-Stil“ – „Ch'i-Stil“.

²¹ Detail hinzugesetzt zur Sachverhaltsdarstellung zu OLG München im Abdruck NJW 2012, 2891.

²² Detail bei LG München I, BeckRS 2012, 16285.

²³ Angabe auf der Zeller'schen Homepage.

²⁴ Völcker-Hanstein, Was kostet Kunst? Ein Handbuch für Sammler, Galeristen, Händler und Künstler, S. 140, 144. Aktuelle Beispiele bei Baumer, SZ Nr. 164 vom 19./20.7.2014, S. 14, u. a. zum Werk „Lasset die Kindlein zu mir kommen“, das sich wegen der Möglichkeit eines Rembrandts von 18.000 auf 1,25 Mio. Euro steigerte.

²⁵ Nach Medienberichten zur Verhaftung des Kunstvermittlers Helge Achenbach soll dieser den Aldi-Erben Berthold Albrecht bei Kunstgeschäften über 120 Mio. Euro binnen drei Jahren (!) um ca. 18 Mio. Euro übervorteilt haben; s. B. Pofalla, FAS Nr. 27 vom 6.7.2014, S. 31. In diesem Zusammenhang wird der Künstler Gerhard Richter zitiert, „auf dem Kunstmarkt gebe es keine Kriterien mehr“; s. SZ Nr. 158 vom 12./13.7.2014, S. 14 und Nr. 164 vom 19./20.7.2014, S. 14.

„Kippe“, ein Bieterkartell?²⁶ Mangels Anhaltspunkten im Buddha-Fall kann insofern freilich nichts unterstellt werden.²⁷

Die Kaufpreisabwicklung erfolgt in Schweizer Franken, weshalb vor dem *LG* auch eine Wechselkursschwankung eine Rolle spielte. Nach Übergabe der Skulptur erhält der Erwerber auf Nachfrage nach deren Herkunft eine, wie sich später herausstellt, unzutreffende Bestätigung des Inhalts, die Skulptur sei um 1920 von einem Expeditionsmitglied mitgebracht worden. Im Auktionskatalog zur 103. Internationalen Bodensee-Kunstauktion ist bei anderen, auch in der Beschreibung des Loses unmittelbar vor der hier relevanten Los-Nummer 1131, folgende Angabe zu finden: „aus der Sammlung eines französischen Diplomaten, erworben während einer Südostasien-Expedition in den frühen 1920er-Jahren“. Dieser Umstand könnte die Hartleibigkeit des Auktionshauses *Zeller* im Buddha-Fall, statt den Erwerb kulant rückabzuwickeln, erklären helfen: Es geht – synergetisch – auch darum, die Zuverlässigkeit des nach Bemerkern der 1. Instanz, dem *LG München I*, Mehrfacheinlieferers des Auktionshauses *Zeller*, einer guten „Quelle“ also, überprüft zu bekommen! Und auch Los-Nummer 1141 („buddhistischer Reliquienbehälter“) soll angeblich aus der Sui-Zeit stammen.

Als beim Züricher Ersteigerer Echtheitsbedenken auftauchen, die ein Privatsachverständigengutachten erhärten, nimmt der Erwerber – nach vergeblicher Klage gegen den (vom Auktionshaus verwiesenen) Einlieferer – das Auktionshaus u. a. auf Rückabwicklung des Erwerbsvertrags und Erstattung der von ihm aufgewendeten Gutachtenkosten (1339,51 Euro) in Anspruch. Die der Auktion zu Grunde liegenden Versteigerungsbedingungen des später beklagten Auktionshauses enthalten folgende Bestimmungen:

2. Grundlagen der Versteigerung

- a) Die Versteigerung ist freiwillig und öffentlich i. S. d. § 383 Abs. 3 BGB. Sie wird durch das Auktionshaus als Kommissionär im eigenen Namen für Rechnung der Einlieferer durchgeführt, die unbenannt bleiben.
- b) Die zur Versteigerung kommenden Gegenstände können vor der Auktion besichtigt und geprüft werden. Die Sachen sind gebraucht. Sie werden in dem Zustand versteigert, in dem sie sich bei der Auktion befinden. Die Katalogangaben sind nach bestem Wissen und Gewissen vorgenommen, sie sind aber nicht Teil der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit der Gegenstände; das gleiche gilt für deren Bezeichnung beim Aufruf. Beeinträchtigungen des Erhaltungszustands sind nicht in jedem Falle angegeben. Die im Katalog genannten Preise sind Limite, keine Schätzwerte ...

²⁶ Zur „Preisexplosion“ bei einem vom Augsburger Auktionshaus Rehm zunächst für unscheinbar gehaltenen Orientteppich, der bei Christie's später „durch die Decke ging“ (Aufruf 900 Euro, Zuschlag 19.700 Euro, Schätzwert Christie's wenige Monate später 200.000–300.000 Britische Pfund, Zuschlag bei 6,2 Mio. Britische Pfund; dazu Elmenhorst/Schmidt-Thomé, Wie eine Fatamorgana – Preis, Wert und Sorgfaltstandards im Auktionshandel, ansteuerbar unter <http://www.artnet.de>), s. OLG München, DS 2014, 218, die Haftungsklage abweisend.

²⁷ Nach Angaben von Beckmann/Kräkel/Schauenberg, ZfB 67 (1997), 41, 54, 57 kommt Preistreibe-
rei in ca. der Hälfte aller Losumsätze vor. Überblick zu diversen Techniken solcher Unlauterkeit
im Auktionsgeschehen bei Graf v. Westphalen-Kappus, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke,
Auktionsbedingungen (Stand der Überarbeitung Dezember 2012), Rn. 7.

7. Gewährleistung, Haftung

- a) Der Käufer kann gegen das Auktionshaus keine Einwendungen oder Ansprüche wegen Sachmängeln erheben. Das Auktionshaus wird jedoch begründete Mängelrügen, die ihm innerhalb einer Frist von 1 Jahr seit Übergabe der Sache vom Käufer angezeigt werden, gegenüber dem Einlieferer geltend machen, wenn der Käufer die dafür notwendigen sachlichen und rechtlichen Voraussetzungen nachweist.
- b) Die Haftung des Auktionshauses auf Schadensersatz für Vermögensschäden, gleich aus welchem Rechtsgrund, ist ausgeschlossen, es sei denn, dem Auktionshaus liege Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last.
- c) Objekte mit einem Aufrufpreis bis 100 Euro sind von Reklamationen wegen Sachmängeln ausgeschlossen.²⁸

Nr. 7c der Auktions-AGB fehlt in der *BGH*-Darstellung.

D Das Judikat des BGH: „weltfremd“?

Wenn die Rezeption einer höchstrichterlichen Entscheidung in der deutschen²⁹ Literatur das Testat „weltfremd“ ausstellt,³⁰ ist der Jurist elektrisiert: Der *BGH*, konkret dessen *VIII. Zivilsenat*, glatt durchgefallen? Die zitierte Kritik bezieht sich auf das Unwirksamkeitsverdikt des *VIII. Senats* über den Haftungsausschluss in den *Zeller*'schen Auktions-AGB. Doch der Reihe nach vorgehend ist zunächst den AGB-Einbeziehungsfragen nachzugehen, was weder in den Gerichtsentscheidungen noch in der den Buddha-Fall begleitenden Literatur unternommen worden ist: Denn wenn die Auktions-AGB nicht wirksam Vertragsbestandteil geworden sind, brauchen sie auch nicht geprüft (und verworfen) zu werden. Das nimmt die Grundregel zu jeder BGB-Klauselkontrolle auf: „AGB prüft man von vorn nach hinten und von hinten nach vorn“, somit in der Reihenfolge von § 305 BGB (mit der Bereichsvorschrift § 310 BGB) bis § 306a BGB (Umgehungsverbot) und sodann von §§ 308, 309 BGB nach § 307 BGB: erst Einbeziehungs- und Umgehungsverbotskontrolle, dann Inhaltskontrolle.

²⁸ Detail wiedergegeben bei OLG München und im Abdruck NJW 2012, 2891.

²⁹ Für Österreich an mehreren Stellen auf die Buddha-Entscheidung des BGH zurückkommend und im Kern das deutsche Modell auf die österreichische Situation übertragend Pfeffer/Rauter-Reis, Handbuch Kunstrecht, 2014, 4. Kap. („Auktionsrecht“) Rn. 4/119ff. („Gewährleistung und Haftung des Versteigerers“), der dafür maßgeblich auf – auch neueste – deutsche Rechtsprechungs- und Literaturquellen zurückgreift. Er lässt offen, ob nach der Buddha-Entscheidung die BGH-Rechtsprechung aus BGHZ 63, 369 (Jawlensky) und NJW 1980, 1619 (Bodenseekunstauktion I) aufrechterhalten werden kann (Rn. 4/134). – Die Rezeption deutscher Rechtsprechung in Österreich vollzieht sich im Übrigen etwa auch in der Miete mit Blick auf Schönheitsreparaturen: OGH, NZM 2013, 458 (zur „Endausmalverpflichtung“).

³⁰ Raue/Hollenders, GRUR 2014, 98, 99 (sub 2b); ähnlich, indes ohne Vertiefung, Elmenhorst, ZUM 2014, 34, 35: „Juristisch mag das zutreffen, lebensnah aus Sicht der Kunstauktionen ist dieser Lösungsweg [über § 309 Nr. 7a BGB, Erg. des *Verf.*] sicherlich nicht.“. – Über das BGH-Ergebnis ohne eigene AGB-rechtliche Bewertung berichtend Graf v. Westphalen, NJW 2014, 2242, 2248; Zöbeley, MDR 2014, 254, 257. – Zustimmend („Urteil . . . gesetzestreu“) indes, wenn auch ohne nähere Begründung, Garbers-v. Boehm, GRUR-Prax 2013, 504.

I Transnationalität des Sachverhalts und die AGB-Einbeziehungsfrage

Kraft Nr. 9 der vereinbarten Auktions-AGB, die der *BGH* im Tatbestand zwar wiedergibt, ohne aber in den Entscheidungsgründen darauf zurückzukommen, so als sei mit der Tatbestandserwähnung alles Notwendige zur Anwendbarkeit deutschen Sachrechts gesagt, „gilt ausschließlich deutsches Recht. Das UN-Abkommen zu Verträgen über den internationalen Warenkauf (CISG) wird nicht angewandt.“ Das *OLG München* folgert aus Satz 1 der Regelung, Satz 2 erwähnt es erst gar nicht, die Anwendbarkeit des deutschen Sachrechts gemäß Art. 29 Abs. 3, 27 Abs. 1 EGBGB. Das *LG München I* leitet seine „sachliche Zuständigkeit“ aus § 39 ZPO her, kollisionsrechtliche Erwägungen gibt es nicht kund, womöglich auch ein Indiz für ein Phänomen, das mit „Heimwärtsstreben“ des Forumrichters zu dem ihm (besser) vertrauten Forumrecht umschrieben wird: Die Angst vor unbekanntem fremden Recht ist verbreitetes Motiv für einen „kollisionsrechtlichen Home Run“. Dass die Vertragsparteien – umgekehrt – für ihren reinen Inlandsvertrag (ohne jeden Auslandsbezug) Zuflucht zu einem ausländischen Recht nehmen wollen, ist kein bloß akademischer Fall.³¹

1 Rechtsvergleichender kollisionsrechtlicher Ansatz

Wählt man, welchen Blick *Peter Derleder*³² auch gern öffnet, einen alternativen Ansatz zur Auflösung von Rechtsnormkollisionen in grenzüberschreitenden Sachverhalten, nämlich einen am (*materiellen*) Sachrecht der in Betracht kommenden Rechtsordnungen orientierten, und sucht folglich nach einer möglichen gemeinsamen Rechtsüberzeugung (als der auch im Blickwinkel der Rechtsvergleichung überzeugendsten Lösung einer zu untersuchenden Rechtsfrage³³), stellt sich eine über Mechanismen des Völkerrechts – in Gestalt von Einheitsrecht wie z. B. dem UN-Kaufrecht – oder des Internationalen Privatrechts (IPR) zu bereinigende Konfliktsituation gegebenenfalls nicht (mehr). Solcher, auf „conflict avoidance“ zielender Ansatz³⁴ bedeutet praktisch, die sich im Buddha-Fall stellenden zentralen Fragen – AGB-Einbeziehung und Haftungsfreizeichnung – nach deutschem und schweizerischem Recht zu untersuchen, damit jener „Irrgarten des IPR“³⁵ erst gar nicht betreten werden muss.

Das deutsche Recht zur Einbeziehung von AGB im Allgemeinen als bekannt voraussetzend fällt der Blick mithin in die Schweiz, genauer an den Wohnsitzort des Buddha-Ersteigerers (und Klägers), nach Zürich. Auch in deutscher Spezialli-

³¹ Ausführlich Alpa, *Revue internationale de droit comparé* 1/2014, 33–51. Praktisch bei *LG Hamburg*, BeckRS 2014, 19646 – Pay Pal.

³² S. seine Bearbeitung des Mietrechts im „Alternativkommentar zum BGB“, 1979ff.

³³ Kadner Graziano, *ZEuP* 1/2014, 204, 211.

³⁴ Kappus, *RIW* 1990, 788.

³⁵ Fränkel, *RabelsZ* 4 (1930), 241.

teratur zu Auktions-AGB³⁶ wird auf den insoweit instruktiven Triptychon-Fall des *Schweizerischen Bundesgerichts (BG)*³⁷ verwiesen, woraus erhellt, was am Auktionsstandort Zürich gepflegt wird: Das betroffene Auktionshaus vergab an jeden Auktionsteilnehmer eine gesonderte Bieternummer und ließ sich die Geltung seiner AGB für das Auktionsgeschehen bei dieser Gelegenheit unterschriftlich bestätigen. Reiste nun der Buddha-Ersteigerer in Kenntnis solcher Praxis an seinem Wohnsitzort nach Lindau, um dort – wider Erwarten – auf eine andere Einbeziehungsmechanik zu treffen? Immerhin gaben in Deutschland jedenfalls bis in die Mitte der 1990er Jahre knapp 20 % der Auktionatoren in der Saalauktion ihre AGB vor Versteigerungsbeginn überhaupt nicht bekannt,³⁸ welcher Umstand im professionellen Auktionsgeschehen – das Aktionshaus *Zeller* ist nach Angaben des *LG München I* Mitglied in „diversen Verbänden“ (u. a. im Bundesverband Deutscher Kunstversteigerer e. V., Ergänzung des *Verf.*³⁹), also ist ein erheblicher Professionalisierungsgrad zu unterstellen – überwunden gewesen sein wird. Und sonst genügt, wenn man einen Geltungshinweis seitens des Auktionators zu Beginn der Versteigerung oder vor jedem Losausruf für untunlich hält, der deutlich sichtbare Aushang im Saal, § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB.⁴⁰ Die Auktionskatalogauslage selbst genügt im Verbraucherverkehr ohne Hinweis darauf, dass sich die relevanten AGB darin befinden, nicht, selbst wenn die Parteien in der Vergangenheit bereits geschäftlichen Kontakt miteinander gehabt haben sollten.⁴¹ Sicherheitshalber ist zudem – herausgehoben – auf die konkrete Katalogseite zu verweisen.⁴²

Die Zumutbarkeit der Kenntnisnahme von AGB ist auch in der schweizerischen Rechtsprechung ein anerkannt zentraler Umstand bei der AGB-Einbeziehung, und zwar auch für den Unternehmensverkehr. Und wenn im Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts, neben der Hinweispflicht, eine „gemäßigte Textverschaffungspflicht“ vertreten wird, wonach ein Zugänglichmachen von AGB im Internet (download oder Ausdruckfähigkeit gewährleistend) ausreicht, solange sichergestellt ist, dass der Vertragspartner der elektronischen Kommunikation (konkulent) zugestimmt hat,⁴³ so trifft diese Einschätzung auf das interne Sachrecht der Schweiz in gleicher Weise zu, wie das *BG*⁴⁴ Mitte 2013 bestätigt hat in einem deutsch-

³⁶ Graf v. Westphalen-Kappus, (o. Fußn. 27), Auktionsbedingungen Rn. 9.

³⁷ BGE 112 II, 337.

³⁸ Beckmann/Kräkel/Schauenberg, ZfB 67 (1997), 41, 47.

³⁹ Quelle: <http://www.artnews.de/regional/86ak.htm>

⁴⁰ BGH, NJW 1985, 850 (zum Unternehmensverkehr).

⁴¹ BGH, NJW 1996, 1819. Für Reise-AGB enthaltende Urlaubskataloge, wenn die Reiseanmeldung ohne näheren Hinweis, wo diese zu suchen sind, auf die „Reise- und Zahlungsbedingungen ... (als) Vertragsinhalt“ verweist, vergleichbar BGH, NJW 2009, 1486 Rn. 12.

⁴² So z. B. für im Urlaubskatalog abgedruckte Reise-AGB Graf v. Westphalen-Kappus (o. Fußn. 27), Allgemeine Reisebedingungen (Stand der Überarbeitung Februar 2014) Rn. 32, 34 a. E.

⁴³ Wolf/Lindacher/Pfeiffer-Hau, AGB-Recht, 6. Aufl. (2013), IntGV Rn. 73. Jüngst LG Kleve, BeckRS 2014, 12748 („Hinterlegen“ im Internet genügt nicht).

⁴⁴ BGE 139 III, 345 (Anforderbarkeit über Faxabruf genügt danach aber nicht!; im Fall ging es um die wirksame Einbeziehung einer Gerichtsstandsklausel).

schweizerischen Fall, in dem die Vertragsparteien per E-Mail miteinander kommuniziert hatten.

Der rechtsvergleichende Ansatz für die Auflösung einer Rechtsnormkollision könnte im Buddha-Fall folglich durchaus tragen. Indes haben es die deutschen Gerichte versäumt, die für den Transport der gegenständlichen Auktions-AGB in das Versteigerungsverhältnis notwendigen Anknüpfungstatsachen mitzuteilen. Das für eine AGB-Einbeziehung erforderliche deutsche Sprachverständnis wird sich bei einem Auktionsteilnehmer mit Wohnsitz in Zürich vernachlässigen lassen.⁴⁵

2 Traditioneller kollisionsrechtlicher Ansatz

Dem deutschen Kollisionsrecht vorrangiges Einheitsrecht in Gestalt des UN-Kaufrechts, dessen Anwendung (auch) in der Revisionsinstanz „in vollem Umfang zu überprüfen“ ist,⁴⁶ ist „bei Versteigerungen“ nicht anwendbar, Art. 2 lit. b CISG. Die Vorschrift erfasst sowohl private als auch öffentliche Versteigerungen und macht bereits deshalb Sinn, weil im Auktionsgeschehen die auslandsbezogene Relevanz oft nicht erkennbar werden wird (s. Art. 1 Abs. 2 CISG) und damit für den Verkäufer eine „Rechtsüberraschung“ einhergehen kann.⁴⁷ Derlei Bereichsausnahme vom Einheits- oder harmonisierten Recht ist, nimmt man etwa das unionsrechtliche Fernabsatzrecht, geronnen zu § 312d Abs. 4 Nr. 5 BGB und dort bezogen auf das Widerrufsrecht, mit in den Blick, nichts weiter Ungewöhnliches. Nr. 9 Satz 2 der *Zeller*’schen Auktions-AGB kommt damit allenfalls eine – zutreffende – deklaratorische Funktion zu, die indes im Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts sehr wohl konstitutive Bedeutung hätte, weil die Wendung „Es gilt ausschließlich deutsches Recht“ mit Blick auf die richtige Überzeugung zu Art. 6 CISG *keine wirksame Abbedingung* des Einheitsrechts bedeuten würde. Denn diese Wendung wäre auch – nur – dahin interpretierbar, dass keine fremden *Sachrechte* anderer Staaten anwendbar sein sollen, wozu jedenfalls nach deutsch-rechtlichem Verständnis des inländischen Rezeptionsakts zum UN-Kaufrecht als einer völkerrechtlichen Konvention auch das UN-Kaufrecht selbst – und zwar mit Anwendungsvorrang in grenzüberschreitenden Sachverhalten vor BGB und HGB – gehören würde, also eine Abwahl des UN-Kaufrechts stets *expressis verbis* zu verlangen ist.⁴⁸

Das Zurückgreifen des *OLG München* auf Art. 29 Abs. 3, 27 Abs. 1 EGBGB lässt indes ein Fragezeichen zurück: Denn beide Vorschriften wurden durch das „Gesetz zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Ver-

⁴⁵ Dazu BGH, NJW 1996, 1819 (Versteigererverkehr Deutschland/Frankreich betreffend: voneinander abweichende AGB deutsch/englisch, Verhandlungssprache englisch, englische AGB-Fassung wird zu Grunde gelegt).

⁴⁶ Schlechtriem/Schwenzer-Ferrari, CISG, 6. Aufl. 2013, Art. 1 Rn. 76.

⁴⁷ Schlechtriem/Schwenzer-Ferrari (o. Fußn. 46), Art. 2 Rn. 30.

⁴⁸ Dazu jüngst BGH, NJW-RR 2014, 1202. Ausführlicher Text für eine Abwahlklausel international vereinheitlichten Rechts bei Kappus, NJW 1994, 984, 985 (sub III 1).

ordnung (EG) Nr. 593/2008“ vom 25.6.2009 mit Wirkung zum 17.12.2009 aufgehoben!⁴⁹ Befand sich das *OLG München* also „im Irrgarten des IPR“ (nach *Fränkel*, o. bei Fußn. 35) oder ist solche – vom Ergebnis aus betrachtet – Lässlichkeit Indiz für eine fiskalpolitisch motivierte Minderausstattung des Gerichts mit einer aktuellen Rechtsquellensammlung? Immerhin ist dem Zitat von Art. 29 Abs. 3 EGBGB aber zu entnehmen, dass das *OLG* den Buddha-Erwerbsvertrag als *Verbrauchervertrag* qualifiziert hat, was den Rückschluss erlaubt, dass der Kläger die Skulptur in den Augen der *OLG*-Richter zu (rein) privaten Zwecken erworben hat. Ersetzt worden sind die ausgelaufenen EGBGB-Bestimmungen durch die „Rom I-Verordnung“ der Europäischen Union als einem so genannten „loi uniforme“, also einer Rechtsnorm mit Wirkungsanspruch auch außerhalb der EU-Mitgliedstaaten wie gegenüber der Schweiz (Art. 2 Rom I-VO). Auch wenn das Prinzip freier Rechtswahl der Parteien beim Vertrag mit Auslandsbezug erhalten blieb (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Rom I-VO), hat sich die maßgebliche Bestimmung zur Anknüpfung von Verbraucherverträgen – Art. 6 Rom I-VO – spürbar verändert, ohne die Rechtswahlmöglichkeit zu verstellen: Unter bestimmten Voraussetzungen bleibt dem Verbraucher der Schutz zwingender Normen seines Aufenthaltsstaates – hier der Schweiz – erhalten. Dazu zählt etwa, dass der Unternehmer – das Auktionshaus – seine Tätigkeit auf irgendeine Weise auf diesen Staat (Schweiz) oder auf mehrere Staaten (hier Österreich) einschließlich dieses Staates hin „ausrichtet“. Das könnte im Dreiländereck am Bodensee durch das Veranstalten „Internationaler“ Kunstauktionen – zudem mit Abwicklung des Kaufpreises in Schweizer Franken wie im Buddha-Fall – nach der Rechtsprechung von *EuGH* und *BGH* durchaus in Betracht kommen.⁵⁰

II *Das (überraschende) Verdikt des BGH zur Haftungsfreizeichnung*

1 Das Begründungsspektrum

Das *LG München I* weist die Rückabwicklungsklage ab, das *OLG München* gibt ihr statt: In seinem Leitsatz stellt es eine nach § 305c Abs. 1 BGB überraschende und nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessene Vertragsgestaltung heraus: Der Ersteigerer, wenn er – im Ergebnis der Klauselgestaltung an den Einlieferer der Buddha-Skulptur verwiesen – an einem erfolgreichen Vorgehen des Auktionshauses selbst gegen den Einlieferer nicht – das Erlangte auskehrend – beteiligt werde. Gewährleistungsrechtlich vollzieht sich eine Rechtlosstellung. Stichwort ist eine fehlende „Haftungsbrücke“ zum die Umstände seines eigenen Erwerbsvorgangs

⁴⁹ S. Art. 1 Nr. 4 dieses Gesetzes, das den Fünften Abschnitt Erster Unterabschnitt „Vertragliche Schuldverhältnisse“ des EGBGB insgesamt aufgehoben hat (BGBl I 2009, 1574).

⁵⁰ Zur vergleichbaren Konstruktion in EU-Gerichtsstandsfragen (auch hier „ausrichten“) s. *EuGH*, Slg. I 2010, 12570 = *NJW* 2011, 505 Rn. 93 – Heller; *BGH*, *NZM* 2013, 551 Rn. 19 – „Wij spreken Nederlands!“ (mit den Beispielen internationaler Charakter der Tätigkeit des Gewerbetreibenden, Bereitstellen einer Anfahrtsskizze aus anderen Staaten heraus oder Drittwährungsangaben). S. weiter Vorabentscheidungsersuchen des III. Zivilsenats des *BGH*, BeckRS 2014, 13042.

besser kennenden, die Risiken also auch besser beherrschen könnenden Einlieferers.⁵¹ Der *VIII. Zivilsenat* des *BGH* – sein Vorsitzender überraschte damit bereits in der mündlichen Verhandlung am 10.7.2013⁵² – zieht die „Reißleine“ ganz früh und braucht sich deshalb mit Haftungsbrücken zum Einlieferer hin nicht weiter zu beschäftigen. Er sieht in der Regelung, dass der Erwerber gegen das Auktionshaus *Zeller* keine Einwendungen oder Ansprüche wegen Sachmängeln erheben kann, einen Verstoß gegen § 309 Nr. 7a BGB, weil sich solcher „Gewährleistungsausschluss auch auf etwaige Schadensersatzansprüche des Ersteigerers gemäß § 437 Nr. 3 BGB wegen Körper- und Gesundheitsschäden infolge des Mangels“ erstrecke:⁵³

„Entgegen der von der Revision in der mündlichen Verhandlung vor dem *Senat* geäußerten Auffassung ist auch nicht ersichtlich, dass solche mangelbedingten Schäden durch die zur Versteigerung kommenden Gegenstände schlechthin nicht entstehen könnten. Denn die Versteigerungsbedingungen lassen nicht erkennen, dass bei den vom Beklagten veranstalteten Auktionen nur solche Gegenstände zur Versteigerung kämen, bei denen eine mangelbedingte Gefährdung von Körper und Gesundheit der damit in Berührung kommenden Personen von vornherein generell ausgeschlossen wäre.“

Der letzte Begründungssatz ist wenig präzise gefasst: Zunächst kommt es im relevanten Zusammenhang allein auf die 103. Internationale Bodensee-Kunstauktion an und nicht auf andere – vorherige oder spätere – des Auktionshauses *Zeller*, also auf dessen geschäftliche Aktivität im Übrigen;⁵⁴ denn die jeweils eingesetzten AGB-Fassungen mögen differieren und war auch nicht im Unterlassungsklageverfahren nach UKlaG zu entscheiden. § 309 Nr. 7a BGB setzt auch (noch) nicht bei „Gefährdung“, von der der *Senat* schreibt, sondern erst bei „Verletzung“ an. Hinzu kommt in der Vorschrift das beim *BGH* fehlende Schutzgut „Leben“, so als sei das auch in seiner Vorstellung mangelfolgebedingt in der Kunstauktion nicht „gefährdet“. Warum in der Konsequenz der *BGH*-Ansicht eigentlich nicht, fragt sich der Leser spontan, wenn ein „in Berührung“-Kommen mit einem Auktionsgegenstand – gemeint ist wohl der körperliche Kontakt – Körper und Gesundheit soll „gefährden“ können. In der Tierauktion etwa, man kann sich leicht eine dem Einlieferer oder Auktionshaus bekannte Neigung eines Pferdes zum Auskeilen vorstellen, welcher Tiermangel bei ungünstigem Verlauf einer Verletzungsfolge bis zum Tod führen kann.⁵⁵ Oder wenn eine der boomenden Oldtimer-Auktionen⁵⁶ in Rede steht; dann ist man ohnehin nahe bei realen Mangelfolgeschadensszenarien!

⁵¹ Kurios war der Jawlensky-Fall (BGHZ 63, 369) insoweit, dass der beim *BGH* „durchgefallene“ Käufer später erneut einen Absatzversuch über ein anderes Auktionshaus, diesmal mit einem Aufschlag von 50 % (!), unternahm und dazu die früher selbst angezweifelte Gutachten bemühte; so berichtet bei Braun, AcP 90 (1990), 182, 188.

⁵² S. Mues, FAZ Nr. 160 vom 13.7.2013, S. 41.

⁵³ *BGH*, NJW 2013, 3570 Rn. 16.

⁵⁴ Das verkennt Schwab, JuS 2014, 550, 551 in seiner Besprechung der Buddha-Entscheidung ebenso wie der *BGH*.

⁵⁵ So im (Reiserechts-)Fall *BGH*, NJW 2000, 1188 (zweiter *BGH*-Durchgang BGHZ 161, 79) – Hengst „Mistral“.

⁵⁶ Auch dort hat das Fälschen Konjunktur; s. Koenen, Mobile Fälscher, Handelsblatt Nr. 161 vom 22.8.2013, S. 22.

Auch erhellt nicht, welche Schadensszenarien dem *Senat* angesichts der konkreten Losliste für die 103. Internationale Bodensee-Kunstauktion für seine Satz gewordene Ansicht tatsächlich vorschwebten; dafür lässt er den geneigten Leser zu sehr im Dunkeln, keine Andeutung entfährt ihm. Ist z. B. das mangelbedingte Herabfallen eines Bildes – weil dessen Aufhängung oder sein Rahmen sich als nicht tragfähig erweist – auf einen Kunden während der Vorbesichtigung gemeint? Oder eine ätzende Farbe/Substanz, die bei Kontakt Ersteigerers Hand verletzt? Oder der (erst recht über den nachgereichten falschen Herkunftsnachweis als einer [post-]vertraglichen Pflichtverletzung mitbewirkte) Schockschaden, als der Züricher Kunstfreund, seine Neuerwerbung feiernd, von einem sachkundigen Gast auf eine plumpe Fälschung hingewiesen wird?⁵⁷ Dagegen setze man die *Paul Gauguin* zugeschriebene Wendung: „Kunst ist entweder Plagiat oder Revolution“.⁵⁸

2 Hinterfragen der vom BGH angeführten Quellen

Der *VIII. Zivilsenat* hält den Gewährleistungsausschluss mit der kurzen und, wie dargelegt, präzisieren Ansprüchen an eine höchstrichterliche Entscheidung nur eingeschränkt genügenden Begründung insgesamt für unwirksam. Für dieses Ergebnis beruft er sich auf insgesamt vier Quellen: drei aus eigener Feder, beginnend mit dem Senatsurteil vom 15.11.2006.⁵⁹ Das wird indes im amtlichen Leitsatz 2 mit der Wendung „Bestätigung von BGH“ nur durch die dem amtlichen Entscheidungsumdruck – und der online-Fassung – beigegebenen Aktenzeichen als Linie des Senats verklausuliert, statt sich offen zu „Bestätigung von Senat“⁶⁰ zu bekennen! Die vierte Quelle entstammt einer Kölner Dissertation von 2012.⁶¹

⁵⁷ Ausführlich zu diesem Schadensbild (in Abgrenzung vom allgemeinen Lebensrisiko) unter § 823 BGB BGH, WM 2014, 1397 – Information über unheilbare vererbliche Krankheit des Ehemannes (Chorea Huntington) durch den von seiner Schweigepflicht entbundenen Arzt gegenüber seiner Ehefrau und Mutter zweier Kinder, die in Depression verfällt und arbeitsunfähig wird, weil die Kinder zu 50 % Wahrscheinlichkeit ebenfalls erkranken können (Zurechnungszusammenhang verneint); BGHZ 172, 263 (verneint für Rettungshelfer beim „Geisterfahrer“-Unfall). Fälle aus dem Reiserecht bietet Jaeger, RRA 2010, 58, 63.

⁵⁸ Entnommen bei Suter, Der letzte Weynfeldt, 2009, S. 93.

⁵⁹ Bei Rn. 17 (BGH, NJW 2013, 3570) zählt der Senat auf: BGHZ 170, 31 Rn. 21; BGH, WM 2010, 938 Rn. 18; NJW 2013, 2584 Rn. 15f.

⁶⁰ So in NJW 2014, 292 (Urteil zur Mieterhöhung vom 6.11.2013, also durchaus im zeitlichen Kontext der Buddha-Entscheidung ergangen, allerdings in personell unterschiedlicher Zusammensetzung des Senats; nur der Vorsitzende Ball und sein Stellvertreter Frellesen, beide mittlerweile altersbedingt aus dem Senat ausgeschieden, wirkten an beiden Entscheidungen mit). Da Fachzeitschriften regelmäßig Daten und Aktenzeichen von Entscheidungen im Abdruck entfernen, gerät dieser Zusammenhang beim Fachpublikum leicht aus den Augen und versteht der den Hintergrund nicht Überblickende den Leitsatz z. B. im NJW-Abdruck als „die herrschende Rechtsprechung“ (beim BGH). „Fortführung von BGH“ – statt „Senat“ – im Juli 2014 in NJW 2014, 3150.

⁶¹ Braunschmidt, Die Versteigerungsbedingungen bei öffentlichen Kunstauktionen, Reihe Rechtswissenschaft Bd. 27, 2012.

a) Quelle Braunschmidt

Verborgene Quellen interessieren die Auktionsgeschehensbeteiligten naturgemäß am meisten. Und wenn eine Dissertation eine solche Quelle für den *BGH* darstellt, erst recht, obwohl – oder gerade weil – der *VIII. Senat*, insofern jenseits wissenschaftlicher Genauigkeit im Zitat, diesen Umstand der Quelle *Braunschmidt* nicht publik macht.⁶² Aus der vom *BGH* in Rn. 17 zitierten Stelle „(*Braunschmidt*, a. a. O., S. 188)“ soll das hier nach dem Verständnis des *Verf.* Gemeinte wiedergegeben sein, schon weil die Dissertationsschrift nicht allerorten zugänglich sein wird:

„Nach § 309 Nr. 7 BGB ist allerdings eine Einschränkung für die Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit bzw. für die grob fahrlässige Herbeiführung sonstiger Schäden unzulässig. Unerheblich ist danach, welche Art von Pflichtverletzung zu den genannten Schäden geführt hat.

Gegen die deshalb eingreifende Unwirksamkeit wird man zunächst möglicherweise einwenden wollen, dass eine Verletzung der körperlichen Integrität durch einen mangelhaften Kunstgegenstand äußerst unwahrscheinlich ist. Das Klauselverbot wurde in Folge der Richtlinie 93/13/EWG ins deutsche Recht eingefügt.⁸⁰³ Die Richtlinie setzt den Schutz vor Körperschäden an erste Stelle bei der Auflistung der gewünschten Klauselverbote. Damit wird der (Seitenumbruch nach S. 189; Anm. d. *Verf.*) besondere Stellenwert von Leben und Gesundheit betont.⁸⁰⁴ Das allgemeine Verbot solcher Klauseln gilt daher für nahezu alle Vertragstypen.⁸⁰⁵ Branchen, bei denen das Risiko einer Verletzung gering ist, werden durch die Klausel (wohl gemeint: nicht die konkret geprüfte Klausel [s. Text unten], sondern eine § 309 Nr. 7 BGB-konform ausgestaltete; Anm. d. *Verf.*) nicht ungebührlich belastet. Aufgrund der eindeutigen gesetzgeberischen Entscheidung für einen generellen Schutz der genannten Rechtsgüter kann für den Kunstversteigerungsbereich keine Ausnahme gelten. ... Die Klausel ist somit nach den beiden Buchstaben des § 309 Nr. 7 BGB unwirksam.⁸⁰⁶“

⁸⁰³ Bundestag-Drs. 14/6040, S. 156.

⁸⁰⁴ Christensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § 309 Nr. 7 Rn. 6.

⁸⁰⁵ Ausnahmen sind im Wortlaut nur für Beförderungs- und Lotterieverträge vorgesehen.

⁸⁰⁶ Der Verstoß gegen § 309 Nr. 7 BGB kann allerdings einfach dadurch vermieden werden, dass die in § 307 (Tippfehler im Original, Anm. d. *Verf.*) Nr. 7 BGB geforderten Haftungstatbestände explizit zugesichert werden. So verfahren auch einige Auktionshäuser in ihren Versteigerungsbedingungen, darunter drei der fünf umsatzstärksten Häuser.

Vom Dissertanten geprüft wird folgende Klausel (S. 186):⁶³

„Sämtliche zur Versteigerung gelangenden Gegenstände können vor der Auktion besichtigt und geprüft werden. Sie sind ausnahmslos gebraucht und werden in dem Zustand veräußert, in dem sie sich zum Zeitpunkt des Zuschlages befinden. Die Katalogbeschreibungen, die nach bestem Wissen und Gewissen erstellt wurden, enthalten im Rechtssinne weder Garantien noch eine zugesagte Beschaffenheit. Mit diesen Maßgaben ist eine Haftung wegen Mängeln ausgeschlossen.“

⁶² BGH, NJW 2013, 3570 Rn. 14.

⁶³ Nr. 2b) der *Zeller*’schen AGB ist jedenfalls im ersten Klauselteil im Kern vergleichbar.

Bemerkenswert ist, dass diese Klausel, jedenfalls wenn man die in Rede stehende gesetzliche Regelung in § 309 Nr. 7 BGB als Blaupause zu Grunde legt, ganz anders als die *Zeller*'schen Auktions-AGB in Nr. 7, keinerlei, bei *Zeller* indes eine erhebliche Andeutung darauf enthalten, dass dem gesetzlichen Gebot jener Vorschrift, so man es für anwendbar hält, durchaus entsprochen werden sollte – auch wenn das bei *Zeller*, jedenfalls in den Augen des *BGH*, handwerklich misslungen wäre. Weiter fällt auf, dass sich *Braunschmidt* nicht mit der einschlägigen Rechtsprechung des *VIII. Zivilsenats* seit 2006 befasst hat. Und offenbar wird: *Braunschmidt* hatte die dramatischen Folgen eines Klauselkontrollverdikts für ein betroffenes Auktionshaus in einem *Altfall*, also vor Anpassung seiner Auktions-AGB an die neue Erkenntnislage, nicht wirklich vor Augen, sonst hätte er den Satz von der fehlenden „ungebührlichen Belastung“ wohl nicht wie geschehen schreiben können. Sonst ist gegen die Konformität mit § 309 Nr. 7 BGB verlangende Folgerung nichts einzuwenden, weil ihre AGB-hafte Umsetzung – einer Formalie gleich – das Auktionshaus bestenfalls Druckerschwärze kostet.

b) Quelle BGH-Rechtsprechung

Die vom *VIII. Senat* herangezogene eigene Rechtsprechung betrifft mit der grundlegenden Entscheidung in *BGHZ* 170, 31 vom 15.11.2006 einen Fall der Verjährungsfristverkürzung in der Tierauktion, ebenso wie die weiter zitierte Entscheidung *NJW-RR* 2010, 1210 zu einer Pferdeauktion – dort Gewährleistungsausschluss – erging. In derlei Fällen ist das *tiermangel*bedingte Körperschadensrisiko des Kunden flagrant.⁶⁴ Das trifft auch für Verjährungsfristverkürzungs-AGB im Gebrauchtwagenhandel zu, welchen Fall die Senatsentscheidung *NJW* 2013, 2584 behandelt hat. Eine Übertragungsleistung bietet der *Senat* in der *Buddha*-Entscheidung bestenfalls ansatzweise an, indem er auf die nicht ausgeschlossene Gefährdung auf den von *Zeller* veranstalteten Kunstauktionen verweist, wobei die handwerklichen Mängel der gegebenen Begründung des *Senats* bereits unter D. II. 1. herausgearbeitet worden sind. Nur: Welche Lose der 103. Bodensee-Kunstauktion, elektronisch immer noch ansteuerbar über die *Zeller*'sche homepage, könnten diese Einschätzung tragen? Immerhin bedenkenswert: Die „Waffen“, im Wesentlichen Hieb- und Stichwaffen, aber auch Pfeile und Speerspitzen, die ab Los-Nummer 2061 angeboten wurden, aber auch Fragmente einer „wohl alpenländisch(en)“ Perkussionsbüchse (eine Jägerbüchse), angeboten als Nr. 2070?

Zuzugeben ist: § 313 Abs. 3 ZPO verlangt nur eine „kurze Zusammenfassung der Erwägungen, auf denen die Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht beruht.“ Indes ist damit noch nichts dazu gesagt, welchen Auseinandersetzungsaufwand⁶⁵ mit bisheriger Rechtsprechung eine Begründung zu leisten hat. Fremde Rechtsprechung wird in der Tendenz genauer, eigene mit ihrem Kern darzustellen sein, namentlich wenn man sie ändern oder auch nur fortentwickeln will. Mindest-

⁶⁴ Graf v. Westphalen-Kappus (o. Fußn. 27), Auktionsbedingungen Rn. 29 (S. 23).

⁶⁵ Dazu Kähler, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 441ff.

anforderungen des Gesetzes im Einzelfall zu übertreffen, ist jedoch das Gebot des Verständlichmachens des (besseren) juristischen Arguments – schon mit Blick auf seine Überzeugungskraft.

3 Ein Blick in die Schweiz

Ausgehend von Art. 234 Abs. 3 des schweizerischen Obligationenrechts (OR), der eine andere Perspektive auf die „freiwillige Versteigerung“ (so die Kapitelüberschrift D zum Vierten Abschnitt: Besondere Arten des Kaufes) wirft, hat sich in der Schweiz teils eine – auf den ersten Blick erwerberfreundliche – Binnenabwicklungspraxis im Versteigerungsverhältnis entwickelt: Nach der mit „Gewährleistung“ überschriebenen Vorschrift „haftet der Veräußerer wie ein anderer Verkäufer, kann aber in den öffentlich kundgegebenen Versteigerungsbedingungen die Gewährleistung mit Ausnahme der Haftung für absichtliche Täuschung von sich ablehnen.“ Die Haftung ist damit selbst für grobe Fahrlässigkeit ausschließbar – ein im Anwendungsbereich von § 283 der deutschen AO zu Gunsten des Fiskus wirkendes *gesetzliches* Privileg.⁶⁶ Allerdings gewährleisten schweizer Kunstauktionshäuser im – zunächst kundenfreundlich anmutenden – Gegenzug teils die Rückabwicklung, sobald ein Falsifikat erwiesen ist. Die Bedingungen, unter denen dies möglich sein soll, werden eng gezurrt, wenn – neben anderen Restriktionen – die Fälschung (nach des Auktionshauses „sorgfältiger Einschätzung“) vor 1880 stattgefunden hat⁶⁷ oder die ausgelobte Garantie nur für ein Zeitfenster von vier Wochen gilt.⁶⁸ Auch die schweizerische Rechtsprechung hat eine chinesische Skulptur bereits beschäftigt: Erklärt der Verkäufer außerhalb eines Steigerungskaufgeschäfts, die angebotene chinesische Skulptur stamme „garantiert aus der Zeit der Sung-Dynastie, 960 bis 1278 n. Chr.“, wird dies als Grundlagenirrtum und nicht als nur unbeachtlicher Motivirrtum qualifiziert.⁶⁹

4 Einliefererangaben

Die im Buddha-Fall des *BGH* nur fachliterarisch unterstützte, im Wesentlichen auf Einliefererangaben (welchen genau wird vom *LG München I* allerdings nicht preis-

⁶⁶ Dazu OLG Brandenburg, NJW-RR 2010, 1723 – Sekretär „2. Hälfte 18. Jhd.“.

⁶⁷ http://www.kollerauktionen.ch/de/Kaufen/_auktionsbedingungen_zh.asp (s. dort Nr. 4 „Garantie für gefälschte Objekte“; das Auktionshaus Koller, Zürich, versteht sich als führendes Haus in der Schweiz).

⁶⁸ So im Fall BGE 123 III, 165 – 1. Internationale Swatch-Auktion 1991 in Luzern (streitgegenständlich eine Uhr „OIGOL ORO“, für 38.000 SFR ersteigert), worin ein wirksames Wegbedingen der Versteigererhaftung bejaht wurde, weil die nach „bestem Wissen und Gewissen im Zeitpunkt der Abfassung der Katalogtexte“ gefertigte Katalogbeschreibung (hier: „fabrikneu“) und die Einladung an das Publikum, sich vom Zustand der Uhr in der Vorbesichtigung ein eigenes Bild zu machen, die Unsicherheit der gemachten Angaben betone (S. 168f.), so dass im Ergebnis keine absichtliche Täuschung gegeben sei.

⁶⁹ Obergericht des Kantons Aargau, Entscheid vom 15.1.1987, in Auszügen bei Pestalozzi, Der Steigerungskauf, Kurzkommentar und Zitate zu Art. 229–236 OR, Zürich 1997, Rn. 1143, nach dessen Angaben die staatsrechtliche Beschwerde vom BG abgewiesen worden ist.

gegeben), Augenschein und Haptik aufbauende Einordnung der Buddha-Skulptur durch das Auktionshaus *Zeller*⁷⁰ lässt sich mit Blick auf die auktionsbedingungschaft ausgelobte Sorgfalt („nach bestem Wissen und Gewissen“) durchaus hinterfragen, weil die Klassifizierung von Asiatika *nach Kunststilen* „nahezu unmöglich“ ist,⁷¹ also nicht „im stillen Kämmerlein“ von Auktionshäusern gelingen wird. Dass sich der später nachgereichte Herkunftsnachweis zur Buddha-Skulptur als falsch herausstellt, kann Sorgenfalten über die gewissenhafte Tätigkeitsentfaltung bei *Zeller* im hiesigen Fall nicht wirklich glätten. Eine Kontrollüberlegung an dieser Stelle zum Verständnis von geschäftstüchtigem Werben von Auktionshäusern mittels eigener Katalogangaben: Wenn sie sich darauf zurückzögen, nur zu bekunden, welche Angaben der Einlieferer gemacht hat,⁷² wäre der interessierte Markt hinreichend vorgewarnt. So aber wird die eigene Reputation, selbst wenn kleine Worthülsen wie „wahrscheinlich“ (im Buddha-Fall allerdings nur bezogen auf die dargestellte Person Buddha Sakyamuni) oder „wohl“ die veröffentlichte Erkenntnis relativieren wollen, im eigenen wie im wirtschaftlichen Interesse des Einlieferers in Anspruch genommen.

III Vom Verständnis der Freizeichnungs-AGB des Auktionshauses Zeller

Das (richtige) Verständnis von AGB vermittelt, schließlich stellen sie „Vertragsbedingungen“ dar (s. § 305 Abs. 1 BGB), ihre Auslegung. Das wäre, gäbe § 305c Abs. 2 BGB nicht eine eigene Rechtsgrundlage ab, im Übrigen, weil Willenserklärungen (das „Stellen“ und das „Einverständnis“) in Rede stehen, aus §§ 133, 157 BGB zu folgern, was natürlich auch im *VIII. Zivilsenat* des BGH bekannt ist: In Rn. 10 der Entscheidung – bei Gelegenheit der Wiedergabe der Entscheidungsgründe des *OLG München* – spricht der *Senat* die Auslegung an, kommt später aber darauf nicht mehr zurück. Und dass er auslegen kann, wenn er nur will oder es für geboten erachtet, belegt eindrucksvoll seine Entscheidung „Leasinggeschäfts-Abwicklungsrichtlinien“ vom 9.4.2014.⁷³ Aus diesen Umständen kann man nur den Schluss ziehen, dass dem *Senat* das allein zutreffende Verständnis der Auktions-AGB so klar „auf der Hand zu liegen“⁷⁴ schien, dass er erst gar nicht in eine Auslegung eintrat, ja deshalb auch die relevante Klausel nicht im vollen Wortlaut, sondern unter Weglassen ihrer lit. c (s. o. C a. E.) wiedergegeben hat. Die Vermutung liegt nicht fern anzunehmen, dass an dieser Stelle das zuvor beschriebene Vorverständnis im *Senat* aus den Fällen der Tierauktion bzw. des Gebrauchtwagenkaufs den Blick für eine ergebnisoffene Auslegung nicht (mehr) freigegeben hat.

⁷⁰ Beschrieben in der Entscheidung des LG München I, BeckRS 2012, 16285.

⁷¹ Fackler/Konermann, Praxis des Versteigerungsrechts, 2. Aufl. 2004, S. 74.

⁷² Zöbele, MDR 2014, 254, 256.

⁷³ BGH, NZM 2014, 481.

⁷⁴ Begründungstopos in der Entscheidung des Senats in BGHZ 185, 178 Rn. 21 (Schadenspauschalklausel im Autokaufvertrag).

Im Einzelnen: Ausgangspunkt für die Ermittlung des Klauselverständnisses ist nicht richterliches Sonderwissen, sondern der Empfängerhorizont eines rechtlich nicht vorgebildeten (indes aufmerksamen) Durchschnittskunden unter den typischerweise gegebenen Verhältnissen.⁷⁵ Im Kunstauktionsgeschehen ist Dreh- und Angelpunkt allen Wirkens die Echtheit eines angebotenen Loses, demgegenüber einem Plagiat einen „Trotzdem-Wert“ als Sammel- oder Ausstellungsobjekt zuzuschreiben zynisch erscheint.⁷⁶ Das Denken und Handeln der Auktionsgeschehensbeteiligten kreist folglich um diesen Stern, das Gewährleistungsszenario schwebt im Hintergrund, in der Praxis allerdings nur in den Varianten „Geld zurück gegen Plagiat zurück“ oder Ersatz des Vermögenszuwachsausfalls, den man hätte erzielen können, wenn das Steigerungsgut echt gewesen wäre. Lebens-, Körper- oder Gesundheitsrisiken auf Seiten des Ersteigerers, auch *Peter Derleder* hatte solche bei Zuschrift seines Leserbriefes zur NJW (s. o. B) nicht im Blick, gehören nicht zur gemeinsamen Vorstellungswelt der Kunstauktionsbeteiligten. Einschlägige Fälle sind nicht bekannt geworden.⁷⁷ So wirkt eine rein juristische Betrachtung, die die Wertung von § 309 Nr. 7a BGB in den Blick nimmt, in der Tat als kunstauktionsgeschehensfremd.

Legt man die *Zeller*’schen AGB als Blaupause über § 309 Nr. 7 BGB, wird das erkennbar: Zum Vermögensschaden soll ersichtlich § 309 Nr. 7b BGB entsprochen werden, so wie es *Peter Derleder* in der NJW (s. o. B) eingefordert hat. Zum sachmangelbedingten Körper- als einem Mangelfolgeschaden verhalten sich die AGB nicht, jedenfalls nicht, wenn man die Wendung „Ansprüche wegen Sachmängeln“ nicht in diese Richtung versteht. Das ist juristisch sicher möglich, aber nicht zwingend: Denn Nr. 7 der Auktions-AGB enthält weitere Begriffe, nämlich „Einwendungen“ (lit. a) und „Reklamationen“ (lit. c), die der Käufer „nicht erheben“ kann (lit. a) bzw. deretwegen ein Haftungsausschluss greifen soll (lit. c, für Objekte mit einem Aufrufpreis von bis zu 100 Euro [„Ramschware“]). Reklamation bedeutet in der Rechtssprache das Ausbringen einer Mängelrüge, nicht das Geltendmachen von Schadensersatz; umgangssprachlich führt der DUDEN⁷⁸ synonym „Bemäkelung“. Einwendung ist das materiell-rechtliche Geltendmachen von einem erhobenen Anspruch betreffenden Gegenrechten (prozessrechtlich: Einrede): Sie verhindert oder hemmt sein Entstehen oder vernichtet ihn. Im gegebenen Zusammenhang wird aber nichts vom Ersteigerer verlangt, sondern er soll gegen

⁷⁵ So richtig und st. Rspr. im Leitsatz zu BGH (VIII. Zivilsenat), NJW 2014, 2269. (Klammerzusatz des *Verf.*, wozu etwa auf BGHZ 152, 262, 265 verwiesen werden kann: „... wie ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer sie [die Klausel] bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs verstehen muß.“).

⁷⁶ Zöbele, MDR 2014, 254, 256: „... lebensfremd ...“, dass der Käufer sich ausgerechnet an der Kunstfertigkeit des Fälschers erfreuen könnte.“

⁷⁷ Raue/Hollenders, GRUR 2014, 98, 99.

⁷⁸ Als Auslegungsquelle („Duden online“) herangezogen bei BGH (XI. Zivilsenat), WM 2014, 1224 Rn. 28 – Bankbearbeitungsentgelt.

⁷⁹ <http://www.duden.de/rechtschreibung/Reklamation>. Beim Begriffsverständnis in AGB (Versicherungsbedingungen) eine nicht allgemein bekannte (sprachgeschichtliche) Herleitung eines Wortes ausschließend OLG Karlsruhe, MDR 2014, 1086 = VersR 2014, 1450 („Ereignis“ von „eräugen“). Zu „insbesondere“ s. BGH, BeckRS 2014, 23017 Rn. 13.

das Auktionshaus nichts vortragen dürfen. Durchschnittliche Auktionsteilnehmer werden die Begriffe „Einwendungen“ und „Reklamationen“ deshalb für gewöhnlich als die Synonyme verstehen, als die sie in den *Zeller*’schen AGB verwendet worden sind.

Eine Kontrollfrage zum Klauselverständnis: Würde die Klauselauslegung in dem Fall, dass der Ersteigerer (oder seine Erben bei dessen sachmangelbedingtem Tod) nicht, wie im Buddha-Fall, Rückabwicklung des Erwerbs begehrt, sondern einen körperbezogenen Mangelfolgeschaden geltend macht, diesen kraft der Auktions-AGB für – unwirksam – ausgeschlossen halten wollen? Meines Erachtens kaum, das Auslegungsergebnis wäre zu eindeutig.

Gleichwohl ist die Auffassung des *VIII. Senats*, dass die *Zeller*’schen AGB den Anspruch des Erwerbers aus § 437 Nr. 3 BGB ausschließen, als kundengünstig möglich, wenn auch kunstauktionsgeschehenstypisch – anders als etwa in der Lebend- oder Oldtimerauktion – vom Erwartungshorizont durchschnittlicher Teilnehmer aus betrachtet bestenfalls mit einem (rechtskundigen) Fantasieüberschuss theoretisch denkbar, praktisch indes fernliegend. Ein solches Auslegungsergebnis wäre – als nicht ernstlich in Betracht zu ziehen – beim Klauselverständnis auszuschneiden, es trägt ein Klauselverbot nicht, und zwar auch nicht im Verbandsklageverfahren.⁸⁰ Die kundengünstige Zweifelsregelung in § 305c Abs. 2 BGB bietet insofern ausreichenden Schutz vor belastendem AGB-Inhalt; doch ob der überhaupt bei Anlegung der zutreffenden Verständnisparameter gegeben ist, muss das Gericht herausarbeiten. Insofern könnte allerdings der Hinweis von *Braunschildt* noch weiterführen, wonach „einige Auktionshäuser in ihren Versteigerungsbedingungen, darunter drei der fünf umsatzstärksten Häuser ... die in § 307 Nr. 7 BGB (gemeint: § 309 Nr. 7 BGB) Haftungstatbestände explizit (zusichern).“⁸¹ Auf welche Weise genau das geschieht und seit wann, bleibt allerdings auch bei *Braunschildt* offen, weshalb Anknüpfungspunkte herausgearbeitet werden müssten, ob, nimmt man die aus dem Produkthaftungsrecht bekannte „Marktbeobachtungspflicht“⁸² auch im Bereich der Gestaltung von AGB ernst und verlangt jedenfalls von branchenverbandsorganisierten Unternehmen eine vergleichende Durchsicht der Gestaltung der Klauselwerke anderer marktführender Unternehmen, im Zeitpunkt der Veranstaltung der 103. Internationalen Bodensee-Kunstauktion bereits ausreichende tatsächliche Hinweise im Kunstauktionsmarkt erkennbar waren, die auf eine entsprechende Selbstbeschränkung in der Gewährleistungsfreizeichnung von Kunstauktionshäusern hindeuteten und die klauselhafte Technik hierfür deutlich machten.

Und selbst, falls ja: Würde man nicht ein Überfrachten von Haftungsfreizeichnungs-AGB verlangen, das dem Leser zudem das ungute Gefühl vermitteln mag, beim Auktionsgeschehen könnten Sachverhalte Realität werden, die ihm „ans Leben“ oder wenigstens „an Körper und Gesundheit“ gehen? Wirtschaftlich wäre solcher Hinweis beim bedachten Leser kontraproduktiv, denn vernunftbegabt, wie

⁸⁰ St. Rspr.; s. BGHZ 180, 257 Rn. 11; BGHZ 150, 269, 275; BGHZ 152, 262, 265.

⁸¹ Braunschildt (o. Fußn. 61), S. 189 in Fußn. 806. (wiedergegeben o. D. II. 2. a)

⁸² Grundlegend BGHZ 80, 199 – Apfelschorf.

ihn die Klauselkontroll-Rechtsprechung zu Grunde legt, bliebe ihm nur der sofortige Rückzug aus der Auktionsveranstaltung. In anderen Zusammenhängen, nämlich bei der Gestaltung von Reise-AGB, ist genau dieses Argument gegen eine im dortigen Zusammenhang deutlich näherliegende Forderung⁸³ dahin, auch die Rechte „Freiheit“ und „sexuelle Selbstbestimmung“,⁸⁴ man lese § 253 Abs. 2 BGB!, als den Rechtsgütern Leben und körperliche Unversehrtheit in § 309 Nr. 7a BGB bei wertender Betrachtung vergleichbar hineinzulesen, angeführt worden: Der Reiseveranstalter „überfrachte“ die Reisebedingungen⁸⁵ bzw. könne solcher Klauselzusatz missverstanden werden dahin, dass „einschlägige Sachverhalte (also: Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung dort, im hiesigen Zusammenhang Tod oder körperliche Verletzung) beim betreffenden Reiseveranstalter an der Tagesordnung seien und ihn zu dieser speziellen Formulierung veranlasst hätten.“⁸⁶ Kunstauktionshäuser sollten diese möglichen Ansichten zu einer nach Meinung des VIII. Senats des BGH gebotenen Gestaltung ihrer Auktions-AGB dahin gehend nutzen, indem sie darauf verweisen, dass der Gesetzgeber bei der Haftungsfreizeichnung entsprechende Einschränkungen zum Schutz des Lebens und der körperlichen Integrität von Kunden zwingend verlange, auch wenn sie in der Kunstauktion nicht realistisch zu erwarten seien. Dann wird der Kunde wenigstens die Herkunft eines ihn stutzig machen müssenden Textes zutreffend einordnen können.

IV Zu möglichen Hintergründen der Buddha-Entscheidung

Über den Senatsvorsitzenden im Entscheidungszeitpunkt des Buddha-Urteils, Wolfgang Ball, hat Peter Derleder jüngst berichtet, dass mit seiner Übernahme des Vorsitzes im VIII. Zivilsenat des BGH auch an anderer Stelle eine – drücken wir es, weil aus eigener Anschauung nicht beurteilen könnend, neutral aus – bemerkenswerte Rechtsprechungskehrwende stattgefunden hat.⁸⁷ Den Senatsvorsitz hat Ball im Juli 2006 übernommen, dem Senat gehörte er gut 22 Jahre an.⁸⁸ Die erste im Buddha-Urteil herangezogene Entscheidung des Senats – zum gebrauchten Pkw – erging im November 2006.⁸⁹ Dass Vorsitzende die Rechtsprechung „ihres“ Senats prägen,⁹⁰ ist ihrem Amt immanent: Sie sollen führen und können damit ein Beratungsergebnis auch lenken. Neben dem Berichterstatter haben sie im ge-

⁸³ Graf v. Westphalen-Kappus (o. Fußn. 27), Allgemeine Reisebedingungen Rn. 127.

⁸⁴ Beispiele: Vergewaltigung einer Reisenden durch den Gärtner der Hotelanlage (AG Neuss, RRA 2000, 181); Reiseleiter will „die Füße küssen“ (AG Bad Homburg v. d. H., RRA 1996, 8); „Begrapschen“ in der Diskothek (LG Frankfurt a. M., NJW 1984, 1762).

⁸⁵ Fühlich, NJW 2009, 1487, 1488.

⁸⁶ Noll, RRA 2009, 207, 208.

⁸⁷ Myops Heft 21/2014, 5 (dessen Rolle im Umgang mit der Contracting-Thematik, mit der Senatslinie brechend, „bundesrichterlichen Unsitten“ zugeordnet wird, bevor Derleder sich „Un-erträglichkeiten“ bei anderen Bundesrichtern zuwendet).

⁸⁸ Pressemitteilung des BGH Nr. 20/2014 vom 31.1.2014.

⁸⁹ BGHZ 170, 31.

⁹⁰ Pressemitteilung des BGH Nr. 20/2014 vom 31.1.2014: „ganz maßgeblich geprägt“.

schäftigen Gerichtsalltag regelmäßig die beste Aktenkenntnis.⁹¹ Das vereint sich im Volksmund zu: „Neue Besen kehren gut“ und spiegelt – darin liegt gewiss kein Tort – das verbreitete zu beobachtende, teils auch sehnlichst erwartete Phänomen, dass ein Vorsitzendenwechsel mit Rechtsprechungsänderung einhergeht. Da das Beratungsgeheimnis vor Öffentlichkeit schützt, bleibt das Geschehen, nicht nur im Buddha-Fall, wie stets und so auch richtig, vor neugierigen Augen und Ohren im Verborgenen. Vielleicht liegt im sich im Zeitpunkt der Buddha-Entscheidung bereits abzeichnenden Ruhestand von *Ball* aber auch ein Schlüssel zu ihrem Verständnis und zu ihrer vergleichsweise kurzen Begründung: Mit dem Kunstgriff zu § 309 Nr. 7a BGB konnte sich der *Senat* der höchst schwierigen Fragen rund um die Haftungsbrücke im Dreieck Einlieferer–Auktionshaus–Ersteigerer entziehen, er brauchte dann dem neuen Vorsitz⁹² den Weg nicht zu verstellen. Gleichzeitig konnte die Senatslinie – ohne viel Federlesen – in einen verwandten Geschäftsbereich hinein ausgeweitet werden: Die Veranstalter von Tier- oder Oldtimerauktionen könnten es goutieren.

Am Rande notiert: Im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung, auf die das heutige kaufrechtliche Konzept zurückgeht, hat *Wolfgang Ball* als Experte am Gesetzgebungsverfahren mitgewirkt.⁹³ Das Recht des Autokaufs bewegt ihn bis in die jüngste Vergangenheit hinein. Auf dem 52. Deutschen Verkehrsgerichtstag 2014 trat er im Arbeitskreis IV: „Sachmängelhaftung und Garantie beim Autokauf“ als Referent an.

E Fazit

Ist Kunst nun mehr als das, was die Gier der Sammler erregt, Farbe mehr als eine Herzensangelegenheit? Zwischen den Zeilen und Buchstaben eines Judikats, zumal wenn es mit eher leichtem Schritt daherkommt, wirken beide ein wenig blass. Die richterliche Mühsal ist derjenigen des von ihm anzuleitenden⁹⁴ Sachverständigen⁹⁵ – der nach der Zurückverweisung des *BGH* an das *OLG München*⁹⁶ wohl eine zentrale Rolle spielen wird im Kampf um „echt oder Plagiat“ der Buddha-Skulptur – nicht unähnlich: Beider Tätigkeit wird hohe fachliche Kunst abverlangt – und ist doch wieder keine „Kunst“, selbst wenn ihr Ergebnis später als „Kunstwerkrecht“⁹⁷ abgedruckt wird. Und wohin mit guten Fälsfikaten? Vielleicht nach Wien, in die Löwengasse, ins „museum of art fakes“, das „Fälschermuseum“.

⁹¹ Streyll, Editorial zu NJW Heft 3/2014.

⁹² Seit Anfang Juli das Senatsmitglied Karin Milger (Pressemitteilung des BGH Nr. 104/2014 vom 1.7.2014). Erste Rechtsprechungsänderung am 9.7.2014, NJW 2014, 2864.

⁹³ Pressemitteilung des BGH Nr. 20/2014 vom 31.1.2014.

⁹⁴ Dazu Seibel, NJW 2014, 1628.

⁹⁵ Zu dessen Haftung, auch in Relation zum vereinbarten Honorar, s. Kappus, „Trouvaille“ oder Fälscherkunst – Campendonk oder Beltracchi? Der Kölner Streit um das „Rote Bild mit Pferden“, DS 2012, 376, 378.

⁹⁶ Nach Auskunft der Geschäftsstelle an *Verf.* vom 18.6.2014 läuft das Verfahren noch.

⁹⁷ So die Überschrift zum Abdruck der berühmten RG-Entscheidung „van Ruisdael“ (RGZ 135, 340) in JW 1932, 1862.

Vorteilsausgleichung bei Widerruf und Rücktritt?

Kai-Oliver Knops

Inhaltsverzeichnis

A	Einleitung	287
I	Bisheriger Meinungsstand	288
1	BGH	288
2	Obergerichte	290
3	Literatur	290
II	Vertragsrecht vs. Schadensrecht	291
1	Widerrufs- und Rücktrittsfolgen vs. Naturalrestitution	291
2	Unterschiede zwischen vertraglicher Rückabwicklung und schadensrechtlicher Vorteilsausgleichung	299
III	Inkompatibilität	303
B	Bedingungen einer Vorteilsausgleichung	305
I	Kausalzusammenhang und Kongruenz	306
II	Schutzbereich und Billigkeit	308
C	Ergebnis	309

A Einleitung

Im Recht des Schadensersatzes nach den §§ 249ff. BGB gilt seit Langem das Prinzip der sog. „Vorteilsausgleichung“, auch kurz Vorteilsausgleich genannt. Dabei handelt es sich um eine Anrechnung von Vorteilen auf den Schadensersatzanspruch, die durch das schädigende Ereignis selbst hervorgerufen wurden. Dort geht es um Fallkonstellationen, in denen die zum Schaden führende Handlung Maßnahmen oder Ereignisse auslöst, die ihrerseits den Schaden des Betroffenen mindern oder sogar dessen Vermögen mehren.¹ Neuerdings wird das im Schadensrecht schon vor Inkrafttreten des BGB bekannte Instrument der Vorteilsausgleichung von der Recht-

Prof. Dr. K.-O. Knops (✉)

Lehrstuhl für Zivil- und Wirtschaftsrecht, insbes. Bank-, Kapitalmarkt- und Verbraucherrecht, Universität Hamburg, Deutschland

e-mail: kn@schuldrecht.de

¹ Jauernig-Teichmann, BGB, 15. Aufl. 2014, § 249 Rn. 35.

sprechung auf Fälle des Widerrufs und damit für Altfälle auf die einschlägigen Rückabwicklungsvorschriften der §§ 346ff. BGB ausgedehnt, was rechtsdogmatisch nicht nur ein Novum darstellt, sondern die Arithmetik dieses Normgefüges und des Vertragsrechts insgesamt bei Rückabwicklung entscheidend zu verändern droht.

Konkret betroffen sind derzeit unzählige Privatanleger, die vor Jahren eine Fondsbeteiligung gezeichnet haben und nach wirksamem Widerruf des teils kreditfinanzierten Geschäfts die Rückabwicklung verlangen können.² Im wirtschaftlichen Ergebnis führt dies nicht selten dazu, dass Anleger das von ihnen eingesetzte Kapital trotz Widerruf nicht zurückerhalten, sondern auf Steuervorteile verwiesen werden, die ihnen oft nicht einmal sicher verbleiben. Das vom Anleger eingesetzte Kapital verbleibt dann entweder in der Fondsgesellschaft oder kann bei einem verbundenen Geschäft von der die Beteiligung im Wege des Widerrufs übernehmenden Bank geltend gemacht werden, und zwar auch für den Teil, den sie nicht finanziert hat. Schon angesichts solcher Ergebnisse bedarf die Frage der Anwendbarkeit der Vorteilsausgleichung auf die gesetzlichen Widerrufsvorschriften und Rücktrittsregeln einer genauen Betrachtung.

I Bisheriger Meinungsstand

Schadensersatzrechtliche Prinzipien auf die Rücktrittsnormen und die später hinzugekommenen Widerrufsregeln auszudehnen, war viele Jahrzehnte kein Thema.

1 BGH

Noch in einer Serie von Entscheidungen vom 14.6.2004³, 18.10.2004⁴ und 31.1.2005⁵ hatte der II. Zivilsenat des BGH festgestellt, dass etwaige bleibende Steuervorteile nach den Grundsätzen des Vorteilsausgleichs nur im Rahmen von Schadensersatzansprüchen zu berücksichtigen sind, nicht dagegen auch bei der Rückabwicklung nach Widerruf eines Haustürgeschäfts gemäß § 3 HWiG. Nunmehr gilt nach Aufgabe dieser Rechtsprechung seit dem Urteil des XI. Zivilsenats des BGH vom 24.4.2007, dass bei Haustürgeschäften die Rückabwicklung einer kreditfinanzierten Immobilienfondsbeteiligung nach den §§ 3 HWiG, 9 VerbrKrG a. F. nicht auf die Leistungen beschränkt bleibt, die im Verhältnis der Beteiligten erbracht werden.⁶ Es entspreche vielmehr der Billigkeit, dass Steuervorteile den

² Oft geht es um Konstellationen, in denen Verbraucher, um sich an einem Fonds zu beteiligen, einen obligatorischen Darlehensvertrag über einen Teil der Zeichnungssumme abschließen mussten und diese Verträge wegen fehlerhafter Belehrung später widerrufen.

³ BGH, WM 2004, 1527 Rn. 17.

⁴ BGH WM 2004, 2491 Rn. 30.

⁵ BGH WM 2005, 547 Rn. 17.

⁶ BGHZ 172, 147 = WM 2007, 1173 = ZIP 2007, 1200 = NJW 2007, 2401.

Anspruch des Anlegers und Darlehensnehmers auf Rückzahlung auf das Darlehen erbrachter Leistungen gegen die finanzierende Bank mindern, zumal die Bank auch die Nachteile der Anlageentscheidung zu tragen habe. Demnach sind Steuervorteile des Anlegers, denen kein Nachzahlungsanspruch der Finanzbehörden gegenübersteht, auf seinen Rückforderungsanspruch aus § 3 Abs. 1 Satz 1 HWiG anspruchsmindernd anzurechnen.⁷ Der dem Institut der Vorteilsausgleichung zugrunde liegende Rechtsgedanke, dass ein Geschädigter für erlittene Nachteile zu entschädigen ist, aber aus einem schädigenden Ereignis keinen Gewinn erzielen soll, sei auch beim Rückforderungsanspruch nach § 3 HWiG entsprechend anzuwenden.⁸ Für eine Gleichbehandlung von Fondsausschüttungen und Steuervorteilen spreche auch der Sinn und Zweck der Rückabwicklung nach § 3 HWiG; damit sei es nicht zu vereinbaren, wenn der Anleger nach Rückabwicklung einer kreditfinanzierten Fondsbeteiligung besserstünde als er ohne diese Beteiligung gestanden hätte; Fondsausschüttungen seien deshalb zu berücksichtigen, was auch für Steuervorteile gelten müsse, die der Anleger aus der mit der Fondsbeteiligung verbundenen steuerlichen Verlustzuweisung gezogen hat.⁹ Schließlich sei die Rückabwicklung einer kreditfinanzierten Immobilienfondsbeteiligung nach § 3 HWiG nicht auf die Leistungen beschränkt, die im Verhältnis der Beteiligten erbracht werden; die Rückabwicklung vollziehe sich in diesen Fällen nicht innerhalb der Leistungsverhältnisse, sondern im Dreiecksverhältnis, so dass der Darlehensgeber statt des Darlehensnehmers das Kreditverwendungsrisiko zu tragen habe.¹⁰

Mit Urteil vom 10.03.2009 hat der Bankrechtssenat seine Rechtsprechung auf den Widerruf nach § 495 BGB und die Rückabwicklung des verbundenen Geschäfts nach den §§ 357, 358, 346ff. BGB bezüglich der an den Verbraucher oder an die Bank direkt geflossenen Fondsausschüttungen nach den Regeln des Vorteilsausgleichs erweitert, da der Widerrufende andernfalls besser stünde, als er ohne die Beteiligung an dem Fonds gestanden hätte.¹¹ Offengeblieben ist bislang, ob der Bankrechtssenat seine Rechtsprechung zur Anwendung des Vorteilsausgleichs auch auf erlangte Steuervorteile bezogen wissen will. Sämtliche veröffentlichte Urteile beziehen sich entweder auf Ansprüche auf Schadensersatz oder nur auf die Anrechnung von Ausschüttungen des Fonds.¹² Allerdings deutet bereits die Entscheidung des II. Zivilsenates vom 14.06.2004¹³ darauf hin, dass Steuervorteile nach den Grundsätzen des Vorteilsausgleichs auch im Rahmen eines Widerrufs eines verbundenen Geschäfts (kreditfinanzierter Gesellschaftsbeitritt nach § 9 VerbrKrG) zu berücksichtigen sind.

⁷ BGH WM 2007, 1173 Rn. 23.

⁸ BGH WM 2007, 1173 Rn. 24; so bereits auch BGHZ 159, 280, 287.

⁹ BGH WM 2007, 1173 Rn. 27.

¹⁰ BGH WM 2007, 1173 Rn. 28 unter Hinweis auf das Senatsurteil vom 25. April 2006 – XI ZR 193/04, WM 2006, 1003, 1005 Rn. 12, 1006 Rn. 20.

¹¹ BGHZ 180, 123 Rn. 21f. = WM 2009, 932 = NJW 2009, 3572.

¹² BGHZ 180, 123 Rn. 21; BGHZ 172, 147, 153 Rn. 22; BGH 167, 252, 267 Rn. 41 = WM 2006, 1003, 1008.

¹³ BGHZ 159, 280, 294 Rn. 41f. = WM 2004, 1521, 1525 = NJW 2004, 2731, 2735.

2 Obergerichte

Nach Ansicht der Oberlandesgerichte Frankfurt¹⁴, Köln¹⁵, München¹⁶, Oldenburg¹⁷ und Stuttgart¹⁸ gilt der zum Schadensersatzrecht entwickelte Grundsatz der Vorteilsausgleichung auch im Rahmen der Rückabwicklung nach einem Widerruf. So sei die Rückabwicklung gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 HWiG hinsichtlich der Anrechenbarkeit von Steuervorteilen einer Rückabwicklung gemäß §§ 357 Abs. 1, 346 Abs. 1, 491, 495 BGB gleichzustellen.¹⁹ Tragende Erwägung des BGH sei der Rechtsgedanke, dass ein Geschädigter für erlittene Nachteile zu entschädigen ist, aber aus einem schädigenden Ereignis keinen Gewinn erzielen soll, so dass das auf diesem Prinzip beruhende Institut der Vorteilsausgleichung schlechthin auf den Rückforderungsanspruch bei Widerruf entsprechend zu übertragen sei.²⁰ In Fortentwicklung des Schadensersatzrechts einerseits, in Anwendung der neueren Grundsätze des Schadensersatzrechts entsprechend der Vorgabe aus dem Urteil des BGH vom 24.04.2007 andererseits, sei zwingend zu folgern, dass im Recht der Rückabwicklung nach Widerruf hinsichtlich der Anrechnung von Steuervorteilen die gleichen Maßstäbe zu gelten haben wie bei der Rückabwicklung im Wege des – auf das negative Interesse gerichteten – Schadensersatzes.²¹ Ein Grund für eine unterschiedliche Behandlung sei nicht ersichtlich.²²

3 Literatur

Im Schrifttum wird das Institut der Vorteilsausgleichung dagegen bislang ganz überwiegend nur im Schadensersatzrecht angewandt; ein Übergreifen auf das Vertragsrecht ist dort kein Thema.²³ Nach neuerer Literatur wird hingegen der Anwendungsbereich der Vorteilsausgleichung entweder schlechthin auf den Anspruch aus den §§ 346ff. BGB²⁴ oder unter Hinweis auf die o. g. Entscheidung des BGH zu den §§ 3 HWiG, 9 VerbrKrG a. F. selbst noch auf die Rückabwicklung von verbundenen Verträgen nach § 358 BGB behauptet.²⁵ Nach anderer Ansicht ist eine Vorteilsaus-

¹⁴ OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 08.02.2012 – 19 U 26/11, BeckRS 2012, 07271; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 25.4.2012, Az. 9 U 6/11 (unveröffentlicht).

¹⁵ OLG Köln, Ur. v. 23.1.2013, Az. 13 U 218/11 Rn. 41 (zitiert nach juris).

¹⁶ OLG München, WM 2012, 1536 Rn. 53f.

¹⁷ OLG Oldenburg WM 2009, 1835, 1838.

¹⁸ OLG Stuttgart, VuR 2012, 145 Rn. 46ff.

¹⁹ OLG München, WM 2012, 1536 Rn. 53f.

²⁰ OLG München, WM 2012, 1536 Rn. 54.

²¹ OLG München, WM 2012, 1536 Rn. 55.

²² OLG Köln, Ur. v. 23.1.2013, Az. 13 U 218/11 Rn. 41 (zitiert nach juris).

²³ Siehe nur Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, § 9 (S. 486ff.) und Brüggemeier, Haftungsrecht, 2006, § 8 (S. 545ff., insbes. 556f.).

²⁴ Podewils, jurisPR-BKR 3/2012 Anm. 4 und Jooß, DStR 2014, 6, 7 mit unzutreffenden Hinweisen in Fn. 8 (in den dort genannten Entscheidungen ging es allein um eine Rückabwicklung nach den §§ 3 HWiG, 9 VerbrKrG).

²⁵ Nobbe-Maihold, Kommentar zum Kreditrecht, 2. Aufl. 2012, § 358 Rn. 79f.

gleichung auf die Fälle des Widerrufs allenfalls mit erheblichen Einschränkungen zu übertragen.²⁶ Bisweilen wird die Anrechnung von Steuervorteilen im Wege der Vorteilsausgleichung offensichtlich selbst beim Schadensersatz in Zweifel gezogen.²⁷

II Vertragsrecht vs. Schadensrecht

Bevor zu der Frage Stellung genommen werden kann, ob die Vorteilsausgleichung auch beim Widerruf und der Rückgewähr nach den §§ 346ff. BGB zur Anwendung kommen kann, sollen zunächst die Unterschiede zwischen den vertragsrechtlichen und schadensrechtlichen Wirkungen herausgearbeitet werden.

1 Widerrufs- und Rücktrittsfolgen vs. Naturalrestitution

Die Rechtsfolgen des Rücktritts sind in den §§ 346ff. BGB geregelt. Diese Normen galten durch die Verweisung in § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB grundsätzlich auch entsprechend für den Widerruf von Verbraucherverträgen gemäß § 355 BGB, etwa für den Widerruf von Konsumentenkrediten nach § 495 BGB. Rücktritt und Widerruf folgten – abgesehen von den in § 357 BGB genannten Besonderheiten – bis zur Neuordnung des Widerrufsrechts gleichen, ab dem 13.6.2014 aber besonderen Regeln.

a) Rücktrittsfolgen

Mit dem Rücktritt wird der Vertrag nicht im Ganzen aufgehoben, sondern in ein Rückabwicklungsverhältnis mit vertraglicher Grundlage umgewandelt²⁸ und die Parteien werden von noch nicht erfüllten primären Leistungspflichten des ursprünglichen Vertragsprogramms befreit. Primär sind die bereits empfangenen Leistungen nach § 346 Abs. 1 BGB herauszugeben²⁹ und soweit dies nicht (mehr) in Natur möglich ist, ist sekundär Wertersatz nach Maßgabe des Abs. 2 zu leisten. Die §§ 812ff. BGB kommen nicht zur Anwendung, und zwar auch nicht ersatz- oder hilfsweise. Die Rückabwicklung des Vertrages hat Zug um Zug zu erfolgen.

Herauszugeben sind bei Rücktritt gemäß § 346 Abs. 1 BGB auch die gezogenen Nutzungen, sofern sie „in Natur“ vorhanden sind.³⁰ Dazu gehören die Gebrauchsvorteile gemäß § 100 BGB, mithin die Früchte (§ 99 BGB) wie auch die Vorteile, die

²⁶ Vgl. etwa Wolters BKR 2007, 332, 337f.

²⁷ Prütting/Wegen/Weinreich-Medicus, 6. Aufl. 2011, § 249 Rn. 89: „soll dieser angerechnet werden“.

²⁸ BT-Drs. 14/6040 S. 191; BGHZ 88, 46, 48.

²⁹ Zur Nutzungsherausgabe unten III.

³⁰ Jauernig-Stadler, 15. Aufl. 2014, § 346 Rn. 2.

der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt. Neben diesem Primäranspruch ist sekundär Wertersatz für die nicht in Natur zurückzugewährenden Nutzungen zu leisten. Maßgeblich für den Inhalt des Anspruchs ist nach der Gesetzesbegründung von 2002 der Umfang der Nutzung im Verhältnis zu der voraussichtlichen Gesamtnutzungsdauer, wobei klargestellt wird, dass es auf das Maß der Abnutzung ankommt, die durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache eingetreten ist.³¹ Am Beispiel des Kaufvertrags präzisiert der Gesetzgeber weiter, was im Rahmen des Rücktritts nicht kompensationspflichtig ist: Im Falle des Rücktritts von einem Kaufvertrag über einen mangelhaften Pkw erhält der Verkäufer nach § 346 Abs. 1 BGB seine Nachteile durch eine infolge der Benutzung des Pkw eingetretene Wertminderung nicht stets in vollem Umfang, sondern nur in dem Umfang ersetzt, in dem der Käufer Gebrauchsvorteile erlangt hat. Damit bleibt zum Beispiel die Wertminderung unberücksichtigt, die unabhängig von einer Nutzung des Wagens allein dadurch eintritt, dass der Pkw zum Straßenverkehr zugelassen wird und deshalb nicht mehr als „neu“ angesehen werden kann; dasselbe gilt für einen Wertverlust infolge eines Preisverfalls auf dem Markt.³² Bewusst hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, diese Formen des Wertverlustes dem Verkäufer aufzuerlegen.³³ Es kommt also gerade nicht zu einer umfassenden Wiederherstellung des Status quo ante in vermögensrechtlicher Hinsicht. Dem rücktrittsberechtigten Käufer belassen werden auch steuerliche Vorteile, die durch den Erwerb des Pkw eintreten können und auch nach Rücktritt endgültig verbleiben. Weiter entfällt der Nutzungsersatz etwa bei einem Rücktritt eines Verbrauchsgüterkaufvertrages wegen eines Mangels der Kaufsache gemäß den §§ 474 Abs. 2 Satz 1, 439 Abs. 4, 346 Abs. 1, Abs. 2 BGB. Die Rücktrittsregelungen folgen mithin eigenen Wertungsparametern.³⁴

b) Widerrufsfolgen

Hinsichtlich der Rechtsfolgen eines Widerrufs ist nach altem und neuem Recht zu differenzieren.

aa) *Bis einschließlich zum 12.06.2014*

Seit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts waren die Voraussetzungen und Folgen des Widerrufsrechts in den §§ 355 bis 359 BGB a. F. geregelt. Bezüglich den in § 357 BGB a. F. normierten Widerrufsfolgen verwies das Gesetz in Abs. 1 Satz 1, soweit in der Norm nichts anders bestimmt ist, auf die Vorschriften

³¹ BT-Drs. 14/6040 S. 193 m. w. N.

³² So fast wörtlich BT-Drs. 14/6040 S. 193f.

³³ BT-Drs. 14/6040 S. 194.

³⁴ Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, dass der Verkäufer bei einer missbräuchlichen Ausnutzung der Rechte des Käufers ebenso auf Schadensersatzansprüche verweisen wird wie auch für den Fall, dass der Käufer im Rücktrittsfall nicht hinreichend auf die Interessen des Verkäufers Rücksicht nimmt. (BT-Drs. 14/6040 S. 194).

über den gesetzlichen Rücktritt und damit auf die §§ 346ff. BGB a. F. Ausdrücklich normierte § 357 Abs. 4 BGB a. F., dass weitergehende Ansprüche nicht bestehen. Gemeint sind damit Ansprüche aufgrund des Widerrufs gegen den Verbraucher, unabhängig von der Anspruchsgrundlage für Ansprüche aus Vertrag, Delikt oder ungerechtfertigter Bereicherung.³⁵ Erfasst waren schlechthin alle Ansprüche, die an den Widerruf anknüpfen oder allein infolge der Ausübung des Widerrufsrechts entstehen.³⁶ In der Sache sollte der Verbraucher vor allen vor außerhalb der §§ 346ff. BGB a. F. liegenden eventuellen Nachteilen geschützt werden, die ihm gegenüber geltend gemacht werden oder seinem Anspruch auf und aus dem Widerruf entgegengehalten werden. Durch die Sondervorschrift des § 357 Abs. 4 BGB a. F. waren mithin selbstverständlich auch Schadensersatzansprüche, etwa auf entgangenen Gewinn oder aus § 823 BGB, ausgeschlossen.³⁷

Teilweise wird in § 346 Abs. 3 Satz 2 BGB, wonach eine verbleibende Bereicherung herauszugeben ist, die dogmatische Grundlage für einen Vorteilsausgleich bei Widerruf gesehen,³⁸ was vollkommen verfehlt ist. Die Norm kommt nur zur Anwendung, wenn ein Ausschluss für die Wertersatzpflicht nach Abs. 3 Satz 1 eingreift,³⁹ die Pflicht des Rückabwicklungsschuldners zur Leistung von Wertersatz nach Abs. 2 also entfällt. Bei Widerruf von Darlehen hat aber der Darlehensgeber als Rückabwicklungsschuldner die vom Verbraucher geleisteten Tilgungs- und Zinsleistungen zurückzuzahlen und im Gegenzug einen Anspruch auf Verzinsung des Darlehensbetrages in marktüblicher Höhe.⁴⁰ Beim verbundenen Geschäft kommt es nach Widerruf nach Maßgabe des § 358 Abs. 1, 2 BGB a. F. unweigerlich zur Erstreckung der Widerrufsfolgen auf den verbundenen Vertrag und der Darlehensgeber tritt gemäß § 358 Abs. 4 S. 3 BGB a. F. in den verbundenen Vertrag ein, wenn das Darlehen dem Unternehmer bei Wirksamwerden des Widerrufs bereits zugeflossen ist. Dann kann der Verbraucher als Rückabwicklungsgläubiger gemäß § 357 BGB a. F. durch den Verweis auf das Rücktrittsrecht in § 346 BGB vom Darlehensgeber die Zins- und Tilgungsraten, aber auch die an den Unternehmer aus eigenen Mitteln geleistete Zahlung zurückverlangen. Anstelle der Rückzahlung des Darlehens muss der Verbraucher dem Darlehensgeber nur den vom Unternehmer geleisteten Gegenstand (Anspruch auf Auseinandersetzungsguthaben oder sonstige Rechte aus dem Fondsbeitritt) zurückgewähren. Die an den Darlehensgeber ggfs. direkt zugeflossenen Fondsausschüttungen verbleiben bei diesem. Gemäß § 358 Abs. 4 Satz 3 BGB ist der Eintritt auf die sich aus dem Widerruf ergebenden Rechte

³⁵ Soergel-Pfeiffer, 13. Aufl. 2010, § 357 Rn. 41.

³⁶ Soergel-Pfeiffer, a.a.O.

³⁷ Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht, 6. Aufl. 2006, § 495 Rn. 176 m. zahlr. w. N.

³⁸ Podewils, jurisPR-BKR 3/2012 Anm. 4B.

³⁹ Staudinger-Kaiser, 13. Bearb. 2004, § 346 Rn. 218; Soergel-Lobinger, 13. Aufl. 2010, § 346 Rn. 151ff.; MünchKommBGB-Gaier, 6. Aufl. 2012, § 346 Rn. 58.

⁴⁰ Für Verträge, die seit dem 11.6.2010 geschlossen wurden, kommt nach § 495 Abs. 2 Nr. 3 BGB ein Anspruch auf Erstattung der Aufwendungen, die er an öffentliche Stellen erbracht hat und nicht zurückverlangen kann, hinzu.

und Pflichten aus dem verbundenen Vertrag zum Unternehmer beschränkt.⁴¹ Weitere Ansprüche bestehen gemäß § 357 Abs. 4 BGB a.F. nicht und wegen § 358 Abs. 1 Satz 1 BGB auch nicht hinsichtlich des verbundenen Vertrages. Für eine subsidiäre Bereicherungshaftung ist daher kein Raum. § 346 Abs. 3 S. 2 BGB, wonach der Rückgewährschuldner trotz Wegfalls der Wertersatzpflicht eine noch vorhandene Bereicherung herauszugeben hat, ist als Rechtsfolgenverweisung auf die §§ 812ff. BGB⁴² auch deswegen nicht anwendbar, weil der Gesetzgeber einen allgemeinen Bereicherungsausgleich beim Rücktritt gerade ausschließen wollte.⁴³ Für die Anwendung eines Vorteilsausgleichs als allgemeines Rechtsprinzip des Schadensrechts war, auch nach dem Gesetzeswortlaut und dem ausdrücklich geäußerten Willen des Gesetzgebers, eine abschließende Regelung eben auch außerhalb des Schadenrechts festzulegen, nach dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte, der Systematik und dem Sinn und Zweck des § 357 Abs. 4 BGB von vorneherein kein Raum. Dies galt auch für verbundene Verträge, da § 357 BGB nach § 358 Abs. 4 Satz 1 BGB ausdrücklich auch für den verbundenen Vertrag entsprechend galt. Im Ergebnis ist § 346 Abs. 3 Satz 2 BGB, der lediglich eine Ausnahme zu § 346 Abs. 2 BGB darstellt⁴⁴, gerade kein Einfallstor für einen umfassenden Bereicherungsausgleich und damit auch nicht für eine Vorteilsanrechnung im Recht der Widerrufs- und Rücktrittsfolgen.

bb) Ab dem 13.6.2014

Nochmals deutlich von anderen Normen und Rechtsfolgen abgegrenzt hat der Gesetzgeber die Rechtsfolgen des Widerrufs mit der Umsetzung⁴⁵ der 2. Verbraucherrechtlicherichtlinie⁴⁶ und der Neuordnung des Widerrufsrechts⁴⁷ aufgrund der EU-Verbraucherrechte-Richtlinie⁴⁸ in den ab dem 13.6.2014 gültigen Normen der §§ 355 bis 361 BGB. Durch das Vollharmonisierungskonzept des europäischen Richtliniengebers musste das bisherige Rückgaberecht aus § 356 BGB a.F. ebenso entfallen wie der Anspruch auf Nutzungsentschädigung.⁴⁹ Gestrichen wurde deswegen auch die in § 346 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. noch vorhandene Rechtsfol-

⁴¹ Zur dogmatischen Konstruktion und den Folgen des Eintritts des Kreditgebers in den verbundenen Vertrag Knops, ZIP 2010, 1265, 1268ff.

⁴² BGHZ 174, 290 Rn 16; Staudinger/Kaiser, 13. Bearb. 2004, § 346 Rn. 192; Kohler, AcP 208 (2008), 417ff.

⁴³ Begr RegE, BT-Drucks 14/6040 S 196; BT/Drs. 14/2658, S. 47.

⁴⁴ Dauner-Lieb/Langen-Hager, BGB Schuldrecht, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2012, § 346 Rn. 66 a. E., wonach es nicht zu einem höheren Anspruch kommen kann als nach Abs. 2 der Norm.

⁴⁵ Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht, BGBl. I 2009 S. 2355.

⁴⁶ RL 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der RL 87/102/EWG des Rates, ABl. EG L 133 S. 66 vom 22.5.2008.

⁴⁷ Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechtlicherichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.09.2013, BGBl. I 2013 S. 3642.

⁴⁸ EU-Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU, ABl. EG L 304 S. 64 vom 22.11.2011.

⁴⁹ Palandt-Grüneberg, 73. Aufl. 2014, Vorb. v. § 355 n. F. Rn. 4.

genverweisung auf das Rücktrittsrecht. Nach dem Wortlaut des Gesetzes und dem ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers ergeben sich die Rechtsfolgen des Widerrufs nunmehr allein aus den §§ 357 bis 357c BGB und hinsichtlich eines mit dem widerrufenen Vertrag verbundenen oder zusammenhängenden Vertrags aus den §§ 358 bis 360 BGB. Nach nunmehr gültiger Gesetzeslage bestimmen sich die Rechtsfolgen auch hinsichtlich etwaiger vom widerrufenden Verbraucher herauszugebenen Nutzungen und zu leistendem Wertersatz nach § 357 BGB bzw. bei Verträgen über Finanzdienstleistungen nach § 357a BGB. Ein Rückgriff auf das Rücktrittsrecht ist ausgeschlossen. Ausdrücklich normiert § 361 BGB zudem, dass keine weiteren Ansprüche gegen den Verbraucher infolge des Widerrufs bestehen und von diesen Vorschriften, soweit nicht darin ein anderes bestimmt ist, nicht zum Nachteil desselben abgewichen werden darf.

cc) Übersicht

Insgesamt stellen sich die Rechtsfolgen der Rückabwicklung eines kreditfinanzierten Anlagegeschäfts nach altem und neuen Recht wie folgt dar:

Alte Rechtslage	Neue Rechtslage
§ 358 Abs. 4 a. F. – Die Rückabwicklung der verbundenen Verträge erfolgt nach § 357 a. F. Widerruft der Verbraucher seine Willenserklärung nach Maßgabe des § 358 Abs. 1, 2 a. F. so kommt es unweigerlich zur Erstreckung der Widerrufsfolgen auf den verbundenen Vertrag.	§ 358 Abs. 4 – Auf die Rückabwicklung des verbundenen Vertrags sind unabhängig von der Vertriebsform § 355 Absatz 3 und, je nach Art des verbundenen Vertrags, die §§ 357 bis 357 b entsprechend anzuwenden. Widerruft der Verbraucher seine Willenserklärung nach Maßgabe des § 358 Abs. 1, 2 so kommt es unweigerlich zur Erstreckung der Widerrufsfolgen auf den verbundenen Vertrag.
§ 358 Abs. 4 S. 3 a. F. – Der Darlehensgeber tritt in den verbundenen Vertrag ein, wenn das Darlehen dem Unternehmer bei Wirksamwerden des Widerrufs bereits zugeflossen ist.	§ 358 Abs. 4 S. 5 – Der Darlehensgeber tritt in den verbundenen Vertrag ein, wenn das Darlehen dem Unternehmer bei Wirksamwerden des Widerrufs bereits zugeflossen ist.
Der Verbraucher kann gemäß § 357a. F. i. V. m. § 346 BGB vom Darlehensgeber die Zins- und Tilgungsraten, aber auch die an den Unternehmer aus eigenen Mitteln geleistete Zahlung zurückverlangen.	Der Verbraucher kann vom Darlehensgeber die geleisteten Zins- und Tilgungsleistungen zurückverlangen (§ 358). Ist das verbundene Geschäft nicht vollständig fremdfinanziert worden, muss der Darlehensgeber dem Verbraucher auch den Eigenanteil, den dieser aus eigenen Mitteln an den Unternehmer gezahlt hat, zurückerstatten. Dies ergibt sich aus dem Ziel des § 358, den Verbraucher vor Risiken zu schützen, die ihm durch die Aufspaltung eines wirtschaftlich einheitlichen Vertrags in ein Bargeschäft und einen damit verbundenen Darlehensvertrag drohen.

Alte Rechtslage	Neue Rechtslage
§ 358 BGB a. F. – Der Darlehensgeber hat einen Anspruch auf Verzinsung des Darlehensbetrages in marktüblicher Höhe und für Verträge, die seit dem 11.6.2010 geschlossen wurden, nach § 495 Abs. 2 Nr. 3 einen Anspruch auf Erstattung der Aufwendungen, die er an öffentliche Stellen erbracht hat und nicht zurückverlangen kann.	§ 357a BGB – Der Darlehensgeber hat nach Abs. 3 S. 1 für den Zeitraum zwischen der Auszahlung und der Rückzahlung des Darlehens Anspruch auf den vereinbarten Sollzins (§ 489 Abs. 5). Ist das Darlehen durch ein Grundpfandrecht gesichert, kann nachgewiesen werden, dass der Wert des Gebrauchsvorteils niedriger war als der vereinbarte Sollzins (Abs. 3 S. 2). Gemäß § 495 Abs. 2 Nr. 3 hat der Darlehensgeber zudem einen Anspruch auf Erstattung der Aufwendungen, die er an öffentliche Stellen erbracht hat und nicht zurückverlangen kann. Weiteren Aufwendersatz kann der Darlehensgeber nicht verlangen (§ 357a Abs. 3 Satz 5).
§ 357 a. F., § 346 Der Verbraucher hat einen Anspruch auf Herausgabe oder Ersatz von Nutzungen (Verweis ins Rücktrittsrecht).	Der Verbraucher, dem der Darlehensgeber die zur Erfüllung des widerrufenen Vertrags erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen innerhalb der Höchstfrist von 30 Tagen zu erstatten hat, hat – abweichend vom bisherigen Recht – keinen Anspruch auf Herausgabe oder Ersatz von Nutzungen (§ 357a BGB). (Ebenso besteht nach dem Wegfall der Verweisung in das Rücktrittsrecht kein Anspruch mehr nach § 347 Abs. 2 S 1 auf Ersatz notwendiger Verwendungen auf die zurück zu gewährende Sache.)
Anstelle der Rückzahlung der Darlehenssumme muss der Verbraucher dem Darlehensgeber den vom Unternehmer geleisteten Gegenstand (Anspruch auf Auseinandersetzungsguthaben oder sonstiger Rechte aus dem Fondsbeitritt) zurückgewähren.	Anstelle der Rückzahlung der Darlehenssumme und der Zinsen (§ 358 Abs. 4 Satz 4) muss der Verbraucher dem Darlehensgeber den vom Unternehmer geleisteten Gegenstand (Anspruch auf Auseinandersetzungsguthaben oder sonstiger Rechte aus dem Fondsbeitritt) zurückgewähren.
Der Verbraucher erhält seine an den Darlehensgeber geleisteten Zahlungen (Tilgung und Zins) zurück, aber nicht die dem Darlehensgeber ggfs. zugeflossenen Fondsausschüttungen.	Der Verbraucher erhält seine an den Darlehensgeber geleisteten Zahlungen (Tilgung und Zins) zurück, aber nicht die dem Darlehensgeber ggfs. zugeflossenen Fondsausschüttungen.
Weitere Ansprüche bestehen gemäß § 357 Abs. 4 a. F. nicht und wegen § 358 Abs. 1 Satz 1 auch nicht hinsichtlich des verbundenen Vertrages.	Weitere Ansprüche zulasten des Verbrauchers infolge des Widerrufs bestehen nicht (§ 361 Abs. 1).

c) Schadensersatz

Ganz andersartig ausgestaltet sind dagegen die Folgen der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen. Umfang und Berechnung des abstrakten und konkreten Schadensersatzes sind je nach Fallgestaltung und Interessenlage vielschichtig und

zudem in den Einzelheiten in der Rechtslehre und Judikatur oft stark umstritten.⁵⁰ Was nun im Wege des Schadensersatzanspruches verlangt werden kann, ist je nach Anspruchsgrundlage unterschiedlich. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist über den „großen“ Schadensersatz umfassender als beispielsweise derjenige wegen einzelner Pflichtverletzungen nach § 280 Abs. 1 BGB.⁵¹ Davon abhängig ist wiederum auch, welche Vorteile sich der Ersatzberechtigte anrechnen lassen muss. Gemeinsam ist allen Arten von Schadensersatz, dass die einzelnen Positionen in eine Art Abrechnungsverhältnis eingestellt werden.⁵²

Will man die Folgen des Widerrufs und Rücktritts⁵³ überhaupt mit denen aus einem Schadensersatzanspruch vergleichen, kommen von vorneherein nur solche Anspruchsgrundlagen in Betracht, die – von der Rechtsfolgenseite her betrachtet – auf Auflösung oder Abwicklung des Vertrages gerichtet sind. Vergleichbar mit den Rücktrittsregeln infolge eines Widerrufs ist ein Verlangen nach Schadensersatz, bei dem der geschlossene Vertrag selbst als Schaden angesehen werden kann.⁵⁴

aa) Vertrag als Schaden

Die Eingehung eines Vertrages als solches begründet in der Regel nicht bereits den Eintritt eines Schadens, und zwar auch dann nicht, wenn mit ihm ein Risiko für eine Partei verbunden ist.⁵⁵ Erst wenn die Handlung, die den späteren Vertragspartner zum Vertragsschluss beeinflusst hat, gegen Rechtspflichten verstößt, deren Zweck es ist, die Willensfreiheit zu schützen, kann der Verletzte verlangen, dass der Vertrag aufgehoben wird.⁵⁶ Dies kann bei Vorliegen der Voraussetzungen einer culpa in contrahendo gemäß § 280 Abs. 1 i. V. m. §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB der Fall sein,⁵⁷ weil über § 241 Abs. 2 BGB (auch) die Vertragsfreiheit geschützt wird.⁵⁸ Beispielhaft kann sich ein Käufer, der fahrlässig durch falsche Angaben oder Nichtangaben zum Vertragsschluss bestimmt wurde, die sich nicht auf die Beschaffenheit

⁵⁰ Siehe Soergel-Wiedemann, 12. Aufl. 1990, § 325 Rn. 22ff.

⁵¹ Vgl. dazu etwa Hölzle, Verstrickung durch Desinformation, 2013, S. 43f.

⁵² Siehe etwa zu Umwandlung des bisherigen Vertragsverhältnisses in ein Abrechnungsverhältnis nach der Differenztheorie RGZ 50, 265.

⁵³ Zur sachlichen Nähe beider Institute vgl. etwa MünchKommBGB-Masuch, 6. Aufl. 2012, § 355, Rn. 35f. m. w. N.

⁵⁴ Siehe dazu Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 69ff.; Mankowski, Beseitigungsrechte, 2003, S. 202ff.

⁵⁵ BGH WM 2003, 2242, 2243; BGH WM 2000, 1345, 1347.

⁵⁶ Im Einzelnen Knops, AcP 205 (2005), 821, 827ff.; siehe nunmehr auch OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 23.05.2013 - 3 U 46/11 zu II. A. 5 zitiert nach juris.

⁵⁷ Görmer, JuS 2009, 7ff. Zur ähnlichen Rechtslage in Österreich: Pesek, Der Verbraucherkreditvertrag, 2012, S. 156ff.

⁵⁸ Vor der Schuldrechtsreform war dies umstritten (vgl. hierzu Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 72f. m. w. N. u. Fleischer, AcP 200 (2000), 91ff.). Sind hingegen nur Anspruchsgrundlagen betroffen, die nicht an die Entschlussfreiheit, sondern an die Handlung und das Verschulden des anderen Teils oder eines Dritten anknüpfen, wie etwa deliktische Ansprüche, liegt in dem Vertragsschluss als solchem kein Ereignis, das eine Aufhebung rechtfertigt (Knops, AcP 205 (2005), 821, 827).

oder Eignung der Kaufsache bezogen, mittels des auf Naturalherstellung gerichteten Schadensersatzanspruches vom Vertrag befreien.⁵⁹ Nach der Rechtsprechung des Gesellschaftsrechtssenates besteht der Schaden des nicht pflichtgemäß aufgeklärten Anlegers bereits in dem Erwerb der bei pflichtgemäßer Aufklärung nicht vorgenommenen Beteiligung und er kann verlangen, im Wege der Naturalrestitution so gestellt zu werden, als wenn er sich an dem Fonds nicht beteiligt hätte.⁶⁰ Er hat dann einen Anspruch auf Erstattung der für den Erwerb der Anlage gemachten Aufwendungen abzüglich erhaltener Ausschüttungen gegen Rückgabe der Anlage.⁶¹ Demgegenüber soll nach Ansicht des Bankrechtssenates eine Aufklärungspflichtverletzung des Kreditgebers grundsätzlich nicht zur Rückabwicklung des Darlehensvertrages, sondern nur zum Ersatz der Vermögensdifferenz, also des Schadens führen, dessen Eintritt die Einhaltung der Pflicht verhindern sollte; im konkreten Fall konnte der geschädigte Kunde nach Ansicht des Gerichts von der Bank lediglich die durch eine ungünstige Finanzierung entstandenen Mehrkosten verlangen, nicht aber von dem geschlossenen Vertrag Abstand nehmen.⁶² So entsprach es auch einer älteren Auffassung im Schrifttum.⁶³

Nach herrschender Meinung in der Literatur ist dagegen der Zustand herzustellen, der ohne das Verschulden bestünde:⁶⁴ Der in seinem Vertrauen Enttäuschte, ist nach § 249 Abs. 1 BGB so zu stellen, als hätte er den Vertrag nicht geschlossen.⁶⁵ Zutreffend ist es daher dem falsch aufgeklärten Darlehensnehmer einen Anspruch auf Rückabwicklung des Vertrages unter Herausgabe des mit dem Darlehen erworbenen Gegenstandes zuzubilligen.⁶⁶ Bei fehlgeschlagenen Kapitalanlagen entspricht eine solche Lösung auch der Rechtsprechung anderer Senate des BGH: Wenn ein Anleger auf die Richtigkeit und Vollständigkeit von Prospektangaben vertraut hat und die unrichtige oder unvollständige Information ursächlich für die Anlageentscheidung war, kann der Anleger verlangen, so gestellt zu werden, als hätte er die Anlagenentscheidung nicht getroffen.⁶⁷ Verlangt werden kann deshalb die Befreiung von dem abgeschlossenen Vertrag und Ersatz seiner Aufwendungen.⁶⁸ Ist die erworbene Beteiligung noch werthaltig, hat der Anleger diese Zug um Zug an den Anspruchsgegner abzutreten bzw. zu übertragen.⁶⁹ Ein Anspruch auf Ver-

⁵⁹ Hefermehl, in: FG Weitnauer, 1980, S. 357, 352.

⁶⁰ BGH WM 2012, 1184 Rn. 33.

⁶¹ BGH WM 2012, 1184 Rn. 33.

⁶² BGH WM 2004, 172ff. Rn. 25; BGH WM 2003, 1370, 1373); vgl. auch OLG Hamm WM 1999, 1056; v. Heymann/Rösler, ZIP 2001, 441, 444.

⁶³ Siehe Stoll, in: FS Riesenfeld, 1983, S. 275f. und Lieb, in: FS Rechtswiss. Fak. Köln, 1998, S. 261, 268f.

⁶⁴ Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, 20. Aufl. 2012, Rn. 109.

⁶⁵ Looschelders, Schuldrecht AT, 11. Aufl. 2003, Rn. 195; Larenz, Schuldrecht AT, 14. Aufl. 1987, § 9 I a 3 (S. 113); Vieweg, in: Staudinger-Eckpfeiler (2014), F Rn. 95; Canaris, AcP 200 (2000), 273, 318f.

⁶⁶ So bereits OLG Frankfurt WM 2002, 549, 554f. als Vorinstanz zu o. g. gegenteiligen Entscheidung des BGH WM 2004, 172ff.

⁶⁷ BGHZ 115, 213 Rn. 40; BGHZ 79, 337, 346.

⁶⁸ BGHZ 115, 213 Rn. 40.

⁶⁹ BGHZ 115, 213; BGHZ 79, 337, 346; BGH WM 1990, 145, 148.

tragsaufhebung setzt gerade keinen klassischen Vermögensschaden voraus,⁷⁰ die Belastung mit dem so nicht gewollten Vertrag ist als Schaden anzusehen.⁷¹

bb) Schadensersatzumfang

Besteht demnach ein Anspruch auf Vertragsaufhebung über § 249 Abs. 1 BGB kann der Geschädigte neben der Rückabwicklung der ausgetauschten Leistungen den Ersatz seiner zur Ausführung gemachten, nunmehr nutzlos gewordenen Aufwendungen verlangen.⁷² Hinsichtlich der Ersatzpflicht verbleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen des Schadensrechts. Gedanklicher Ausgangspunkt zur Entwicklung und Anwendung der Vorteilsausgleichung ist im Schadensrecht die sog. „Differenztheorie“. Nach § 249 Abs. 1 BGB sind der tatsächliche und der hypothetische Kausalverlauf ohne schädigendes Ereignis miteinander zu vergleichen. Der Umfang eines Schadens ergibt sich aus der Differenz der beiden Kausalverläufe, also durch einen rechnerischen Vergleich zwischen dem im Zeitpunkt der Schadensberechnung vorhandenen Vermögen des Geschädigten und dem Vermögen, das er bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages gehabt hätte.⁷³ Nach den §§ 249ff. BGB hat der Geschädigte einen Anspruch darauf, so gestellt zu werden, wie er ohne das schädigende Ereignis stünde.⁷⁴ Der Geschädigte soll demnach auch nicht bessergestellt werden, weswegen im Schadensrecht das Verbot der Bereicherung gilt, das den Schadensersatzanspruch der Höhe nach begrenzt. Wie beispielsweise bei dem „Abzug neu für alt“ ist die Vorteilsausgleichung systematisch ein Unterfall des Bereicherungsverbots. Entsprechend muss sich der Geschädigte etwaig erlangte Vorteile auch anrechnen lassen,⁷⁵ wozu unter bestimmten Voraussetzungen auch Steuervorteile gehören können.

2 Unterschiede zwischen vertraglicher Rückabwicklung und schadensrechtlicher Vorteilsausgleichung

Von einer Kompensation nach Schadensersatzbedingungen der §§ 249ff. BGB unterscheiden sich die gesetzgeberisch angeordneten Folgen aus Rücktritt oder Widerruf mithin grundlegend.⁷⁶ Diese geben vor, welche Leistungen zwischen wem

⁷⁰ a. A. offensichtlich MünchKommBGB-Emmerich, 6. Aufl. 2012, § 311 Rn. 200, wonach ein Schaden des Betroffenen zu verneinen sei, wenn die Leistung des anderen Teils trotz dessen Pflichtverletzung immer noch ihren Preis wert ist.

⁷¹ Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl. 2006, Rn. 96 (S. 63).

⁷² Larenz, Schuldrecht AT, 14. Aufl. 1987, § 9 Ia 3 (S. 113).

⁷³ BGHZ 136, 52, 54 m. w. N.

⁷⁴ Zur konkreten Schadensberechnung etwa BGHZ 164, 235 Rn. 12ff. = WM 2006, 51; BGH WM 2009, 1667ff. u. WM 2006, 1163ff.

⁷⁵ St. Rspr., s. statt aller BGH WM 2006, 1163 Rn. 8 und MünchKommBGB-Emmerich, 6. Aufl. 2012, § 311 Rn. 202 m. w. N.

⁷⁶ Deutlichen Ausdruck fand der Unterschied auch in § 325 BGB a. F., wonach eine Kombination von Rücktritt und Schadensersatz ausgeschlossen war. Der Gläubiger konnte das seinerseits Geleistete nur unter Verzicht auf Schadensersatz zurückfordern. Nach der Schuldrechtsmoderni-

wie ausgetauscht werden müssen. Vorteile, die eine Vertragspartei durch Dritte erzielt hat, bleiben grundsätzlich bei der Rückabwicklung von Verträgen außer Acht. Dies gebietet schon die Konzentration auf den Vertrag und seine Abwicklung. Ob der eine Vertragsteil durch die vertragliche Bindung an den anderen Teil besondere Vor- oder Nachteile durch an diesem Vertrag nicht Beteiligte erfährt, hat die andere Partei schon bei Vertragsschluss, während des Vertragsverlaufs, erst recht aber nicht bei dessen Aufsaye und Abwicklung zu interessieren. Allgemein gesprochen kann der Vertragspartner keine Zuwendungen verlangen oder etwaige Vorteile auf die von ihm selbst geschuldete Leistung in Anrechnung bringen, die der andere Teil mittels oder aufgrund des Vertrages von Dritten erlangt hat. Kauft etwa ein Händler einen Posten Mehl beim Produzenten kann dieser bei Rücktritt vom Vertrag nicht verlangen, dass ihm der Gewinn, den der Händler mit seinen Abnehmern erzielt hat, herauszugeben oder bei der Rückabwicklung irgendwie anzurechnen ist. Dies gilt selbstverständlich auch in steuerlicher Hinsicht. So mindert etwa die Anschaffung eines Kraftfahrzeuges zu gewerblichen Zwecken unmittelbar die Umsatzsteuerlast des Käufers, führt regelmäßig durch Reduktion des Gewinns und damit des zu versteuernden Einkommens zur Absenkung der Einkommenssteuer, absolut und relativ ggf. auch hinsichtlich des Eingangssteuersatzes, und kann auch schon im Vorwege zu steuerlichen Vorteilen als Investitionsgut führen.⁷⁷ Bei Rücktritt oder Widerruf des Käufers kann der Verkäufer diese Steuervorteile nicht der Erstattung des Kaufpreises entgegenhalten, selbst wenn Teile der Vorteile dem Käufer auch nach Rückabwicklung des Kaufvertrages endgültig verbleiben. Die Relativität des Schuldverhältnisses beschränkt die Rechtsfolgen wie auch die Rückabwicklung auf das unmittelbare vertragliche Verhältnis; eine Durchbrechung ist vom Gesetz nicht vorgesehen.

Bei der Rückabwicklung von Verträgen gibt es auch kein Ereignis, das eine Vertragsseite schädigt. Vielmehr bestehen Widerrufs- oder Rücktrittsrechte zugunsten des Gläubigers von Gesetzes wegen und zwar ohne dass der Vertrag einem Schaden darstellt oder mit einem solchen gleichzusetzen wäre. Verbrauchern wird das Recht zum Widerruf schlechthin beim Abschluss bestimmter Verträge wie etwa bei Haustürgeschäften oder Verbraucherdarlehensverträgen von der Rechtsordnung gegeben oder ausnahmsweise auch vom Vertragspartner freiwillig eingeräumt. Planmäßig kommt der Vertrag damit immer mit der Möglichkeit zur Beseitigung der konstitutiven Vertragserklärung zustande. Er ist aber damit nicht fehlerhaft, etwa im Sinne einer fehlerhaften Gesellschaft oder mit einem Mangel behaftet, sondern voll wirksam. Auch ist die Erklärung des Widerrufs oder Rücktritts nichts weiter als die Ausübung eines von der Rechtsordnung anerkannten Rechts, nicht aber

sierung kann der Gläubiger nunmehr auch, wenn er bereits geleistet hat, nach der Surrogations- oder Differenztheorie vorgehen, aber eben nur wahlweise. In anderen Fällen ist eine parallele Geltendmachung von Rücktritt und Schadensersatz zwar möglich, aber bei Rücktritt sind die Regeln des Schadensersatzes eben unanwendbar.

⁷⁷ Beispielhaft sei zudem ein Maler genannt, der je nach Auftrag erhebliche Beliebtheit oder krasse Ablehnung erfahren und bei Auflösung dieses Kontraktes weder selbst an den anderen Teil wegen dieser Folgen herantreten noch sein Vertragspartner auch nur mittelbar an einem Erfolg des Malers bei Dritten partizipieren kann.

Bedingung für den Erfolg des Bestehens von Vorteilen. Die (Steuer-)Vorteile resultieren aus dem Vertrag selbst, nicht aber aus dessen Widerruf. Vielmehr gerät die Erlangung oder Anerkennung der durch den Vertrag erlangten Vorteile durch die Aufsage eben dieses Vertrags in aller Regel in Fortfall, wenigstens in Gefahr. Wenn dies ganz ausnahmsweise etwa wegen der zwischenzeitlich eingetretenen Bestandskräftigkeit von Steuerbescheiden nicht der Fall ist, ändert dies nichts daran, dass die steuerlichen Vorteile nicht wegen des Widerrufs oder Rücktritts gewährt wurden, sondern wegen der mit dem Vertrag verbundenen wirtschaftlichen Belange. Mithin fehlt es an einem Kausalzusammenhang zwischen Widerruf und Entstehen oder auch nur einem Bestehenbleiben der mittels des Vertrages erlangten Vorteile. Der Vertrag selbst oder die auf den Vertrag gerichtete Willenserklärung des später Widerrufenden ist kein schädigendes Ereignis, und zwar anders als in den oben beschriebenen Fällen, in denen der Schaden in dem Vertrag selbst und die schädigende Handlung in der pflichtwidrigen Verleitung des anderen Teils zum Vertragsschluss liegt. Beides, Schädigungshandlung und Schaden gibt es bei einem normalen Verbrauchervertrag, sei es als Haustürgeschäft, Fernabsatzvertrag oder Verbraucherdarlehensvertrag, nicht. Wenn es aber kein schädigendes Ereignis gibt, besteht auch keine Pflicht zur Entschädigung und damit wiederum keine Veranlassung, diese wegen etwaiger Vorteile zu mindern. Der Vertrag selbst verpflichtet beide Seiten zur Leistung, der Rücktritt wie der Widerruf zur Rückgabe eben dieser oder ihrer unmittelbaren Substrate, nicht aber zu mehr. Nicht kausal auf den Leistungen beruhende Vorteile Dritter haben damit außen vor zu bleiben. Auch bei planmäßiger Vertragsdurchführung hätte der Widerrufs- oder Rücktrittsgegner nie Anspruch auf dieselben.

Der grundlegende Unterschied in der Aufhebung und Rückabwicklung des Vertrages nach Rücktritt und Widerruf einerseits und im Wege der Naturalrestitution des § 249 Abs. 1 BGB andererseits zeigt sich auch an spezifischen Merkmalen: Weder der Widerruf noch der Rücktritt vom Vertrag wirken *ex tunc*. Vielmehr wandelt der Rücktritt⁷⁸ wie auch der Widerruf⁷⁹ den Vertrag mit Wirkung *ex nunc* in ein Rückgewährschuldverhältnis um. Die §§ 346ff. BGB haben gerade nicht zum Ziel, den Zustand wieder herzustellen, der ohne den Vertrag, d. h. vor dem Vertragsschluss bestand. Das aber ist bei der Naturalrestitution ganz anders. Hier soll exakt der vorherige Zustand ohne die vertragliche Bindung hergestellt werden. Hinzu kommt, dass der Rücktritt hinsichtlich des Umfangs auf das negative Interesse beschränkt ist. Hingegen kann der Schadensersatz auch das positive Interesse umfassen⁸⁰, muss es aber nicht. Ferner geht es beim Rücktritt, jedenfalls beim verbrauchererschützenden Widerruf, systematisch um Auflösung des Vertrages ohne Verschulden, ein Schadensersatzanspruch hat aber regelmäßig ein Verschulden zur Voraussetzung und dieses Verschulden ist der Grund für die Ersatzpflicht des Schädigers, der nicht weniger, aber auch nicht mehr als die Einbuße des Geschädigten zu kompensieren hat, was wiederum der innere Grund für eine Vorteilsanrechnung

⁷⁸ BGH NJW 2008, 911; Palandt-Grüneberg, 73. Aufl. 2014, Einf. v. § 346 Rn. 6.

⁷⁹ Palandt-Grüneberg, 73. Aufl. 2014, § 355 Rn. 5.

⁸⁰ Dazu Gsell, JZ 2004, 643ff.

ist. Gibt es aber keine Kompensationspflicht aufgrund eines Fehlverhaltens des einen Teils kann es auch nicht zu einer Anrechnungspflicht des anderen Teils kommen. Die Rückabwicklung bei Rücktritt und Widerruf ist regelmäßig dem Gesetz geschuldet, nicht dem Verhalten des Rückabwicklungsgegners. Nicht sein Verhalten löst die Rückabwicklung aus, weswegen er auch nicht vor Überkompensation geschützt werden muss. Keinesfalls sind dem Widerrufenden oder Rücktretenden die bisherigen Vorteile des Vertrages zu entziehen, vor allem weil sie nicht durch Leistung oder auf Kosten des anderen Teils erlangt wurden. Kurz gefasst will der Rücktritt und Widerruf gerade nicht die Zeit zurückdrehen und den Status quo ante vermögensmäßig wiederherstellen, sondern akzeptiert bewusst, dass beide (!) Parteien bis zur Vertragsaufsage die Chance hatten, gerade aus diesem Vertrag Vorteile zu ziehen. Das Rücktrittsregime ist abschließend hinsichtlich der Stornierung und Rückabwicklung. Dies gilt erst recht unter Einschluss eines verbundenen Vertrages, wie die obige Matrix zeigt. Dass es dabei nur einen Rückabwicklungsschuldner für beide Verträge gibt, ist gesetzlich gewollt. Der Verbraucher soll vor den vielfältigen Risiken einer Aufspaltung geschützt werden, was wiederum Folge des Zusammenwirkens der professionell Handelnden ist. Für eine zusätzliche Wertung unter Billigkeitsgesichtspunkten – de facto eine erfundene Begünstigung des Rückabwicklungsgegners – ist dabei von vornherein kein Raum; ein Bereicherungsverbot gilt jedenfalls weder bei Widerruf noch bei Rücktritt. Tritt nach der Differenztheorie der Schadensersatz an die Stelle von Leistung und Gegenleistung bestimmt das Gesetz deren Rückabwicklung im Falle des Widerrufs oder Rücktritts davon autonom und eben in anderer Weise⁸¹ wie die unterschiedlichen Normen und Wertungen der §§ 346ff., 357f. BGB gegenüber den §§ 249ff. BGB klarer nicht bestimmen können.

§ 325 BGB – *sedes materiae* für das Verhältnis von Rücktritt zu Schadensersatz⁸² – bringt dies nochmals deutlich zum Ausdruck. Namentlich ist für eine schadensrechtliche Modifizierung des Rücktritts spätestens seit der Neufassung des § 325 BGB durch die Schuldrechtsmodernisierung 2001, in der die Alternativität zwischen Rücktritt und Schadensersatz zugunsten einer möglichen kumulativen Geltendmachung aufgehoben wurde, kein Raum mehr.⁸³ Zwar ist das Verhältnis zwischen den Folgen des Rücktritts und des kumulativ verlangten Schadensersatzes wegen Nichterfüllung bis heute dogmatisch umstritten⁸⁴ und es ergeben

⁸¹ Vgl. zu den unterschiedlichen Wertungen des Vertragsrechts und des Schadensrechts, insbes. zur Vorteilsausgleichung bereits Wendehorst, Anspruch und Ausgleich: Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999, S. 463ff.

⁸² v. Olshausen, in: FS U. Huber, 2006, S. 471, 480.

⁸³ Mit der Neuregelung der Rücktrittsfolgen durch die Schuldrechtsmodernisierung 2002 kann der Gläubiger gemäß § 325 BGB auch dann, wenn er vom Vertrage zurückgetreten ist, neben den Ansprüchen aus dem Rückabwicklungsschuldverhältnis etwa Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung des Vertrags, womit er gleichzeitig die Mehrkosten aus einem Deckungsgeschäft oder den entgangenen Gewinn ersetzt verlangen kann, wie auch den Ersatz der vergeblichen Aufwendungen gemäß § 284 BGB (siehe BT-Drs. 14/6040 S. 93) verlangen.

⁸⁴ Vgl. zum Streitstand Soergel-Gsell, 13. Aufl. 2011, § 325 Rn. 4ff. und 9ff.; MünchKommBGB-Ernst, 6. Aufl. 2012, § 325 Rn. 10ff.; Prütting/Wegen/Weinreich-Medicus/Stürner, 9. Aufl. 2014, § 325 Rn. 2 und 5 m. w. N.

sich gewisse Interpendenzen bei gleichzeitiger Geltendmachung zweier systematisch unterschiedlicher Ansprüche. Neben dem Rücktritt kann der Gläubiger zum einen den bis zum Rücktritt entstandenen Verspätungsschaden oder aufgelaufene Verzugszinsen verlangen,⁸⁵ zum anderen Schadensersatz statt der Leistung. Nach zutreffender Ansicht kann der Gläubiger auch den sog. kleinen Schadensersatz verlangen, also den Ersatz des Wertunterschiedes zwischen mangelfreier und mangelhafter Sache⁸⁶ und letztgenannte behalten, wodurch das durch den Rücktritt entstandene Abwicklungsverhältnis wieder erlischt, was der Jubilar rechtsdogmatisch eindrucksvoll begründet hat.⁸⁷ Eine schadensrechtliche Überlagerung der Rücktrittsfolgen ist aber damit nicht verbunden, sondern bleibt grundsätzlich ausgeschlossen. Lediglich im Fall der kumulativen Geltendmachung von Rücktrittsansprüchen und solchen auf Schadensersatz kann ein Verbot einer Besserstellung bei Zusammenrechnung beider Vermögenslagen in Betracht kommen, und zwar durch eine schadensrechtliche Vorteilsanrechnung der vom Verkäufer gemäß § 346 BGB herausverlangten oder bereits erhaltenen Nutzungen auf den Verzugschaden.⁸⁸ Entscheidend aber bleibt, dass die Anrechnung nur den Schadensersatzanspruch betrifft, nicht aber den sich aus dem Rücktritt ergebenden Anspruch mindert oder gar aufhebt. Dieser bleibt auch in der Höhe voll bestehen; lediglich der kumulativ bestehende Schadensersatzanspruch wird im Wege der Vorteilsausgleichung gekürzt. Es bleibt auch in diesem Fall dabei, dass Nutzungsherausgabe und Wertersatz einerseits und Vorteilsausgleich andererseits nicht miteinander vermengt werden (dürfen).

III Inkompatibilität

Konkret verbietet sich die Anwendung der schadensrechtlichen Vorteilsausgleichung daher nicht nur, weil sie auf der im Vertragsrecht nicht anwendbaren Differenztheorie wie auch der Differenzhypothese beruht und ein Bereicherungsverbot dort ohnehin nicht besteht. Ausgeschlossen ist eine nach § 242 BGB vorgenommene Vorteilsausgleichung auch schon wegen der Existenz des § 346 BGB, der lediglich auf Rückgewähr, nicht aber auf Naturalrestitution gerichtet ist. Der Zweck des Schadensersatzrechts ist dagegen der Ausgleich erlittener Nachteile; der Sinn der Normen zu den Folgen des Widerrufs und Rücktritts ist die Rückgewähr der von den Vertragsparteien erbrachten Leistungen, wie Verwendungen oder Nut-

⁸⁵ MünchKommBGB-Ernst, 6. Aufl. 2012, § 325 Rn. 2; Palandt-Grüneberg, 73. Aufl. 2014, § 325 Rn. 3.

⁸⁶ Siehe BGHZ 108, 156 = WM 1989, 1390 = NJW 1989, 2534.

⁸⁷ Derleder, NJW 2003, 998, 999; zust. Palandt-Grüneberg, 73. Aufl. 2014, § 325 Rn. 2 m. w. N. auch zur Gegenansicht.

⁸⁸ Siehe Herresthal, Jus 2007, 798, 801, wonach der Verzugschaden durch eine entgangene Nutzungsmöglichkeit (§§ 280 Abs. 1, 280 Abs. 2, 286 BGB bzw. § 288 BGB) neben der Nutzungsherausgabe (§ 346 Abs. 1 BGB) zwar verlangt werden kann, letztere aber auf ersteren anzurechnen sei.

zungen, wozu steuerliche Vorteile aus dem Vertrag aber gerade nicht gehören.⁸⁹ Zudem ergibt sich auch aus § 347 BGB,⁹⁰ der ja gerade diejenigen Nutzungen und Verwendungen ausgleichen soll, die mittels des Vertragsgegenstandes erzielt oder aufgewendet wurden, aber nicht allumfassend eine Besserstellung des Vertragspartners nach Auflösung der Vertragsbindung herstellen will. Damit ist eine abschließende Regelung vom Gesetzgeber getroffen – für eine Korrektur dieser Normen durch die Rechtsprechung besteht kein Bedürfnis, und zwar erst recht nicht zulasten von Verbrauchern nach Widerruf – also zum exklusiven Nachteil der doch gerade im Verbraucherrecht schlechthin und bei verbundenen Geschäften besonders zu schützenden Gruppe!

Wer demgegenüber den schadensrechtlichen Vorteilsausgleich unmittelbar auf die §§ 355, 357ff. BGB anwenden will, setzt sich damit erkennbar in Widerspruch zum Gesetz und Gesetzgeber. Dies lässt sich auch nicht damit überspielen, den Vorteilsausgleichgedanken des Schadensrechts gleichsam als ein Prinzip von Treu und Glauben zu charakterisieren. Denn zum einen ist ein allgemeiner Vorteilsausgleich dem Vertragsrecht schlicht unbekannt, sondern ein Institut des Schadensersatzrechts⁹¹ und zum zweiten sind die §§ 355, 357ff. BGB eben *leges specialis* zu dem ganz allgemeinen Prinzip des § 242 BGB. Mithin ist auch die Rechtsprechung des BGH zu der Anrechnung von Steuervorteilen beim Haustürwiderruf, gleich ob nach § 3 HWiG a. F.⁹² oder zu § 312 BGB⁹³ auf den normalen Widerruf des Verbraucherkreditnehmers nicht übertragbar. Die dortige Abwicklung beruht auf den besonderen Regeln zur Rückabwicklung von Haustürwiderufsgeschäften, die zumindest unter Geltung des HWiG a. F. spezifische Besonderheiten aufweist,⁹⁴ die mit der Schaffung der §§ 357f. BGB und Neuordnung der §§ 346ff. BGB und selbst diese wiederum durch Neufassung der Widerrufsfolgen beseitigt wurden. Im Ergebnis ist daher der Rechtsprechung des Bankrechtssenates zuzustimmen, nur Fondsausschüttungen als echte Nutzungen den Ansprüchen des widerrufenden Verbrauchers entgegenzuhalten. Der Anrechnung von Steuervorteilen beim Widerruf oder der Erstreckung der Vorteilsausgleichung schlechthin auf die §§ 355, 357ff. BGB ist aber eine klare Absage zu erteilen. § 361 BGB wie auch § 357 Abs. 4 a. F. – wie gerade der Sinn und Zweck der detaillierten Normen über die Rückabwicklung bei Rücktritt und Widerruf zeigt – sperrt einen, lediglich aus § 242 BGB hergeleiteten, zusätzlichen Kompensationsanspruch für den Widerrufs- oder Rücktrittsgegner. Das ist bei Widerruf immer die überlegene, professionelle Partei. Ausgerechnet die-

⁸⁹ Bamberger/Roth-Fritzsche, Online-Version Stand: August 2014, § 100 Rn. 2; Podewils jurisPR-BKR 3/2012 Anm 4 sub B.

⁹⁰ Systematisch gibt diese Norm dem Gläubiger einen durchsetzbaren Herausgabeanspruch, während eine Vorteilsausgleichung lediglich als Rechnungsposten zu berücksichtigen wäre.

⁹¹ BGHZ 172, 147ff. = WM 2007, 1173 Rn. 24.

⁹² BGH BGH NJW 2007, 2401; BGH NJW 2006, 1788, 1792.

⁹³ BGH NJW 2011, 2198; BGH NJW-RR 2011, 1059.

⁹⁴ Zu den Besonderheiten der Rückabwicklung nach dem HWiG a. F. Derleder, ZBB 2006, 375ff.; ZfIR 2006, 489ff.; EWiR 2006, 195f.; EWiR 2005, 837f. und Knops, in: FS Derleder, 2005, S. 383ff.; BKR 2005, 59ff.; VuR 2004, 397ff.

se zu privilegieren, würde der Intention der Normen des Widerrufs und Rücktritts, insbesondere auch bei verbundenen Geschäften widersprechen.⁹⁵ Auf Wertungen des Schadenrechts oder allgemein auf § 242 BGB kann daher zum Nachteil von Rücktrittsberechtigten, erst recht aber von widerrufenden Verbrauchern nicht zurückgegriffen werden, wie dies angesichts umfassender gesetzlicher Vorgaben mit sehr differenzierenden Lösungen auch schlicht überflüssig ist.

B Bedingungen einer Vorteilsausgleichung

Legt man nun gleichwohl die Auffassung zugrunde, eine Vorteilsausgleichung käme auch bei Widerruf und Rücktritt zur Anwendung, müssten deren Voraussetzungen erfüllt sein. Bei der Vorteilsausgleichung geht es nicht um bloße Abzugs- oder Rechnungsposten in der Schadensrechnung, die sich etwa daraus ergeben, dass dem Geschädigten einer beschädigten Sache ein noch verwertbarer Restwert verbleibt oder er Lebenshaltungskosten während eines vom Schädiger zu zahlenden Krankenhausaufenthaltes erspart.⁹⁶ Gegenstand sind vielmehr zusätzliche Vorteile, gleich ob Vermögenszuwachs oder Ersparnisse, die mit dem die Ersatzpflicht begründeten Umfang in einem Zusammenhang stehen und dergestalt zu berücksichtigen sind, dass sie den Schädiger von seiner Ersatzpflicht für sein Handeln befreien. Es kommt mithin nach allgemeiner Meinung auf eine wertende Entscheidung an.

In den Beratungen zum BGB wurde die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Vorteilsanrechnung beim Schadensersatz zu erfolgen hat, angesichts der schon damals bestehenden Uneinigkeiten über Bestand und Voraussetzungen dieses Rechtsinstitutes⁹⁷ bewusst der Literatur und der Rechtsprechung überlassen, auch weil der historische Gesetzgeber diesem Institut eher kritisch bis ablehnend gegenüberstand.⁹⁸ Nach zahlreichen Vorarbeiten in der Literatur,⁹⁹ kommt eine Vorteilsausgleichung nach einer sich immer noch fortentwickelnden Rechtswissenschaft¹⁰⁰ – auch wenn viele Einzelheiten umstritten bleiben¹⁰¹ – nur unter folgenden

⁹⁵ De lege ferenda wäre ein solcher Zusatzvorteil etwa für Banken gegenüber Verbrauchern beim Konsumentenkredit angesichts der europarechtlichen wie nationalen Intention für einen besseren Verbraucherschutz auch rechtspolitisch nicht durchsetzbar.

⁹⁶ Larenz, Schuldrecht I AT, 14. Aufl. 1987, § 30 II (S. 53).

⁹⁷ Zum damaligen Streitstand zuletzt Schieman, in: FS Picker, 2011, S. 695, 696 m. w. N.

⁹⁸ Mot. II, S. 19.

⁹⁹ Vgl. etwa Oertmann, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, 1901 sowie Stintzing, Findet Vorteilsanrechnung beim Schadensersatzanspruch statt?: (zur sog. *compensatio lucri cum damno*), 1905; und ausführlich aus heutiger Sicht Wendehorst, Anspruch und Ausgleich: Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999 und Thüsing, Wertende Schadensberechnung, 2001.

¹⁰⁰ Siehe insbesondere zur Entwicklung der Rechtsprechung Cantzler AcP 156 (1957), 33ff.

¹⁰¹ Siehe insbesondere auch zur Entwicklung und dem Stand der Lehre Lange/Schieman, Hdb. d. Schuldrechts: Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, § 9 II (S. 488ff.) wie auch Stathopoulos, in: FS Säcker, 2011, S. 157ff.; Schieman, in: FS Eduard Picker, 2010, S. 695ff.; Sonnenberger, in: FS Trinkner, 1995, S. 723ff.

kumulativen vorliegenden Voraussetzungen zur Anwendung.¹⁰² Danach bedarf es zunächst eines Vorteils, der kausal und adäquat durch das schädigende Ereignis verursacht worden ist¹⁰³ und zwischen dem Vorteil und dem Ereignis muss ein „innerer Zusammenhang“ bestehen bzw. dieser kongruent sein¹⁰⁴ (dazu I.). Zudem muss die Anrechnung dem Geschädigten zumutbar sein, dem Zweck des Schadensersatzes entsprechen und dort schließlich den Schädiger nicht unbillig entlasten¹⁰⁵ (dazu insgesamt II.).

I Kausalzusammenhang und Kongruenz

Zunächst müssen die konkret eingetretenen Vorteile im Kausalzusammenhang mit der Interessenverletzung stehen. Nach der *Conditio sine-qua-non*-Formel bzw. dem *But-for-Test* ist zunächst festzustellen, dass der Erfolg objektiv nicht ohne Bedingung eingetreten wäre.¹⁰⁶ Unter Bedingung ist im Schadensersatzrecht das schädigende Ereignis zu verstehen; unter Erfolg der erlangte Vorteil. Neben dieser erforderlichen Äquivalenz¹⁰⁷ müssen die erlangten Vorteile adäquat zu dem schädigenden Ereignis stehen, dürfen also nicht bloß durch Zufall eingetreten sein¹⁰⁸ und müssen kongruent¹⁰⁹ sein.¹¹⁰

Auf den ersten Blick scheinen beide Kausalitätsanforderungen nebst dem Erfordernis der Kongruenz hinsichtlich der erlangten Steuervorteile bei kreditfinanzierten Kapitalanlagen, deren Versprechen ein Steuersparmodell beinhaltet, ohne Weiteres erfüllt zu sein. Steuervorteile bei kreditfinanzierten Kapitalanlagen werden aufgrund der Investition in ein Anlageprodukt gewährt, also durch die Beteiligung

¹⁰² Jauernig-Teichmann, BGB, 15. Aufl. 2014, § 249 Rn. 36.

¹⁰³ So bereits RGZ 80, 155; 84, 388; BGHZ 91, 210, 261; BGHZ 49, 61.

¹⁰⁴ Siehe BGH VersR 2008, 515.

¹⁰⁵ BGHZ 190, 162; BGHZ 49, 56, 61f.

¹⁰⁶ Brügemeier, Haftungsrecht, 2006, § 8 IV (S. 557).

¹⁰⁷ Siehe bereits BGHZ 2, 138, 141f.

¹⁰⁸ Anders ausgedrückt beruhen die im Bereich des Schadensersatzrechts entwickelten Grundsätze der Vorteilsausgleichung auf dem Gedanken, dass dem Geschädigten nur diejenigen Vorteile zuzurechnen sind, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen (BGH WM 2007, 970 Rn. 20 = NJW 2007, 3130).

¹⁰⁹ Eine Anrechnung von Vorteilen erfolgt nicht etwa undifferenziert gegenüber dem Gesamtschaden (OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.01.2013, Az. I-16 U 70/12, 16 U 70/12 Rn. 58 (zitiert nach juris)), sondern grundsätzlich gegenüber den Schadenspositionen, die ihnen sachlich, d.h. der Art nach entsprechen (BGHZ 136, 52ff.; Lange, Schadensersatz, 2. Aufl. 1990, § 9 III 12 m. w. N.). Mithin sind ausschließlich kongruente Vor- und Nachteile miteinander zu verrechnen (BGH NJW-RR 2004, 79, 80; Bamberger/Roth-Schubert, 3. Aufl. 2012, § 249 Rn. 114). Nur solche Vorteile sind anrechenbar, die gerade mit dem geltend gemachten Nachteil in einem qualifizierten Zusammenhang stehen (Thiele, AcP 167 (1967), 193, 202), wobei zu prüfen ist, ob und gegebenenfalls welche einzelnen Vorteile sich bei wertender Betrachtung auch bestimmten Schadenspositionen zuordnen lassen (BGHZ 136, 52 Rn. 7 = WM 1997, 1671).

¹¹⁰ BGHZ 136, 52, 54; BGH NJW 2004, 3557; BGH NJW 1997, 2378; BGH VersR 1989, 592, 593; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 19. Aufl. 2010, § 55 III 3 (Rn. 646).

in oder durch den Erwerb des finanzierten Objekts oder bestimmter Rechte. Abzugsmöglichkeiten ergeben sich weiterhin aufgrund der für das Darlehen aufzubringenden Zinsen. Sowohl die Einlageleistung in den Fonds erzielt positive steuerliche Effekte wie die vereinnahmten Ausschüttungen zu einer Steuerlast führen. Für die gezahlten Darlehenszinsen und ihre Rückgewähr gilt entsprechendes. Die Vertragsbegründung und die Auflösung des Vertrages sind dafür der Anlass, die Steuervorteile selbst resultieren bei kreditfinanzierten Kapitalanlageprodukten aber aus den Leistungen selbst und nur mittelbar auf deren Grundlage in Form von Erwerbs- und Darlehensvertrag. Im Sinne der schadensrechtlichen Logik, müsste der Vertrag als das schädigende Ereignis und die Steuervorteile tatsächlich als sein Erfolg anzusehen sein. In den Fällen, in denen der Vertrag selbst als Schaden angesehen wird, ist das schädigende Ereignis aber regelhaft die zu vertretende Aufklärungspflichtverletzung des Schädigers, die den Geschädigten zum Vertragsschluss veranlasst hat. Für den anderen Teil ist der so nicht gewollte oder unzulängliche Vertrag das Resultat der Pflichtverletzung, mithin der Schaden selbst. Zu den Steuervorteilen führt aber beim Widerruf nicht – wie es erforderlich wäre – das schädigende Ereignis, also eine Pflichtverletzung. Die Steuervorteile selbst werden auch nicht durch die Existenz des Vertrages, sondern durch die Zahlungen in das Investment und die erbrachten Zinsen auf den Kredit ausgelöst, also durch die tatsächlichen Leistungen. Diese tatsächlichen Leistungen beruhen zwar wiederum auf beiden Verträgen. Diese sind aber beim Widerruf nicht fehlerhaft oder beruhen nicht auf einem zum Ersatz verpflichtenden Umstand. Es gibt dort keine Pflichtverletzung und auch keinen Schaden. Anderenfalls würde die Ausübung des Widerrufs pönalisiert, also mit einer negativen Folge für den Verbraucher verbunden, was weder europarechtlich noch nach nationalem deutschem Recht zulässig wäre. Die Rückabwicklung beider Verträge ist nicht Folge eines pflichtwidrigen Verhaltens des Widerrufenden, sondern Folge der Ausübung eines von Gesetzes wegen bestehenden Rechts. Der Widerruf wird regelmäßig auch nur hinsichtlich des Darlehensvertrages erklärt und vom Gesetz in seinen Wirkungen auch auf den verbundenen Vertrag erstreckt. Die auf den verbundenen Vertrag erbrachten Leistungen stammen oft auch nur teilweise aus dem Darlehen; der andere Teil wird unmittelbar aus dem Vermögen des Widerrufenden erbracht.¹¹¹ Zudem haben die Leistungen auf beide Verträge unterschiedliche steuerliche Wirkungen – auch der Höhe nach. Dies alles spricht dagegen, hier überhaupt einen äquivalenten und adäquaten Kausalzusammenhang herzustellen. Schadensrechtliche Voraussetzungen und Wertungen auf gesetzliche Widerrufsfolgen übertragen zu wollen, wird immer ein schräges und mit dem Gesetz nicht zu vereinbarendes Unterfangen bleiben.

Zudem kann es sein, dass die Investition überhaupt keinen steuerlichen Niederschlag findet, etwa wenn wegen anderer steuerlicher Gestaltungen der Pflichtige ohnehin keine Steuern zu zahlen hat, es also zu keinem Vorteil mehr kommt. Bei Sammelangaben lässt sich zudem teilweise im Nachhinein oft nicht genau ermitteln, welche Anlage zu welcher Reduzierung geführt hat. Oder aber die Ermittlung

¹¹¹ Eine Vollfinanzierung der Anlage durch den Darlehensgeber ist in der Praxis die absolute Ausnahme.

gen erreichen ein Ausmaß, das widerrufenden Verbrauchern keinesfalls zumutbar ist, nur um dem professionellen Widerrufsgegner eine vom Gesetz nicht vorgesehene Erleichterung zu verschaffen. Liegen etwa die betrieblichen Aufwendungen auf hohem Niveau oder sind weit überschießende Verlustvorträge vorhanden, lässt sich eine Zuordnung einzelner Kapitalanlagen auf das steuerliche Endergebnis unter Umständen gar nicht mehr herstellen. Hinzu kommt, dass sich eine erhebliche steuerliche Ermäßigung auch durch das Unterschreiten von Progressionsstufen einstellen kann, aber dafür nur ein geringer steuerlicher Abzug ursächlich war, wie etwa die Kreditzinsen. Teilweise spielt der Verlustvortrag der Anlage selbst kaum noch eine Rolle. In allen diesen Fällen mangelt es an einer Kausalität zwischen der kreditfinanzierten Anlage und den Steuervorteilen entweder überhaupt oder auch nur proportional. Sicher muss sich der Anleger nicht Vorteile anrechnen lassen, die gar nichts mit dem konkreten Produkt zu schaffen haben, sondern mit anderen Steuergestaltungen erlangt wurden.

II Schutzbereich und Billigkeit

Weiter muss die Anrechnung dem Zweck der Ersatzpflicht entsprechen. Eine Ersatzpflicht gibt es aber bei Rücktritt und Widerruf nicht; es geht um Rückgewährpflichten. Diese Rückgewährpflichten stehen im Gegenseitigkeitsverhältnis – auch im Falle des § 358 BGB. Für eine einseitige Begünstigung des Unternehmers ist dabei kein Platz. Die Steuervorteile des Anlegers beruhen auf einer bewussten und zweckgerichteten Leistung an die Anlagegesellschaft und den Kreditgeber. Die Steuerermäßigung durch den Staat beruht auf einer gesetzlichen Verpflichtung. Der anlegende Investor soll entlastet werden, nicht etwa der Kreditgeber oder die Anlagegesellschaft, in dessen Stellung die Bank hinsichtlich der Rückabwicklung nach § 358 BGB einzutreten hat. Eine Anrechnung der Vorteile auf die vom Kreditgeber zu erbringenden Zahlungen kann über die Regelungen der §§ 346ff. BGB, erst recht nicht über das gesetzliche Programm der §§ 357ff. BGB, das bewusst die Belange zum Schutz der Verbraucher vor den Risiken verbundener Geschäfte regelt, nicht anerkannt werden. Denn der Kreditgeber gibt dem Verbraucher im Wesentlichen nur das zurück, was dieser aus seinem eigenen und bereits versteuerten Vermögen an die Anlagegesellschaft geleistet hat. Eine Anrechnung ist auch deshalb nicht zu rechtfertigen, weil ansonsten das vom Anleger investierte Kapital beim Kreditgeber, aber in der Praxis noch viel eher, bei der Anlagegesellschaft verbleiben würde, wofür ein Rechtsgrund nicht ersichtlich ist. Die §§ 357ff. BGB sprechen wie im Übrigen auch die §§ 346ff. BGB von Rückgewähr in Form von Zahlungen. Anrechnungen der Leistungen Dritter sind dort sowieso nicht vorgesehen. Von einem Behaltendürfen der vom Verbraucher geleisteten Zahlungen ist dort sicher nicht die Rede, schon gar nicht zugunsten des Teils des – ebenfalls rückabzuwickelnden – verbundenen Vertrages. Auch etwaige Vorteile des Verbrauchers sollen den Unternehmern nicht zugutekommen. Mittelbare, also nicht durch die Leistung

des anderen Teils erbrachte Vorteile bleiben bei der Rückabwicklung nach den Widerrufsvorschriften – von Aufwendungen und Nutzungen abgesehen – außen vor.

C Ergebnis

Im Gegensatz zum Schadensersatzrecht sind die Regeln über die Rückabwicklung nach Widerruf und Rücktritt nicht auf den allumfassenden Ausgleich aller mit dem Vertrag verbundenen Vor- und Nachteile gerichtet, sondern auf die Rückgewähr der vom Vertragspartner unmittelbar bezogenen Leistungen und der aus der Vertragsleistung selbst gezogenen Nutzungen. Dazu gehören weder Vorteile, die – aus welchem Grund immer – Dritte einem der Vertragspartner gewährt haben noch Steuervorteile. Es geht also gerade nicht um eine Naturalrestitution wie auch die vertraglichen Rückabwicklungsvorschriften schlechthin kein Bereicherungsverbot kennen. Vielmehr gilt bei Widerruf anders als im Schadensrecht: Dem Widerrufsgegner dürfen nicht diejenigen Vorteile des Widerrufenden zukommen, die nur in dessen Person, niemals aber bei ihm selbst eingetreten wären. Der Abzug von personalen Steuervorteilen des Widerrufenden bereichert den Widerrufsgegner ohne jeglichen rechtlichen Grund und verschafft ihm geldwerte Vorteile, die er selbst nie hätte erzielen können. Die Vertragspartner sind gerade nicht so zu stellen, wie sie ohne den Vertrag stehen würden, sondern streng nach Regeln der §§ 357, 346ff. BGB a. F. für Altfälle und den §§ 357ff. BGB für Neufälle. Für beide Fallgruppen hat der Gesetzgeber bewusst die Rechtsfolgen anders gestaltet als in den §§ 249ff. BGB; sie stehen daher nicht unter einem Billigkeitsvorbehalt oder einer gewillkürten Korrektur über § 242 BGB. Vielmehr darf von dem gesetzlich vorgegebenen Rückabwicklungsprogramm zum Nachteil des Verbrauchers kraft gesetzlicher Anordnung nicht abgewichen werden (§ 361 Abs. 1 BGB bzw. §§ 357 Abs. 4, 358 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F.).¹¹²

Auch wenn die genannten Gerichte und Autoren den Verbraucherschutz offensichtlich nicht mit einem Wort als bemerkens- und bedenkenswert oder gar als Hindernis erachten, handelt es sich bei den Widerrufenden um private Anleger, die – meist über einen obligatorischen, mit dem Anlageprodukt unlösbar verbundenen Darlehensvertrag – zugleich Verbraucherkreditnehmer sind. Von der genannten Rechtsprechung sind also nur Verbraucher betroffen, eine gegenüber den beteiligten professionellen Vertragspartnern ohnehin schon unterlegene Gruppe. Die Normen zum Widerruf und dessen Folgen sollen Verbrauchern besonderen Schutz bieten. Es besteht daher de lege lata keine Notwendigkeit und rechtspolitisch liegt zu-

¹¹² Für eine Modifizierung oder Korrektur der gesetzlich angeordneten Folgen des Rücktritts nach seinen Vorstellungen unter allgemeiner Berufung auf § 242 fehlt der Rechtsprechung – namentlich der genannten Obergerichte – im demokratischen Rechtsstaat schlicht die Befugnis. Gleiches gilt für die Widerrufsfolgen, die nunmehr einem europaweit vollharmonisierten Regime folgen und deren Auslegung ohnehin nur vom EuGH letztverbindlich ausgelegt werden dürfen.

dem de lege ferenda nichts ferner, als ausgerechnet für diese spezielle Gruppe von Unterlegenen eine Anrechnung von etwaigen Vorteilen unter Hinweis auf einen ganz allgemeinen Rechtsgedanken vorzunehmen. Vielmehr spricht die Ratio des Gesetzes für einen Schutz dieser Gruppe; jedenfalls für ein Verbot von einer Art diskriminierender Benachteiligung, die bislang¹¹³ etwa den Rücktritt Erklärenden nicht auferlegt wird.

¹¹³ Schließlich steht noch ein Übergreifen dieser Rechtsprechung vom Darlehen auf andere Vertragstypen zu befürchten. Nach der Logik der genannten Gerichte dürfte es nicht zu rechtfertigen sein, die Vorteilsausgleichung nur beim Widerruf von Verbraucherdarlehen, nicht aber schlechthin auch auf den Widerruf oder Rücktritt anderer Verträge anzuwenden.

Die Wirkung des § 215 BGB im Falle der Verwandlung der Hauptforderung in einen Zahlungsanspruch bei verjährter Gegenforderung

Sebastian Kröger

Inhaltsverzeichnis

A	Einleitung	311
B	Der Sachverhalt des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen	312
C	Der Ausgangspunkt: § 215 BGB	313
D	Das Verhältnis von Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht	315
I	Die Aufrechnung	315
II	Das Zurückbehaltungsrecht	316
III	Das Verhältnis der beiden Rechtsinstitute zueinander	317
E	Die Problematik des vorliegenden Falles	318
F	Die Auslegung des § 215 BGB	319
I	Sprachlich-grammatikalische Auslegung	319
II	Historische (genetische) Auslegung	320
III	Systematische Auslegung	320
IV	Teleologische Auslegung	320
G	Die rechtstechnische Umsetzung der gefundenen Lösung	322
H	Zusammenfassung und Ergebnisse	323

A Einleitung

Herr Prof. Dr. Peter Derleder zeichnete sich in seiner bisherigen juristischen Karriere durch sein Interesse an mannigfaltigen Rechtsgebieten aus. Seine besondere Leidenschaft galt und gilt aber insbesondere dem Mietrecht, dem Familienrecht, dem Sachenrecht, aber auch dem Verbraucherschutz- und dem Bankrecht. Im Rahmen seiner Tätigkeit an der Universität Bremen war aber auch nicht zu übersehen, dass Peter Derleder neben den spezialisierten Rechtsgebieten auch ein großes Interesse an den allgemeinen Normen des BGB hatte und diesbezüglich auch seine

Dr. S. Kröger (✉)
Bremen, Deutschland
e-mail: sebastian.kroeger@o2online.de

Studenten immer wieder auf den Prüfstand hinsichtlich Normenkenntnis und der entsprechenden Anwendung des Gesetzes im Einzelfall stellte. Dabei waren gerade auch atypische Fallkonstellationen diejenigen, welche Peter Derleders Aufmerksamkeit hervorriefen. Eine der großen Stärken des Geburtstagskindes war es – und ist es nach wie vor –, gerade in vom Normalfall abweichenden Fallkonstellationen interessengerechte Lösungen zu erarbeiten und das Recht insoweit weiterzuentwickeln. Bei einem Blick auf die beeindruckende Publikationsliste des Peter Derleder wird schnell klar, dass ihm dieses Vorhaben schon jetzt in fast einzigartiger Art und Weise gelungen ist. Aber ich bin mir sicher, dass noch viele weitere hochinteressante, kritische und zukunftsorientierte Publikationen folgen werden.

Der vorliegende Beitrag versucht, ausgehend von den Interessengebieten des Geburtstagskindes, eine atypische Fallkonstellation aus dem Aufrechnungs- und Verjährungsrecht zu besprechen, welche in einen familienrechtlichen Sachverhalt eingekleidet ist, der dem Hanseatischen Oberlandesgericht in Bremen (AZ: 5 UF 110/13) im Jahre 2014 zur Entscheidung vorlag; dem Gericht also, bei welchem auch Peter Derleder sein Richteramt ausübte.

B Der Sachverhalt des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen

In dem Verfahren, das dem Hanseatischen Oberlandesgericht in Bremen zur Entscheidung vorlag, begehrte ein Ehemann in einem familienrechtlichen Verfahren außerhalb des Güterrechts von seiner geschiedenen Ehefrau in vereinfachter Form zunächst, dass diese ihren Miteigentumsanteil in Höhe von 1/3 an einem in Bremen gelegenen Grundstück an ihn auflassen und die Eintragung im Grundbuch bewilligen sollte. Dieser Anspruch des Ehemannes resultierte aus einem zwischen den Beteiligten geschlossenen Ehevertrag, nach dessen Inhalt der Miteigentumsanteil der Ehefrau an dem Grundstück im Rahmen des Zugewinnausgleichs ohne rechnerische Berücksichtigung vorab auf den Ehemann übertragen werden sollte. Gegen diesen Anspruch verteidigte sich die Ehefrau mit der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts in Höhe von ca. 100.000 €. Sie berief sich hierzu auf einen Anspruch auf Gesamtschuldnerausgleich (§ 426 I BGB) aus einem gemeinsam von den Beteiligten mit einem Kreditinstitut geschlossenen Darlehensvertrag.¹

Nachdem die Ehefrau dem Ehemann mitteilte, dass sie das Grundstück mit notariellem Vertrag verkauft habe und auch bereits die Eintragung im Grundbuch erfolgt sei, stellte der Ehemann seinen Antrag auf Grundstücksübertragung auf Zahlung eines Geldbetrages um, welcher dem ehemaligen Miteigentumsanteil der Ehefrau

¹ Der Ehefrau konnte im Sachverhalt, der dem Beschluss des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen zugrunde lag, das Zurückbehaltungsrecht auch wirksam geltend machen; insbesondere war die erforderliche Konnexität von Anspruch und Gegenanspruch gegeben. Nach der Rechtsprechung des BGH liegt die für die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts erforderliche Konnexität auch dann vor, wenn beide Ansprüche aus der durch die Ehe begründeten und durch ihr Scheitern beendeten Lebensgemeinschaft herrühren (BGH, NJW 2000, 948, 949).

entsprach.² Da die Ansprüche der Ehefrau aus dem Gesamtschuldnerausgleich bereits aus dem Jahre 2010 datierten und erstmals im Jahre 2014 im Verfahren geltend gemacht worden waren, berief sich der Ehemann diesbezüglich auf die Einrede der Verjährung.

Das Gericht hatte sich mit der Problematik zu beschäftigen, was gelten soll, wenn ein Beteiligter die Aufrechnung erst in einem Zeitpunkt erklären kann, in dem sein bestehender Zahlungsanspruch verjährt ist und sich der Nichtzahlungsanspruch der Gegenseite erst jetzt, also in verjährter Zeit, in einen Zahlungsanspruch verwandelt.

C Der Ausgangspunkt: § 215 BGB

Ausgangspunkt für die soeben dargelegte Fallkonstellation ist § 215 BGB. Dieser wurde im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 in das BGB eingeführt und übernahm inhaltlich die gleichsam entfallene Bestimmung des § 390 S. 2 BGB a. F.³ Nach dieser schloss die Verjährung die Aufrechnung nicht aus, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war. § 390 S. 2 BGB a. F. ließ die Aufrechnung somit auch mit einem verjährten Anspruch zu, wenn die Aufrechnungslage noch in unverjährter Zeit bestanden hatte.⁴ Darin lag eine Ausnahme zu dem in § 390 S. 1 BGB a. F. enthaltenen allgemeinen Grundsatz, dass mit einer einredebehafteten Forderung nicht aufgerechnet werden konnte.⁵ Einschränkungen dieses Grundsatzes enthielten insbesondere §§ 479, 639 BGB a. F. im Kauf- und Werkvertragsrecht. In Rechtsprechung und Literatur war darüber hinaus anerkannt, dass § 390 S. 2 BGB a. F. auch auf das Zurückbehaltungsrecht anzuwenden war, folglich also auch die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts auf einen verjährten Anspruch gestützt werden konnte, wenn die Verjährung noch nicht zu dem Zeitpunkt vollendet war, als der Anspruch des Gläubigers entstand.⁶

Nach dem nunmehr geltenden § 215 BGB schließt die Verjährung die Aufrechnung und, nun auch klar im Wortlaut der Norm zum Ausdruck gebracht, die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nicht aus, wenn der Anspruch in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem erstmals aufgerechnet oder Leistung verweigert werden konnte. Wie bereits dargelegt, übernimmt § 215 BGB hinsichtlich der Aufrechnung einerseits unverändert den Regelungsgehalt des § 390 S. 2 a. F.,

² Die Antragsumstellung war im vorliegenden Fall gem. § 265 II ZPO i. V. mit §§ 112 Nr. 2, 113 I 2, 261 FamFG verfahrensrechtlich zulässig.

³ RegE, Bt-Drucks. 14/6040, S. 122; MünchKommBGB-Grothe, 6. Aufl., § 215 Rn. 1; s. auch Staudinger-Peters/Jacoby, BGB (2009), § 215 Rn. 2.

⁴ RegE, Bt-Drucks. 14/6040, S. 122.

⁵ RegE, Bt-Drucks. 14/6040, S. 122.

⁶ S. dazu RegE, Bt-Drucks. 14/6040, S. 122; BGH, NJW 1967, 1902, 1903; NJW 1970, 561; MünchKommBGB-Grothe, 6. Aufl., § 215 Rn. 4.

andererseits wurde der Anwendungsbereich in Bezug auf das Zurückbehaltungsrecht erweitert.⁷ Die bisherige Rechtsprechung zu der analogen Anwendung des § 390 S. 2 BGB auf das Zurückbehaltungsrecht wurde insoweit in Gesetzesform gegossen.

Bezogen auf eine Aufrechnung regelt somit nunmehr auch § 215 BGB, dass die Aufrechnung auf eine verjährte Gegenforderung (Forderung des Aufrechnenden) gestützt werden kann, solange sie bei Eintritt der Aufrechnungslage noch unverjährt war.⁸ Auch bei § 215 BGB handelt es sich demgemäß um eine Ausnahmegesetzvorschrift zu § 390 BGB, welcher auch in seiner aktuellen Fassung grundsätzlich die Aufrechnung mit einer einredebehafteten Forderung ausschließt.⁹ § 215 BGB knüpft insoweit also bereits an die Aufrechnungslage bestimmte Rechtsfolgen¹⁰ und lässt im Ergebnis eine „verspätete“ Aufrechnungserklärung zu¹¹. Zwar kann eine verjährte Forderung nicht mehr zur Erfüllung durchgesetzt werden, da dem Schuldner gem. § 214 I BGB ein dauerndes Leistungsverweigerungsrecht zusteht¹², allerdings erhält § 215 BGB die Werthaltigkeit der verjährten Forderung dahin gehend, dass der Gläubiger sie noch als Verteidigungsmittel zur Aufrechnung stellen kann, sie insoweit also noch als Erfüllungssurrogat¹³ einsetzen kann. Voraussetzung ist aber, dass sich Hauptforderung (Forderung des Aufrechnungsgegners) und Gegenforderung (Forderung des Aufrechnenden) in unverjährter Zeit aufrechenbar gegenübergestanden haben müssen.

Daneben stellt § 215 BGB klar, dass die Verjährung eines Anspruchs die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nicht ausschließt.¹⁴ Dabei ist in der Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass § 215 BGB neben § 273 BGB auch für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 BGB gilt.¹⁵ Bei Letzterem ist es nach dem BGH sogar ausreichend, dass der Anspruch, mit dem das Zurückbehaltungsrecht begründet wird, bei Eintritt der Verjährung entstanden war¹⁶, während es bei dem Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB auf die Fälligkeit des Gegenanspruchs ankommt¹⁷.

⁷ MünchKommBGB-Grothe, 6. Aufl., § 215 Rn. 1; Staudinger-Peters/Jacoby, BGB (2009), § 215 Rn. 2.

⁸ Palandt-Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, § 215 Rn. 1.

⁹ MünchKommBGB-Grothe, 6. Aufl., § 215 Rn. 2.

¹⁰ Palandt-Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, § 215 Rn. 1.

¹¹ Staudinger-Peters/Jacoby, BGB (2009), § 215 Rn. 6. Denn ist die Aufrechnung bereits in unverjährter Zeit erklärt worden, bedarf es der Anwendung des § 215 BGB nicht.

¹² S. dazu Palandt-Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, § 214 Rn. 1f.

¹³ Palandt-Grüneberg, BGB, 73. Aufl. 2014, § 387 Rn. 1; vgl. auch MünchKommBGB-Schlüter, 6. Aufl., § 389 Rn. 3.

¹⁴ S. auch Palandt-Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, § 215 Rn. 2; MünchKommBGB-Grothe, 6. Aufl., § 215 Rn. 4.

¹⁵ Vgl. BGH, NJW 2006, 2773, 2774 zu § 390 S. 2 BGB a. F.; MünchKommBGB-Grothe, 6. Aufl., § 215 Rn. 4 m. w. N.; so wohl auch Staudinger-Peters/Jacoby, BGB (2009), § 215 Rn. 13.

¹⁶ Vgl. BGH, NJW 2006, 2773, 2774 zu § 390 S. 2 BGB. a. F.

¹⁷ Palandt-Grüneberg, BGB, 73. Aufl. 2014, § 273 Rn. 9.

D Das Verhältnis von Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht

Die Problematik, der sich das Hanseatische Oberlandesgericht im zu entscheidenden Fall stellen musste, wird in ihrem vollen Umfang erst dann deutlich, wenn das Verhältnis des Rechtsinstituts der Aufrechnung zu demjenigen des Zurückbehaltungsrechts berücksichtigt wird. Um dieses nachzuvollziehen, ist zunächst aber wiederum ein Verständnis, insbesondere der Rechtswirkungen der beiden Institute „Aufrechnung“ und „Zurückbehaltungsrecht“ unerlässlich, welches im Folgenden zunächst in gebotener Kürze skizziert werden soll. Dabei gilt es insoweit vorwegzustellen, dass sich beide Rechtsinstitute dadurch charakterisieren, dass die beteiligten Parteien beide eine Doppelstellung sowohl als Gläubiger als auch als Schuldner aufweisen.¹⁸

I Die Aufrechnung

Bei der Aufrechnung handelt es sich die wechselseitige Tilgung zweier sich gegenüberstehender Forderungen durch einseitiges Rechtsgeschäft des Aufrechnenden.¹⁹ Sie soll ein unwirtschaftliches Hin und Her verhindern²⁰, insbesondere die wechselseitige Zahlung von Geldbeträgen. Nach § 389 BGB bewirkt die Aufrechnung demgemäß, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als im Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind.²¹ Bei der Aufrechnung handelt es sich somit um ein Erfüllungssurrogat.²² Auf der anderen Seite eröffnet sie dem Schuldner aber auch die Möglichkeit, seine Forderung im Wege der Selbsthilfe ohne die Führung eines gerichtlichen Rechtsstreits durchzusetzen zu können.²³

Allerdings kommt eine Aufrechnung gem. § 387 BGB nur dann in Betracht, wenn die Leistungen, also Haupt- und Gegenforderung, ihrem Gegenstand nach gleichartig sind.²⁴ Die Gleichartigkeit wird im Einzelfall nach der Verkehrsanschauung bestimmt²⁵ und ist vor allem bei beiderseitigen Geldforderungen gegeben²⁶.

¹⁸ Staudinger-Bittner, BGB (2014), § 273 Rn. 104.

¹⁹ Palandt-Grüneberg, BGB, 73. Aufl. 2014, § 387 Rn. 1.

²⁰ Palandt-Grüneberg, BGB, 73. Aufl. 2014, § 387 Rn. 1.

²¹ S. auch Palandt-Grüneberg, BGB, 73. Aufl. 2014, § 389 Rn. 1.

²² Palandt-Grüneberg, BGB, 73. Aufl. 2014, § 387 Rn. 1; vgl. auch MünchKommBGB-Schlüter, 6. Aufl., § 389 Rn. 3.

²³ MünchKommBGB-Schlüter, 6. Aufl., § 387 Rn. 1.

²⁴ MünchKommBGB-Schlüter, 6. Aufl., § 387 Rn. 29.

²⁵ MünchKommBGB-Schlüter, 6. Aufl., § 387 Rn. 30; Staudinger-Gursky, BGB (2011), § 387, Rn. 67.

²⁶ Vgl. Palandt-Grüneberg, BGB, 73. Aufl. 2014, § 387 Rn. 8.

Unschädlich in Bezug auf die Gleichartigkeit ist insbesondere, ob der Entstehungsgrund, der Zweck der gegenläufigen Forderungen oder Leistungsmodalitäten wie z. B. der Leistungsort divergieren.²⁷ Maßgeblich ist aber, dass die Gegenseitigkeit zum Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung nach § 388 S. 1 BGB gegeben sein muss.²⁸

II Das Zurückbehaltungsrecht

Das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB gibt dem Schuldner hingegen das Recht, seine eigene Leistung zu verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt ist.²⁹ Der Anspruch des Gläubigers wird dahingehend modifiziert, dass dieser nicht mehr unbeschränkt Leistung an sich verlangen kann, sondern nur noch eine Leistung Zug-um-Zug.³⁰ Dies bedeutet, dass der Gläubiger daher seine ihm gebührende Leistung vom Schuldner nur dann verlangen kann, wenn er gleichfalls die dem Schuldner gegen ihn selbst zustehende Forderung befriedigt.³¹ Dem Zurückbehaltungsrecht kommt daher keine schuldtilgende Wirkung wie der Aufrechnung zu³², sondern führt vielmehr zu einer gegenseitigen Blockadestellung³³. Es ist sowohl als Sicherungsmittel als auch als Druckmittel zur Durchsetzung des Gegenanspruchs anzusehen³⁴. Selbige Wirkungen erzeugt auch § 320 BGB, welcher bei gegenseitigen Verträgen anwendbar und in diesem Rahmen *lex specialis* gegenüber § 273 BGB ist.³⁵

Es bedarf zur Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts der Gegenseitigkeit und der Konnexität der Ansprüche. Erstere ist gegeben, wenn der zurückhaltende Schuldner zugleich auch Gläubiger des Gegenanspruchs ist und umgekehrt.³⁶ Konnexität ist zu bejahen, wenn Anspruch und Gegenanspruch „aus demselben rechtlichen Verhältnis“ resultieren. Letzteres ist nach ganz h. M. im weitesten Sinne zu verstehen. Es reicht daher aus, wenn ein innerer natürlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang in der Weise besteht, dass es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der eine Anspruch ohne Rücksicht auf den anderen geltend gemacht werden könnte.³⁷ Eine Gleichartigkeit der Forderungen ist im Gegensatz zur Aufrechnung gerade nicht erforderlich.

²⁷ Staudinger-Gursky, BGB (2011), § 387, Rn. 65.

²⁸ S. nur MünchKommBGB-Schlüter, 6. Aufl., § 387 Rn. 31 m. w. N.

²⁹ Palandt-Grüneberg, BGB, 73. Aufl. 2014, § 273 Rn. 1; MünchKommBGB-Krüger, 6. Aufl., § 273 Rn. 1.

³⁰ MünchKommBGB-Krüger, 6. Aufl., § 273 Rn. 91.

³¹ Vgl. MünchKommBGB-Krüger, 6. Aufl., § 273 Rn. 1.

³² Vgl. Staudinger-Gursky, BGB (2011), Vorbem zu §§ 387ff., Rn. 100.

³³ Vgl. MünchKommBGB-Krüger, 6. Aufl., § 273 Rn. 1.

³⁴ MünchKommBGB-Krüger, 6. Aufl., § 273 Rn. 3; Palandt-Grüneberg, BGB, 73. Aufl. 2014, § 273 Rn. 1.

³⁵ MünchKommBGB-Krüger, 6. Aufl., § 273 Rn. 2; Palandt-Grüneberg, BGB, 73. Aufl. 2014, § 320 Rn. 1.

³⁶ Palandt-Grüneberg, BGB, 73. Aufl. 2014, § 273 Rn. 6; MünchKommBGB-Krüger, 6. Aufl., § 273 Rn. 1.

³⁷ S. zuletzt BGH, NJW-RR 2013, 880, 885; MünchKommBGB-Krüger, 6. Aufl., § 273 Rn. 13; Palandt-Grüneberg, BGB, 73. Aufl. 2014, § 273 Rn. 9.

III Das Verhältnis der beiden Rechtsinstitute zueinander

In Rechtsprechung, aber auch im weit überwiegenden Teil des rechtswissenschaftlichen Schrifttums, ist anerkannt, dass eine Ausübung des Zurückbehaltungsrechts regelmäßig nicht in Betracht kommt, wenn sich Ansprüche gegenüberstehen, die beiderseits gleichartige Leistungen, insbesondere Geldleistungen, zum Gegenstand haben.³⁸ Insbesondere der BGH folgert dies daraus, dass eine Zug-um-Zug-Verurteilung, zu der die erfolgreiche Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nach § 274 I BGB führt, im Allgemeinen weder sinnvoll noch angebracht sei, wenn die beiderseitigen Leistungen verrechenbar seien.³⁹ Dies ist wiederum zurückzuführen auf die materiell-rechtliche Wirkung der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts. Letztere bewirkt nämlich, wie soeben dargelegt, dass der Anspruch der Gegenseite dahin gehend einschränkt wird, dass der Schuldner nur noch zur Leistung Zug-um-Zug verpflichtet ist.⁴⁰ Die Aufrechnung hingegen hat gem. § 389 BGB die materiell-rechtliche Wirkung, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind. Durch die Erklärung der Aufrechnung wird die eigene Verpflichtung des Schuldners getilgt.⁴¹ Diese „stärkere“ Rechtswirkung der Aufrechnung in Bezug auf die Erfüllungswirkung begründet einerseits den Vorrang der Aufrechnung gegenüber der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts in dem Falle, dass sich beiderseits gleichartige Leistungen gegenüberstehen. Andererseits scheitern Zurückhaltungsrechte bereits dem Grunde dann, wenn anderweitige Sicherheiten bestehen.⁴² Dies ergibt sich zumindest mittelbar aus § 273 III BGB. Denn wenn es hiernach durch Sicherheitsleitung möglich ist, ein Zurückbehaltungsrecht abzuwenden, so kann es dann nicht bestehen, wenn eine Sicherheit – hier in der Art einer möglichen Aufrechnung – besteht.⁴³ Sollte in diesem Fall dennoch ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden, so ist dies in der Regel in eine Aufrechnungserklärung umzudeuten.⁴⁴ Dies gilt nach der h. M. in Rechtsprechung und Literatur selbst dann, wenn im Falle sich gleichartig gegenüberstehender Forderungen der Schuldner ausdrücklich erklärt, er wolle nur ein Zurückbehaltungsrecht ausüben und keine Aufrechnung erklären.⁴⁵

³⁸ RGZ 83, 138, 140; BGH, NJW 1984, 128, 129; 2000, 278, 279; Staudinger-Bittner, BGB (2014), § 273 Rn. 105; Staudinger-Gursky, BGB (2011), § 388 Rn. 13; MünchKommBGB-Krüger, 6. Aufl., § 273 Rn. 8, 75; MünchKommBGB-Schlüter, 6. Aufl., § 387 Rn. 49; Erman-Artz, BGB, 14. Aufl., § 273 Rn. 6; Kiehnle, AcP 208 (2008), 635, 669; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, § 30 IV 2.

³⁹ BGH, NJW 2000, 278, 279.

⁴⁰ Palandt-Grüneberg, BGB, 73. Aufl. 2014, § 273 Rn. 20.

⁴¹ Staudinger-Bittner, BGB (2014), § 273 Rn. 105.

⁴² Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, § 30 IV 1.

⁴³ Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, § 30 IV 1f.

⁴⁴ BGH, NJW 2000, 278, 279; Staudinger-Bittner, BGB, Neubearbeitung 2014, § 273 Rn. 105.

⁴⁵ MünchKommBGB-Schlüter, 6. Aufl., § 387 Rn. 49; s. wohl auch Kiehnle, AcP 208 (2008), 635, 669; s. auch Staudinger-Gursky, BGB (2011), § 388 Rn. 14 m. W. N. Möglich ist nach der Rechtsprechung hingegen die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts trotz Gleichartigkeit der sich gegenüberstehenden Forderungen, wenn es an der Gegenseitigkeit der Forderungen fehlt (BGH, NJW 2000, 278, 279). In der Literatur wird teilweise auch vertreten, dass trotz Aufrechnungsmöglichkeit die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts möglich bleiben soll, wenn

E Die Problematik des vorliegenden Falles

Der vom Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen zu entscheidende Fall zeichnete sich durch die besondere Konstellation aus, dass sich der Anspruch des Ehemannes aus dem Ehevertrag im Laufe der Zeit von einem Anspruch auf Grundstücksübertragung (Nichtzahlungsanspruch) in einen Geldzahlungsanspruch, nämlich auf die Herausgabe des durch die Veräußerung des Grundstücks erzielten Erlöses in Höhe von 1/3 verwandelte, da die Ehefrau, zusammen mit den zwei weiteren Miteigentümern, das Grundstück an einen Dritten veräußerte. Für die Ehefrau stellte sich die Situation nach der Veräußerung des Grundstücks in der Weise dar, dass ihrem Geldzahlungsanspruch aus dem Gesamtschuldnerausgleich jetzt auch ein Geldzahlungsanspruch des Ehemannes auf Erlösherausgabe gegenüberstand, es sich also bei den sich gegenüberstehenden Forderungen nunmehr um gleichartige i. S. des Aufrechnungsrechtes handelte. Unter Berücksichtigung des oben dargelegten Verhältnisses der Aufrechnung zum Zurückbehaltungsrecht verwandelte sich also auch das Gegenrecht der Ehefrau von einem Zurückbehaltungsrecht in eine Aufrechnungsmöglichkeit.

Sieht man dieses Verhältnis von Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht auch nach einer Verwandlung einer der sich gegenüberstehenden Ansprüche von einem Nichtzahlungsanspruch in einen Zahlungsanspruch als zwingend an, so stünde die Ehefrau nunmehr vor dem Verlust ihres Gegenrechtes, da sich ihre Gegenforderung aus dem Gesamtschuldnerausgleich und der jetzt bestehende Anspruch des Ehemannes auf Erlösherausgabe erst im Jahre 2014 aufrechenbar gegenübergestanden haben. Dies war jedoch ein Zeitpunkt, in welchem die Forderung der Ehefrau bereits verjährt war. Da die Gegenforderung der Ehefrau also bei Eintritt der Aufrechnungslage schon verjährt war, kam die Aufrechnung nach § 215 BGB dem Wortlaut nach eigentlich nicht mehr in Betracht.

Der Senat löste die vorliegende Fallkonstellation dahin gehend, dass er annahm, dass sich die rechtserhaltende Wirkung des § 215 BGB fortsetzt, wenn sich der Hauptanspruch, der kein Geldzahlungsanspruch ist, in einen Zahlungsanspruch gegen denjenigen verwandelt, der das Zurückbehaltungsrecht ausübt, und sich demgemäß das Gegenrecht von einem Zurückbehaltungsrecht in eine Aufrechnungsmöglichkeit verwandelt. Der Ehefrau wurde daher die Möglichkeit der Aufrechnung erhalten, obwohl sich Haupt- und Gegenforderung erstmals in verjährter Zeit aufrechenbar gegenübergestanden hatten. Im Folgenden soll untersucht werden, ob das vom Senat gefundene Ergebnis überzeugt, insbesondere, ob sich das vom Senat gefundene Ergebnis mit § 215 BGB begründen lässt. Dazu bedarf es konkret einer Auslegung des § 215 BGB.

hierfür ein besonderes Interesse bestehe. Dieses sei z. B. dann gegeben, wenn der Schuldner die eigene Forderung wirtschaftlich anders zu verwerten gedenkt (MünchKommBGB-Krüger, 6. Aufl., § 272 Rn. 75; Staudinger-Bittner, BGB (2014), § 273 Rn. 106.). Teilweise wird die Umdeutung der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts in eine Aufrechnungserklärung damit abgelehnt, da die Rechtswirkungen der Aufrechnung diejenigen der Zurückhaltung übersteigen (Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, § 30 IV 2).

F Die Auslegung des § 215 BGB

Die Auslegung des § 215 BGB hat dabei den klassischen Auslegungsmethoden zu folgen. Den Ausgangspunkt bildet insoweit der Wortlaut des Gesetzes, sog. sprachlich-grammatikalische Auslegung.⁴⁶ Weiterhin ist die Entstehungsgeschichte der Norm für die Ermittlung des Gesetzeszwecks zu berücksichtigen (sog. historische Auslegung)⁴⁷ sowie der Einbettung der Norm im Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung (sog. systematische Auslegung)⁴⁸. Von besonderer Bedeutung ist vor allem, insbesondere auch in der Rechtsprechung des BGH, auch die Auslegung nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes (sog. teleologische Auslegung).⁴⁹ Auf eine unionsrechts- bzw. richtlinienkonforme Auslegung⁵⁰ ist vorliegend nicht einzugehen.

I Sprachlich-grammatikalische Auslegung

Nach dieser Auslegungsmethode ist zunächst vom Wortlaut der Norm auszugehen.⁵¹ Es ist der semantisch mögliche Wortsinn zu ermitteln.⁵² Ist dieser im Gesetz eindeutig niedergelegt, so ist er grundsätzlich bindend.⁵³ Bezogen auf die vorliegende Fallvariante lässt sich feststellen, dass § 215 BGB seinem Wortlaut nach keine Regelung für den Fall trifft, dass sich die Zielrichtung des Anspruchs des Anspruchsgegners in dem Zeitpunkt, in dem der Anspruch desjenigen, der sich auf § 215 BGB beruft, von einem Nichtzahlungsanspruch in einen Zahlungsanspruch verwandelt. § 215 BGB erfasst zwar nun ausdrücklich sowohl die Aufrechnung mit einer verjährten Forderung als auch die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts mit einer verjährten Forderung.⁵⁴ Allerdings trifft der Wortlaut keine Aussage darüber, ob das Erfordernis, dass sich bei der Erklärung der Aufrechnung in verjährter Zeit Haupt- und Gegenforderung bereits in unverjährter Zeit aufrechnenbar gegenübergestanden haben müssen, auch im Falle der Verwandlung der Hauptforderung von einem Nichtzahlungsanspruch in einen Zahlungsanspruch in verjährter Zeit weiterhin aufrechterhalten bleiben soll.

⁴⁶ Palandt-Sprau, BGB, 73. Aufl. 2014, Einleitung, Rn. 41; MünchKommBGB-Säcker, 6. Aufl., Einl. Rn. 136.

⁴⁷ Palandt-Sprau, BGB, 73. Aufl. 2014, Einleitung, Rn. 45; MünchKommBGB-Säcker, 6. Aufl., Einl. Rn. 137.

⁴⁸ Palandt-Sprau, BGB, 73. Aufl. 2014, Einleitung, Rn. 42; MünchKommBGB-Säcker, 6. Aufl., Einl. Rn. 139.

⁴⁹ S. nur Palandt-Sprau, BGB, 73. Aufl. 2014, Einleitung, Rn. 46; MünchKommBGB-Säcker, 6. Aufl., Einl. Rn. 142.

⁵⁰ S. dazu nur MünchKommBGB-Säcker, 6. Aufl., Einl. Rn. 145ff.

⁵¹ Palandt-Sprau, BGB, 73. Aufl. 2014, Einleitung, Rn. 41; MünchKommBGB-Säcker, 6. Aufl., Einl. Rn. 136.

⁵² MünchKommBGB-Säcker, 6. Aufl., Einl. Rn. 136.

⁵³ S. nur Palandt-Sprau, BGB, 73. Aufl. 2014, Einleitung, Rn. 41.

⁵⁴ S. oben unter Punkt C.

II Historische (genetische) Auslegung

Neben dem Wortlaut ist der vom Gesetzgeber gemeinte Sinn und Zweck maßgebend.⁵⁵ Im Rahmen dieser historischen (genetischen) Auslegung ist anhand der Gesetzesmaterialien zu untersuchen, ob der Wortsinn zutreffend verlautbart wurde bzw. ob eine zu enge oder weite Formulierung gewählt wurde.⁵⁶ Nach Durchsicht der Begründung des Regierungsentwurfs⁵⁷ zu § 215 BGB ist festzustellen, dass diese ebenfalls keine Aussage zur vorliegenden Fallkonstellation enthält. Eine weitergehende Spur eröffnet die Gesetzesbegründung zwar dadurch, indem sie klarstellt, dass § 215 BGB keine Änderung des bestehenden Rechts vornehmen wollte, sondern den bisherigen Regelungsinhalt aus § 390 S. 2 BGB a. F. in den neuen § 215 BGB übernehmen wollte und den Anwendungsbereich auch auf die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts mit einer verjährten Forderung ausdehnen wollte.⁵⁸ Denn hieraus folgt wiederum, dass nach wie vor auch auf die Regierungsbegründung zu § 390 S. 2 BGB a. F. zurückgegriffen werden kann, um hieraus den historischen Gesetzgeberwille in Bezug auf die vorliegende Fallkonstellation zu erforschen. Doch auch nach Analyse der Gesetzmaterialien zu § 390 S. 2 BGB a. F. ist – soweit ersichtlich – der vorliegende Fall auch dort nicht berücksichtigt worden.

III Systematische Auslegung

Die systematische Auslegung, welche die auslegungsbedürftige Norm im Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung betrachtet⁵⁹, ist bezogen auf § 215 BGB unergiebig, da es sich bei dieser Norm um eine Ausnahmenvorschrift aus dem allgemeinen Teil des BGB handelt, welche nicht im speziellen Kontext eines in sich abgeschlossenen Rechtsgebietes zu betrachten ist.

IV Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung ist hingegen wiederum von besonderer Relevanz. Herauszuarbeiten ist hier der konkrete Zweck, welcher mit der spezifischen Norm verfolgt werden soll.⁶⁰ Zu berücksichtigen sind aber auch allgemeine Gerechtigkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen.⁶¹ Im Falle von Auslegungsalternativen sind insbesondere die Konsequenzen in der Rechtspraxis herauszuarbeiten und im An-

⁵⁵ MünchKommBGB-Säcker, 6. Aufl., Einl. Rn. 138.

⁵⁶ MünchKommBGB-Säcker, 6. Aufl., Einl. Rn. 138.

⁵⁷ RegE, Bt-Drucks. 14/6040, S. 122.

⁵⁸ RegE, Bt-Drucks. 14/6040, S. 122.

⁵⁹ Palandt-Sprau, BGB, 73. Aufl. 2014, Einleitung, Rn. 42; siehe umfassend auch MünchKommBGB-Säcker, 6. Aufl., Einl. Rn. 139 m. w. N.

⁶⁰ Vgl. Palandt-Sprau, BGB, 73. Aufl. 2014, Einleitung, Rn. 46.

⁶¹ Vgl. Palandt-Sprau, BGB, 73. Aufl. 2014, Einleitung, Rn. 46.

schluss daran abzuwägen, welche Alternative am zweckmäßigsten und gerechtesten unter Abwägung der beteiligten Interessen ist und sich am besten in den bisherigen Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung einfügt.⁶² Die teleologische Auslegung fragt insgesamt daher nach Sinn und Tragweite der gesetzlichen Regelung bezogen auf das konkret zu lösende Sachproblem.⁶³

Ausweislich der Gesetzesbegründung soll § 215 BGB einerseits den in § 398 BGB enthaltenen Grundsatz, dass eine einmal geschaffene Aufrechnungslage nicht durch bloßen Zeitablauf beseitigt werden kann, also auch über den Zeitpunkt der Verjährung der Gegenforderung hinaus gesichert werden soll, sofern die Aufrechnungslage noch in unverjährter Zeit bestanden hat.⁶⁴ Dieser Grundsatz gilt nun auch ausdrücklich im Gesetzeswortlaut in Bezug auf das Zurückbehaltungsrecht.⁶⁵ Zu Recht wird in Teilen der rechtswissenschaftlichen Literatur ausgeführt, dass in Bezug auf beide Rechtsinstitute das Bedürfnis einer Regelung wie des § 215 BGB daraus resultiert, „dass ein Schuldner, dem ein Gegenanspruch zusteht, kraft dessen er die Inanspruchnahme durch den Gläubiger erfolgreich abwehren kann, sich als hinreichend gesichert ansehen darf und durch die Verjährungsregeln nicht zur frühzeitigen Durchsetzung seiner Forderung im Wege der Aufrechnung oder Klagerhebung gedrängt werden soll.“⁶⁶ Maßgeblich ist also, dass in unverjährter Zeit dem Schuldner ein wirksames Gegenrecht zustand. Der Eintritt der Verjährung ändert dann nichts an der Möglichkeit, den „Wert“ dieses Anspruchs nach Eintritt der Verjährung noch mithilfe der Erklärung der Aufrechnung bzw. der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts zur Entfaltung zu bringen. Ausgehend hiervon wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur teilweise gefolgert, dass § 215 auf eine erst nach Eintritt der Verjährung entstandene Aufrechnungslage – wie hier – nicht anwendbar sei.⁶⁷

Ausgehend vom soeben beschriebenen Normzweck kann hingegen aber nur die entgegenstehende Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen – welche das Gegenrecht der Ehefrau erhalten hat – überzeugen. Zu berücksichtigen gilt, dass die Ehefrau in unverjährter Zeit (bis Ende des Jahres 2013) ein wirksames Zurückbehaltungsrecht gegen den Anspruch des Ehemannes auf Grundstücksübertragung ausüben konnte.⁶⁸ Dieses konnte sie gem. § 215 BGB auch in verjährter Zeit (im Jahre 2014) weiterhin geltend machen. Dass sich durch die Verwandlung der Hauptforderung des Gegners von einem Nichtzahlungsanspruch in einen Zahlungsanspruch das Rechtsinstitut, mit welchem der Verteidigende sein Gegenrecht geltend zu machen hat, sich grundsätzlich vom Zurückbehaltungsrecht in eine Aufrechnung verwandelte⁶⁹, kann hieran grundsätzlich nichts ändern. Maßgeblich ist

⁶² Vgl. BGH, NJW 1971, 1363; 1972, 195; 1982, 431, 432; Palandt-Sprau, BGB, 73. Aufl. 2014, Einleitung, Rn. 46; vgl. auch MünchKommBGB-Säcker, 6. Aufl., Einl. Rn. 142 m. w. N.

⁶³ MünchKommBGB-Säcker, 6. Aufl., Einl. Rn. 142 m. w. N.

⁶⁴ Begründung des Regierungsentwurfes, Bt-Drucks. 14/6040, S. 122.

⁶⁵ Vgl. Begründung des Regierungsentwurfes, Bt-Drucks. 14/6040, S. 122.

⁶⁶ MünchKommBGB-Grothe, 6. Aufl., § 215 Rn. 1. Kritisch hierzu Bydlinski, AcP 196 (1996), 276, 293ff.; Staudinger-Peters/Jacoby, BGB, (Neubearbeitung 2009), § 215 Rn. 2.

⁶⁷ So wohl Prütting/Wegen/Weinreich-Deppenkemper, BGB, 9. Aufl., § 215 Rn. 1.

⁶⁸ S. o. Fn. 1.

⁶⁹ S. oben unter Punkt D. III.

vielmehr der Umstand, dass in unverjährter Zeit ein wirksames Gegenrecht – sei es Zurückbehaltungsrecht oder Aufrechnungsmöglichkeit – bestanden hat. § 215 BGB knüpft nach seinem Zweck an diese Wirksamkeit eines der beiden Rechtsinstitute in unverjährter Zeit an und überführt die Wirkung des Gegenrechts auch in den Zeitraum der Verjährung.

Für diese Interpretation des § 215 BGB kann auch angeführt werden, dass es nicht immer im Beherrschungsbereich des sich Verteidigenden liegt, ob sich die Hauptforderung des Gegners von einem Nichtzahlungsanspruch in einen Zahlungsanspruch zu einem Zeitpunkt verwandelt, in welchem bereits eine Verjährung der Gegenforderung eingetreten war. So hätte im vorliegenden Fall das Grundstück bzw. das sich darauf befindliche Gebäude auch von einem Dritten oder durch Naturreinflüsse zerstört werden können, sodass an die Ehefrau u. U. eine Versicherungsleistung gezahlt worden wäre. Auch dann hätte sich der Anspruch des Ehemannes ggfs. zumindest zum Teil in einen Geldzahlungsanspruch verwandelt, sofern die Ehefrau die Versicherungsleistung nicht in die Wiederherstellung des Gebäudes investiert hätte und daher das Grundstück in seinem Wert gemindert worden wäre. Das gefundene Ergebnis wäre m. E. aber selbst dann dasselbe, wenn die Ehefrau das Grundstück – was im vorliegenden Fall jedoch nicht vorgetragen wurde – unberechtigterweise weiterveräußert hätte und daher im Ergebnis somit in „unzulässiger Weise“ für die Verwandlung des ihr gegenüberstehenden Gegenanspruchs gesorgt hätte.⁷⁰ Maßgeblich kann allein sein, dass in unverjährter Zeit entweder ein wirksames Zurückbehaltungsrecht oder eine Aufrechnungslage bestanden hat. Eine Verwandlung, egal aus welchen Gründen, berührt dann in verjährter Zeit die Möglichkeit, sich auf das dann ggfs. verwandelte Gegenrecht zu stützen, nicht.

G Die rechtstechnische Umsetzung der gefundenen Lösung

Das Hanseatische Oberlandesgericht in Bremen musste sich mit der Frage der rechtstechnischen Umsetzung des gefundenen Ergebnisses nicht im Detail beschäftigen, da der Senat den Rechtsstreit in entsprechender Anwendung des § 538 II Nr. 5 ZPO an das Familiengericht zurückverwies. Nur rein vorsorglich wies der Senat unter Zugrundelegung seines zutreffenden Ergebnisses darauf hin, dass eine etwaige Verjährung von Ansprüchen der beiden Verfahrensbeteiligten wegen § 215 BGB nicht in Betracht komme.

Die rechtstechnische Umsetzung des gefundenen Ergebnisses, mit der sich ggfs. das Familiengericht im weiteren Verfahrensverlauf beschäftigen musste, wäre einmal dahin gehend möglich, dass das Gegenrecht der Ehefrau sich nunmehr in eine Aufrechnungsmöglichkeit verwandelt und sie die Aufrechnung trotz des Umstandes, dass die Aufrechnungslage erstmals in verjährter Zeit entstanden war, dennoch erklären kann. Es bedürfte daher einer extensiven Auslegung des § 215 BGB bzw.

⁷⁰ Man könnte hier überlegen, ob sich in diesem Fall die Ehefrau gem. § 242 BGB wiederum nicht auf ihr „verwandelter“ Gegenrecht hätte berufen dürfen, weil sie die „Verwandlung“ quasi in unberechtigter Weise hervorgerufen hat.

einer entsprechenden Anwendung unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks der Norm. Eine andere Variante wäre es hingegen, die bisherige Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch die Ehefrau gerade nicht in eine Aufrechnungsmöglichkeit umzudeuten, sondern ihr das Zurückbehaltungsrecht trotz des nunmehrigen Bestehens einer Aufrechnungslage zu belassen. Wie bereits dargelegt, geht die ganz h. M. in Rechtsprechung und Literatur davon aus, dass die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts bei Vorliegen einer Aufrechnungslage stets in eine Aufrechnungserklärung umgedeutet wird.⁷¹ Die Kritik an diesem Vorgehen⁷² hat sich bisher nicht durchgesetzt. Sowieso erlangt diese Frage auch nur dann Relevanz, wenn – was im Sachverhalt des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen nicht der Fall war – vom Schuldner ausdrücklich nur ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden soll und gerade keine Aufrechnung erklärt werden soll. Vor diesem Hintergrund kann es daher nur stringent sein, auch in der vorliegenden Fallkonstellation nicht davon auszugehen, dass der Ehefrau ausnahmsweise gestattet wird, trotz des Bestehens einer Aufrechnungslage weiterhin das Zurückbehaltungsrecht auszuüben. Vielmehr sollte daher der h. M. folgend an dem Grundsatz festgehalten werden, dass im Falle des Bestehens einer Aufrechnungslage grds. nur eine Aufrechnung erklärt und kein Zurückbehaltungsrecht mehr geltend gemacht werden kann. Aufgrund der extensiven Auslegung des § 215 BGB aufgrund des mit der Norm verfolgten Zwecks der Sicherung des einmal wirksam bestehenden Gegenrechts kann dann im Falle der Verwandlung des Hauptanspruchs von einem Nichtzahlungs- in einen Zahlungsanspruch auch dann die Aufrechnung erklärt werden, wenn aufgrund der Verwandlung die Aufrechnungslage erstmals in verjährter Zeit eingetreten ist.

H Zusammenfassung und Ergebnisse

- § 215 BGB schließt die Aufrechnung und die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nicht aus, wenn der Gegenanspruch in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem erstmals aufgerechnet oder die Leistung verweigert werden konnte.
- In Rechtsprechung und rechtswissenschaftlichem Schrifttum ist anerkannt, dass die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts grundsätzlich nicht in Betracht kommt, wenn sich Ansprüche gegenüberstehen, die beiderseits gleichartige Leistungen, insbesondere Geldleistungen, zum Gegenstand haben. Sollte in diesem Fall dennoch ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden, so ist dies in der Regel in eine Aufrechnungserklärung umzudeuten.
- Die rechtserhaltende Funktion des § 215 BGB setzt sich fort, wenn sich der Hauptanspruch, der kein Zahlungsanspruch ist, in einen Zahlungsanspruch gegen denjenigen verwandelt, der das Zurückbehaltungsrecht ausübt, sich demgemäß das Gegenrecht von einem Zurückbehaltungsrecht in eine Aufrechnungsmöglichkeit verwandelt und sich die beiderseits gleichartigen Leistungen somit erstmals in verjährter Zeit aufrechenbar gegenüberstehen (extensive Auslegung).

⁷¹ S. oben unter D. III.

⁷² S. oben Fn. 45.

- Maßgeblich ist, dass in unverjährter Zeit ein wirksames Gegenrecht – sei es Zurückbehaltungsrecht oder Aufrechnungsmöglichkeit – bestanden hat. Aus dem Sinn und Zweck des § 215 BGB folgt, dass die rechtserhaltende Funktion der Norm lediglich an die Wirksamkeit eines der beiden Rechtsinstitute in unverjährter Zeit anknüpft und die Wirkung des Gegenrechts auch in den Zeitraum der Verjährung überführt. Um welches Gegenrecht es sich dann in verjährter Zeit handelt, ist unerheblich.
- Im Falle der Verwandlung des Hauptanspruchs von einem Nichtzahlungs- in einen Zahlungsanspruch kann daher auch dann die Aufrechnung erklärt werden, wenn aufgrund der Verwandlung die Aufrechnungslage erstmals in verjährter Zeit eingetreten ist.

Soziales Geschäftsraummietrecht – Eine Spurensuche

Arnold Lehmann-Richter

Inhaltsverzeichnis

A	Einleitung	325
B	Begriffsbestimmung	326
C	Rückblick: Historie des sozialen Geschäftsraummietrechts	326
I	Belastungsschutz	326
II	Bestandsschutz	327
III	Entwicklung nach 1945	329
D	Schutzmechanismen im geltenden Recht	330
I	Anwendung der Normen des sozialen Wohnraummietrechts	330
II	Schutz nach allgemeinen Regeln	331
E	Seitenblick: Die Rechtslage im Ausland	331
F	Ausblick	332

Die Mechanismen zum Schutz des Wohnraummieters waren immer wieder Gegenstand kritischer Analysen aus der Feder von *Peter Derleder*.¹ Die folgenden Ausführungen blicken in dieselbe Richtung, nehmen allerdings den Mieter von Geschäftsraum in den Fokus.

A Einleitung

Der Befund, dass es im geltenden Recht kein spezielles soziales Geschäftsraummietrecht gibt, liegt aufgrund des Normenbestandes auf der Hand. Aber ist dieser gesetzgeberische Verzicht überzeugend, so dass sich eine Diskussion hierüber erübrigen würde? Dagegen spricht, dass die Rechtsordnungen unserer europäischen Nachbarn überwiegend ein soziales Geschäftsraummietrecht kennen und ein solches auch in Deutschland in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts existierte. Ein nä-

Prof. Dr. A. Lehmann-Richter (✉)
Hochschule für Wirtschaft und Recht, Berlin, Deutschland
e-mail: Arnold.Lehmann-Richter@hwr-berlin.de

¹ Jüngst etwa in NZM 2014, 57 („Die mietrechtliche Botschaft des Koalitionsvertrags 2013“).

herer Blick hierauf erscheint daher ebenso lohnenswert wie die Untersuchung, welche Schutzmechanismen zugunsten des Geschäftsraummieters im geltenden Recht noch zu finden sind.

B Begriffsbestimmung

Unter dem Schlagwort „soziales Mietrecht“ werden herkömmlich die rechtlichen Mechanismen zum Schutz des Wohnraummieters zusammengefasst.² Der Versuch einer Systematisierung kann wie folgt aussehen: An erster Stelle ist der Schutz des Bestandsinteresses des Mieters zu nennen. Wichtigstes Instrument ist hier die Beschränkung des Kündigungsrechts des Wohnraumvermieters (§ 573ff. BGB). Aber auch die beschränkten Möglichkeiten des Wohnraumvermieters, die Miete zu erhöhen (§§ 557ff. BGB) oder die Mietsache zu verändern (§§ 555a ff. BGB), lassen sich dieser Kategorie zuordnen. Diese beiden Themen sind gleichzeitig Ausdruck des zweiten Aspekts des sozialen Wohnraummietrechts, nämlich des Schutzes des Mieters vor unangemessenen Belastungen. Hierzu lassen sich unter anderem auch zählen die Regeln über die Begrenzung der Kautions (§ 551 BGB), aber auch die Vorgaben über Form, Umfang und Frist bei der Abrechnung von Betriebskosten (§ 556 BGB). Als letzter Topos ist das Dynamisierungsinteresse des Wohnraummieters zu nennen, das sich etwa in § 554a BGB (Zustimmungspflicht des Vermieters zur Herstellung von Barrierefreiheit), aber auch in § 553 BGB (Pflicht zur Gestattung der Aufnahme Dritter in die Wohnung) findet. Diese drei Aspekte – Bestandsschutz, Belastungsschutz und Schutz des Dynamisierungsinteresses – sollen im Folgenden mit Blick auf den Mieter von Geschäftsräumen näher betrachtet werden.

C Rückblick: Historie des sozialen Geschäftsraummietrechts

Die gesetzgeberischen Maßnahmen zum Schutz des Mieters gehen auf die Zeit nach dem Ersten Weltkrieg zurück. Die ersten Aktivitäten galten in Form der mehrfach geänderten Verordnung zum Schutze der Mieter ab 1917 vor allem dem Bestandsschutzinteresse des Wohnraummieters; die Verordnung galt ab 1919 aber auch für Laden und Werkstätten.³

I Belastungsschutz

Das Reichsmietengesetz (RMG) vom 2. März 1922 betraf dann den hier als Belastungsschutz bezeichneten Aspekt des sozialen Mietrechts. Nach diesem Gesetz war

² Etwa MünchKommBGB-Häublein Vor § 535 Rn. 41ff.; zum Begriff des „Sozialen“ im mietrechtlichen Sinne Lammel, in: FS Blank, 2006, S. 713, 730ff.

³ RGBI 1919 I, S. 591; die erste Bekanntmachung zum Schutz der Mieter stammt vom 26.7.1917 (RGBI I 1917, 659) siehe Wolter, Mietrechtlicher Bestandsschutz, 1984, S. 111ff.

die Miete für Geschäftsräume im Grundsatz auf die sog. Friedensmiete beschränkt, soweit diese ortsüblich war, § 2 RMG. Friedensmiete war die Miete, die am 1. Juli 1914 für die in Rede stehenden Räume vereinbart war. Eine Sonderregel für Geschäftsräume enthielt § 10 RMG. Danach konnte ein besonderer Mietzuschlag festgelegt werden, wenn infolge der Eigenart des gewerblichen Betriebs des Mieters besonders hohe Betriebs- und Instandsetzungskosten entstanden. Das RMG war auf Neubauten nicht anwendbar (§ 16 RMG). Es verlor bis zum Ende des Zweiten Weltkriegs zunehmend an Bedeutung, weil es von anderen Preisvorschriften verdrängt wurde.⁴

II Bestandsschutz

Das Gesetz über Mieterschutz und Mieteinigungsämter (MSchG) vom 1. Juni 1923 ersetzte die bereits erwähnte Verordnung zum Schutze der Mieter.⁵ Es diente dem Bestandsschutz, betraf allerdings bis 1937 nicht die Vermietung von Neubauten, § 33 MSchG 1923.⁶ Dieses Gesetz machte auch die Beendigung eines Geschäftsraummietvertrags durch den Vermieter von einem berechtigten Interesse abhängig (§§ 2ff. MSchG).⁷ Nach der Regierungsbegründung wurde der Bestandsschutz neben Wohnungen auch auf gewerbliche Räume – als Beispiele wurden Geschäftsräume, Büros, Läden und Werkstätten genannt – erstreckt, weil „bei der erheblichen Knappheit, die gegenwärtig auch bei Geschäftsräumen besteht, der Gewerbetreibende bezüglich der Stätte seiner geschäftlichen Tätigkeit gleichfalls des gesetzlichen Schutzes“ bedurfte.⁸ Die Aufhebung des Mietvertrags musste auf Klage des Vermieters durch gerichtliches Urteil erfolgen (§ 1 Abs. 1 MSchG) und bedurfte eines wichtigen Grundes. § 2f. MSchG regelten den wichtigen Grund in der Person des Mieters, insbesondere die Aufhebung wegen Zahlungsrückstands. § 4 MSchG betraf die Aufhebung wegen eines „dringenden Interesses (des Vermieters) an der Erlangung des Mietraums“. Die Tatsache, dass der Vermieter die Räume selbst nutzen wollte, rechtfertigte die Vertragsbeendigung alleine nicht, § 4 Abs. S. 3 MSchG. Bei der Interessenabwägung sollte es nach der Regierungsbegründung zugunsten des Mieters insbesondere zu berücksichtigen sein, wenn sein Geschäft wegen der Lage der Räume allgemein bekannt und bei der Kundschaft eingeführt war.⁹ Be-

⁴ Vgl. Roquette, Mietrecht, 5. Aufl. 1961, S. 9.

⁵ RGBI 1923 I, S. 353.

⁶ Die Erstreckung auf Neubauten erfolgte durch § 1 der Ersten VO zur Ausführung der VO über Kündigungsschutz für Miet- und Pachträume (RGBI 1937 I, S. 1325).

⁷ Siehe aus der parlamentarischen Beratung: „Gerade heute sind wieder Klagen an uns herangekommen, dass man zum Beispiel ein größeres Café, welches 50 bis 60 Leute beschäftigt, einfach hinauswirft, weil ein Schutz nicht vorhanden ist und damit diese Leute auf die Straße wirft“, Abgeordneter Bahr, Reichstag, 355. Sitzung am 15.05.1923, Verh. Des Reichstags Bd. 360, S. 11.112 (www.reichstagsprotokolle.de).

⁸ Begründung Entwurf Gesetz über Mieterschutz und Mieteinigungsämter, Verhandlungen des Reichstags, I. Wahlperiode 1920, Band 372, Nr. 4185, S. 4535 (www.reichstagsprotokolle.de).

⁹ Begründung Entwurf Gesetz über Mieterschutz und Mieteinigungsämter, Verhandlungen des Reichstags, I. Wahlperiode 1920, Band 372, Nr. 4185, S. 4538 (www.reichstagsprotokolle.de).

sonderen Bestandsschutz genoss der Mieter nach § 4 Abs. 1 S. 3 MSchG, falls er keine weitere Betriebsstätte besaß.¹⁰ Gemäß § 6 Abs. 2 MSchG war bei Aufhebung des Vertrags nach § 4 Abs. 1 MSchG dem Geschäftsraummieter zwingend Vollstreckungsschutz dergestalt zu gewähren, dass die Zwangsvollstreckung nach der Urteilsformel von dem Nachweis abhängig zu machen war, dass angemessener Ersatzgeschäftsraum für den Mieter gesichert war.¹¹ Durch diese Regeln war der Bestandsschutz des Geschäftsraummieters in einer Art und Weise gewährleistet, der selbst die heutigen Schutzregeln zugunsten des Wohnraummieters im BGB (§§ 573ff. BGB) in den Schatten stellt.

Im MSchG fand sich daneben auch der Aspekt des Belastungsschutzes insofern, als das Gericht dem Vermieter mit den erforderlichen Umzugskosten belasten konnte, § 4 Abs. 3 MSchG. Auch der Schutz des Dynamisierungsinteresses des Mieters lässt sich im MSchG in Form eines Rechts zur Untervermietung nachweisen, welches allerdings zunächst auf die Wohnraummiete beschränkt war (§ 29 MSchG).¹²

Ab dem Jahr 1924 wurden Geschäftsräume durch auf § 52 MSchG beruhende Landesverordnungen in unterschiedlichem Umfang aus dem Anwendungsbereich des MSchG herausgenommen.¹³ Diese Entwicklung wurde durch Einfügung von § 32a MSchG im Jahr 1936 vereinheitlicht.¹⁴ Drei Jahre später wurden dann allerdings wieder sämtliche Geschäftsräume unter Bestandsschutz gestellt, zunächst durch eigene Rechtsverordnung¹⁵, am 05.09.1939 dann dadurch, dass der Geltungsbereich des MSchG auf sämtliche Mietverträge erstreckt wurde.¹⁶ Dabei wurde auch der Belastungsschutz des Geschäftsraummieters erweitert, weil das Gericht

¹⁰ Der Bestandsschutz des Geschäftsraummieters nach § 4 Abs. 1 MSchG wurde 1926 dahingehend eingeschränkt, dass das Eigenbedarfsinteresse des Vermieters die Vertragsbeendigung rechtfertigen konnte, wenn der Eigentümer eines vor mehr als drei Jahren erworbenen Grundstückes die Räume für eigene gewerbliche Zwecke dringend brauchte, RGBI 1926 I, S. 317.

¹¹ Der Nachweis war nach § 16 Abs. 1 MSchG durch behördliche Bescheinigung oder öffentliche Urkunden zu führen. Die Ersatzraumregel wurde 1926 dahingehend gelockert, dass der Mieter beweisen musste, „dass bei Versagung des Ersatzraums dringende öffentliche Interessen gefährdet werden würden“, § 6 Abs. 3 S. 1 MSchG 1926. Als Kompensation wurde § 27 Abs. 1 MSchG dahingehend ergänzt, dass § 721 ZPO, der bei der Räumung von Wohnräumen die Gewährung einer Räumungsfrist ermöglichte, für Geschäftsräume entsprechend galt (RGBI 1926 I, S. 317). Im Jahr 1933 wurde die Ersatzraumregelung vollständig zugunsten der Räumungsschutzregelung gestrichen (RGBI 1933 I, S. 235).

¹² § 29 MSchG wurde 1932 vorübergehend aufgehoben (RGBI 1932 I, 168).

¹³ Details bei Ebel/Lilienthal, Mieterschutz und Mieteinigungsämter, 4. Aufl. 1930, S. 452ff.

¹⁴ RGBI 1936 I, S. 378; ein früherer Versuch, den Bestandsschutz für Geschäftsraummieter zu lockern, war erfolglos geblieben, siehe dazu den unerledigten Antrag Verhandlungen des Reichstags, II. Wahlperiode 1924, Band 382, Nr. 306 (www.reichstagsprotokolle.de).

¹⁵ VO über Maßnahmen der Preisbehörden bei Kündigung von Miet- und Pachtverhältnissen vom 19.4.1939 (RGBI I 1939, S. 799), dessen § 1 lautete: „Der Mieter kann der Kündigung eines Mietverhältnisses über Wohn- und Geschäftsräume widersprechen, wenn er zu der Kündigung keinen Anlass gegeben hat und diese für ihn eine nicht unerhebliche wirtschaftliche Belastung mit sich bringen würde.“ Zuvor war eine Kündigung zwecks Mieterhöhung durch Runderlass Nr. 184/37 vom 12.12.1937 des Reichskommissars für die Preisbildung (DJ 1938, S. 537) verboten worden, Roquette, Mietrecht, 5. Aufl. 1961, S. 9.

¹⁶ Dritte VO zur Ausführung der VO über Kündigungsschutz bei Miet- und Pachträumen, RGBI I 1939, S. 1670; in dieser VO wurden die Änderungen nicht einer konkreten Norm des MSchG

bei Aufhebung des Mietvertrags dem Geschäftsraummieter eine Entschädigung zusprechen konnte, § 4 Abs. 3 S. 4 MSchG 1942. Zudem wurde erstmals das Dynamisierungsinteresse des Geschäftsraummieters anerkannt, da auch ihm – wie zuvor dem Wohnraummieter – ein Untervermietungsrecht aus wichtigem Grund zugesprochen wurde, § 29 MSchG 1942.

III Entwicklung nach 1945

Die Zeit eines sozialen Geschäftsraummietrechts in Deutschland kam zu ihrem Ende, als zum 01.12.1951 Geschäftsräume sowohl aus der Preisbindung¹⁷ als auch aus dem Anwendungsbereich des MSchG¹⁸ herausgenommen wurden.¹⁹ Es folgte eine Phase des Abbaus auch des sozialen Wohnungsmietrechts, insbesondere durch das AbbauG aus dem Jahr 1960.²⁰ Als dann Anfang der 1970er Jahre insbesondere der mietrechtliche Kündigungsschutz wieder eingeführt wurde²¹, wurden diese Maßnahmen auf die Wohnraummiete beschränkt. Die Frage, ob vergleichbare Maßnahmen auch für den Bereich der Geschäftsraummiete erforderlich sein könnten, wurde – soweit ersichtlich – damals nicht gestellt. Paradigmatisch ist die Feststellung Hermann Roquettes aus dem Jahr 1969, dass „Mietverhältnisse von gewerblichen Räumen einer Ausgestaltung nach sozialen Gesichtspunkten“ nicht bedürften.²²

Rund 25 Jahre später kam es allerdings im Rahmen der Wiedervereinigung zu einem kurzen Aufflackern der Diskussion um ein soziales Geschäftsraummietrecht. Nach Art. 223 § 2 Abs. 5 EGBGB a.F. konnte nämlich der Geschäftsraummieter auf dem Gebiet der neuen Bundesländer die Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen, wenn die Kündigung für ihn eine erhebliche Gefährdung seiner wirtschaftlichen Lebensgrundlage mit sich brachte und er bereit war, eine angemessene Mieterhöhung zu akzeptieren. In der Überzeugung, auch nach Ablauf dieses be-

zugeordnet. Dies erfolgte erst durch die Veröffentlichung der Neufassung des MSchG in RGBI 1942 I, S. 712.

¹⁷ Dies erfolgte zunächst nach § 13 der VO PR Nr. 71/51 über Maßnahmen auf dem Gebiet des Mietpreisrechts vom 29.11.1951 (BGBl I 1951, S. 920), deren „Rechtsgültigkeit bestritten war“ (Pergande, Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein Soziales Miet- und Wohnrecht [1961], Vorbem. 3 zum GRMG), anschließend durch § 1 Geschäftsraummietengesetz (GRMG, BGBl 1952 I, S. 388).

¹⁸ Dies erfolgte zunächst durch die VO über Ausnahmen vom Mieterschutz vom 27.11.1951 (BGBl 1951 I, S. 926), dann (erneut) durch § 5 GRMG (auch die Wirksamkeit dieser VO war umstritten, s. Anm. 1 davor). Übergangsregeln für Bestandsverträge enthielten die §§ 7 aff. GRMG.

¹⁹ Zur Situation in Berlin siehe Gesetz zur Einführung des Geschäftsraummietengesetzes im Land Berlin (BGBl 1961 I, S. 13) und im Saarland s. Pergande, Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein Soziales Miet- und Wohnrecht [1961], Vorbem. 7 zum GRMG.

²⁰ BGBl 1960 I, S. 389; kritische Bewertung bei Schmidt-Futterer, Wohnraumschutzgesetze 1974, Rn. I 7.

²¹ Siehe etwa die Übersicht bei Schmidt-Futterer, Wohnraumschutzgesetze 1974, Rn. I 8 ff.

²² Roquette, Neues soziales Mietrecht 1969, S. 12; ähnlich die Einschätzung in Bt-Drucks. 9/2079, S. 13.

fristeten Rechts sei ein Schutz von Geschäftsraummietern erforderlich, brachte der Bundesrat 1994 den Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Mieter von Geschäftsraum in den Ländern Berlin und Brandenburg zur Beratung in den Bundestag ein. Der Entwurf sah vor, in Gebieten, in denen ein Angebot an Geschäftsräumen zu angemessenen Bedingungen fehlte und hierdurch das Gemeinwohl gefährdet war, dem Wohnraummietrecht vergleichbare Regeln zu Kündigungsschutz und Mietanpassung einzuführen.²³ Dieser Gesetzesentwurf wurde vom Bundestag abgelehnt, weil Eingriffe in das Geschäftsraummietrecht weder erforderlich noch ordnungspolitisch vertretbar seien.²⁴

D Schutzmechanismen im geltenden Recht

Dem geltenden Recht sind somit besondere geschäftsraummietrechtliche Schutzmechanismen fremd, was zu der Frage überleitet, in welchem Umfang der Geschäftsraummieter nach sonstigen Regeln geschützt wird.

I Anwendung der Normen des sozialen Wohnraummietrechts

Nach § 578 BGB finden auf Geschäftsraummietverträge eine Reihe von Normen des Wohnraummietrechts entsprechende Anwendung. Nur der Verweis auf §§ 566f. BGB dient hier allerdings dem Schutz des Mieters. Die ebenfalls in Bezug genommenen Normen über Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen lassen sich im Wohnraummietrecht zwar teilweise dem Bestandsschutz des Mieters zuordnen und § 556c BGB (Wärmelieferung) dient dort dem hier als Belastungsschutz bezeichneten Topos. In der Geschäftsraumvermietung haben die Normen hingegen keinen mieterschützenden Charakter. Denn in § 578 BGB fehlt jeweils der Verweis auf den Teil der Normen, der abweichende Vereinbarungen zulasten des Mieters verbietet. Die Verweise sind damit im Ergebnis sogar vermierterfreundlich, weil sie kraft Gesetzes dem Vermieter nach dessen Wahl eine einseitige Veränderung seiner Leistung – sei es durch Baumaßnahmen oder durch Wärmelieferung – ermöglichen und damit das Bestandsinteresse des Mieters aushöhlen, ohne diesen gleichzeitig vor noch weitergehenden vertraglichen Regeln zu schützen.

Eine analoge Anwendung der den Wohnraummieter schützenden Normen auf die Vermietung von Geschäftsräumen scheidet angesichts von § 578 BGB aus methodischen Gründen aus. Denn es fehlt an einer planwidrigen Gesetzeslücke.²⁵ Zu einem reflexartigen Schutz vermieteter Geschäftsräume durch diese Regeln kann es allerdings bei einem Mischmietvertrag kommen. Hiervon spricht man, wenn die Räume sowohl zu Wohn- als auch zu Geschäftszwecken vermietet sind. Auf einen

²³ Bt-Drucks. 13/206.

²⁴ Bt-Drucks. 13/4913.

²⁵ Etwa BGHZ 184, 117 (zu § 556 BGB).

solchen Mischmietvertrag ist, wenn sich nicht aus den Umständen des Einzelfalls eine geschäftliche Prägung ergibt, im Zweifel Wohnraummietrecht anwendbar.²⁶

II Schutz nach allgemeinen Regeln

Außerhalb des Mietrechts kommt insbesondere dem AGB-Recht die Funktion zu, den Mieter vor einer unangemessenen Beschneidung seiner Rechte zu bewahren. Hier herrschte allerdings lange Zeit die Ansicht vor, in der Geschäftsraummiete seien Abweichungen von den §§ 535ff. BGB in Vermieter-AGB häufig auch dann unproblematisch, wenn eine entsprechende Klausel in einem Wohnraummietvertrag der Inhaltskontrolle zum Opfer fallen würde. Im Recht der Schönheitsreparaturen hat der BGH mit diesem nicht überzeugenden Ansatz allerdings bereits aufgeräumt.²⁷ In der Literatur wird zutreffend darauf verwiesen, dass dies im Grundsatz auch für sonstige Instandhaltungsklauseln gelten muss.²⁸ Gleiches gilt auch im Betriebskostenrecht. Hier wird der Geschäftsraummieter insbesondere durch die klauselmäßige Umlage der Kosten der – in erster Linie den Interessen des Vermieters dienenden – Verwaltung des Grundstücks in der Praxis häufig erheblich belastet. Solche Klauseln halten aus diesem Grund – im Ergebnis entgegen der h. M. – einer Inhaltskontrolle nicht stand.²⁹

E Seitenblick: Die Rechtslage im Ausland

Anders als in Deutschland muss man Elemente eines sozialen Geschäftsraummietrechts in vielen Nachbarrechtsordnungen nicht mit der Lupe suchen. Dies ist eines der Ergebnisse des österreichischen Forschungsprojekts „Soziales Mietrecht in Europa“.³⁰ Gegenstand waren in Form von Länderberichten sowohl das Wohn- wie auch das Geschäftsraummietrecht in Dänemark, Deutschland, England, Italien, den Niederlanden, Schweden, der Schweiz und Spanien.³¹ Allein dem deutschen Recht ist ein soziales Geschäftsraummietrecht danach völlig fremd, während die meisten Rechtsordnungen auch dem Mieter von Geschäftsräumen einen (im Detail unterschiedlich ausgestalteten) Bestandsschutz gewähren. Soweit eine freie Kündigung

²⁶ BGH NZM 2014, 626 unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung.

²⁷ BGHZ 178, 158; NJW 2005, 2006.

²⁸ MünchKommBGB-Häublein, 6. Aufl. 2012, § 535 Rn. 111.

²⁹ Näher Lehmann-Richter ZMR 2012, 837, 838; für Wirksamkeit einer Verwaltungskostenklausel hingegen zuletzt BGH NZM 2014, 830, allerdings nur sub specie § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.

³⁰ Oberhammer/Kletecka/Wall (Hrsg.), Soziales Mietrecht in Europa, 2011; das Forschungsprojekt „Tenancy Law and Procedure in Europe“ am European University Institute in Florenz behandelt nur die Wohnraummiete (<http://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/Law/ResearchAndTeaching/ResearchThemes/ProjectTenancyLaw.aspx>).

³¹ Autoren: Cerini/Silva (Italien), Grönevall (Schweden), Häublein/Lehmann-Richter (Deutschland), Jongbloed (Niederlande), Rhode (Dänemark), Sanchez Jordan (Spanien), Thornton (England und Wales), Weber (Schweiz).

durch den Vermieter möglich ist, hat der Vermieter den Mieter verbreitet für den Verlust des Geschäftswerts zu entschädigen (Italien, Schweden, Ähnliches gilt in Frankreich³²). Teilweise besteht auch das gesetzliche Recht des Mieters, den Mietvertrag bei Veräußerung seines Unternehmens zu übertragen (Dänemark, Schweden) oder sogar ein Vorkaufsrecht zu seinen Gunsten (Italien).

F Ausblick

Insbesondere der Blick in die ausländischen Rechtsordnungen zeigt, dass es bei der Frage nach einem sozialen Geschäftsraummietrecht in erster Linie um den Bestandsschutz des Mieters geht. Hier erscheint offensichtlich, dass es eines flächendeckenden Schutzes in Deutschland nicht bedarf, der ohne Unterscheidung nach Art der vermieteten Räume oder der regionalen Marktsituation die Kündigungsmöglichkeiten des Vermieters beschneiden würde. Ebenso klar ist aber auch, dass im BGB eine erhebliche Diskrepanz in der Behandlung von Wohn- und Geschäftsraummieter besteht. Der Wohnraummieter wird ohne Rücksicht auf seine Schutzbedürftigkeit im Einzelfall pauschal vor Vermieterkündigungen geschützt. Für den Geschäftsraummieter besteht hingegen keine rechtliche Möglichkeit, nach Ablauf einer vereinbarten Vertragslaufzeit eine Kündigung des Vermieters zu verhindern. Es liegt auf der Hand, dass dies in Einzelfällen zu besonderen Härten führt, nämlich dann, wenn der Betrieb des Mieters ortsgebunden ist und Ersatzräume nicht zur Verfügung stehen. Im Extremfall ist dann die Beendigung des Vertrags gleichbedeutend mit dem Verlust der beruflichen Existenz. Will man dem entgegensteuern, bietet sich eine gesetzliche Regelung an, wie sie in der Nachwendezeit für Geschäftsraummietverträge in den neuen Bundesländern galt (oben II 3): Der Geschäftsraummieter kann die Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen, wenn das Vertragsende zu einer erheblichen Gefährdung seiner wirtschaftlichen Lebensgrundlage führen würde. Ein Fortsetzungsanspruch besteht jedoch dann nicht, wenn der Mieter sich weigert, in eine angemessene Mieterhöhung einzuwilligen oder dem Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses aus anderen Gründen nicht zugemutet werden kann (vgl. Art. 232 § 5 Abs. 5 EGBGB a. F.). Es ist allerdings wenig wahrscheinlich, dass diese oder eine andere Gesetzesänderung in naher Zukunft erfolgen wird, was auch damit zusammenhängt, dass die Geschäftsraummieter – anders als die Wohnraummieter – über keine wahrnehmbare Interessenvertretung in der Politik verfügen. Vermutlich wird ein soziales Geschäftsraummietrecht in Deutschland daher erst dann (wieder) gelten, wenn es zu einem einheitlichen europäischen Mietrecht kommt. Denn in der Europäischen Union dürfte das Regelungsmodell konsensfähig sein, nach dem auch das Bestandsinteresse des Geschäftsraummieters zu schützen ist. Dieser Zeitpunkt ist allerdings derart weit entfernt, dass er sich noch nicht einmal am Horizont abzeichnet.³³

³² Wulff, NZM 2001, 1018, 1022.

³³ Vgl. Hau JZ 2010, 553.

Die Ausübung des Widerrufsrechts bei Gesamtschuldnerschaft

Ulf Martens

Inhaltsverzeichnis

A	Einleitung	333
B	Der widerrufsberechtigte Verbraucher	334
C	Ausübung des Widerrufs bei Gesamtschuldnern	336
I	Gemeinschaftliche Ausübungspflicht oder singuläres Ausübungsrecht?	336
II	Rechtsfolgen der Ausübung des Widerrufs	341
1	Unwirksamkeit des gesamtschuldnerisch abgeschlossenen Vertrags	341
2	Ersatzansprüche der Gesamtschuldner gegen den widerrufenden Mitschuldner	342
D	Zusammenfassung	343

A Einleitung

Das Widerrufsrecht hat sich seit seiner Einführung überwiegend als effektives Schutzinstrument im Verbraucherschutz bewährt. Die mit der nachträglichen Lösungsmöglichkeit einhergehende zusätzliche Überlegungsfrist¹ (insbes. im Hinblick auf die Anknüpfung des Fristbeginns an eine ordnungsgemäße Belehrung) und die umfassende Regelung der Rechtsfolgen des Widerrufs haben die Rechtsposition des Verbrauchers gestärkt konnten jedoch keine wirkliche Parität zwischen den Vertragsparteien herstellen.

Dabei unterlag das Widerrufsrecht in der Vergangenheit einer Mehrzahl von Reformbemühungen, die teilweise zu Erweiterungen führten, teilweise aber auch – etwa zuletzt mit Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie – das Widerrufsrecht

U. Martens (✉)

Bremen, Deutschland

e-mail: Ulf.Martens@wiso.uni-hamburg.de

¹ Vgl. u. a. Staudinger-Thüsing, BGB (2012), Vorb. §§ 312, 312a Rn. 1; Schwintowski-Schwintowski, Bankrecht, 4. Aufl., § 14 Rn. 233; kritisch hierzu Pfeiffer, NJW 2012, 2609, 2612.

in Fragen des Fristbeginns oder der konkludenten Erklärungsmöglichkeit wieder einschränken.² Wenig Beachtung vonseiten des Gesetzgebers fand dabei die Frage der Ausübung von Widerrufsrechten im Rahmen von Personenmehrheiten.

Vor dem Hintergrund des beharrlichen Einsatzes des Jubilars für die Rechte der Unterlegenen und sein Engagement zu grundlegenden Fragen des Allgemeinen und Besonderen Schuldrechts soll in diesem Beitrag auf die Frage eingegangen werden, ob und wie ein Einzelner sein Widerrufsrecht im Rahmen einer Gesamtschuldnerschaft ausüben darf, welche Rechtsfolge die Ausübung auf den zugrunde liegenden Vertrag hat und inwieweit hiermit Ansprüche auch gegenüber den übrigen Gesamtschuldnern entstehen.

B Der widerrufsberechtigte Verbraucher

§ 355 Abs. 1 S. 1 BGB bestimmt, dass eine Partei mit fristgerechter Ausübung des Widerrufsrechts nicht mehr an ihre auf den Abschluss des Vertrags gerichtete Willenserklärungen gebunden ist. Der Widerruf führt so zu einer Durchbrechung des ansonsten grundsätzlich geltenden Prinzips der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*)³ Persönliche Anwendungsvoraussetzung für den Widerruf ist das Vorliegen eines Verbrauchervertrages⁴ wobei das Widerrufsrecht einzig aufseiten des Verbrauchers besteht und stets einer speziellen gesetzlichen Zuweisung bedarf. Maßgeblich für die Einstufung einer (natürlichen⁵) Person als Verbraucher i. S. d. § 13 BGB oder als Unternehmer i. S. d. § 14 BGB ist der Zweck, zu dem von dieser ein Rechtsgeschäft getätigt wird⁶ Geschützt wird daher ein „privates“ ökonomisches Handeln⁷ während die subjektive Schutzwürdigkeit einer Person in Bezug auf einen konkreten Vertragsabschluss keinen Einfluss auf die Annahme der mit zahlreichen Schutzrechten versehenen Verbrauchereigenschaft hat. In einem weiten Rahmen kann insofern jeder Mensch – der Laie, wie der beruflich als Kaufmann, Banker oder Rechtsanwalt

² Vgl. zur Entwicklung des Verbraucherrechts umfangreich Staudinger-Gsell, BGB (2014), L. Verbraucherschutz m zahlr. w. N.

³ So u. a. Staudinger-Gsell, BGB (2014), L. Verbraucherschutz, Rn. 14; Köhler, BGB AT, 38. Aufl., § 8 Rn. 35.

⁴ Legal definiert in § 310 Abs. 3 BGB als Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher.

⁵ Juristische Personen, egal welcher Ausgestaltung, sind aufgrund der ausdrücklichen Beschränkung des Gesetzeswortlautes und der zugrunde liegenden europarechtlichen Vorgaben vom Anwendungsbereich des § 13 BGB ausgeschlossen: EuGH NJW 2002, 205, 206; BGHZ 149, 80 = NJW 2002, 368; Soergel/Seifert, BGB, 13. Aufl., § 491 Rn. 16f.; Palandt-Ellenber, BGB, 71. Aufl., § 13 Rn. 2.

⁶ Allg. M.; vgl. statt vieler Palandt-Ellenber, BGB, 71. Aufl., § 13 Rn. 3; MünchKommBGB-Masuch, 6. Aufl., § 355 Rn. 15; Heinrichs, NJW 1995, b 153, 159.

⁷ Weitergehend in der Formulierung Derleder/Knops/Bamberger-Reifner, Hdb. Bankrecht, 2. Aufl., § 15 Rn. 92, der neben der unselbstständigen Arbeit und der Existenzgründung von einer „Privilegierung ökonomischen Handelns zu Konsumzwecken“ spricht.

Arbeitende – in den Schutzbereich des § 13 BGB einbezogen sein⁸ Zutreffend wird dies auch als Ausdruck eines antidiskriminierenden Ansatzes und eines grundlegenden Vertrauens des Gesetzgebers in die Befähigung aller (mindestens beschränkt geschäftsfähigen) Individuen zur Teilnahme am Rechtsverkehr gewertet.⁹

Die Entscheidung für die Anknüpfung an ein objektives Kriterium stellt sicher, dass alle Geschäfte, die aus der besonders verletzlichen Sphäre des Privaten heraus mit einem gewerblich oder selbstständig beruflich Tätigen geschlossen werden, Verbraucherverträge sind. Eine derartige Feststellung ist (auch im Hinblick auf eine mögliche Beweispflicht) ein wesentlich klareres Abgrenzungskriterium als eine Einstufung nach der individuellen Schutzbedürftigkeit, die regelmäßig erst aus der Gesamtschau einer Vielzahl von Einzelfaktoren abschließend ermittelt werden kann.

Die Verbrauchereigenschaft ist für jede am Vertrag beteiligte Person einzeln festzustellen. Soweit eine Mehrzahl von Personen zusammen als Gläubiger oder Schuldner an einem Vertrag beteiligt ist, ist das Vorliegen der Verbrauchereigenschaft getrennt für jeden Einzelnen und unabhängig von den übrigen Beteiligten festzustellen.¹⁰ Im Ergebnis kann dies dazu führen, dass in einer Gruppe von Gesamtschuldnern ein Teil als Verbraucher den gesetzlichen Schutzvorschriften unterliegt, während den übrigen Mitschuldnern eine Berufung hierauf verwehrt ist.¹¹ Als Beispiel genannt sei die Darlehensaufnahme eines Kaufmanns zusammen mit zwei seiner bisherigen Angestellten zur Gründung einer gemeinsamen GmbH über einen Nettodarlehensbetrag von 70.000 €. Da der Kredit gemeinsam aufgenommen wird und jeder der Beteiligten der Bank gegenüber für die Zins- und Rückzahlung gleichermaßen einzustehen hat haften sie als Gesamtschuldner im Sinne des § 421 BGB.¹² Während der Kaufmann das Darlehen im Rahmen seiner bereits gewerblichen Tätigkeit aufnimmt wollen zwar auch die beiden Angestellten durch die Neugründung der GmbH künftig eine gewerbliche Tätigkeit ausüben, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses findet auf diese als Existenzgründer über § 512 BGB aber das Verbraucherkreditrecht Anwendung.¹³ Rechtlich hat dies zur Folge, dass der Darlehensgeber lediglich gegenüber den vormaligen Angestellten die Verbraucherschützenden Vorgaben §§ 491ff. BGB zu beachten hat Während diese damit auch einen umfassenden Informationsanspruch genießen¹⁴ und durch die besonderen Formerfordernisse des § 492 BGB geschützt werden, hat das Kreditinstitut

⁸ H. M.; u. a. Palandt-Ellenberg, 73. Aufl., § 13 Rn. 2; vgl. in diesem Zusammenhang auch Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, (Diss.) 2014, S. 727f.

⁹ Meller-Hannich, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht, (Diss.), 2005, S. 124.

¹⁰ MünchKommBGB-Schürnbrand, 6. Aufl., § 491 Rn. 14.

¹¹ BGHZ 144, 370 = NJW 2000, 3133; MünchKommBGB-Schürnbrand, 6. Aufl., § 491 Rn. 14.

¹² Vgl. Erman/Ehrman, BGB, 14. Aufl., § 421 Rn. 5; Bülow/Artz-Artz, Verbr.KredR, 7. Aufl., § 491 Rn. 53.

¹³ zum Verhältnis von Existenzgründern und Verbrauchern vgl. Palandt-Weidenkaff, BGB, 73. Aufl., § 512 Rn. 1.

¹⁴ Zur Kritik an einem „information overload“ sei an an dieser Stelle auf den Aufsatz von Derleder in der NJW 2009, 3195 und dem Beitrag von Gessner in der vorliegenden Festschrift verwiesen.

gegenüber dem Unternehmer nur die allgemeinen Vorgaben des § 488 BGB zu beachten.

C Ausübung des Widerrufs bei Gesamtschuldnern

Im herangezogenen Beispiel führt die verbraucherbezogene Beschränkung des Anwendungsbereichs des Verbraucherdarlehensrechts und damit über die Verweisung in § 495 auf die §§ 355ff. BGB innerhalb der Gruppe der Gesamtschuldner zu einem Auseinanderfallen von widerrufsberechtigten und nicht widerrufsberechtigten Mitschuldnern. Eine Ausstrahlung der Widerrufsberechtigung auf unternehmerisch tätige Mitschuldner findet dabei nicht statt¹⁵ und widersprüche neben dem Wortlaut auch dem Sinn und Zweck der Verbraucherschützenden Normen.

I Gemeinschaftliche Ausübungspflicht oder singuläres Ausübungsrecht?

Soweit lediglich ein Verbraucher in einer Gruppe ansonsten unternehmerischer Gesamtschuldner zum Widerruf berechtigt ist, besteht vor diesem Hintergrund Einhelligkeit darüber, dass nur der Verbraucher über die Ausübung des Widerrufsrechts alleinig und unabhängig befugt ist.¹⁶ Steht dagegen mehreren als Verbraucher agierenden Gesamtschuldnern ein Widerrufsrecht zu, ist umstritten, ob ein solches einheitlich oder getrennt durch jeden Verbraucher ausgeübt werden darf oder sogar muss.

Ausgangspunkt der Diskussion ist der mit Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie am 30.06.2000 in Kraft getretene § 361a BGB a. F., in dem erstmals das Widerrufsrecht mit dem Rücktrittsrecht verknüpft wurde. Gemäß der Verweisung in Abs. 2 S. 1 sollte nunmehr das Rücktrittsrecht für den Widerruf entsprechend Anwendung finden. Die Intention des Gesetzgebers war dabei, durch eine Verweisung die Rechtsanwendung von Rücktritt und Widerruf zu vereinfachen und das Gesetz durch den Wegfall ähnlich lautender gesonderter Vorschriften für den Widerruf zu verschlanken.¹⁷ Zudem sollte so eine inhaltliche Nähe von Rücktritt und Widerruf zum Ausdruck gebracht werden.¹⁸ Diese Verweisungstechnik behielt der Gesetzgeber auch mit der Schuldrechtsmodernisierung in dem § 357 Abs. 1 BGB a. F. bei, der der Vorgängervorschrift § 361a Abs. 2 S. 1 BGB a. F. entsprach.¹⁹ Mit dem Wegfall

¹⁵ BGHZ 144, 370 = NJW 2000, 3133; MünchKommBGB-Schürnbrand, 6. Aufl., § 491 Rn. 14; BeckOKBGB-Möller, Stand 01.08.2014, Ed. 32, § 491 Rn. 25.

¹⁶ Vgl. etwa Staudinger-Kaiser, BGB (2012), § 351 Rn. 43; MünchKommBGB-Wendehorst, 5. Aufl., § 312d Rn. 140.

¹⁷ Vgl. Bt-Drucks. 14/2658, S. 47.

¹⁸ hierzu ausführlich MünchKomm-Masuch, 6. Aufl., § 355, Rn. 35 f. m. w. N.

¹⁹ Bt-Drucks. 14/6040, S. 199.

eigener Rechtsfolgenregelungen im Jahr 2001 stellte sich die Frage, ob auf das Widerrufsrecht nun § 356 BGB a. F. Anwendung finden sollte. § 356 BGB a. F., der wortgleich dem aktuellen § 351 BGB entsprach²⁰, bestimmte, dass ein Rücktrittsrecht von oder gegen Personenmehrheiten nur einheitlich ausgeübt werden darf. Durch das einheitliche Ausübungserfordernis sollte und soll (heute durch den § 351 BGB) sichergestellt werden, dass die Gestaltungswirkung des Rücktritts gegenüber allen am Vertrag Beteiligten ungeteilte Wirkung entfaltet.²¹

§ 351 BGB wäre jedoch nur dann auf das Widerrufsrecht anzuwenden, wenn sich der Verweis in § 357 Abs. 1 S. 1 BGB a. F. nicht nur auf die Rechtsfolge, sondern auf eine Anwendung der Regelungen über das Rücktrittsrecht insgesamt bezöge. Zutreffend wird hierzu angeführt, dass der Wortlaut des § 357 Abs. 1 S. 1 BGB a. F. keinen Hinweis darauf enthalte, dass die Verweisung lediglich eingeschränkt erfolgen solle.²² Zudem verzichtete der Gesetzgeber auf eine abweichende Regelungen der Widerrufserklärung im Rahmen einer Mehrzahl von Ausübungsberechtigten, was ebenfalls für eine Anwendbarkeit des § 357 Abs. 1 S. 1 BGB a. F. spricht.²³

Rücktritts- und widerrufsberechtigte Gesamtschuldner können jedoch nicht ohne Weiteres in der hierfür notwendigen Weise gleich gesetzt werden. Rücktritt und Widerruf sind zwar als Gestaltungsrechte, die dem Inhaber ein nachträgliches ex nunc wirkendes²⁴ Lösungsrecht einräumen, in gewisser Weise verwandt und führen in Folge der Ausübung jeweils zur Wandlung des Vertrages in ein Rückgewährschuldverhältnis²⁵, sind aber ansonsten rechtsdogmatisch gerade auch hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen in concreto grundverschieden.²⁶

Das Rücktrittsrecht knüpft unabhängig von der Person des Berechtigten an das Verhalten des Vertragspartners an und entsteht erst, wenn ein weiteres Festhalten an dem Vertrag aus diesem Grund der anderen Partei nicht mehr zugemutet werden

²⁰ Der Gesetzgeber sah im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung keine die Änderungsbedürftigkeit begründenden Probleme im Zusammenhang mit der Pflicht zur einheitlichen Ausübung des Rücktritts, so dass die Vorschrift wortgleich beibehalten und lediglich in dem hierzu neu geschaffenen § 351 BGB verortet wurde, Bt-Drucks. 14/6040, S. 197. Auf bereits aufkommende Stimmen zu einer Ablehnung der Anwendung des § 356 BGB a. F. auf das Widerrufsrecht (vgl. etwa Bülow, WM 2000, 2361, 2364) ging der Gesetzgeber nicht ein.

²¹ BGH, NJW 2004, 2382, 2383; BeckOKBGB-Schmidt, Stand 01.05.2014, Ed. 31, § 351 Rn. 1.

²² So etwa Staudinger-Kaiser, BGB (2012), § 355 Rn. 43; jurisPKBGB-Wildemann, 7. Aufl., § 355 Rn. 26; Schirmbacher, BB 2009, 1088, 1090.

²³ jurisPKBGB-Wildemann, 7. Aufl., § 355 Rn. 26.

²⁴ Die insofern zu § 346 BGB vertretenen Argumente sind, bezogen auf den Wirkungszeitpunkt der Gestaltungserklärung, auf den Widerruf zu übertragen, vgl. Bt-Drucks. 14/6040, S. 191; BGH NJW 2008, 911, 912; NJW 1998, 3268; BeckOKBGB-Schmidt, Stand 01.08.2014, Ed. 32, § 346 Rn. 9; Staudinger-Kaiser, BGB (2012), § 346 Rn. 69; Erman-Röthel, BGB, 13. Aufl., vor §§ 346–354 Rn. 1.

²⁵ Im Zuge der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie ist mit dem Wegfall des Verweises auf § 346 BGB die Rechtsfolge von Rücktritt und Widerruf zwar nicht mehr einheitlich geregelt, die neu gefassten §§ 357–357c BGB sehen aber weiterhin die Wandlung des bestehenden Vertrages in ein Rückgewährschuldverhältnis vor, vgl. zu § 357 Erman-Koch, BGB, 14. Aufl., § 357 Rn. 1 und zu § 357a BGB jurisPK-BGB-Hönninger, 7. Aufl., § 357a Rn. 9 und zu § 357b BGB.

²⁶ Siehe Beitrag Knops in dieser Festschrift.

kann.²⁷ Grundlage des Widerrufsrechts ist dagegen die besondere Schutzbedürftigkeit einer zu privaten Zwecken handelnden Person gegenüber einem unternehmerischen Vertragspartner. Unabhängig von dem vertragsgemäßen oder vertragswidrigen Verhalten des anderen wird dem Verbraucher bereits mit Vertragsschluss ein fristgebundenes Lösungsrecht eingeräumt, was diesen vor einer übereilten Vertragsbindung schützen soll²⁸. Ein solcher Übereilungsschutz würde jedoch erheblich erschwert, wenn die Regelung des § 351 BGB a. F. auch auf das Widerrufsrecht Anwendung finden würde. Die Entscheidung des Verbrauchers, sich von dem nicht gewollten Vertrag innerhalb der Widerrufsfrist zu lösen, wäre dann alleine nicht mehr ausreichend. Vielmehr müsste dieser nun auch noch sämtliche andere Verbraucher, die mit ihm als Gesamtschuldner durch den Vertrag verpflichtet sind, zur Ausübung des Widerrufsrechts bewegen. Würde sich dem nur ein einziger Verbraucher verweigern, blieben sämtliche andere Verbraucher, trotz eines mittlerweile entgegenstehenden Willens, an den Vertrag gebunden und würden so ihrer Rechte aus §§ 355ff. BGB entledigt.

Anders als beim Rücktrittsrecht ist die entsprechende Anwendung des § 351 BGB bei einer Zusammensetzung der Gesamtschuldner aus Verbrauchern und Unternehmern zudem bereits aus dem Grund schwierig, dass das Widerrufsrecht nicht auf die unternehmerischen Gesamtschuldner übergehen kann. Die hieraus gezogene Konsequenz, dass in einem solchen Fall zumindest die Verbraucher ihr Widerrufsrecht gemeinschaftlich, aber unabhängig von den unternehmerischen Mitgesamtschuldnern ausüben dürften²⁹, kann jedoch auch nicht überzeugen. Begründet wird die Heranziehung dieses „kleinen Einheitlichkeitserfordernisses“ mit der Unzumutbarkeit der Vertragsauflösung für die übrigen nichtwiderrufenden Verbraucher.³⁰ Unabhängig von der Einordnung nach § 13 oder § 14 BGB führt aber sowohl der Widerruf eines Einzelnen als auch der gemeinsame Widerruf mehrerer Verbraucher zur Durchbrechung des Grundsatzes *pacta sunt servanda* und zwingt einen Teil (nämlich mindestens den der unternehmerischen Gesamtschuldner) ohne Einverständnis ebenfalls zur Beendigung des Vertrages, sofern der Vertrag nicht mit diesen allein fortgesetzt werden kann. Das Interesse der unternehmerischen Gesamtschuldner an einer Vertragsfortführung ist jedoch nicht geringer als das der nicht widerrufenden Verbraucher zu bewerten. Denn die Schutzrichtung des Widerrufsrechts zielt darauf ab, die erneute Dispositionsfähigkeit des Verbrauchers durch die Auflösung des Vertrages wiederherzustellen, und ihn so vor einem übereilten Vertragsabschluss mit einem unternehmerisch tätigen Vertragspartner zu bewahren. Dass das Widerrufsrecht umgekehrt auch die Rechtsposition des Verbrauchers gegenüber anderen Verbrauchern stärken soll, kann den §§ 355 ff. BGB dagegen nicht entnommen werden. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, wieso ein Verbraucher, der mit anderen Verbrauchern gemeinsam einen Vertrag abschließt, weniger schutzbedürftig sein sollte, als wenn der Vertrag mit dem Verbraucher allein ge-

²⁷ Palandt-Grüneberg, BGB, 73. Aufl., § 323 Rn. 1.

²⁸ Statt vieler Palandt-Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 355 Rn. 3.

²⁹ So etwa jurisPKBGB-Wildemann, 7. Aufl., § 355 Rn. 26.

³⁰ Staudinger-Kaiser, BGB (2012), § 355 Rn. 43.

geschlossen worden wäre. Vielmehr wirkt der Verbraucherschutz im Rahmen von Gesamtschuldnern nur dann effektiv, wenn jeder Verbraucher seine Schutzrechte gegenüber dem unternehmerischen Vertragspartner selbstständig ausüben kann und darf.

Weiterhin müsste im Rahmen einer vollumfänglichen Verweisung des § 357 Abs. 1 S. 1 BGB auch § 351 S. 2 BGB auf das Widerrufsrecht Anwendung finden.³¹ § 351 S. 2 BGB bestimmt, dass das Erlöschen des Rücktrittsrechts eines Berechtigten ebenso zum Erlöschen der Rücktrittsrechte aller übrigen führt. Für den Widerruf würde dies bedeuten, dass mit erstmaligem Ablauf der Widerrufsfrist für einen Berechtigten zeitgleich die Widerrufsrechte aller übrigen Verbraucher erlöschen würden. Diese Rechtsfolge würde selbst dann eintreten, wenn ein Verbraucher nicht einmal (ordnungsgemäß) über sein Widerrufsrecht belehrt oder ihm gegenüber die sonstigen fristauslösenden Pflichten nicht vollständig erbracht worden wären. Er würde insoweit rechtlos gestellt und das grundsätzlich jedem Einzelnen zustehende Widerrufsrecht³² würde im Ergebnis auf einen kollektiven Minimalschutz hinauslaufen, bei dem es aus Sicht des Unternehmers ausreichen würde, gegenüber nur einem einzigen Verbraucher seinen gesetzlichen Pflichten nachzukommen. Die Europarechtswidrigkeit einer solchen „Lösung“ liegt offen auf der Hand.

Dass der Gesetzgeber mit der Verweisung in § 361a Abs. 1 BGB a. F. und § 357 Abs. 1 BGB a. F. die Anwendung der verbraucherrechtlichen Widerrufsregelungen in einer derart umfangreichen Weise abändern wollte, kann auch den Materialien nicht entnommen werden. Erklärtes Ziel des Gesetzgebers war es vielmehr, durch die Verweisung eine Vereinfachung der Rechtsanwendung zu erreichen und Wiederholungen zu vermeiden.³³ Vor diesem Hintergrund ist der Wahl der amtlichen Überschrift des § 357 Abs. 1 S. 1 BGB a. F. als „Rechtsfolgen des Widerrufs und der Rückgabe“ besondere Bedeutung beizumessen.³⁴ Der Vergleich mit anderen amtlichen Überschriften zeigt zwar, dass der inhaltsbestimmende Einfluss einer Überschrift auf den Regelungsgehalt der Norm im Rahmen einer Auslegung nicht von besonderem Gewicht sein kann.³⁵ Bezüglich des § 357 BGB a. F. ist aber zu beachten, dass der auf eine Rechtsfolgenverweisung gerichtete Wille des Gesetzgebers zusätzlich auch eine Begründung in den Drucksachen zum Gesetzesentwurf findet. In diesen heißt es auf S. 47: *„Bisher wurde allerdings der Inhalt der §§ 346 und 349 BGB dazu in den Vorschriften wiederholt, was mit einer Verweisung ein-*

³¹ Dies bejahend Staudinger-Kaiser, BGB (2012), § 355 Rn. 43.

³² Vgl. hierzu u. a. Staudinger-Looschelders, BGB (2012), § 425 Rn. 89; Bülow/Artz, Verbraucherprivatrecht, 3. Aufl., Rn. 127.

³³ Bt-Drucks. 14/2658, S. 47.

³⁴ So u. a. auch MünchKommBGB-Masuch, 6. Aufl., § 355 Rn. 29, § 357 Rn. 10f.

³⁵ Staudinger-Kaiser, BGB (2012), § 355 Rn. 43 lehnt eine inhaltsbestimmende Wirkung amtlicher Überschriften mittels eines Vergleich mit § 312 BGB a. F. ab, nach dessen Überschrift „Widerruf bei Haustürgeschäften“ in Haustürsituationen für Verbraucher andernfalls nur ein Widerrufsrecht, nicht aber ein in der Überschrift nicht genanntes Rückgaberecht bestehe.

*facher auszudrücken ist.*³⁶ Der Gesetzgeber wollte daher also nicht das gesamte Rücktrittsrecht auf den Widerruf angewendet wissen, sondern nur eine Doppelung des Regelungsgehalts der explizit genannten Paragraphen (und damit nicht auf § 351 BGB) durch eine Verweisung ersetzen. Erst recht ging es ihm nicht darum, europäisch verbrieft Widerrufsrechte auszuhebeln.

Im Zuge der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie ist der Verweis des § 357 Abs. 1 S. 1 BGB a. F. aus dem Gesetz nun auch gestrichen worden. Dabei brachte der Gesetzgeber mehrmals seine Intention zum Ausdruck, das Rücktritts- und das Widerrufsrecht rechtlich voneinander trennen zu wollen,³⁷ was der Begründung einer Anwendung des § 351 BGB auf den Widerruf den Boden entzieht. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass ein einheitliches Ausübungsbedürfnis auch unabhängig von einer Anwendung des § 351 BGB bzgl. anderer Gestaltungsrechte angenommen wird. So können Mieter ihren Vertrag gegenüber dem Vermieter regelmäßig nur gemeinsam kündigen.³⁸ Auch der Widerruf eines gerichtlichen Vergleichs kann einem Einheitlichkeitserfordernis unterliegen, ohne dass § 351 BGB auf diesen entsprechende Anwendung fände.³⁹ Hieraus darf jedoch nicht geschlossen werden, dass Gestaltungsrechte notwendigerweise stets einer einheitlichen Ausübung bedürfen.⁴⁰ Hiergegen spricht bereits, dass der Gesetzgeber mit § 351 BGB für den Rücktritt, §§ 441 Abs. 2, 638 Abs. 2 BGB für die Minderung und § 472 BGB für das Vorkaufsrecht ausdrückliche Regelungen für die gemeinsame Ausübung getroffen hat, für die übrigen Gestaltungsrechte jedoch nicht. Dies gilt grundsätzlich auch für den Widerruf⁴¹. Wäre vom Gesetzgeber gewollt gewesen, dass Gestaltungsrechte grundsätzlich gemeinsam ausgeübt werden müssten, hätte dies zudem im Allgemeinen Teil geregelt werden können⁴² und müssen, was im Übrigen aber in Bezug auf den Widerruf auch nicht europarechtskonform gewesen wäre.

Gegen ein einheitliches Ausübungserfordernis spricht schließlich auch § 425 BGB. Hiernach entfalten andere als die in den §§ 422–424 BGB benannte Tatsachen keine Gesamtwirkung für die Gesamtschuldner, sondern gelten nur zwischen

³⁶ Vgl. Bt-Drucks. 14/2658, S. 47: „Bisher wurde allerdings der Inhalt der §§ 346 und 349 BGB dazu in den Vorschriften wiederholt, was mit einer Verweisung einfacher auszudrücken ist.“

³⁷ Br-Drucks. 817/12, S. 105ff.; Bt-Drucks. 17/12637, S. 33: „Ein Rückgriff auf das Rücktrittsrecht solle nicht mehr erfolgen.“

³⁸ BGHZ 26, 102.

³⁹ OLG Koblenz, VersR 2005, 655, 657.

⁴⁰ A. A. Staudinger-Kaiser, BGB (2012), § 355 Rn. 43; jurisPKBGB-Rüßmann, 6. Aufl., § 425 Rn. 18.

⁴¹ Lediglich § 312g Abs. 2 BGB benennt einige Sonderfälle, in denen der in einer Person eintretende nachträgliche Verlust des Widerrufsrechts auch für die übrigen Gesamtschuldner Geltung entfaltet. Hierbei handelt es sich jedoch jeweils um warenspezifische Besonderheiten (etwa die Entsiegelung einer Software), bei denen eine Rückabwicklung im Rahmen eines Widerrufs ausnahmsweise nicht mehr als angemessen und vertretbar angesehen werden kann – siehe hierzu MünchKommBGB-Masuch, 6. Aufl., § 355 Rn. 29.

⁴² So auch MünchKommBGB-Gaier, 6. Aufl., § 351 Rn. 7; Erman-Röthel, BGB, 14. Aufl., § 351 Rn. 5; a. A. Staudinger-Kaiser, BGB (2012), § 355 Rn. 43, die hieraus einen allgemein zu verstehenden Willen des Gesetzgebers ableitet, andere vor einer ihnen aufgedrängten Vertragsänderung oder -beendigung zu bewahren.

der betroffenen Person und dem Vertragspartner. Folglich ist dem Widerrufsrecht, das nicht zu den gesetzlich benannten Tatsachen zählt, eine reine Einzelwirkung zuzusprechen.⁴³ Anderes ergibt sich auch nicht aus dem ebenfalls fehlenden Bezug des § 425 BGB auf das Rücktrittsrecht und die Minderung. Für diese gelten ausdrückliche gesetzliche Sonderregelungen, sodass eine zusätzliche Aufzählung in den §§ 422–424 BGB entbehrlich ist. Im Ergebnis ist die Frage nach einer Gesamt- oder Einzelwirkung danach zu entscheiden, ob je nach Gestaltungsrecht und nach Einzelfall eine einheitliche Ausübung notwendig und angemessen ist, um die gewünschte Rechtsfolge herbeizuführen⁴⁴, und ob ein Einheitlichkeitserfordernis mit dem Schutzzweck der Norm vereinbar werden kann, was jedoch in Bezug auf den widerrufenden Gesamtschuldner aus den aufgezeigten Gründen zu verneinen ist.

II Rechtsfolgen der Ausübung des Widerrufs

1 Unwirksamkeit des gesamtschuldnerisch abgeschlossenen Vertrags

Grundsätzliche Rechtsfolge des Widerrufs ist gemäß § 355 Abs. 1 S. 1 BGB die Lösung der Parteien von ihren auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärungen. Gemäß der §§ 357–357c BGB wandelt sich das Vertragsverhältnis ex nunc in ein Rückgewährschuldverhältnis. Den §§ 357ff. BGB kann jedoch nicht entnommen werden, wie sich der Widerruf auf eine Fortführung des Vertrages mit den verbliebenen nichtwiderrufenden Gesamtschuldner auswirkt. In Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung ist hier entsprechend auf § 139 BGB zurückzugreifen.⁴⁵ Für den Fall eines einzelnen widerrufenden Gesamtschuldners bedeutet dies, dass mit dem Widerruf regelmäßig nicht nur dessen ursprüngliche vertragliche Leistungspflichten und -ansprüche in Bezug auf den unternehmerischen Vertragspartner entfallen, sondern sämtliche Gesamtschuldner von der Wirkung des Widerrufs erfasst werden.⁴⁶ Der Systematik des § 139 BGB folgend, muss aber auch die Einschränkung des Hs. 2 auf das Erlöschen im Rahmen des Widerrufs Anwendung finden. So führt der Widerruf ausnahmsweise dann nicht zum Erlöschen des Gesamtvertrages, wenn anzunehmen ist, dass die übrigen Gesamtschuldner und der unternehmerische Vertragspartner den Vertrag auch ohne den Widerrufenden in dieser Weise abgeschlossen hätten.⁴⁷

⁴³ So auch Staudinger-Looschelders, BGB (2012), § 425 Rn. 86–89; Staudinger-Kessal-Wulf, BGB (2012), § 491 Rn. 20.

⁴⁴ OLG Koblenz, VersR 2005, 655, 657.

⁴⁵ So etwa auch MünchKommBGB-Masuch § 355 Rn. 29; Staudinger-Thüsing, BGB (2012), § 312 Rn. 58; Soergel-Seifert, BGB, 13. Aufl., § 495 Rn. 29.

⁴⁶ So zum Verbraucherdarlehen Soergel-Seifert, BGB, 13. Aufl., § 495 Rn. 29.

⁴⁷ Erman-Koch, BGB, 14. Aufl., § 312b BGB Rn. 4; MünchKommBGB-Masuch § 355 Rn. 29; Staudinger-Thüsing, BGB (2012), § 312 Rn. 58; Staudinger-Kessal-Wulf, BGB (2012), § 491 Rn. 20; Soergel-Seifert, BGB, 13. Aufl., § 495 Rn. 29; für eine zwingende Gesamtnichtigkeit dagegen Bülow/Artz-Bülow, VerbrKrrR, 7. Aufl., § 491 Rn. 53.

Bezüglich des gemäß §§ 357–357c BGB entstehenden Rückabwicklungsschuldverhältnisses ist zunächst nach der Gesamtwirkung des Widerrufs und sodann nach den von den einzelnen Personen erbrachten Leistungen zu differenzieren. Führt der Widerruf in entsprechender Anwendung des § 139 Hs. 1 BGB zu einem Erlöschen des gesamten Vertrages, so sind sämtliche erbrachten Leistungen zwischen den Parteien zurückzuführen. Die Rückführungspflicht einschließlich etwaiger weiterer Leistungspflichten (z. B. die Zinszahlungspflicht gemäß § 357a Abs. 3 BGB) trifft dabei sämtliche Gesamtschuldner gemäß § 421 BGB. Dem unternehmerischen Vertragspartner gegenüber agiert die Personenmehrheit dagegen nicht als Gesamtgläubiger im Sinne des § 428 BGB, da bereits empfangene Leistungen gemäß §§ 375–357c BGB in der Weise und damit auch an denjenigen zurückzugewähren sind, wie sie zuvor erbracht wurden.⁴⁸

Soweit ausnahmsweise lediglich ein Teilerlöschen des Vertrages anzunehmen ist, bezieht sich die Rechtsfolge der §§ 357–357c BGB ausschließlich auf das Leistungsverhältnis zwischen dem widerrufenden Gesamtschuldner und dem unternehmerischen Vertragspartner. Hat der widerrufende Verbraucher bereits Leistungen an den Unternehmer erbracht, so sind ihm diese im Rahmen des Rückgewährschuldverhältnisses zurückzuerstatten. Dies schließt auch etwaige Aufwendungen des Widerrufenden (wie etwa Lieferkosten gemäß § 357 Abs. 2 BGB) – soweit gesetzlich vorgesehen – mit ein. Da der Einzelne mit Ausübung des Widerrufsrechts nicht mehr zur Gruppe der Gesamtschuldner zählt, entfällt eine Erfüllungswirkung im Sinne des § 422 Abs. 1 BGB bzgl. der von ihm bereits erbrachten Leistung für die verbliebenen Gesamtschuldner. Die von dem Widerrufenden erbrachten Leistungen sind daher von den übrigen Gesamtschuldnern erneut zu erbringen. Wegen des Ausscheidens aus der Gesamtschuldnerschaft tritt diese erneute Leistungspflicht dabei mit Widerrufserklärung und nicht erst dann ein, wenn der unternehmerischen Vertragspartner die Rückgewähr an den Widerrufenden tatsächlich erbracht hat. Gleiches gilt auch zulasten des Vertragspartners, der seinerseits von dem ausscheidenden Verbraucher zurückgewährte Leistungen erneut gegenüber den verbliebenen Gesamtgläubigern zu erbringen hat. Ausgenommen hiervon ist lediglich die Konstellation, dass der unternehmerische Vertragspartner den Widerrufenden bevollmächtigt, zur Erfüllung der Leistungsansprüche aus dem Rückgewährschuldverhältnis und seiner Leistungspflichten aus dem ursprünglichen Vertrag die zu erstattenden Leistungen unmittelbar an die verbliebenen Gesamtschuldner zu erbringen.

2 Ersatzansprüche der Gesamtschuldner gegen den widerrufenden Mitschuldner

Verlieren die übrigen Gesamtschuldner durch den Widerruf eines der Gesamtschuldner ihre vertraglichen Ansprüche oder sind (bei ausnahmsweise Fortbestand) verpflichtet, die vertraglichen Leistungen nun allein zu tragen, stellt sich die Frage nach möglichen Ersatzansprüchen gegen den widerrufenden Verbraucher. Unab-

⁴⁸ Vgl. zu § 346 BGB BeckOKBGB-Schmidt, Stand: 01.08.2014, Ed. 32, § 346 Rn. 31.

hängig vom Fortbestand des zugrunde liegenden Vertrages regelt § 361 Abs. 1 BGB, dass die Rechtsfolgen des Widerrufs abschließend in den §§ 357ff. BGB geregelt sind. Diese sehen jedoch keine Ersatz- oder anderweitigen Kompensationsansprüche der verbliebenen Schuldner gegenüber dem Widerrufenden vor. Der Widerruf des Verbrauchers zieht daher keine Folgeansprüche des Widerrufenden nach sich.

Anderslautende gesamtschuldnerinterne Regelungen werden dabei durch § 361 Abs. 1 BGB gesperrt. Hat der Schuldner sich gegenüber den verbleibenden Gesamtschuldnern in einer eigenständigen Erklärung zum Ersatz oder zur fortbestehenden Haftungsübernahme verpflichtet, so ist eine solche Vereinbarung unwirksam. § 361 Abs. 1 BGB lässt nicht nur alle über §§ 357ff. BGB hinausgehenden gesetzlichen Ausgleichsansprüchen entfallen, sondern erklärt im Verhältnis zum Vertragspartner und den übrigen Gesamtschuldnern sämtliche (auch vertragliche) aufgrund des Widerrufs zum Nachteil des Verbrauchers getroffene Abweichungen für unwirksam.⁴⁹

Von den §§ 357ff. BGB und § 361 Abs. 1 erfasst werden allerdings nur diejenigen Ansprüche, die infolge des Widerrufs – also in einem Zusammenhang mit der Ausübung des Widerrufsrechts durch den Verbraucher – entstehen. Die Einstandspflicht eines Verbrauchers für nicht durch den Widerruf begründete Forderungen ist durch § 361 Abs. 1 BGB nicht ausgeschlossen.⁵⁰ Für das ursprüngliche Vertragsverhältnis ergeben sich diese aus fortbestehenden Nebenpflichten gem. § 241 BGB (z. B. Verschwiegenheitspflichten), die sowohl bezogen auf den Vertragspartner als auch auf die einzelnen Gesamtschuldnern zu wahren sind.⁵¹ Darüber hinaus können sich – etwa bei Schlecht- oder Nichtleistung – weitergehende Ansprüche aus dem Rückabwicklungsschuldverhältnis ergeben.⁵²

Die verbliebenen Gesamtschuldner betrifft Letzteres nur, soweit eine insgesamt Wandlung in ein Rückgewährschuldverhältnis erfolgt, da diese andernfalls Partei des ursprünglichen Vertragsverhältnisses bleiben und so rechtlich nicht am „neu entstandenen“ Rückgewährschuldverhältnis beteiligt sind.

D Zusammenfassung

1. Auch bei Gesamtschuldnern kann jeder Verbraucher ein ihm zustehendes Widerrufsrecht unabhängig vom Willen der übrigen Schuldner wirksam ausüben.
2. Die anderslautende Regelung des § 351 für das Rücktrittsrecht findet auf das Widerrufsrecht keine Anwendung. Die Besonderheiten des Verbraucherschut-

⁴⁹ BeckOKBGB-Christmann, Stand: 01.08.2014, Ed. 32, § 361 Rn. 5f.; a. A. für einen internen Schadenersatzanspruch noch zur alten Rechtslage: MünchKommBGB-Masuch, 6. Aufl., § 355 Rn. 30; Staudinger-Thüsing, BGB (2005), § 312 Rn. 53.

⁵⁰ Vgl. hierzu etwa Br-Drucks. 817/12 S. 105.

⁵¹ BGH NJW 2010, 60, 61; NJW 1980, 2464; Staudinger-Olzen, BGB (2014), § 241 Rn. 264; Palandt/Grüneberg, 73. Aufl., § 426 Rn. 4; MünchKommBGB-Bachmann/Roth, 6. Aufl., § 241 Rn. 124.

⁵² Vgl. BeckOKBGB-Christmann, Stand: 01.08.2014, Ed. 32, § 361 Rn. 3.

zes schließen dabei auch eine entsprechende Anwendung und ein einheitliches Ausübungserfordernis gemäß § 425 BGB aus.

3. Ausnahmsweise entfällt das Widerrufsrecht aller gesamtschuldnerischen Verbraucher allerdings dann, wenn bei einer unteilbaren Leistung eine Entsigelung etwa im Sinne des § 312g Abs. 2 Nr. 3 oder Nr. 6 BGB stattfindet.
4. Die Rechtsfolge des Widerrufs ist regelmäßig das Erlöschen des gesamten Verbrauchervertrages für alle hieran Beteiligten. Die Rückgewähr erfolgt dabei aufseiten der Leistungsverpflichteten als Gesamtschuldner. Gläubigerseits besteht dagegen keine personenunabhängige Erfüllungsmöglichkeit im Sinne des § 428 BGB. Die Leistungen sind hier im Wege einer spiegelbildlichen Rückabwicklung an denjenigen zu erstatten, der sie zuvor tatsächlich erbracht hat.
5. In entsprechender Anwendung des § 139 Hs. 2 BGB kann ein Fortbestand des Verbrauchervertrages im Falle des Widerrufs eines einzelnen Gesamtschuldners angenommen werden. Bei der Rückabwicklung der zwischen dem Widerrufenden und dem unternehmerischen Vertragspartner bestehenden Ansprüche ist zu berücksichtigen, welche Leistungen von dem verbliebenen Gesamtschuldner getragen werden müssen. Es muss sich allerdings um real voneinander abgrenzbare und damit teilbare Leistungspflichten handeln.
6. Ersatzansprüche der verbliebenen Gesamtschuldner gegenüber dem widerrufenden Verbraucher entstehen aus der Ausübung des Widerrufs grundsätzlich nicht. Anderslautende vertragliche Vereinbarungen zwischen den Gesamtschuldnern sind aufgrund der in den §§ 357ff. BGB abschließenden Regelungen der Rechtsfolgen des Widerrufs gemäß § 361 Abs. 1 BGB nichtig. Nicht ausgeschlossen sind dagegen Ansprüche des Vertragspartners aus dem Rückgewährschuldverhältnis sowie Forderungen aufgrund von Nebenpflichtverletzungen. Auf letztere können sich dabei auch die verbliebenen Gesamtschuldner berufen.

Die Unternehmenskrise als Haftungsfalle für Geschäftsführer, Vorstand und Berater

Alexander Pallas

Inhaltsverzeichnis

A	Strafrechtliche Risiken und Haftung bei Insolvenz	346
I	Straftatbestände in Krise und Insolvenz	346
1	Buchführungsdelikte	347
2	Bilanzierungsdelikte	349
3	Verletzung der Berichtspflicht	351
4	Insolvenzverschleppung	352
5	Betrügerischer Bankrott	356
6	Delikte im Rahmen der Sanierung	357
II	Innen- und Direkthaftung der Organe, Risiken für den Berater	358
1	Insolvenzverschleppungshaftung	358
2	Weitergehende Einstandsrisiken des Beraters	359
3	Firmenbestattung	360
B	Dauerthema AO-Haftung	360
I	Allgemeines	361
II	Potenzielle Haftungsschuldner	362
1	Im Haftungszeitraum bestellte Geschäftsführer	362
2	Nachfolgegeschäftsführer	363
3	Faktischer Geschäftsführer	363
4	Prokurist	363
III	Kausale Pflichtverletzung	364
IV	Grundsatz der anteiligen Tilgung	364
V	Ermessensausübung	365
VI	Mitverschulden des Finanzamts	366
C	Brennpunkt Sozialversicherung	366
I	Strafrechtliche Risiken	367
II	Zivilrechtliche Haftung	368
D	Fazit	368

Dr. A. Pallas (✉)

Rechtsanwälte Grezesch & Bachmann, Bremen, Deutschland

e-mail: info@steuer-strafrecht.de

© Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2015

K.-O. Knops, H.G. Bamberger, G. Hölzle (Hrsg.), *Zivilrecht im Wandel*,

DOI 10.1007/978-3-662-45872-3_21

345

Die Zahl der Unternehmensinsolvenzen ist unverändert hoch. Das Heraufziehen der wirtschaftlichen Krise wird vielfach als Erstes vom steuerlichen Berater erkannt. In der Regel ist der Steuerberater mit den Geschäftsvorgängen des Mandanten seit Jahren vertraut. Er erstellt die Buchhaltung und die steuerlichen Jahresabschlüsse. Der Berater ist in der Krisensituation daher nicht nur in besonderem Maße gefordert. Er muss darüber hinaus auch befürchten, selbst im Nachgang der Krise einer strafrechtlichen Verfolgung und zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen ausgesetzt zu werden. Nach Scheitern der Rettungsbemühungen werden nicht nur regelmäßig vom Insolvenzverwalter Regressansprüche formuliert. Der steuerliche Berater gerät auch zunehmend in das Blickfeld der Ermittlungsbehörden. Darüber hinaus versuchen die Gesellschaftsorgane immer öfter, ihre Verantwortung auf den Steuerberater abzuwälzen.¹

A Strafrechtliche Risiken und Haftung bei Insolvenz

Je weiter das Unternehmen in die Krise gerät, desto größer werden die straf- und haftungsrechtlichen Risiken für die Verantwortlichen und auch für die Berater.

I Straftatbestände in Krise und Insolvenz

Vielfach sind sich weder die Verantwortlichen noch die Berater der Strafbarkeit ihres Handelns bewusst. Teilweise ist aber auch Fahrlässigkeit strafbar. Zudem schließt ein Irrtum über die Strafbarkeit in aller Regel die Strafbarkeit nicht aus. Im Vordergrund stehen dabei die Insolvenzstraftaten. Dass daneben im Vorfeld des Unternehmenszusammenbruchs regelmäßig weitere Allgemein- und Begleitdelikte (Unterschlagung, Betrug, Kreditbetrug etc.) verwirklicht werden, ist klar.

Insolvenzstraftaten setzen grundsätzlich ein Näheverhältnis zu einem Insolvenzverfahren voraus. Aus der Insolvenzakzessorietät folgt, dass bei größerem zeitlichen Abstand zwischen der Aktivität des Täters und dem Unternehmenszusammenbruch die Strafbarkeit entfällt.²

Insolvenzrechtliche Normen verpflichten grundsätzlich nur den Unternehmer, nicht auch den Steuerberater. Eine direkte Strafbarkeit kann sich aber über § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB ergeben. Danach ist auch Täter, wer eigenverantwortlich Aufgaben wahrnimmt, die ihm der Inhaber des Betriebs oder ein sonst dazu Befugter übertragen hat. Übernimmt der Steuerberater aufgrund eines entsprechenden Vertra-

¹ Ehlers, Stbg 3/13, 122ff., 122 m. w. N.

² Statt anderer Bittmann, Insolvenzstrafrecht, 2004, § 12 Rn. 311; einschränkend Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Kindhäuser, StGB, 4. Aufl. 2013, § 283 Rn. 59; a. A. MünchKommStGB-Radtke/Petermann, 2. Aufl., 2014, § 283 Rn. 47.

ges die Buchführungs- und Bilanzierungsarbeiten, kann er u. U. für etwaige Fehler auch strafrechtlich verantwortlich sein.³

1 Buchführungsdelikte

Von erheblicher praktischer Bedeutung sind die Buchführungs- und Bilanzdelikte in § 283 Abs. 1 Nr. 5 bis Nr. 7 StGB. § 283 Abs. 1 Nr. 5 knüpft als Auffangtatbestand an die formale Verletzung der im Handelsrecht normierten Buchführungsvorschriften an und soll verhindern, dass der Kaufmann in der Krise zu spät reagiert, weil er aus seinen Büchern seine tatsächliche wirtschaftliche Lage nicht jederzeit erkennen kann. Zu unterscheiden sind zwei Alternativen: Die erste Alternative erfasst das (gänzliche) Unterlassen jeglicher Buchführung. Es handelt sich insoweit um ein echtes Unterlassungsdelikt. Ordnen und kontieren der Belege allein ist dabei aber noch kein ausreichendes Buchen. Andererseits ist die Vorschrift nicht einschlägig, soweit der Täter seiner Dokumentationsverpflichtung zum Teil nachkommt und die erforderlichen Handelsbücher zeitweilig formal zutreffend führt. Bei zeitlichen Lücken ist daher normalerweise nur die zweite Alternative der Bestimmung, also der Vorwurf der mangelhaften Buchführung, einschlägig. Erfasst eine derartige Lücke allerdings ein ganzes Geschäftsjahr, so liegt wegen der jährlichen Bilanzierungspflicht für dieses Geschäftsjahr keine Buchhaltung vor. Ein solches Unterlassen wird dann von der ersten Alternative erfasst.⁴

Ein nachträgliches Verbuchen der vorgefallenen Geschäfte, also die Nachholung der Buchhaltung, lässt die Strafbarkeit nicht entfallen. Lediglich Buchführungsrückstände von maximal sechs Wochen sind (noch) nicht tatbestandsmäßig. Insoweit kann noch von einem bloßen Stocken in der Aufzeichnungspflicht ausgegangen werden.⁵

Dem gänzlichen Unterlassen steht nach § 283 Abs. 1 Nr. 5, 2. Alt. StGB die mangelhafte Buchführung gleich, allerdings mit der Einschränkung, dass die Mängel so beschaffen sein müssen, dass dadurch die Übersicht über das Vermögen zumindest erschwert sein muss.

Diese zweite Alternative liegt vor, wenn Geschäftsvorfälle von vornherein nicht zutreffend erfasst oder ursprünglich richtige Verbuchung später derart verändert werden, dass der von § 238 Abs. 1 HGB geforderte klare Überblick über die Geschäftsvorfälle und über die Lage des Unternehmens erschwert wird, d. h. auch nicht von einem Sachverständigen innerhalb angemessener Zeit festgestellt werden kann. Die Tathandlung kann dabei in der Verschleierung des Geschäftspartners, der Art der getätigten Geschäfte, der mangelnden Aufbewahrung der Belege oder im

³ Wabnitz/Janovsky-Köhler, Hdb. Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2000, 125; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Kindhäuser, StGB, 4. Aufl. 2013, Vor §§ 283 bis 283d Rn. 48 jeweils m. w. N.

⁴ Statt anderer Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Kindhäuser, StGB, 4. Aufl. 2013, § 283, Rn. 59.

⁵ Statt anderer Schäfer, wistra 1986, 200ff., 201 m. w. N.

Fehlen des Bezugs einzelner, ansonsten durchaus auch richtiger Zahlen zu den betreffenden Geschäftsvorfällen bestehen.⁶ Ein weiteres Beispiel ist die willkürliche Überbewertung des Anlage- und/oder Umlaufvermögens.⁷ Andererseits wird allein durch die Nichtverbuchung einzelner Geschäftsvorfälle vielfach die Übersicht über den Vermögensgegenstand nicht erschwert, jedenfalls dann nicht, wenn die Belege vorhanden sind oder es sich um fortlaufende, in bestimmter Höhe regelmäßig anfallende Aufwendungen handelt, die nach der Lage der Dinge von jedem erfahrenen Kaufmann aufgrund der früheren ordnungsgemäßen Verbuchung ohne Weiteres angenommen und ergänzt werden können.⁸

Wenn sich das Unternehmen zum Zeitpunkt der Tathandlung noch nicht in der Krise befindet, greift § 283b Abs. 1 Nr. 1 StGB.

Bei den Buchführungs- und Bilanzdelikten sind in jedem Fall nicht nur die vorsätzliche, sondern auch die fahrlässige Begehung mit Strafe bedroht (§§ 283 Abs. 5, 283b Abs. 2 StGB).

Ergänzend tritt der Tatbestand der Verletzung der Aufbewahrungspflicht gem. § 283 Abs. 1 Nr. 6 bzw. 283b Abs. 1 Nr. 2 StGB hinzu. Dieses Delikt erfüllt, wer Handelsbücher oder sonstige Unterlagen, zu deren Aufbewahrung ein Kaufmann nach Handelsrecht verpflichtet ist, vor Ablauf der Aufbewahrungsfristen beiseiteschafft, verheimlicht, zerstört oder beschädigt, und dadurch die Übersicht über seinen Vermögensstand erschwert. Der Tatgegenstand dieser Handlung erfasst alle geführten Handelsbücher, nicht nur solche, zu deren Führung der Täter gesetzlich verpflichtet war.⁹

Täter kann (auch bei § 283 Abs. 1 Nr. 6 StGB) nur ein Kaufmann sein, weil nur ihn die handelsrechtlichen Buchführungspflichten treffen. Freiberufler werden nicht erfasst. Die Pflichtbestellung beginnt mit Begründung der Kaufmannseigenschaft und endet grundsätzlich auch mit ihr. Maßgeblich ist nicht die Eintragung in das Handelsregister, sondern die Aufnahme der Geschäftstätigkeit. Das gilt auch für Kapitalgesellschaften, die bereits vor Eintragung ihre Geschäftstätigkeit aufnehmen.¹⁰

Die Pflichtenstellung richtet sich nach den jeweils maßgeblichen handels- und gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen. In der offenen Handelsgesellschaft ist danach jeder Gesellschafter buchführungspflichtig, soweit er nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist. Die Pflicht in der Kommanditgesellschaft trifft jeden Komplementär, nicht aber den Kommanditisten. Bei der GmbH ist jeder Geschäftsführer, unabhängig von der internen Zuständigkeitsverteilung, bei der Aktiengesellschaft und der Genossenschaft jedes Vorstandsmitglied für die Buchführung verantwortlich. Deren strafrechtliche Verantwortlichkeit folgt allerdings nicht aus

⁶ Ausführlicher dazu Sundermeier/Gruber, DStR 2000, 929ff., 933f.

⁷ Statt anderer MünchKommStGB-Radtke/Petermann, 2. Aufl. 2014, Rn. 48; Müller-Gugenberger/Bieneck-Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 82 Rn. 44.

⁸ Sundermeier/Gruber, DStR 2000, 929ff., 933f.; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Kindhäuser, StGB, 4. Aufl. 2013, § 283 Rn. 66.

⁹ Statt anderer Sundermeier/Gruber, DStR 2000, 929, 933f.; Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 283 Rn. 24.

¹⁰ Ausführlicher Bittmann, Insolvenzstrafrecht, 2004, § 12 Rn. 155ff; Schönke/Schröder-Heine/Schuster, StGB, 29. Aufl. 2014, § 283, Rn. 29.

§ 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB, sondern ergibt sich erst aus der ergänzenden Heranziehung des § 14 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB. Die Pflichtenstellung beginnt mit der tatsächlichen Übernahme der Funktion und endet mit deren Aufgabe, und zwar ohne Rücksicht auf den Beendigungsgrund. Sie bleibt trotz formaler Amtsniederlegung bei faktischer Geschäftsführung bestehen.¹¹

Das Unterlassen der Buchführung ist auch nach Eintritt der Strafbarkeitsbedingung des § 283 Abs. 6 StGB strafbar. Praktisch relevant ist das vor allem für den Fall der Zahlungseinstellung und der oftmals nur auf dem Papier stehenden Liquidation nach einer Abweisung eines Insolvenzantrages mangels Masse, §§ 60 Abs. 1 Nr. 6, 66 Abs. 1 GmbHG. Die Buchführungspflicht erlischt bei der Kapitalgesellschaft nämlich erst mit der Vollbeendigung.¹²

Taugliche Täter sind unter den Voraussetzungen des § 14 StGB auch für den Kaufmann handelnde Dritte. Das gilt nicht nur für den Steuerberater, sondern auch für den Insolvenzverwalter, der für die Dauer des Insolvenzverfahrens die Bücher zu führen hat. Während der Liquidationsphase ist der Liquidator buchführungs- und bilanzierungspflichtig (§ 71 GmbHG). Voraussetzung ist aber, dass der Dritte die in § 14 Abs. 2 (insbesondere Nr. 2) StGB normierte Selbstständigkeit besitzt. Weitere taugliche Täter: Der Kommanditist, sofern diesem die Buchführungspflicht zur selbstständigen Erfüllung übertragen wurde, der Leiter des Rechnungswesens, der Wirtschaftsprüfer und der Unternehmensberater (z. B. Sanierer).

Neben dem Dritten treffen den kraft Gesetzes originär Verantwortlichen aber weitere Auswahl-, Informations- und Überwachungspflichten, deren Verletzung eine Strafbarkeit nach § 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB begründen kann. Für eigenständige Fehler des Dritten, die nicht auf einer Delegationspflichtverletzung beruhen, hat er allerdings strafrechtlich nicht einzustehen.¹³

2 Bilanzierungsdelikte

Der Tatbestand der unterlassenen Bilanzierung gem. § 283 Abs. 1 Nr. 7 StGB wird erfüllt, wenn Bilanzen (oder das Inventar) fehlerhaft (§ 283 Abs. 1 Nr. 7a StGB) oder nicht bzw. nicht innerhalb der vorgeschriebenen Zeit (§ 283 Abs. 1 Nr. 7b StGB) erstellt werden.

a) Bilanzmängel (§ 283 Abs. 1 Nr. 7a StGB)

Die Vorschrift erfasst sowohl formelle (Abweichung von den Gliederungsvorschriften des § 266 HGB, mangelhafte Bezeichnungen oder Postenvermischungen, Ver-

¹¹ Bittmann, Insolvenzstrafrecht, 2004, § 12 Rn. 157f.; Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 283 Rn. 20 m. w. N.

¹² Statt anderer Bittmann, Insolvenzstrafrecht, 2004, § 12 Rn. 157; Müller-Gugenberger-Wolf, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., 2011, § 26 Rn. 11; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Kindhäuser, StGB, 4. Aufl. 2013, § 283 Rn. 58.

¹³ Statt anderer Bittmann, Insolvenzstrafrecht, 2004, § 12 Rn. 157; Müller-Gugenberger/Bieneck-Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 82 Rn. 24.

stoß gegen Prinzip der Einzelbewertung und Verbot der Saldierung von Geschäftsvorgängen) als auch inhaltliche Bilanzverstöße (Verletzung der Grundsätze der Bilanzwahrheit und der Vollständigkeit). Wie bei § 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB werden im Rahmen des § 283 Abs. 1 Nr. 7a StGB aber nur Bilanzverstöße erfasst, die ggf. zusammen mit weiteren geeignet sind, den Überblick über das zu bilanzierende Vermögen zu erschweren. Dabei ist zwischen der zulässigen Ausübung von Wahlrechten und der unzulässigen Falschbilanzierung zu unterscheiden. Strafrechtlich wird dem Berater in der Regel ein relativ weiter Ermessensspielraum eingeräumt.¹⁴ Die Grenze wird jedoch überschritten, wenn willkürlich falsche Bilanzposten angesetzt werden.¹⁵

Ob der Steuerberater Mittäter oder aber nur Teilnehmer sein kann, ist umstritten.¹⁶ Klar ist aber, dass allein die Beteiligung an der Fertigung der Unterlagen nicht reicht. Anders kann es sich verhalten, wenn falsche Bilanzpositionen ohne plausible Erklärung ungeprüft übernommen werden. In diesem Fall kann zudem eine Bestrafung wegen Beihilfe zum Betrug oder Kreditbetrugs drohen, wenn der Berater davon ausgehen musste, dass die Bilanzen zur Erlangung von Krediten oder Gesellschaftseinlagen bzw. -beteiligungen verwendet werden.¹⁷

Durch den einschränkenden Vermerk, die Bilanz sei aufgrund der Angaben und der Bewertung durch den Geschäftsführer erstellt worden, kann sich der Steuerberater, der weiß, dass Bilanzpositionen nicht korrekt sind, nicht entziehen; er muss ggf. das Mandat niederlegen.¹⁸

Eine spätere Bilanzberichterung führt im Anwendungsbereich des § 283 Abs. 1 Nr. 7a StGB nicht zur Straffreiheit.¹⁹

b) Verspätete Bilanzerstellung (§ 283 Abs. 1 Nr. 7b StGB)

Vollendet ist die Tat mit Ablauf der Aufstellungsfrist. Maßgeblich sind allein die handelsrechtlichen Vorschriften. Dabei orientiert sich die strafrechtliche Praxis in erster Linie an der 3-Monats-Frist des § 264 Abs. 1 HGB. Die erweiterte Frist des § 264 Abs. 1 S. 3 HGB greift in der Krise nicht. OHG und KG sind nach § 264a HGB den Handelsgesellschaften gleichgestellt, wenn nicht wenigstens ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.²⁰

¹⁴ Statt anderer Sundermeier/Gruber, DStR 2000, 929, 934; Müller-Gugenberger/Bieneck-Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 82 Rn. 44.

¹⁵ Ausführlicher dazu Ehlers, DStR 1999, 461ff., 462; Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte – Unternehmenszusammenbruch und Strafrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 98f.

¹⁶ Sundermeier/Gruber, DStR 2000, 929, 934; Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte – Unternehmenszusammenbruch und Strafrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 203ff.

¹⁷ So jedenfalls Ehlers, DStR 1999, 461ff., 462.

¹⁸ Sundermeier/Gruber, DStR 2000, 929, 934; Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte – Unternehmenszusammenbruch und Strafrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 207.

¹⁹ Statt vieler Bittmann, Insolvenzstrafrecht, 2004, § 12 Rn. 235; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Kindhäuser, StGB, 4. Aufl. 2013, § 283 Rn. 86 jeweils m. w. N.

²⁰ Ausführlicher Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 283 Rn. 27, 29 m. w. N.

Die handelsrechtlichen Fristen sind dabei zwingend und stehen nicht zur Disposition des Finanzamts. Der Hinweis auf die großzügigere Handhabung durch die Finanzämter führt daher auch nicht zur strafrechtlichen Entlastung. Wer sich auf die steuerliche Handhabung beruft, befindet sich in einem vermeidbaren Verbotsirrtum, der eine mögliche Strafbarkeit nicht entfallen lässt.²¹

Wird vor Ablauf der Aufstellungsfrist das Insolvenzverfahren eröffnet oder mangels Masse abgewiesen, ist der Tatbestand nicht vollendet. Ggf. liegt aber ein strafbarer Versuch vor, wenn der Betroffene die Aufstellung in der angebrochenen Frist bewusst unterlassen hat.²²

Bei Einschaltung externer Dritter, insbesondere eines Steuerberaters, entfällt die strafrechtliche Verantwortung nur, wenn die Aufgabe der Bilanzstellung frühzeitig genug delegiert wurde. Andererseits muss der Bilanzierungspflichtige nicht für Versäumnisse des Dritten einstehen.²³

Häufiges Problem in der Krise ist, dass der Steuerberater nicht mehr bezahlt werden kann und daher nicht bereit ist, die ihm übertragenen Buchführungs- und Bilanzierungsarbeiten fortzusetzen. Sicher ist der Berater aber nur dann, wenn er den Auftrag vor Ablauf der Bilanzierungsfrist kündigt.²⁴ Die verbreitete Praxis, Mandantenunterlagen zur Durchsetzung von Honoraransprüchen einzubehalten, ist problematisch, jedenfalls dann, wenn der Mandant deswegen nicht mehr in der Lage ist, seinen handelsrechtlichen Pflichten nachzukommen. Andererseits ist das Einbehalten selbst erstellter Unterlagen und Abschlüsse unproblematisch.²⁵

Finanzielle Schwierigkeiten und die damit verbundene Unmöglichkeit, den Steuerberater zu bezahlen, entlasten den Bilanzierungspflichtigen selbst nicht ohne Weiteres. Er muss dann ggf. selbst versuchen, eine Bilanz aufzustellen. Nur wenn ihm auch das objektiv unmöglich ist, ist die unterlassene Bilanzierung insgesamt straflos.²⁶

Wenn sich das Unternehmen im Zeitpunkt der Tathandlung noch nicht in der Krise befindet, kann sich die Strafbarkeit aus § 283b Abs. 1 Nr. 3 StGB ergeben.

3 Verletzung der Berichtspflicht

§ 332 HGB erfasst denjenigen, der als Abschlussprüfer oder dessen Gehilfe vorsätzlich über das Ergebnis eines Jahresabschlusses, eines Lageberichts oder eines

²¹ Statt anderer Ehlers, DStR 1999, 461ff., 461; LeipKommStGB-Tiedemann, 12. Aufl. 2009, § 283 Rn. 149.

²² Bittmann, Insolvenzstrafrecht, 2004, § 12 Rn. 240; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Kindhäuser, StGB, 4. Aufl. 2013, § 283 Rn. 100 m. w. N.

²³ Ausführlicher Bittmann, Insolvenzstrafrecht, 2004, § 12 Rn. 246; einschränkend dazu Müller-Gugenberger/Bieneck-Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 82 Rn. 24.

²⁴ Statt anderer Sundermeier/Gruber, DStR 2000, 929, 936; Müller-Gugenberger/Bieneck-Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 82 Rz. 22

²⁵ Ausführlich dazu Gräfe/Lenzen/Schmeer-Gräfe, Steuerberaterhaftung, 5. Aufl. 2014, Rn. 77 m. w. N.

²⁶ Bittmann, Insolvenzstrafrecht, 2004, § 12 Rn. 247f.; Aschenbach/Ransiek-Wegner, Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 3. Aufl. 2011, 7. Teil Rn. 177ff.

Zwischenberichts unrichtig berichtet, im Prüfungsbericht erhebliche Umstände verschweigt oder einen inhaltlich unrichtigen Bestätigungsvermerk erteilt. Bedingter Vorsatz genügt, d. h. es reicht, wenn der Prüfer den Tatbestand als möglich erkannt und die Tatbestandsverwirklichung billigend in Kauf genommen hat. Probleme ergeben sich insbesondere, wenn der Prüfer die Insolvenzreife übersieht. § 317 HGB verpflichtet den Prüfer ausdrücklich zur systematischen Suche, Aufdeckung und Darstellung von Fehlern des Vorstands. Er hat zu klären, ob der um eine Risikoprognose erweiterte Lagebericht eine zutreffende Vorstellung von der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens vermittelt. Prekär wird es für den Prüfer, wenn sich aufgrund der Unterlagen der Tatbestand der Insolvenzreife geradezu aufdrängen muss, da dann regelmäßig ein bedingter Vorsatz unterstellt wird.²⁷

Die bedingt vorsätzliche Verletzung der Berichtspflicht des § 322 HGB kann dann über § 823 Abs. 2 BGB direkte Schadensersatzpflichten gegenüber Dritten nach sich ziehen.

4 Insolvenzverschleppung

Nach § 15a Abs. 4 InsO macht sich strafbar, wer es als Geschäftsführer einer GmbH unterlässt, bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. § 15a Abs. 4 InsO stellt auch fahrlässiges Handeln unter Strafe. Gemäß § 15a Abs. 1 S. 1 InsO haben die Geschäftsführer bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen.

a) Insolvenzauslösetatbestände

Die Insolvenzauslösetatbestände der Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO, und der Überschuldung, § 19 InsO, stehen selbstständig nebeneinander und unterliegen unterschiedlichen Voraussetzungen.

aa) Zahlungsunfähigkeit

Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen, § 17 Abs. 2 S. 1 InsO.

Fällige Zahlungsverpflichtungen sind die sofort zu erfüllenden Geldschulden. Im Gegensatz zur früheren Rechtslage verzichtet die Legaldefinition der Zahlungsunfähigkeit in § 17 Abs. 2 S. 1 InsO auf die Merkmale der „Wesentlichkeit“ und der „Dauer“ der unbeglichenen Verbindlichkeiten und stellt zudem auf die Fälligkeit und nicht mehr darauf ab, ob eine Forderung vom Gläubiger ernsthaft eingefordert

²⁷ Sundermeier/Gruber, DStR 2000, 929ff., 934; siehe dazu auch Erbs/Kohlhaas-Schaal, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand 2013, § 403 AktG Rn. 18.

wurde. Gestundete Forderungen bleiben allerdings bei der Beurteilung der Zahlungsfähigkeit außer Betracht.²⁸

Eine andauernde Unfähigkeit zur Erfüllung der Zahlungsverbindlichkeiten ist im Anwendungsbereich der InsO jedenfalls nicht mehr erforderlich. Wo genau die zeitliche Grenze zur Zahlungsunfähigkeit zu ziehen ist, ist allerdings umstritten. Ganz überwiegend wird aber eine Zahlungsunfähigkeit angenommen, wenn Verbindlichkeiten zwei bis drei Wochen nach Eintritt der Fälligkeit nicht beglichen worden sind. Eine günstigere Beurteilung kann geboten sein, wenn der Liquiditätsengpass durch verspätete Zahlungen von Drittschuldnern verursacht ist, sofern die infrage stehenden Forderungen werthaltig sind.²⁹

Einen wesentlichen Teil der Verbindlichkeiten braucht die Zahlungsunfähigkeit nicht zu betreffen. Die frühere Auffassung, dass der Schuldner einen bestimmten Bruchteil der Gesamtsumme seiner Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen können muss, ist im Hinblick auf den klaren Wortlaut des § 17 Abs. 2 S. 1 InsO überholt. Allerdings bleiben bloße Zahlungsstockungen außer Betracht. Es wird diesbezüglich von tolerierbaren, zeitlich begrenzten und ganz geringfügigen Liquiditätslücken ausgegangen.³⁰

Eine bloße Zahlungsunwilligkeit begründet demgegenüber noch keine Zahlungsunfähigkeit. Die zivilrechtliche Vermutung des § 17 Abs. 2 S. 2 InsO, wonach Zahlungsunfähigkeit in der Regel anzunehmen ist, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat, ist ausschließlich zivilrechtlich von Bedeutung. Im Strafverfahren ist die Zahlungsunfähigkeit positiv nachzuweisen.³¹

§ 17 InsO erfasst darüber hinaus die bloße Geldilliquidität. Die Unfähigkeit, Lieferverpflichtungen nachzukommen, begründet keine Zahlungsunfähigkeit. Befindet sich die Gesellschaft allerdings in Verzug und setzt der Gläubiger erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung, so kann dieser gemäß § 281 Abs. 1 S. 1 BGB statt der Leistung Schadensersatz verlangen. Bei diesem Anspruch handelt es sich um eine Geldforderung, deren Nichterfüllung die Zahlungsunfähigkeit dann begründen kann.³²

bb) Überschuldung

Eine Überschuldung liegt nach § 19 Abs. 2 S. 1 InsO vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Der Begriff der Überschuldung ist damit weiter als der der Zahlungsunfähigkeit. Dass die Gesellschaft zum Beurteilungszeitpunkt ihre Verbindlichkeiten noch erfüllt, schließt die Annahme einer Überschuldung nicht aus. Maßgeblich ist allein, ob die Aktiva der Gesellschaft die Verbindlichkeiten noch decken.

²⁸ Ausführlich dazu MünchKommInsO-Eilenberger, 3. Aufl. 2013, § 17 Rn. 7 m. w. N.

²⁹ Statt anderer BraunInsO-Bußhardt, 6. Aufl. 2014, § 17 Rn. 28 m. w. N.

³⁰ Ausführlich dazu MünchKommInsO-Eilenberger, 3. Aufl. 2013, § 17 Rn. 18a m. w. N.

³¹ Statt anderer Bisson, GmbHR 2005, 843ff., 844; LeipKommStGB-Tiedemann, 12. Aufl. 2009, Vor § 283 Rz. 144.

³² Statt anderer Bisson, GmbHR 2005, 843ff., 844.

Die Prüfung, ob eine Überschuldung vorliegt, erfolgt in zwei Schritten, wobei keine rechtliche Prüfungsreihenfolge vorgeschrieben ist. Die Einheit des Überschuldungstatbestandes besteht aus zwei Merkmalen, der rechnerischen Überschuldung und dem Fehlen einer positiven Prognose.³³

Bei der Aufstellung der Überschuldungsbilanz sind auf der Aktivseite die Liquidationswerte einzustellen. Das für die Erstellung einer Handelsbilanz geltende Vorsichtsprinzip gilt hier nicht. Es sind insoweit die wirklichen Werte, die im Insolvenzfall für die Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung stünden, anzusetzen. Vorhandene stille Reserven sind dabei aufzudecken.³⁴

Für die Fortbestehensprognose sind die Einschätzung der künftigen Ermittlung der Gesellschaft, ihre Absatz- und Gewinnchancen und die allgemeinen Wirtschafts- und Markverhältnisse in der voraussehbaren Zukunft zu berücksichtigen (Prognosezeitraum maximal zwei Jahre). Eine wirtschaftliche Lebensfähigkeit setzt voraus, dass die zukünftige Ertragsfähigkeit gesichert erscheint und die Gläubiger nach gegenwärtigem Stand Aussicht auf vollständige Befriedigung haben.³⁵

Fällt die Prognoseentscheidung positiv aus, kann bei der Überschuldungsprüfung von Liquidations- auf Betriebsfortführungswerte umgestellt werden. Maßgeblich ist dann der Wert, der für das Betriebsvermögen als Bestandteil eines lebenden Unternehmens („going concern“) anzusetzen ist, das heißt, was aufgewendet werden muss, um die Vermögensgegenstände im Produktionsprozess einzusetzen. Anders als bei der Ermittlung der Liquidationswerte ist daher grundsätzlich nicht der Veräußerungs-, sondern der Wiederbeschaffungswert zugrunde zu legen.³⁶ Zu berücksichtigen ist dabei auch der Firmenwert.³⁷

b) Handlungspflicht des Geschäftsführers

Gemäß § 15a Abs. 1 S. 1 InsO hat der Geschäftsführer den Insolvenzantrag ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt des Insolvenzgrundes zu stellen. Umstritten ist, ob die Insolvenzantragspflicht durch objektiven Eintritt des Insolvenzgrundes unabhängig von der Kenntnis des Geschäftsführers oder Liquidators von der Überschuldung/Zahlungsunfähigkeit entsteht. Die überwiegende Meinung stellt sich aber auf den Standpunkt, dass die Antragspflicht die positive Kenntnis des Insolvenzgrundes voraussetzt, mithin die 3-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO auch erst mit der Kenntnisnahme durch den Geschäftsführer zu laufen beginnt.³⁸

³³ Statt anderer Schmidt, InsO, 18. Aufl. 2013, § 19 Rn. 13f. m. w. ausf. N.

³⁴ Statt anderer Bork/Hölzle-Beck, Handbuch der Insolvenz, 2014, Kapitel 2, Rn. 184, 175 m. w. N.

³⁵ Ausführlicher Bittmann, Insolvenzstrafrecht, 2004, § 11 Rn. 90ff.; Bork/Hölzle-Beck, Handbuch der Insolvenz, 2014, Kapitel 2 Rn. 183 m. w. N.

³⁶ Ausführlich dazu Bork/Hölzle-Naraschewski, Handbuch der Insolvenz, 2014, Kapitel 22 Rn. 37 m. w. N.

³⁷ Statt anderer Roth/Altmeppen-Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, vor § 64 Rn. 36 m. w. N.

³⁸ Siehe etwa Roth/Altmeppen-Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, vor § 64 Rn. 71. m. w. N.

Die 3-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO stellt dabei eine Höchstfrist dar, d. h., der Geschäftsführer darf die Frist nur dann voll ausschöpfen, wenn darin kein schuldhaftes Zögern liegt, also solange er sinnvolle Sanierungsbemühungen unternimmt. Kann der Geschäftsführer bei Anwendung kaufmännischer Sorgfalt nicht mehr mit dem Erfolg von Sanierungsbemühungen rechnen, ist er gehalten, unverzüglich Insolvenzantrag zu stellen.³⁹

Antragspflichtig ist der Geschäftsführer der Gesellschaft. Dessen Pflichtenstellung beginnt mit der Bestellung durch die Gesellschafterversammlung und der Annahme der Bestellung. Sie endet mit der Abberufung. Wird das Amt innerhalb der 3-Wochen-Frist vonseiten des Geschäftsführers niedergelegt, bleibt er jedoch insolvenzantragspflichtig. Die überwiegende Meinung steht auf dem Standpunkt, dass sich der Geschäftsführer in der akuten Krisensituation der Gesellschaft nicht eigenmächtig seinen strafrechtlich bewährten Pflichten entziehen kann. Eine Niederlegung während der 3-Wochen-Frist erfolge zur Unzeit und sei nach der § 671 Abs. 2 BGB zugrunde liegenden Wertung rechtsmissbräuchlich mit der Folge, dass trotz formeller Beendigung der Organstellung der Betroffene antragsberechtigt und strafrechtlich auch zur Antragstellung verpflichtet bleibt.⁴⁰

Hat die GmbH mehrere Geschäftsführer, ist jeder von ihnen insolvenzantragspflichtig, und zwar auch dann, wenn die Geschäftsführer ansonsten nur gesamtvertretungsberechtigt sind. Das ergibt sich aus § 15 Abs. 1 InsO, wonach jedes Mitglied des Vertretungsorgans unabhängig von der Regelung der Vertretungsmacht durch den Gesellschaftsvertrag antragsberechtigt ist.

Stellt ein Mitgeschäftsführer einen Insolvenzantrag, wird die Antragspflicht der übrigen Geschäftsführer nur beseitigt, wenn der Insolvenzantrag den materiellen und formellen Anforderungen entspricht.

c) Faktischer Geschäftsführer

Ob neben dem formell bestellten Geschäftsführer auch der tatsächlich die Organstellung ausfüllende faktische Geschäftsführer strafrechtlich verantwortlich sein kann, ist umstritten. Die Rechtsprechung bejaht eine Erstreckung des § 15a Abs. 4 InsO auch auf den faktischen Geschäftsführer als Träger der tatsächlichen Entscheidungsgewalt. Die Kriterien, die dabei an die Annahme einer faktischen Geschäftsführung zu stellen sind, sind schwankend. In neueren Entscheidungen wird darauf abgestellt, dass dem faktischen Geschäftsführer eine überragende Stellung in der Gesellschaft oder zumindest ein deutliches Übergewicht gegenüber dem formell bestellten Geschäftsführer zukommt. Darüber hinaus sei erforderlich, dass sich der faktische Geschäftsführer die Unternehmensführung nicht einseitig

³⁹ Bisson, GmbHR 2005, 843ff., 847; Lutter/Hommelhoff-Kleindiek, GmbHG, 18. Aufl. 2012, Anh. zu § 64 Rn. 55 m. w. N.

⁴⁰ Ausführlich Bisson, GmbHR 2005, 843ff., 848 m. w. N.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Schaal, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 84 Rn. 20 m. w. N.

angemäßt, sondern diese im Einverständnis mit der Gesellschafterversammlung ausgeübt habe.⁴¹

Völlig unstrittig ist andererseits, dass die Verantwortlichkeit des nur formell bestellten (Strohmann-)Geschäftsführers vom Vorhandensein eines faktischen Geschäftsführers unberührt bleibt. Der Strohmann-Geschäftsführer und der strohmannähnliche Geschäftsführer bleiben daneben selbst antragspflichtig und die Nichterfüllung dieser Pflichten ist strafbar.⁴²

d) Fahrlässige Tatbegehung

Gemäß § 15a Abs. 5 InsO ist auch eine fahrlässige Verletzung der Insolvenzantragspflicht strafbar, wobei die herrschende Meinung nur dann den Tatbestand des § 15a Abs. 5 InsO als verwirklicht ansieht, wenn der Geschäftsführer es fahrlässig unterlässt, trotz Kenntnis vom Insolvenzantragsgrund einen Insolvenzantrag zu stellen, etwa weil er die Erfolgsaussichten von Sanierungsmaßnahmen unter Verletzung kaufmännischer Sorgfaltspflichten zu optimistisch einschätzt.⁴³

e) Strafbarkeit des Steuerberaters

Eine Täterschaft des Beraters ist auch über § 14 StGB nicht möglich, da die Insolvenzantragspflicht nicht an den Steuerberater delegiert werden kann. Von dem Ausnahmefall abgesehen, dass der Berater die Grenzen seiner üblichen Tätigkeit so weit überschreitet, dass er zum faktischen Mitgeschäftsführer wird, kommt insoweit nur eine Teilnahme (Anstiftung oder Beihilfe) an der Vorsatztat des Mandanten in Betracht.

5 Betrügerischer Bankrott

Vielfach versuchen die Verantwortlichen, im Insolvenzfall Vermögensbestandteile, die im Fall der Insolvenzeröffnung zur Insolvenzmasse gehören, beiseitezuschaffen (Übertragung auf nahe Angehörige oder auf ein anderes (neues) Unternehmen) oder vor dem Zugriff der Gläubiger bzw. des Insolvenzverwalters zu verbergen, um so

⁴¹ Hierzu Bisson, GmbHR 2005, 843ff., 849f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Schaal, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 84 Rn. 10f. m. w. N.

⁴² Bisson, GmbHR 2005, 843ff., 850; Lutter/Hommelhoff-Kleindiek, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 84, Rn. 5 m. w. N.

⁴³ Hierzu Erbs/Kohlhaas-Schaal, Strafrechtliche Nebengesetze, GmbHG, Stand 2014, Rn. 14f.; Bisson, GmbHR 2005, 843ff., 850f., jeweils m. w. N.

die Voraussetzungen für einen Neustart zu schaffen. Diese Handlungen werden von § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfasst.⁴⁴

Der Übergang der Verfügungsbefugnis auf den (vorläufigen) Insolvenzverwalter soll dabei – wie im Rahmen des § 266 StGB (Untreue) – die strafbewehrte Pflichtenstellung noch nicht entfallen lassen, sondern erst die Beendigung der Organstellung.⁴⁵

Früher erfolgte die Abgrenzung Bankrott/Untreue bei juristischen Personen nach der Interessenformel der BGH-Rechtsprechung: Nur dann, wenn der Geschäftsführer einer GmbH im Interesse der GmbH etwas beiseiteschaffte, kam der Bankrottstraftatbestand zur Anwendung. Schaffte der Geschäftsführer einer juristischen Person hingegen (wie in fast allen Fällen) eigennützig etwas beiseite, so kam (nur) der Untreuetatbestand nach § 266 StGB in Betracht.⁴⁶ Seit einiger Zeit neigt der BGH indessen dazu, die Abgrenzung nicht mehr nach der Interessenformel vorzunehmen, sondern bezüglich der Bejahung des § 283 StGB maßgeblich daran anzuknüpfen, ob der Vertreter im Sinne des § 14 StGB im Geschäftskreis des Vertretenen tätig geworden ist.⁴⁷

Der Steuerberater ist jedoch nicht verpflichtet, eine vermutete, sich aufgrund der Begleitumstände aufdrängende Bankrothandlung zu unterbinden oder darauf mit der Niederlegung seines Mandates zu reagieren. Zeigt er selbst diesen Weg auf oder unterstützt er den Mandanten mit Tipps bei der Ausführung, macht er sich allerdings der Anstiftung bzw. der Beihilfe strafbar, wenn der Pflichtige bereits zur Tatausführung entschlossen ist.⁴⁸

6 Delikte im Rahmen der Sanierung

Im Vordergrund steht dabei der Versuch der Sanierung mittels Gründung, Umgründung, Aufspaltung oder Fusion. Insbesondere Vermögensübertragungen in der Krise können von § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfasst und Zahlungen auf Altschulden mit Mitteln der neuen GmbH als Untreue einzustufen sein, selbst dann, wenn die Entnahmen als persönliche Darlehen verbucht werden, da der Rückzahlungsanspruch in aller Regel wertlos sein dürfte. Auch hier kann den Steuerberater der Vorwurf der Teilnahme treffen.⁴⁹ Überschreitet der Berater die Grenzen seiner üblichen

⁴⁴ Statt anderer Bittmann, *Insolvenzstrafrecht*, 2004, § 12 Rn. 100ff.; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Kindhäuser, *StGB*, 4. Aufl. 2013, § 283 Rn. 12, 24 jeweils m. w. N.

⁴⁵ Bittmann, *Insolvenzstrafrecht*, 2004, § 12 Rn. 35, 116; siehe aber auch Müller/Gugenberger/Bieneck-Bieneck, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5. Aufl. 2011, Rn. 16.

⁴⁶ Siehe hierzu etwa Hartung, *NJW* 1996, 229ff., 231 m. w. N.

⁴⁷ Siehe hierzu BGH, *wistra* 2011, 463.

⁴⁸ Statt anderer Sundermeier/Gruber, *DStR* 2000, 929ff., 935; Ehlers, *DStR* 1999, 461ff., 463; LG Freiburg, *DStRE* 2012, 1296 jeweils m. w. N.

⁴⁹ Ausführlicher Sundermeier/Gruber, *DStR* 2000, 929ff., 935 m. w. N.

Pflichten und wird er faktischer (Mit-)Geschäftsführer kommt sogar Täterschaft in Betracht.⁵⁰

II Innen- und Direkthaftung der Organe, Risiken für den Berater

Die Mehrzahl der Haftungsansprüche gegen die Organe im GmbH-Recht sind Innenhaftungsansprüche, d. h. etwaige Schadensersatzansprüche gegen den GmbH-Geschäftsführer wegen Verstoßes gegen die Einberufungspflicht des § 43 Abs. 3 GmbHG, gegen das Stammkapitalerhaltungsgebot der §§ 30, 31, 33 GmbHG, der Insolvenzantragspflicht des § 15a Abs. 1 InsO und der Massesicherungspflicht des im Zuge der GmbH-Reform erweiterten § 64 GmbHG⁵¹ sind dem Gesellschaftsvermögen bzw. den Gesellschaftern zugewiesen (Binnenhaftung).

Inwieweit den Gesellschaftsgläubigern zumindest im Fall der masselosen bzw. der gelöschten GmbH in Anlehnung an das Aktienrecht (§ 93 Abs. 5 AktG) ein „Verfolgungsrecht“ einzuräumen und Direktansprüche gegen Organmitglieder zuzubilligen sind, ist umstritten.⁵²

1 Insolvenzverschleppungshaftung

Eine zivilrechtliche Direkthaftung der Leitungsorgane gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ergibt sich aber über § 823 Abs. 2 BGB.⁵³

Nach gesicherter BGH-Rechtsprechung haben Altgläubiger, also diejenigen Gläubiger, die schon vor Entstehen der Antragspflicht Gläubiger der GmbH waren, aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. mit § 15a Abs. 1 InsO einen Anspruch auf Ersatz des durch die Verletzung der Insolvenzantragspflicht entstandenen „Quotenschaden“ (Differenz zwischen der tatsächlich erzielten Quote und der hypothetisch bei rechtzeitiger Antragstellung erzielbaren Insolvenzquote). Neugläubiger, also Forderungsinhaber, deren Ansprüche erst nach Entstehung der Antragspflicht und damit während des „Verschleppungszeitraums“ begründet wurden, haben dagegen nicht nur einen Anspruch auf Ersatz des Quoten-, sondern des gesamten Ausfallschadens.

Der „Quotenschaden“ ist dabei gemäß § 92 InsO vom Insolvenzverwalter, der Schaden der Neugläubiger von diesen selbst geltend zu machen.⁵⁴

Seit der GmbH-Reform trifft die Insolvenzantragspflicht und damit dann auch die direkte persönliche Insolvenzverschleppungshaftung bei Führungslosigkeit der Gesellschaft in Zukunft auch die Gesellschafter (§ 15a Abs. 3 InsO).

⁵⁰ Statt anderer Bittmann, Insolvenzstrafrecht, 2004, § 28 Rn. 11.

⁵¹ Siehe hierzu Poertzen, GmbHR 2007, 1258ff., 1260ff. m. w. N.

⁵² Roth/Altmeppen-Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 43 Rn. 94f. m. w. N.

⁵³ Ausführlich dazu Lutter/Hommelhoff-Kleindiek, GmbHG, 18. Aufl., 2012, Anhang zu § 64 Rn. 64.

⁵⁴ Statt anderer Schmidt, InsO, 18. Aufl. 2013, § 92 Rn. 16 m. w. N.

2 Weitergehende Einstandsrisiken des Beraters

Über die bereits aufgezeigten Haftungsrisiken hinaus, die über § 823 Abs. 2 BGB aus der Teilnahme an Straftaten des Mandanten folgen, können sich zusätzlich vertragliche Haftungsansprüche ergeben.

Das gilt zunächst einmal für das Verhältnis zum Mandanten. Grundsätzlich ist der Berater verpflichtet, seinen Mandanten über die ihn treffenden Pflichten und etwaige Handlungs- und Gestaltungsalternativen, beispielsweise über Sanierungsmöglichkeiten zu informieren, und das ggf. auch ungefragt.⁵⁵ Ein Mitverschulden ist dem Mandanten dabei in der Regel auch dann nicht anzulasten, wenn er die Unzulänglichkeit der Beratung bei gehöriger Sorgfalt selbst hätte erkennen können.⁵⁶

Andererseits hat die Rechtsprechung partiell eine vorrangige Insolvenzprüfungspflicht des GmbH-Geschäftsführers bejaht, hinter der die pflichtwidrig unterlassene Belehrung durch den Berater zurücktritt.⁵⁷

Weitgehend gesichert ist aber, dass der vorsätzlich handelnde Mandant und im weiteren Ablauf der Insolvenzverwaltung den Berater nicht ohne Weiteres in Anspruch nehmen kann, es sei denn, Steuerberater und Geschäftsführer haben kollusiv zusammengewirkt.⁵⁸ Dann stellt sich allerdings auch die Frage der Deckung durch die Haftpflichtversicherung.

Bei dritngefährdenden Tätigkeiten wie Bescheinigungen, Bilanzerstellungen, Liquiditätsplanungen und Testaten kommt zudem eine Haftung gegenüber in die Schutzwirkung des Mandatsvertrages miteinbezogenen Dritten (Kreditgebern, Unternehmenskäufern etc.) in Betracht.⁵⁹

Dabei reicht die Haftung des Beraters dem Rechtsgedanken der §§ 334, 242 BGB folgend, aber grundsätzlich nicht weiter als die Haftung gegenüber dem unmittelbaren Vertragspartner.⁶⁰ Insbesondere muss sich auch der Dritte ein etwaiges Mitverschulden des Vertragspartners entgegen halten lassen. Ausnahmen macht die Rechtsprechung bei Testaten und gutachterlichen Erklärungen gegenüber dem geschädigten Dritten (z. B. gegenüber der kreditgebenden Bank), da dann ein besonderer Vertrauenstatbestand geschaffen wird. Dem kann begegnet werden, indem in dem Testat bzw. der Bescheinigung deutlich gemacht wird, wie weit der Vertrauensschutz reicht, in dem aufgeführt wird, welche Unterlagen vorgelegen haben und welche Unterlagen nicht eingesehen wurden.⁶¹

⁵⁵ Ausführlich dazu Ehlers, Stbg 3/13, 122ff., 126ff.; Dittges, NWB 37/2011, 3131ff., jeweils m. w. ausf. N.

⁵⁶ Statt anderer Sundermeier/Gruber, DStR 2000, 929ff., 929 m. w. N.

⁵⁷ Statt anderer Gräfe/Lenzen/Schmeer-Gräfe, Steuerberaterhaftung, 5. Aufl. 2014, Rn. 710 m. w. N.

⁵⁸ Statt anderer Gräfe/Lenzen/Schmeer-Gräfe, Steuerberaterhaftung, 5. Aufl. 2014, Rn. 710 m. w. N.

⁵⁹ Hierzu ausführlicher Sundermeier/Gruber, DStR 2000, 929ff., 930ff. m. w. N.; Gräfe, DStR 2010, 669ff., 670 m. w. N.

⁶⁰ Gräfe/Lenzen/Schmeer-Gräfe, Steuerberaterhaftung, 5. Aufl. 2014, Rn. 434ff. m. w. N.

⁶¹ Siehe etwa OLG Hamm, Urt. vom 02.02.1994 – 25 U 96/93, rechtskräftig nach Nichtannahmebeschluss des BGH, GI 1995, 126ff., 129; Gräfe, DStR 2010, 669ff., 671.

3 Firmenbestattung

Regelmäßig treten in der Praxis sog. Firmenbestatter auf, deren Aufgabe darin besteht, insolvenzreife Gesellschaften „verschwinden“ zu lassen und die Altgeschäftsführer aus einem Insolvenzverfahren herauszuhalten. Entweder kauft der „Bestatter“ die Anteile selbst oder vermittelt vorzugsweise vermögenslose Dritte, die dann die Anteile erwerben. Vielfach kommt es zu einer ganzen Abfolge von Weiterübertragungen („Kettenübertragungen“), wobei dann auch die Firma, der Sitz und der Gesellschaftsgegenstand jeweils geändert werden.⁶²

Die GmbH-Reform hat versucht, dieser Entwicklung mit der Erleichterung öffentlicher Zustellungen zu begegnen.

Die Rechtsprechung und Literatur gehen in der Regel weiter und stellen sich in der Regel auf den Standpunkt, dass bei einer organisierten Bestattung einer insolventen GmbH zur Vermeidung eines Insolvenzantrages nicht nur die Übertragung der Gesellschaftsanteile und die damit verbundenen Satzungsänderungen nichtig sind, sondern auch die Abberufung und Neubestellung des Geschäftsführers, mit der Folge, dass die Pflichtenstellung des Altgeschäftsführers und zukünftig auch die der Gesellschafter fortbestehen.⁶³

Folgerichtig bejaht die überwiegende Meinung in diesen Fällen zivilrechtliche Ansprüche gegen die Alt-Organmitglieder wegen Insolvenzverschleppung (oder Teilnahme daran), wegen Existenzvernichtung oder aus § 826 BGB.⁶⁴

B Dauerthema AO-Haftung

Ein Dauerthema in der beruflichen Praxis ist die AO-Haftung. Die Unternehmenskrise geht regelmäßig mit der Inanspruchnahme der Geschäftsführer einher. Dabei ist festzustellen, dass Verteidigungsmöglichkeiten nicht ausgeschöpft werden. Es wird nicht ausreichend darauf gedrungen, dass das Finanzamt den Anknüpfungstatbestand, die reklamierte Pflichtverletzung ausreichend darlegt, obgleich § 364 AO zumindest für das Einspruchsverfahren ein Instrumentarium vermittelt, mit dem das Finanzamt gezwungen werden kann, eine ausreichende Begründung vorzulegen und bemühte Beweismittel beizubringen. Nur so ist es dann überhaupt möglich, zu prüfen, ob der notwendige Kausalzusammenhang zwischen der angeblichen Pflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden gegeben ist. Dass die suboptimale Vertretung des Mandanten im Haftungsverfahren Einstandspflichten des Beraters

⁶² Ausführlich dazu Haas, GmbHR 2006, 729ff., 735ff.; Werner, NZWiSt 2013, 418ff., 418f. jeweils m. w. N.

⁶³ Eine Übersicht über den aktuellen Meinungsstand vermittelt Werner, NZWiSt 2013, 418ff., 420ff. m. w. ausführlichen Nachw.

⁶⁴ Statt anderer Haas, GmbHR 2006, 729ff., 736; Werner, NZWiSt 2013, 418ff., 422; zur Frage der Strafbarkeit des gewerblichen Firmenbestatters: Pananis/Börner, GmbHR 2006, 513ff. und der des Altgeschäftsführers: Werner, NZWiSt 2013, 418ff., 421f.

begründen kann, versteht sich dabei von selbst, obgleich darauf gestützte Regressverfahren bislang eher eine Ausnahme darstellen dürften.⁶⁵

I Allgemeines

Haftungsbescheide müssen grundsätzlich schriftlich ergehen, § 191 Abs. 1 S. 3 AO, zudem sind vor dem Erlass die Beteiligten nach den Grundsätzen des rechtlichen Gehörs anzuhören, § 91 AO. Im Haftungsbescheid sind der Grund und der Umfang der Haftung zu benennen. Dazu gehört auch die Haftungsgrundlage, auf die sich das Finanzamt stützt⁶⁶ und die bemühten Beweismittel (Letzteres spätestens im Einspruchsverfahren über § 364 AO).

Die Frage der Begründung und der Beibringung von Beweismitteln wird insbesondere im Anwendungsbereich des § 71 AO virulent: Zwar wird die Geltendmachung der Haftung nach § 71 AO nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein parallel geführtes steuerstrafrechtliches Ermittlungsverfahren noch nicht abgeschlossen ist. Umgekehrt trägt die Finanzverwaltung im Haftungsverfahren nach § 71 AO aber die Feststellungslast für das Vorliegen der Strafbarkeitsvoraussetzungen der §§ 370ff. AO. Die Finanzbehörde hat dann im Haftungsverfahren eigenständig die objektiven und subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen festzustellen und zu beweisen. Dieser umfassenden Darlegungs- und Feststellungslast kann nicht durch bloßen Hinweis auf die Einleitung des Steuerstrafverfahrens genügt werden.⁶⁷ Auch ein pauschaler Verweis auf die Ermittlungsakten reicht nicht. Vielmehr ist das Finanzamt gehalten, den Sachverhalt, aus dem ein Anspruch hergeleitet werden soll, vollständig, widerspruchsfrei und geordnet vorzutragen. Eine Bezugnahme auf anderweitig bekannt gemachte Feststellungen (etwa über die Akteneinsicht im Ermittlungsverfahren) genügt nur, wenn diese eine geschlossene Darstellung der maßgeblichen Besteuerungsgrundlagen enthält, da es nach gefestigter BFH-Rechtsprechung,⁶⁸ nicht Aufgabe des Betroffenen ist, aus den zur Verfügung gestellten Unterlagen, die seine Inanspruchnahme möglicherweise rechtfertigenden Tatsachen selbst herauszusuchen.

⁶⁵ Ausführlich zu der Frage der Haftungsrisiken Ehlers, Stbg 3/13, 122ff.

⁶⁶ AO: § 69 AO, § 71 AO, § 74 AO, § 75 AO; Einzelsteuergesetze: § 42d EStG für Lohnsteuer, § 44 Abs. 5 EStG für Kapitalertragsteuer, § 10b EStG, § 9 Nr. 3 KStG; § 48a Abs. 3 EStG für Bauabzugssteuer; § 9 Nr. 5 GewSt für Spenden; § 20 ErbSt; Zivilrecht: § 25 HGB für Erwerb eines Einzelunternehmens, § 28 HGB für Eintritt in ein Einzelunternehmen, § 128 HGB für oHG-Gesellschafter, § 121 Abs. 2 HGB in Verbindung mit § 128 HGB für Komplementäre, §§ 171–176 HGB für Kommanditisten, §§ 421, 427 BGB bzw. § 128 HGB analog für GbR-Gesellschafter, §§ 3, 3a, 3b Anfechtungsgesetz, §§ 9, 11, 21, 24 GmbHG und BGH-Rechtsprechung (Existenzvernichtungshaftung etc.), § 24 GenG bei Genossenschaften, § 54 BGB bei nicht rechtsfähigen Vereinen.

⁶⁷ Vgl. FG Sachsen-Anhalt, EFG 2004, 705f.

⁶⁸ Statt anderer BFH, BStBl II 1984, 443ff.

Der Haftungsbescheid muss inhaltlich hinreichend bestimmt sein (z. B. Erkennbarkeit des Haftungsschuldners, Bezeichnung der Steuerschulden etc.). Darüber hinaus ist die Ermessensausübung im Haftungsbescheid zu begründen, § 121 AO.

Ein Haftungsbescheid kann, obwohl die Haftung akzessorisch ist, auch bereits ohne zuvor erlassenen Steuerbescheid ergehen, § 191 Abs. 3 AO.

Eine Drittwirkung der Steuerfestsetzung gegenüber dem Haftungsschuldner besteht unter den Voraussetzungen des § 166 AO gegebenenfalls bei unanfechtbaren Steuerbescheiden.

Haftungsansprüche unterliegen der Festsetzungsverjährung, § 191 Abs. 3 bis Abs. 5 AO. Für die Haftung nach zivilrechtlichen Vorschriften gelten allerdings die zivilrechtlichen Vorschriften, § 191 Abs. 4 AO. Die Festsetzungsverjährung beginnt mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Haftungstatbestand erfüllt ist, § 191 Abs. 3 S. 3 AO und endet nicht vor Ablauf der für die Steuerfestsetzung geltenden Festsetzungsfrist (Ablaufhemmung), § 191 Abs. 3 S. 4 und S. 5 AO.

Aus der grundsätzlichen Akzessorietät folgt, dass ein Haftungsbescheid nicht mehr ergehen darf, wenn die Steuerschuld bei einem Steuerschuldner wegen Ablauf der Festsetzungsfrist erloschen ist, § 191 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 AO, oder der Zahlungsanspruch gegen den Steuerschuldner durch Erlass oder Verjährung erloschen ist, § 191 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 AO. Ausnahme § 191 Abs. 5 S. 2 AO: Danach kann ein Haftungsbescheid auch noch bei Festsetzungsverjährung, Erhebungsverjährung und Erlass des Steueranspruchs ergehen, wenn die Haftung darauf beruht, dass der Haftungsschuldner die Tatbestände der § 370 AO oder § 374 AO verwirklicht hat.

II Potenzielle Haftungsschuldner

Bei Unternehmenskrisen ganz eindeutig im Vordergrund steht die Steuerhaftung nach § 69 AO. Potenzielle Haftungsschuldner sind dabei die in den §§ 34, 35 AO bezeichneten Personen.

1 Im Haftungszeitraum bestellte Geschäftsführer

In erster Linie ist dabei an den im Haftungszeitraum bestellten GmbH-Geschäftsführer zu denken (§ 34 Abs. 1 S. 1, 2, Alt. AO).

Probleme ergeben sich, wenn im Haftungszeitraum mehrere Geschäftsführer bestellt waren. Es stellt sich die Frage, ob sich ein Mitgeschäftsführer darauf berufen kann, für die Buchführung und für sämtliche Steuerangelegenheiten sei ein anderer Geschäftsführer verantwortlich gewesen.

Nach der Rechtsprechung des BFH wirken interne Geschäftsverteilungsvereinbarungen zwischen mehreren Geschäftsführern nur im Innenverhältnis. Die zu erfüllenden steuerlichen Pflichten der handelnden Personen sind indes öffentlich-rechtlicher Natur und können durch privatrechtliche Vereinbarungen nicht abbedungen werden. Die interne Vereinbarung ist nur bei der Prüfung des Verschuldens

im Rahmen der §§ 69ff. AO und beim Auswahlermessen zwischen mehreren Haftungsschuldnern zu berücksichtigen. Fehlt es an einer klaren Verteilung, greift der Grundsatz der Allzuständigkeit für alle Gesellschafter und jeder Vertreter hat die steuerlichen Verpflichtungen zu erfüllen. Den nicht mit den steuerlichen Verpflichtungen betrauten Geschäftsführern kommt eine Überwachungspflicht zu, die sich in einer prekären wirtschaftlicher Lage der Gesellschaft zu einer inhaltlichen Überprüfungspflicht verstärken kann.⁶⁹

Nach zwischenzeitlicher gesicherter BFH-Rechtsprechung steht der Inanspruchnahme auch nicht entgegen, dass der Haftungsschuldner lediglich nominell zum Geschäftsführer bestellt wurde, er nur als Strohmann ohne eigene Befugnisse fungiert hat.⁷⁰

2 Nachfolgegeschäftsführer

Daneben ist auch der Nachfolgegeschäftsführer potenzieller Haftungsschuldner und als solcher bei der Ausübung des Auswahlermessens mit zu berücksichtigen. Anknüpfungspunkt dabei ist nicht die unterlassene Zahlung im Fälligkeitszeitpunkt, sondern die Nichtzahlung bei Amtsantritt vorgefundener fälliger Steuerschulden. Der Geschäftsführer ist grundsätzlich verpflichtet, vorgefundene Steuerschulden in gleichem Maße zu zahlen wie andere betriebliche Schulden.⁷¹

3 Faktischer Geschäftsführer

Als möglicher Haftungsschuldner kommt neben dem nominell bestellten Geschäftsführer auch der faktische Geschäftsführer in Betracht, und zwar als Verfügungsberechtigter i. S. d. § 35 AO.⁷² Das ist im Rahmen der Ausübung des Auswahlermessens vom Finanzamt zwingend zu berücksichtigen.⁷³

4 Prokurist

Neben der Geschäftsleitung kommt als Haftungsschuldner unter Umständen auch der Prokurist als Verfügungsberechtigter im Sinne des § 35 AO in Betracht. Letzteres aber nur dann, wenn seine Verfügungsberechtigung nicht durch eine echte oder unechte Gesamtprokura beschränkt ist. Seine Haftung ist zudem ausgeschlossen,

⁶⁹ Tipke/Kruse-Loose, AO, Stand Oktober 2012, § 34 Rn. 16, § 69, Rn. 32, vgl. auch Roth/Altmeppen-Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 43 Rn. 39.

⁷⁰ Statt anderer BFH, BFH/NV 2006, 1252f., 1253.

⁷¹ Statt anderer BFH, BFH/NV 1995, 227f., 228 m. w. N.

⁷² Ausführlicher hierzu Nacke, Die Haftung für Steuerschulden, 3. Aufl. 2012, Rn. 39.

⁷³ Siehe hierzu und zur damit verbundenen Frage der Wahrung der Festsetzungsfristen bei Aufhebung des Haftungsbescheids gegen den nominellen Geschäftsführer wegen unterlassener Ermessensausübung BFH, BStBl II 2005, 323ff.

wenn er aufgrund einer Weisung seines Geschäftsherrn nicht für Steuerangelegenheiten zuständig war und er sich an diese Begrenzung seines Wirkungskreises gehalten hat.⁷⁴

III Kausale Pflichtverletzung

Die abgabenrechtliche Vertreterhaftung ist eine Schadensersatzhaftung. Folgerichtig verlangt § 69 S. 1 AO, dass zwischen der haftungsbegründenden Pflichtverletzung und dem Steuerausfall ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht.⁷⁵

Wenn die Inanspruchnahme an die Verletzung steuerlicher Erklärungspflichten anknüpft, kann eine Haftung nur bejaht werden, wenn zwischen der reklamierten Pflichtverletzung und dem geltend gemachten Steuerausfall als auszugleichendem Schaden ein Kausalzusammenhang besteht. Zur Begründung der Kausalität bedarf es daher der Feststellung, dass bei fristgerechter Festsetzung der Steuerschuld infrage stehende Rückstände hätten gezahlt bzw. hätten beigetrieben werden können.⁷⁶ Die Frage der Kausalität richtet sich dabei nach dem mutmaßlichen Geschehensablauf. Maßgeblich ist dann etwa bei Veranlagungssteuern der Zeitpunkt, der nach dem mutmaßlichen Geschehensablauf als Veranlagungs- und Vollstreckungszeitpunkt in Betracht kommt, wobei im Zweifel der günstigste Zeitpunkt für den potenziellen Haftungsschuldner anzunehmen ist.⁷⁷ Wird dies konsequent durchgespielt, dann lässt sich – unter Berücksichtigung der Vollstreckungspraxis der Finanzverwaltung – der Haftungszeitraum regelmäßig weit nach hinten verlagern. Das setzt aber voraus, dass man das Finanzamt zwingt, den Haftungsanknüpfungspunkt deziert darzulegen, um dann auf dieser Grundlage den Kausalzusammenhang herausstellen zu können.

IV Grundsatz der anteiligen Tilgung

Aus dem Schadensersatzcharakter der AO-Haftung gründet im Ergebnis auch der von der BFH-Rechtsprechung formulierte Grundsatz der anteiligen Tilgung. Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass der Haftungsschuldner nicht für etwas haften soll, was der Steuerschuldner nicht hätte leisten können. Eine Inanspruchnahme als Haftungsschuldner kommt daher regelmäßig nur in Betracht, soweit die Verpflichtung zur Gleichbehandlung von Steuerschulden und privaten Verbindlichkeiten nicht beachtet wurde. Praktische Probleme bereiten die Ausnahmen vom Grundsatz der anteiligen Tilgung. Das gilt insbesondere für die Bereiche der Umsatzsteuer und der Lohnsteuer.

Für die Umsatzsteuer ist der Grundsatz der anteiligen Tilgung entwickelt worden und daher grundsätzlich auch einschlägig.

⁷⁴ Statt anderer Nacke, Die Haftung für Steuerschulden, 3. Aufl. 2012, Rn. 37.

⁷⁵ Siehe dazu etwa auch BFH, DB 1991, 1712ff.

⁷⁶ Statt anderer FG München, EFG 2005, 538ff., 539 m. w. N.

⁷⁷ Statt anderer Nacke, Die Haftung für Steuerschulden, 3. Aufl. 2012, Rn. 119ff.

Der Grundsatz der anteiligen Tilgung gilt hinsichtlich der Haftung für Lohnsteuer nur eingeschränkt.⁷⁸ Dem liegt die These zugrunde, dass es sich bei der abzuführenden Lohnsteuer nicht um betriebliche Eigenmittel, sondern um treuhänderisch für die Arbeitnehmer und das Finanzamt verwaltete Fremdgelder handelt, die stets vorrangig vor sonstigen Verbindlichkeiten an das Finanzamt abzuführen sind. Reichen die zur Verfügung stehenden Mittel nicht zur Zahlung der vereinbarten Löhne einschließlich des Lohnsteueranteils aus, sind danach die Löhne zu kürzen und sicherzustellen, dass die auf den Auszahlungsbetrag anfallende Lohnsteuer an das Finanzamt abgeführt werden kann. Die Kürzungspflicht und damit die Inanspruchnahmefähigkeit sollen nur entfallen, wenn zwischen dem Zeitpunkt der Lohnzahlung und der Lohnsteuerfälligkeit eine unvorhergesehene Liquiditätsverschlechterung eingetreten ist.

Im Übrigen kommt, was regelmäßig verkannt wird, auch schon nach bisheriger BFH-Rechtsprechung der Grundsatz der anteiligen Tilgung im Lohnsteuerbereich zumindest für Säumnis- und Verspätungszuschläge zur Anwendung.⁷⁹

Folgt man der bisherigen Ansicht des BFH, so ist zudem wegen der gebotenen Kürzung der Löhne die Haftung auf die Beträge beschränkt, die der Geschäftsführer bei der beachteten Kürzung der Nettolöhne hätte an das Finanzamt abführen können. Die Beschränkung greift jedoch dann nicht ein, wenn der Geschäftsführer wegen fehlender Liquidität über mehrere Monate hinweg immer nur die Nettolöhne ausgekehrt hat. In diesem Fall verfügt der Haftungsschuldner über ausreichende Mittel, um die jeweils fälligen Lohnsteueransprüche der zurückliegenden Monate auszugleichen.⁸⁰

Im Übrigen besteht im Hinblick auf Säumniszuschläge, die ab dem Zeitpunkt der Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit entstanden sind, ein Anspruch auf zumindest teilweisen Erlass aus sachlichen Billigkeitsgründen, der wegen der Akzessorietät der Vertreterhaftung auch auf die Lohnsteuerhaftungsschuld durchschlägt.⁸¹

V *Ermessensausübung*

Die Haftungsinanspruchnahme nach §§ 191, 69, 34, 35 AO ist eine Ermessensentscheidung. Die Behörde muss entscheiden, ob sie überhaupt einen Haftungsbescheid erlassen will (Entschließungsermessen). In einem weiteren Schritt muss sie festlegen, wen sie in Haftung nehmen will (Auswahlermessen). Die Ermessensüberlegungen müssen grundsätzlich im Haftungsbescheid, spätestens aber im Einspruchsbescheid dokumentiert werden.

Die Ermessensausübung sollte grundsätzlich überprüft werden. Zu berücksichtigen ist dabei, dass § 102 S. 2 FGO nur eine Ergänzung von Ermessenserwägungen im Finanzgerichtsverfahren zulässt, nicht aber eine Nachholung, das erstmalige

⁷⁸ Klein, AO, 12. Aufl. 2014, § 69 Rn. 71.

⁷⁹ BFH, GmbHR 2000, 1215ff., 1215f.

⁸⁰ Ausführlich hierzu Nacke, Die Haftung für Steuerschulden, 3. Aufl. 2012, Rn. 81 m. w. N.

⁸¹ BFH, BFH/NV 1996, 526f., 527 m. w. N.

Anstellen von Ermessenserwägungen. Dasselbe gilt für grundlegend neue Ermessenserwägungen.⁸²

Damit verbunden ist die Frage des Austausches der Haftungsgrundlage. Es gilt der Grundsatz, ein Austausch der Haftungsgrundlage ist zulässig, wenn er auf dem gleichen Lebenssachverhalt beruht. Daran fehlt es etwa, wenn die ursprüngliche Haftung darauf gestützt wurde, dass die einbehaltene und angemeldete Lohnsteuer pflichtwidrig nicht abgeführt wurde (§§ 34, 69 AO) und die neue Haftungsgrundlage (§ 71 AO) auf dem Sachverhalt beruht, dass der Geschäftsführer der Finanzbehörde gegenüber in den monatlichen Lohnsteueranmeldungen bewusst unrichtige und den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechende Angaben gemacht hat.⁸³

Für die Praxis wichtig ist insbesondere bei der Lohnsteuerhaftung, dass die Behörde oftmals übersieht, dass auch die Arbeitnehmer in Anspruch genommen werden können. Das Auswahlermessen wird dann bei Verknennung dieser Lage nicht rechtmäßig ausgeübt. Das FG Niedersachsen hat sich in einer Entscheidung vom 18.01.01 – 11 K 270/99, EFG 2003, 371ff., in einem Fall mit strafrechtlichem Überhang insoweit auf den Standpunkt gestellt, dass namentlich bekannte Arbeitnehmer vorrangig in Anspruch zu nehmen sind, und den Haftungsbescheid daran scheitern lassen.

VI Mitverschulden des Finanzamts

Regelmäßig versuchen sich Haftungsschuldner mit dem Hinweis zu entlasten, das Finanzamt habe seine Vollstreckungsmöglichkeiten gegen den Steuerschuldner nicht ausreichend ausgenutzt, sodass ein Mitverschulden des Fiskus zu berücksichtigen sei. Unabhängig davon, dass umstritten ist, ob das Mitverschulden des Finanzamtes bereits auf Tatbestandsebene bei der Frage des zu ersetzenden Schadens oder im Rahmen des Ermessens zu prüfen ist,⁸⁴ dringt man mit diesem Argumentationsansatz in der Regel nicht durch. Die Finanzgerichtsrechtsprechung bejaht ein Mitverschulden des Finanzamtes nur ausnahmsweise dann, wenn infolge vorsätzlicher oder besonders grober Pflichtverletzung die Beitreibung durch die Finanzbehörden fehlgeschlagen ist und das eigene Verschulden des Haftungsschuldners gering war.⁸⁵

C Brennpunkt Sozialversicherung

Weitere Gefahrenpotenziale ergeben sich in der Krise aufgrund der Pflicht zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge. Ein Fallstrick ist dabei immer wieder das sozialversicherungsrechtliche Entstehungsprinzip und seine Folgewirkungen, ob-

⁸² Statt anderer Nacke, GmbHR 2006, 846ff., 846f. m. w. N.

⁸³ Vgl. BFH, BFH/NV 1992, 639ff., 640.

⁸⁴ So die BFH-Rechtsprechung, BFH/NV 2002, 4ff., 5 m. w. N.

⁸⁵ Statt anderer BFH, BFH/NV 2002, 4ff., 5 m. w. N.

gleich dieses seit mehr als 30 Jahren Rechtsgrundlage für die Beitragszahlung der Arbeitgeber ist.

Im Einkommensteuerrecht gilt das Zuflussprinzip. Davon ist das Sozialversicherungsrecht abgerückt. Seit der ersten Grundsatzentscheidung des BSG vom 25.09.1981 – 12 RK 58/80, BSGE 52, 152ff., gilt im Sozialversicherungsrecht das sog. Entstehungsprinzip. Danach kommt es für die Zahlungsverpflichtung in Bezug auf den Gesamtsozialversicherungsbeitrag nicht darauf an, ob das Arbeitsentgelt auch tatsächlich gezahlt wurde, ob es dem Arbeitnehmer zugeflossen ist. Entscheidend für die Beitragspflicht des Arbeitgebers ist allein, ob der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers durch Einbringung seiner Arbeitsleistung entstanden ist. Im Sozialversicherungsrecht gilt mithin der Grundsatz, dass Beiträge auch für geschuldetes, bei Fälligkeit aber noch nicht gezahltes Arbeitsentgelt zu entrichten sind.

Weitere Probleme bei der beitragsrechtlichen Behandlung von Arbeitsentgelt ergeben sich aus dem Tarifrecht. Immer dann, wenn ein Tarifvertrag für allgemein verbindlich erklärt wurde oder eine beiderseitige Tarifbindung der Arbeitsvertragsparteien besteht, liegt ein unverzichtbarer Anspruch des Arbeitnehmers auf die tarifvertraglich festgelegte Vergütung vor. Abweichende Vereinbarungen der Parteien sind nicht nur arbeitsrechtlich problematisch, sie werden auch bei der Bemessung der Beitragshöhe nicht berücksichtigt, unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer mit einer Kürzung einverstanden ist.

Im Übrigen wirken Verichtsvereinbarungen nur für die Zukunft und führen nicht zu einer Reduzierung der Sozialversicherungsbeiträge im Zusammenhang mit bereits erbrachten Arbeitsleistungen.

I Strafrechtliche Risiken

Vielfach wird in der Krise dann auch der Tatbestand der Beitragsvorenthaltung nach § 266a StGB verwirklicht. In der seit 2004 geltenden Fassung regelt § 266a Abs. 1 StGB das Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung, Abs. 2 das Vorenthalten von Arbeitgeberanteilen. § 266a Abs. 2 ist dabei § 370 Abs. 1 AO nachgebildet und stellt letztlich einen Sonderfall des Betruges dar.

Der entscheidende Unterschied zwischen den beiden Fällen ist, dass in Abs. 1 bereits die bloße Nichtzahlung trotz Zahlungsfähigkeit für die Strafbarkeit genügt. Der Straftatbestand ist auch bei bloßer Verspätung verwirklicht. Eine spätere Nachzahlung beseitigt die eingetretene Strafbarkeit nicht, führt allenfalls zur Strafmilderung.

Demgegenüber erfasst Abs. 2 nicht schon das unterlassene Zahlen, sondern setzt – ähnlich wie § 370 Abs. 1 AO – voraus, dass der Arbeitgeber die Einzugsstelle entweder täuscht (Abs. 2 Nr. 1) oder aber pflichtwidrig über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Umstände in Unkenntnis lässt (Abs. 2 Nr. 2).

Ob es überhaupt zu Lohnzahlungen gekommen ist, ist aufgrund des sozialversicherungsrechtlichen Entstehungsprinzips unerheblich.

§ 266a StGB erfasst auch den faktischen (Mit-)Geschäftsführer.⁸⁶

⁸⁶ BGH, BB 1867ff., 1868; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Tag, StGB, 4. Aufl. 2013, § 266a Rn. 30.

II Zivilrechtliche Haftung

Neben der Strafverfolgung zieht eine Verletzung des § 266a StGB eine zivilrechtliche Haftung über § 823 Abs. 2 BGB gegenüber den Einzugsstellen der Sozialversicherung nach sich. § 266a StGB ist ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB, dessen Verletzung einen Schadensersatzanspruch begründet, der im Übrigen in einem späteren Insolvenzverfahren über das persönliche Vermögen des Geschäftsführers gemäß § 302 Nr. 1 InsO von der Restschuldbefreiung nicht erfasst wird.

Die Auseinandersetzung über diesen Schadensersatzanspruch ist grundsätzlich unabhängig vom Ausgang des Strafverfahrens vor den Zivilgerichten zu führen, wenn nicht die Krankenkassen von den erweiterten Möglichkeiten des Adhäsionsprozesses Gebrauch machen.

Die §§ 403–406d StPO sehen vor, dass bürgerlich-rechtliche Ersatzansprüche, die ansonsten vor einem Zivilgericht verfolgt werden müssten, vom Geschädigten im Strafverfahren geltend gemacht und mit ausgeurteilt werden können. Davon wird zunehmend Gebrauch gemacht und damit die Verteidigungsposition und die Verteidigungsmöglichkeiten des Betroffenen erheblich eingeschränkt.

D Fazit

Die Beratung des Mandanten in der wirtschaftlichen Krise fordert den Berater im Hinblick auf die damit verbundenen Straf- und Haftungsrisiken daher im besonderen Maße und setzt voraus, dass er „interdisziplinär“ nicht nur mit gesellschafts- und steuerrechtlichen, sondern darüber hinaus auch mit insolvenz- und strafrechtlichen Fragestellungen vertraut ist, um den hohen Beratungsanforderungen gerecht werden zu können.

Thesen zur Dogmatik eines sozialen Nutzungsvertrages (Life Time Contract)

Udo Reifner

Inhaltsverzeichnis

A	Was ist Recht?	370
B	Wie organisiert Recht menschliche Kooperation (Zusammenarbeit)?	374
C	Welche Rechtsformen hat die Marktgesellschaft hervorgebracht?	376
D	Warum brauchen wir eine neue Vertragsrechtsdogmatik?	379
E	Welche Rechtsformen braucht die Kreditgesellschaft?	379
F	Wodurch sind soziale Nutzungsverhältnisse bestimmt?	383
G	Wie entwickelt sich eine Rechtsdogmatik sozialer Nutzungsverträge?	389

Der Jubilar hat sich dankenswerterweise mit zwei Beiträgen an den Arbeiten der European Social Contract Law Group (EuSoCo.eu) beteiligt, die in ihrem kürzlich erschienen Buch¹ Grundprinzipien über Lebenszeitverträge entwickelt hat, die die Gemeinsamkeiten von Verbraucherkreditrecht, Wohnraummietrecht und Arbeitsrecht hervorheben. Dabei kann der Jubilar für sich beanspruchen, dass er – wie kein anderer in diesem Projekt – alle drei Vertragsgebiete in gleicher Weise vertritt. Ihm ist daher auch der folgende Beitrag gewidmet. Er dokumentiert in verkürzter Thesenform die getrennt publizierten Vorüberlegungen², die zur Annahme geführt haben, dass es neben dem Eigentumserwerb durch Kauf ein allgemeines Eigen-

Prof. Dr. U. Reifner (✉)
Universität Trento Hamburg, Deutschland
e-mail: udo.reifner@iff-hamburg.de

¹ Nogler/Reifner, Life Time Contracts. Social Longterm Contracts in labour, tenancy and consumer credit, 2014.

² Vgl. Reddy/Kumar/Reddy-Reifner, Global Perspectives in Consumer Law, 2011, S. 200–293; Antonioli/Fiorentini-Reifner/Nogler, A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference, 2010, S. 365–407; Reifner/Nogler in: Jubilee Thomas Wilhelmsson, Vol. 3/4 2009, S. 437–455; Reifner/Nogler in: GS Zachert, 2009, S. 54–74; Wilhelmsson u.a.-Reifner, Private Law and the Cultures of Europe, 2007, S. 325–342; Reifner, VuR 2007, Sonderheft 20 Jahre iff, 1–31; Niemi-Kiesilainen/Ramsay/Whitford-Reifner, Consumer Bankruptcy in Global Perspective, 2003, S. 194–228; Wilhelmsson/Hurri-Reifner, From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatization and Private Law, 1999, S. 117–175; Brownsworth/Hird/Howells-Reifner, Good Faith in Contract, S. 269–310; Wilhelmsson-Reifner, Perspectives of Critical Contract Law, 1993,

tumsnutzungsverhältnis der Miete gibt, dessen Anerkennung Voraussetzung für ein soziales Zivilrecht ist. Methodisch erfolgte dies nicht durch äußere Ansprüche auf soziale Rücksichtnahme oder „sozialistisches Öl“ im Zivilrecht, sondern aus den bereits vorhandenen in Spezialgebiete abgedrängten Inhalten des bestehenden Zivilrechts mit dem Konzept der Ent-Täuschungen. Dabei sind wir davon ausgegangen, dass die kaufrechtlich geprägte allgemeine Vertragsrechtsdogmatik des 19. und 20. Jahrhunderts in der modernen Kredit- und Dienstleistungsgesellschaft dysfunktional geworden ist. An dieser Stelle werden nur die Ergebnisse vorgestellt, wobei allgemein als selbstverständlich nicht mehr hinterfragte Grundannahmen zum Vertragsrecht infrage gestellt werden. Auch wenn dies anmaßend erscheinen mag, so lässt sich doch der Umbruch in den Formen und Denkmodellen zur Verrechtlichung sozialer Beziehungen nicht ohne diese Grundsatzfragen bewerkstelligen. Nur in dieser Rückführung kann das Recht seinen traditionellen Anspruch auf Gerechtigkeit dem wirtschaftlichen Effizienzstreben eines den faktischen Verhältnissen folgenden Vertragsrechts entgegenhalten. Daher gliedert sich das Thesenpapier nach den Fragestellungen: Was ist Recht? Wie organisiert Recht menschliche Kooperation? Welche Rechtsformen hat die Marktgesellschaft hervorgebracht? Warum brauchen wir eine neue Vertragsrechtsdogmatik? Welche Rechtsformen braucht die Kreditgesellschaft? Wodurch sind soziale Nutzungsverhältnisse bestimmt? Wie entwickelt sich eine Rechtsdogmatik sozialer Nutzungsverträge?

A Was ist Recht?

Recht nennen wir die Summe der normativen Vorstellungen, die wir uns über soziale Beziehungen machen, um Konflikten eine für die Stabilisierung des jeweiligen Systems förderliche Gestalt zu geben. Sie werden damit zunächst theoretisch in eine gedachte Ordnung gebracht und dann praktisch lösbar gestaltet. Recht lässt den Menschen Lösungsmuster einfach, logisch und sogar intuitiv erfassbar erscheinen, sodass sie ihr Handeln danach ausrichten können. Es ist damit nahe am Bewusstsein der Menschen, das auf die jeweiligen Änderungen in den sozio-ökonomischen Verhältnissen reagiert. Recht ist damit eine Ideo-Logie oder Heuristik, d. h. eine an Ordnung interessierte Wiedergabe der Wirklichkeit. Es ist „unausgesetzte Arbeit und zwar nicht bloß der Staatsgewalt, sondern des ganzen Volkes. Jeder Einzelne, der in die Lage kommt, sein Recht behaupten zu müssen, übernimmt an dieser nationalen Arbeit seinen Anteil, trägt sein Scherflein bei zur Verwirklichung der Rechtsidee auf Erden.“³

Eine abstraktere Formulierung ermöglicht dabei eine stärker logische Orientierung, eine konkretere Formulierung führt zu eher intuitiven Verhaltensweisen. Da die Organisationseffizienz der Produktivkräfte in größeren Gesellschaften mit dem Abstraktionsgrad („dem Denken“) steigt, ist der Mensch in dem Maße überlegen,

S. 171ff.; Abel-Reifner, *Informal Justice*, 1980, S. 81ff.; Reifner, *Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung*, Einleitung 1978.

³ Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872.

wie er in der Lage ist, die Ideo-Logie zu verselbstständigen, als Aufgabe besonders befähigter Individuen fortzuentwickeln und damit für eine planerische Gestaltung zukünftiger Problemlagen zu nutzen. Aus der Ideo-Logie wird dadurch eine Theorie, eine Dogmatik oder Philosophie.

Recht ist unter den Bedingungen begrenzter Einsichts-, Planungs- und Abstraktionsfähigkeit seiner Unterworfenen oft eine (heuristische) **Täuschung** über die Wirklichkeit i. S. einer falschen Ideologie insofern es die logischen Implikationen menschlicher Gesellschaft niemals prinzipiell und wissenschaftlich (d. h. soziologisch), sondern heuristisch und teleologisch für eine allgemeine Praxis systemkonformen Handelns erfasst. Die Geltung dieser normativ gefassten Ideologie beruht auf Macht. Da Recht immer eine systematische Form hat, ist diese Macht Ausdruck von Herrschaft und damit unmittelbar mit den wesentlichen Strukturen einer Gesellschaftsordnung verknüpft. Recht ist also Herrschafts-Ordnung.

Recht entfaltet seinen **produktiven Nutzen**, wenn es sich ohne große eigene Kosten durchsetzt (effizient ist). Die für seine Geltung notwendige Herrschaftsausübung kann extern (Zwang, Sanktion, Staat (*Geiger*⁴)) oder als innerer psychologischer Vorgang (Einsicht, Selbstunterdrückung, Über-Ich (*Freud*), Gewohnheit, Sitte (*Ehrlich*⁵)) erfolgen. Die größte wirtschaftliche Effizienz erreicht Recht dort, wo es den geringsten äußeren Zwang anwenden muss, also die größte Internalisierung seiner Anschauungen aufweist. Dabei muss das Recht umso täuschender (ideologischer i. S. von *Popper*⁶) sein, je mehr es unter den Bedingungen ungleicher Ressourcenverteilung („Ungerechtigkeit“) oder systematischer Fremdbeherrschung nicht mit freiwilliger Akzeptanz rechnen kann. Die Systeme zur Internalisierung ideologischer Rechtsvorstellungen waren historisch die unmittelbare Gewalt (Naturzustand), die Religion (Feudalismus) und die formale Logik einer angenommenen Gleichheit von Kapital und Arbeit, von Zins und Lohn (Kapitalismus), die zudem mit Gratifikationen verbunden wurden wie Zuwendungen, ewiges Leben und Himmel, Aufstieg und Freiheit zur egoistischen Bereicherung. Die bürgerliche Gesellschaft hat dem Recht durch Formalisierung die Rechtssicherheit als hohes Gut hinzugefügt. Ihre „Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit. Denn die Form hält der Verlockung der Freiheit zur Zügellosigkeit das Gegengewicht, sie lenkt die Freiheitssubstanz in feste Bahnen, dass sie sich nicht zerstreue, verlaufe, sie kräftigt sie nach innen, schützt sie nach außen. Feste Formen sind die Schule der Zucht und Ordnung und damit der Freiheit selber und eine Schutzwehr gegen äußere Angriffe, – sie lassen sich nur brechen, nicht biegen.“⁷

Recht als ideologische Form der Wahrnehmung von gesellschaftlichen Vorgängen ist einem **doppelten Widerspruch** ausgesetzt:

- (1) Es wird zur **Fessel** der Gesellschaft, wo das System sich als Antwort auf die neuen Möglichkeiten der Produktivkräfte (Kooperation, Kapitalinten-

⁴ Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 2. Aufl., 1970.

⁵ Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913.

⁶ Delanty/Strydom-Popper, *Philosophies of social science*, 2003, S. 42–46.

⁷ Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872.

sität) fortentwickeln muss, das Recht sich aber wegen der Nutzung von ideologischen denkfernen (irrationalen) Mustern selbst „ent“-decken („entmystifizieren“) muss. Anstelle von Ruhe, Verhaltenssicherheit, Gemeinschaft und Schutz vor Sanktionen durch „regelrechtes“ Verhalten führt dieser „Ent“-Deckungsprozess von Recht z. B. zur Rechtskritik der Kolonialherren des 15. Jahrhunderts an den vorfeudalen Vorstellungen der Indianer oder Afrikaner, zur Rechtskritik des Lumière im Vormärz am religiös untermauerten Statusrecht (*Descartes, Pothier, Feuerbach, Robespierre*) oder zur sozialistischen Rechtskritik am Gleichheitsgebot des bürgerlichen Rechts (*Marx, Paschukanis*). Zwar behauptet jede neue Herrschaftsformation, dass ihr Recht das wahre Recht sei (gottgewolltes Recht, rechtsstaatliches Recht, Volksrecht etc.) oder gar, dass das als Ideologie „entlarvte“ Recht gezeigt habe, dass Recht überhaupt nur Unterdrückung sei (Herrschaft der Dämonen, unvernünftiges hierarchisches Recht, absterbendes bürgerliches Recht etc.). Tatsächlich dürfte jedoch jede Rechtskritik notwendig zu einer neuen Rechtsideologie führen, die auf die Mittel der Täuschung, Simplifizierung und Internalisierung heuristischer Vorstellungen nicht verzichten kann.

- (2) Es **verletzt** in seiner Formalität und Abstraktion die Gefühle der Menschen, die sich als geistig und seelische Wesen begreifen. Recht ist wirtschaftlich nur effizient, wenn es Wahrheit und Denken grundsätzlich beschränkt bzw. unterdrückt. Es widerspricht daher den Postulaten von Wissenschaftlichkeit und Gedankenfreiheit und führt, umso mehr es internalisiert wird, zu Spannungen in der Psyche der Menschen, die neben der Effizienz vor allem eine an Aufrichtigkeit und Unmittelbarkeit orientierte Empathie leben müssen. Summum ius, summa iniuria, Einzelfallgerechtigkeit gegenüber allgemeiner Gerechtigkeit, iustitia commutativa gegen iustitia distributiva. Psychologisch ist es das „Es“ und das „Über-Ich“, soziologisch das Ärgernis der Gesellschaftlichkeit („Rollenerwartung“) des Individuums. Recht ist nur der gesellschaftliche Teil des Individuums, nicht seine emotionale Einzigartigkeit. Deshalb hat seine Unterdrückung des „Es“ durch das „Über-Ich“ Grenzen des Verträglichen, die sich bei Entfremdung des Rechts in kollektiver Depression („Rechtspessimismus“) und Neurose niederschlagen und zu gesellschaftlichen Eruptionen führen können (Kriege, Pogrome, Anarchie etc.). Besonders schmerzhaft wird der Prozess dort, wo bei einem grundsätzlichen Systemwechsel die ideologischen Grundbausteine eines Rechtssystems infrage gestellt werden müssen. Diesen Abschied von einer bisher nützlichen internalisierten „Täuschung“ nennen wir hier eine „Ent“-Täuschung, wobei das Wort zu Unrecht negativ besetzt ist, weil sich in ihm der positive Durchbruch von Wahrheit ankündigt. Die Psychotherapie setzt wesentlich daran an, Enttäuschungsprozesse zu ermöglichen, um grundlegende Beziehungsprobleme auf eine neue, solidere Basis stellen zu können.

Rechtsdogmatik organisiert und verwaltet die beschriebenen Ideologien i. S. maximaler Einsichtigkeit unter den Bedingungen des geringsten Zwangs. Rechtswissenschaft muss jedoch mehr leisten: Sie muss an den Bruchstellen des jeweils aktuellen

Systems zunächst die Sinnhaftigkeit bestehender Ideologien und ihre Nützlichkeit verstehen, um auf der Basis dieses „Verständnisses“ von Ideologien und *für* die dadurch bestimmten Handelnden die Konturen eines neuen Rechts bereits im Voraus zu entwerfen. Die moderne Gesellschaft unterscheidet sich in ihrer grundsätzlichen Notwendigkeit, Rechtsideologien operational zu machen, nicht von anderen historischen Formationen. Ihre Rechtsideologien sind vergänglich und überholen sich selbst. Die moderne Gesellschaft hat als globalisierte Weltgesellschaft jedoch nicht mehr die Möglichkeit, sich in anarchistischer Form überholter Rechtsvorstellungen revolutionär eruptiv zu entledigen. Sie ist dazu verdammt, die „Rechts-Täuschungen“ so radikal aber auch konstruktiv zu bewältigen, dass sie eine friedvolle Chance auf die Entwicklung neuer Formen erhält.

Jedes Recht hat **doppelte Form**. Es ist zunächst eine Form menschlicher Beziehungen zur Konfliktvermeidung und Konfliktlösung, die auf der Stufenleiter des kulturellen Umgangs der Menschen untereinander einerseits zwischen Kampf, Befehl aber andererseits noch unter Schlichtung und gütlicher Einigung (Vertrag/Demokratie) rangiert. Recht ist aber nicht nur Form menschlicher Kommunikation, sondern es hat selbst eine Rechtsform. In der Rechtsform ist die – je nach Wirtschaftssystem spezifische – Abstraktion menschlicher Verhältnisse zum Kommunikations- und Ordnungsmittel geronnen. Sie beherbergt die Logik der Verknüpfungen, die Auslassungen und Fiktionen, mit denen soziale Realität durch Recht einfachen Denkopoperationen und Regeln zugänglich gemacht wird. Diese Rechtsform spiegelt im Wesentlichen die Vorstellungen wider, unter denen die Menschen in der Wirtschaft kooperieren.

Die Rechtsformen, mit denen die Menschen ihre Anschauungen von Wirtschaft spiegeln, hängen von der **Gestalt des Wirtschaftssystems** ab.

Exkurs

Ein Rechtssystem und seine Form hängen auch von der durch Machtfaktoren gebildeten jeweiligen Herrschaftsform und Staatlichkeit ab. Ob Fremdherrschaft, Tyrannei, Kalifat oder Kirchenstaat, ob Eroberung oder Herrschaft einer Klasse, ob Weltreich oder Nischenstaat – die Anzahl der Rechtsformen, in denen das Allgemeine und Staatliche reflektiert wird, ist höher als die, die allein die Wirtschaft hervorbringt und braucht. Insofern wirken diese Faktoren auch auf die Wirtschaft zurück; ebenso wie umgekehrt die Wirtschaft auf diese Staatsformen einen entscheidenden Einfluss hat. Es ist gleichwohl wichtig, sich von der Vielfalt solcher Formen nicht den Blick für die jeweils dominierende Rechtsform einer Wirtschaft verstellen zu lassen. Dass sich unter faschistischen (Deutschland, Italien, Spanien) wie stalinistischen (China, Vietnam), feudalen (Saudi-Arabien, Jordanien) wie militärischen (Türkei, Südamerika) Diktaturen gleichwohl nicht automatisch eine bürgerliche Demokratie westlicher Prägung durchsetzt, hat nichts daran geändert, dass die Kerngebiete des Wirtschaftsrechts (Unternehmensrecht, Geldrecht, Arbeitsrecht, Verbraucherrecht, Property Rights) in diesen Gebilden häufig der marktwirtschaftlichen Form der Akkumulation folgten. Die Abspaltung des Privatrechts vom öffentlichen Recht, die Entpolitisierung von Wirtschaft als „privater Veranstaltung“ gegenüber dem „Öffentlichen“ zeigen, dass sich eine allein auf die Wirtschaft abgestellte Rechtsform einen dominierenden Platz in der Welt schafft und letztlich die Staatsform zu diesem Dualismus hintreibt.

Je näher eine Rechtsform an der Regelung zentraler wirtschaftlicher Beziehungen ist, desto eher wird sie nicht nur die Ideologie ihrer Bewältigung, sondern auch die Friktionen aus der Veränderung dieser Wirtschaft spiegeln. Von den wirtschafts-

bezogenen Geboten der Bibel über den Codex Hammurabi, der Gesetzgebung des Solon über die zwölf Tafeln des römischen Rechts, der Justianschen bis hin zu den modernen Gesetzgebungen des Code Napoleon, des Codice Civile und des BGB gibt es längst deutlich herausgearbeitete Kernbereiche von Rechtsformen, die Wirtschaft modern bestimmen und bewältigen.

Unter **Wirtschaft** verstehen wir unabhängig von den Formen ihrer Wahrnehmung und Distribution jede Verausgabung von Kraft zur kooperativen individuellen wie gesellschaftlichen Reproduktion (*Arbeit und Konsum*).

Exkurs

Damit gehört zur Wirtschaft auch die Aufzucht der Kinder, die Erhaltung der Umwelt, die Rekreation, die Arbeit an sich selbst (Foucault), die Organisation des Gemeinwesens und die Ermöglichung von Kohäsion und Empathie. Der volkswirtschaftliche Wirtschaftsbegriff ist für die Analyse systemischer Rechtsformen ungeeignet, weil er eine der marktwirtschaftlichen Rechtsform vergleichbare, vereinfachende Ideologie darstellt, die in einem Zirkelschluss nur das als „produktiv“ zulässt, was Gewinne erwirtschaftet, gleichzeitig aber weitere Produktionsfaktoren neben der Arbeit zulässt, allein weil sie wie Maschinen, Tiere, Ideen und sogar Geld für ihre Eigner einen Gewinn erwirtschaften (müssen).

Wirtschaft ist jedoch nur dort sozial und damit als Regelungsgegenstand von Recht relevant, wo sie zur Erhöhung der Produktivität einerseits Arbeitsteilung organisiert, andererseits verschiedene Kräfte kombiniert und koordiniert und/oder die Mittel zur produktiveren Gestaltung von Arbeit (qualifiziertes Human-, Sach- und Geld-)Kapital akkumuliert.

B Wie organisiert Recht menschliche Kooperation (Zusammenarbeit)?

Der Mensch lebt von der **Arbeit**. Er muss sich zu seiner Fortexistenz die Natur aneignen und zugleich dafür Sorge tragen, dass die endlichen Ressourcen der Natur reproduziert werden. Sich zu ernähren, zu kleiden, zu bewegen, zu bilden und mit anderen in Kontakt zu treten, sind dabei Prozesse, die Arbeit erfordern. Ob Arbeit dabei mühsam ist, ob sie in bestimmten Formen organisiert zu erfolgen hat, ob sie fremd- oder eigenbestimmt ist, ob sie Freude macht oder ob man sich durch sie erschöpft, ist für die Notwendigkeit des Menschen zur Arbeit letztlich gleichgültig. Wesentlich für die Charakterisierung der Arbeit als Lebensprozess ist die dadurch erreichte *Leistung* für den Zweck der Reproduktion. Ob es sich dabei um eine gesellschaftlich produktive Arbeit handelt, erschließt sich daher erst von ihrem Resultat her.

Wie bei den physikalischen Gesetzen über die Energie erfordert Leistung die Kombination zweier Faktoren: **Leistung** = *Arbeit* * *Zeit*. Während sich in der Physik jedoch die Leistung als bloßes Ergebnis von Arbeit und Zeit berechnet ist es bei der menschlichen Leistung umgekehrt. Die Arbeit wird durch die Qualifizierung der Leistung bestimmt. Nur eine Leistung im Sinne der menschlichen Reproduktion kann als Arbeit angesehen werden. Damit ergibt sich aber auch schon der zweite

Unterschied: Arbeit und Zeit, die das Produkt ausmachen, stehen – anders als bei der Energie – in keinem rein quantitativen Verhältnis. Vielmehr ergibt sich die Höhe der für die Menschheit so wichtigen wirtschaftlichen Leistung aus der Qualität der Arbeit und nicht allein aus ihrer Quantität. *Leistung = Produktivität * Arbeit * Zeit*.

Auch bei der **Zeit** gibt es eine Besonderheit. Während in der Physik die Zeit prinzipiell unbegrenzt zur Verfügung steht, verfügt der einzelne Mensch nur über beschränkte *Arbeitszeit*. Arbeitszeit ist immer zugleich *Lebenszeit* und unterliegt daher ihren Beschränkungen. So ist das Leben insgesamt zeitlich begrenzt. Innerhalb des Lebens begrenzt sich wiederum die für die menschliche Leistung verfügbare Zeit durch Heranwachsen und Alter, durch Krankheit und Behinderung, durch Schlafnotwendigkeit und Müdigkeit sowie durch andere notwendige Arbeiten wie das Essen, Kommunizieren, das Kinderhüten und die Pflege von Alten und Kranken. Nach einer überschlägigen Berechnung werden von der gesamten verfügbaren Lebensarbeitszeit eines Menschen in einer Gesellschaft wie Deutschland nur 3 % in der Form produktiver Arbeit verausgabt, wie sie die herrschende Volks- und Betriebswirtschaftslehre definiert. Da diese Ideologie auch das Recht beherrscht, wird die tatsächlich geleistete Arbeit einer Gesellschaft tendenziell für die Wirtschaft als unwichtiger eingestuft.

Die verfügbare menschliche **Arbeitszeit** ist also grundsätzlich und darüber hinaus durch Zufälle bedingt eng begrenzt. Gleichzeitig steht aber der Mindestbedarf durchschnittlich zu verausgabender menschlicher Arbeitszeit (die „notwendige Arbeitszeit“⁸) fest, sodass Gesellschaften, die darüber nicht (mehr) verfügen, zugrunde gehen. Die Besonderheit, die den Menschen zum Menschen gemacht hat, liegt nach der Theorie der Menschwerdung durch die Nutzung von Werkzeugen („tool making animals“ Hauptthese der Anthropologie) darin, dass der Mensch die Gleichförmigkeit von Arbeit, wie sie das Tier beim Jagen und Sammeln übt, zu durchbrechen vermag und sie durch eine geplante, gleichzeitige (wie etwa bei der Nutzung von Arbeitsmitteln) und zeitversetzter **Kooperation** mit anderen Menschen „produktiver“ gestalten kann. Dies begann mit dem gemeinsamen Jagen, entwickelte sich über die kooperative Landbestellung, sprengte alle Grenzen in der industriellen Fertigung und mündet vorläufig in der Dienstleistungs- und Kreditgesellschaft, die über die Informationstechnologien zu einer planvollen in Echtzeit koordinierbaren Kombination der Produktionsfaktoren geführt hat. Der Drang nach immer höherer Produktivität hat die Kooperation von Ort und Zeit hervorgebracht und zu einer Globalisierung fortentwickelt. Die hierdurch erforderliche Koordination erfolgt über soziale Normen, deren wichtigste Elemente das Rechtssystem verwaltet.

Weil das Recht diese wirtschaftliche Entwicklung ideologisch und praktisch organisieren konnte, waren die erfolgreichen Wirtschaften dieser Erde auch zugleich die am höchsten rechtlich organisierten Gesellschaften. Theorien, die die Diversität der Ressourcen oder die kulturelle Überlegenheit etwa der weißen Rasse hierfür zitieren, übersehen, dass Diversität mehr Organisation erfordert, die wiederum ein entwickeltes Recht verlangt. Es gibt daher eine Koinzidenz

⁸ Marx, Das Kapital – Zur Kritik der politischen Ökonomie, 1969.

von **Produktivkraftentfaltung** und Rechtsentwicklung. Beide Elemente haben eine gemeinsame Wiege im südöstlichen (vierten) Quadranten des Mittelmeerraumes. Ägypten → Israel → Babylon → Syrien → Griechenland → Rom → Byzanz/Konstantinopel/Istanbul waren die Stationen, deren rechtsschöpferische Leistungen die nachfolgenden Wirtschafts- und Herrschaftszentren in Oberitalien (Venedig), Spanien, England, Frankreich, Österreich, Preußen, USA und China prägten.

Dabei führte die örtliche Verlagerung der Produktivkraftentfaltung zugleich zu veränderten Systemen, die darauf reagierten, dass immer mehr Menschen in immer größeren geografischen Distanzen und aus immer unterschiedlicheren Kulturen kooperierten und akkumulierten und damit die engen Grenzen der Produktivkraftentwicklungen überschritten.

C Welche Rechtsformen hat die Marktgesellschaft hervorgebracht?

Der Markt entsteht, wo Überschüsse getauscht werden sollen. Überschüsse können durch Beutezüge, Handel oder Überproduktion entstehen. Man kann annehmen, dass diese Reihenfolge auch historisch die **Entwicklung von Marktrecht** angibt. Das römische/oberitalienische/europäische Recht war nicht nur Repräsentant einer zunächst extremen Zentralisierung von Überschüssen durch Kriege und Handel, sondern auch ein lebendes System, das in vorbildlicher Weise die Weisheit vorher existierender Rechtssysteme in sich aufnahm und dadurch wissenschaftlich entwickelt wurde. Es bietet daher historisch die einmalige Chance, die Entwicklung der Rechtsformen unter fortschreitender Globalisierung bei Verlagerung der Zentren der Produktivkraftentwicklung zu verfolgen. Hatte schon das griechische Recht die Weisheiten der vorangehenden Reiche in Nordafrika in sich aufgenommen, so bestand die Fähigkeit des römischen Stadtstaates bezüglich der Beherrschung der Welt darin, sich zunächst eben deren Rechtswissen zu eigen zu machen und gleichzeitig – unter Hinzunahme der Entwicklungen in immer größeren geografischen Räumen – die Fähigkeit zu erhalten, sich neuen Gegebenheiten anzupassen. Es gelang Rom, Perspektiven aufzuzeigen und damit die Probleme der „Ent-Täuschung“ durch einen Systemwechsel in den besetzten Gebieten in Grenzen zu halten, ohne dabei die Produktivkräfte entscheidend zu retardieren. So setzte noch Justinian für seine Digesten vier Gelehrte aus Ägypten, Mesopotamien, Rom und Byzanz als Entwickler einer gemeinsamen Rechtsform für das oströmische Reich ein. Das Neue Testament berichtet beim Prozess gegen Jesus Christus von parallelen Rechtssystemen der Juden (Herodes) und Römer (Pilatus). Diese Arbeiten konnten von den Handel treibenden oberitalienischen Städten genutzt und fortentwickelt werden, wobei sie sich hierbei, von aller staatlichen Gängelung befreit, international bis in den hohen Norden (usus modernus) ausbreiteten, wo wiederum die Rezeption und Fortentwicklung aus dem römischen Recht das moderne Ius Commune und

die Pandekten des 19. Jahrhunderts bildete, das Common Law über das Gewohnheitsrecht inhaltlich ausfüllte und das europäische Wirtschaftsrecht bestimmte.⁹

Der Nationalismus des 19. und 20. Jahrhunderts brachte jedoch gerade in Deutschland eine von industriellen Eigentümerinteressen gewollte **Erstarrung der Rechtsformen**. Dabei wurden die Quellen im Lichte der neuen Wirtschaftsordnung interpretiert, wobei der (Sach-)Kaufvertrag wie auch das (Sach-)Eigentum zur beherrschenden Rechtsideologie wurden, obwohl längst Nutzungsverträge und Nutzungsrechte die Wirtschaft durchdrangen.¹⁰ In den beiden großen Zivilrechtskodifikationen des 19. Jahrhunderts (Code Napoléon und BGB) entfaltete sich diese Rechtsideologie zum weltumspannenden Denksystem für eine globalisierte Wirtschaft, während das mangels gelehrter Jurisprudenz den Advokaten überlassene Common Law sich der Kautelarjurisprudenz widmete und praktische Rechtsformen entwickelte. Dies erwies sich später als Vorteil, weil es im Übergang vom Handels- zum Industriekapitalismus nicht durch die Hierarchien vorhandener Theorieansätze gefesselt war. Während der Eigentumsbegriff im Zivilrecht als Sacheigentum bis heute eingefroren ist, entwickelte das Common Law flexibel ausdehbare Property Rights. Während sich der Vertragsbegriff der Zivilrechtsländer in der Ideologie des freien Willens von den faktischen Zwängen ökonomischer Wirklichkeit¹¹ entfernte, wurden der Trust und der standardisierte Wille in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Regeln des Common Law zur reasonable expectation fortentwickelt, die den Sieg des Empfängerhorizontes über den freien Willen in der Wirtschaft unterstützte.

Im **Arbeitsrecht** mussten dagegen Rechtsvorstellungen zum Gegenseitigkeitsprinzip und Synallagma, zum individuellen Willen, einer fiktiven Vertragsfreiheit und der Abstraktion von Zeit und Gruppe ignoriert werden. Daraus erfand sich kurzerhand eine separate Rechtsideologie, die in einem gesonderten Rechtsgebiet mündete, das alle Verbindungen zur offiziellen Rechtsform zerschnitt. Als Ausnahmerecht übernahm es überholte Denkmodelle vorkapitalistischer Wirtschaftsformen (Treue und Fürsorge, Allgemeinwohl und Quasi-Staat), um den neuen Gedanken von Zeit und Kollektiv den Durchbruch zu verwehren und soziales Denken als rechtsimmanent auszuweisen. Ähnliches passierte in anderen Bereichen des Wirtschaftsrechts. So wurde etwa die Ideologie der unbegrenzten Geldschuld durch ein immer ausgeklügeltes Konkurs- und Insolvenzrecht vor Ent-Täuschung bewahrt. Die Beschränktheit des Sacheigentumsbegriffs (§ 903 BGB) wurde durch ein wucherndes Recht zu Patenten, Gebrauchsmustern, Erfindungen, schöpferischen und weniger schöpferischen Werken vor Desavouierung bewahrt. Das immer kläglichere Dasein der Geldforderung als Ausdruck individueller Gläubiger-Schuldner-Beziehung verschwand in den neuen Gebieten des Wertpapierrechts, der Verbrieftung und Unternehmensbeteiligung. Das Unternehmensrecht bewahrte schließlich die Vorstellung über das gewollte vertragliche Zusammenwirken mehrerer arbeiten-

⁹ Zimmermann, The law of obligations, 1996.

¹⁰ Grossi, Locatio ad longum tempus, 1963.

¹¹ Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, 1957.

der Unternehmer in der BGB-Gesellschaft vor Obsoleszenz, indem das feudale Statusrecht der rechtsfähigen Vereine zur unverständenen aber durchaus funktionalen Grundlage des Unternehmensrechts (Aktiengesellschaft, GmbH, eG etc.) werden ließ.

Die **Täuschungen der Zivilrechtskodifikationen** des 19. Jahrhunderts sind in weiten Teilen der Wirtschaft heute ideologische Grale, die zwar für die Praxis der internationalen Wirtschaft unbedeutend geworden sind, gleichwohl aber die angehenden Juristen in ein apologetisches, der Stagnation verpflichtetes ideologisches Denken einweisen. Dieses Denken verhindert, dass neue Rechtsformen entwickelt werden, die die längst fällige Ent-Täuschung über das bestehende Recht so begrenzen, dass der Mut zur Nutzung der Möglichkeiten der Rechtswissenschaft bei der Gestaltung einer produktiven und zugleich friedvollen Zukunft gefasst wird.

Ein Höhepunkt in dieser wachsenden Dysfunktionalität von Recht in der modernen Wirtschaft entsteht im EU-Recht, das sich im Entwurf eines Europäischen Vertragsrechts (**DCFR**) ein Denkmal setzen wollte. Es reduzierte alle modernen Entwicklungen auf die Ideo-Logien des frühen 19. Jahrhunderts und verfolgte mit seinem Effizienzgedanken der ökonomischen Analyse des Rechts die Abdankung des staatlich gesetzten gerechten Rechts in der Wirtschaft zugunsten der Ausübung faktischer Macht durch die größten Wirtschaftseinheiten im Namen einer auf produktive Erfolge verengten Vertragsfreiheit. Der Machtanspruch großer Unternehmen wird als faktische Notwendigkeit ins Recht übernommen, wobei feudale Rechtsformen (buy out, squeeze out, hostile overtake, exclusion, shareholder value, hire and fire, Leiharbeit, Vertragsverkäufe, sale out lease back) eine Ordnung vorspiegeln, die es so nicht mehr gibt.

Das Ganze wird durch eine **Ökonomisierung der Rechtssprache** befördert. Sie ist im Common Law vollendet und wird in den EU-Richtlinien unter dem Deckmantel, dass sie ja nur Richtschnur für dogmatische Regelungen im nationalen Recht seien, genutzt. Tatsächlich wird aber das nationale Recht in den meisten Staaten, außer in Frankreich und Deutschland, durch die wörtliche Übernahme oder gar die unmittelbare Geltung dieser Richtlinien ersetzt. Die ökonomische Rechtssprache ersetzt die Form der Regel durch ihren Zweck und delegiert die Rechtssetzung an die zur teleologischen Auslegung ermächtigten Verfahren, deren Politik damit an die Stelle der Rechtssicherheit tritt. Der prinzipielle Unterschied zwischen ökonomischen und rechtlichen Begriffen wie Kredit und Darlehen, Verbraucher und Käufer, Unternehmen und Gesellschaft, Leasing und Mietvertrag, Arbeit und Dienstleistung, Eigentum und Verwertungsrecht ist dem anwendenden Juristen heute nicht einmal mehr bewusst. Die Bedenken, die die Methodenlehre Jahrhunderte lang gegen die teleologischen Auslegung hegte, sind vom Gesetzgeber mit einer ökonomischen Begrifflichkeit, die am (markt-)wirtschaftlichen Zweck ansetzt, hinweggefegt worden.

D Warum brauchen wir eine neue Vertragsrechtsdogmatik?

Warum ist nun eine rechtswissenschaftliche Begleitung und eine stetige **Ent-Täuschung** mit konstruktiver Neubestimmung aus dem Bewusstsein des Alten und seinen Funktionen heraus, wie es in der Geschichte der sich ablösenden Reiche und Machtzentren immer wieder erfolgreich durchgeführt wurde, wichtig? Reicht es nicht aus, dass man das abstrakte Recht (so wie die Institutionen des Gaius zu den *Digesten*) als Lehrbuch zum Grundverständnis begreift, während man das konkrete Recht immer pointillistischer an die wirtschaftliche Realität heranführt? Soll nicht die Effektivität des Rechts dadurch erhöht werden, dass es sich an die bestehenden Machtverhältnisse anpasst und denen Recht gibt, die es ohnehin durchsetzen können? Ist nicht eine einheitliche Rechtsüberzeugung in einer globalisierten Welt eine Utopie mit schwindendem Realitätsgehalt und letztlich überflüssig, weil planerisches Vorausdenken in immer kurzlebigeren Wirtschaften ohnehin keinen Platz mehr findet und systemische Anschauungen die Entfaltung der Produktivkräfte eher behindern denn fördern?

Die aktuelle **Stagnation der Rechtssystementwicklung** hat juristische Arbeit von einer Wissenschaft zu einem Handwerk mit standardisierten Verfahren der Interessendurchsetzung degradiert. (1) Das Absterben einer für die Konfliktbewältigung moderner Gesellschaften funktionalen Rechtsform wird zum allmählichen Absterben von Recht als Form selbst beitragen und damit die Gefahr erhöhter Gewalt bei der Konfliktbewältigung hervorrufen, die eine globalisierte Wirtschaft am meisten zu fürchten hätte. (2) Die in Jahrtausenden geleistete Arbeit an einer bis in die Details diskutierten und ausgestalteten Rechtsideologie, die für sich Akzeptanz und Nachvollziehbarkeit beanspruchte und zugleich soziale Probleme zu schlichten versuchte, geht ohne Ent-Täuschung verloren.

Die für die **Funktion von Recht** in der Moderne erforderlichen Rechtsformen müssen erst noch entwickelt werden. Die Arbeit ist aber weitaus grundsätzlicher als in den vorangegangenen Jahrtausenden. Hatte es seit der Raub- und Sklavengesellschaft über die Handelsgesellschaften bis hin zum Kapitalismus des 19. Jahrhunderts eine kontinuierliche Entwicklung neuer Rechtsformen gegeben, die *Hegel*, *Kant* und *Rousseau* in den zentralen Kategorien von (Kauf-)Vertrag und (Sach-)Eigentum sahen, so versteht sich die Wirtschaft schon längst als Kredit- und Dienstleistungsgesellschaft, die mit den alten Denkmodellen nicht mehr hinreichend beschrieben werden kann.

E Welche Rechtsformen braucht die Kreditgesellschaft?

Die moderne **Kreditgesellschaft** erschafft erst die Begrifflichkeit, unter der die historische Rechtsentwicklung verstanden und die Elemente einer adäquateren Rechtsideologie für Gegenwart und Zukunft entdeckt werden können. So schädlich die Ersetzung der rechtlichen durch eine wirtschaftliche Begrifflichkeit in den Gesetzen und Verträgen für die darin geronnene Dogmatik und ihre Gerechtigkeitsvorstel-

lungen ist, so hilfreich ist sie jedoch, die Entwicklung der Rechtsform zu entdecken und zu verstehen. Das Besondere der Kreditgesellschaft besteht darin, dass sie das Element der Zeit – nach einem Jahrtausende andauernden Prozess seiner Eliminierung aus der Rechtsideologie – der Wirtschaft wieder zurückbringt.

Die herrschende Rechts-Ideologie des 19. Jahrhunderts tat sich nach Jahrhunderten der Entzeitlichung durch den Siegeszug des Kaufvertragsdenkens schwer, die Zeit wieder beachten zu können. Dies zeigt sich exemplarisch in ihrer begrifflichen Unfähigkeit, den **Kredit** adäquat zu erfassen. Der Kredit ist zur zentralen Figur hinsichtlich der Organisation der weltweiten Kooperation in der Wirtschaft zur Erzielung höherer Produktivität in der Arbeit aufgestiegen. Der Kredit als Wirtschaftsbegriff bezeichnet zum einen die Nutzung von Produktionsmitteln für die Ermöglichung eigener produktiver Arbeit und zum anderen die Nutzung erarbeiteter Sachen (Sachmiete) und schließlich die der Kaufkraft (Geldmiete). Kredit umfasst daher jede Form der geordneten ungleichzeitigen Kooperation, bei der verschiedene Menschen aus unterschiedlichen Motiven gezielt zusammenarbeiten wollen. Diese Motive können sowohl unmittelbare Bedürfnisse (Hunger, Durst, Schutz), Machtausübung (Sklaverei, Raub) oder auch der bloße tatsächliche oder eingebildete Eigennutz (Profit) sein. Kredit ist damit eine Kategorie, die allen Wirtschaftsformationen zugrunde liegt, der sich aber erst in der Kreditgesellschaft zu einem einheitlichen Begriff entwickelt hat.

War die **Kooperation** das Ziel jeder Wirtschaftsform, so ist Kredit die technische Umsetzung dieser Kooperation unter den Bedingungen der Ungleichzeitigkeit. So gibt sich der Handwerker selbst Kredit, wenn er mit seiner Arbeit nicht Konsumgüter, sondern Werkzeuge (Investitionsgüter) schafft, mit denen er *später* produktiver arbeiten kann. Der Bauer kreditiert seine Arbeit, wenn er die Körner aussät, statt sie zu essen. Kredit ist für beide die Verausgabung von Lebenszeit für eine Leistung, deren Nutzung aufgeschoben ist. Insofern kooperiert der Einzelarbeiter mit sich selbst, indem er auf vergangene Lebenszeit zurückgreift, bei der die Entbehrung das kreditierte Produkt hervorgebracht hat. Diese Form bestimmt die natürliche Reproduktion der Familien, bei denen Kinder aufgezogen werden, denen Leistungen zugeführt werden, die sie auf Kredit erhalten und mit einer späteren Leistung (ihrerseits Kinder aufziehen oder Alte zu versorgen) zu entgelten haben. Seine Entfaltung schafft der Kredit aber erst bei gesellschaftlicher Produktion und Kooperation. Hier stellt jeder Beteiligte sich selbst, einem anderen oder der Gesamtheit die eigene vergangene (Eigentum, Ertrag, Produkt, Geld), gegenwärtige (kooperative Arbeit) oder zukünftige (Darlehensaufnahme, Wertpapier) Arbeitszeit zur Verfügung. Kredit bedeutet dabei nicht mehr und nicht weniger als die vom Inhaber freiwillig bereitgestellte Nutzung fremder Ressourcen.

Die Wirtschaftswissenschaften reduzieren Kredit auf **Geld**, Nutzung auf **Kapital**nutzung und verdecken ihre Sprachlosigkeit durch Anleihen im Recht.

Nach der deutschen Ausgabe von Wikipedia ist Kredit die „*Gebrauchsüberlassung* [von Geld (Banknoten, Münzen, Giralgeld) oder vertretbaren Sachen (Warenkredit)] *auf Zeit*“, wobei in den eckigen Klammern nur Beispiele stehen können. Die englische Definition hebt zwar die Beschränkung auf diese Beispiele auf (*resources*), ersetzt dann aber die *Zeit* durch temporäre Vorenthaltung (*does not reimburse*) und verlangt bei der Forderung, dass ein juristischer Titel vorliegen müsse

(„*generating a debt*“). Mit der „Schuld“ ist Kredit dann doch wieder Geldschuld. Insgesamt heißt es: „Credit is the provision of resources (such as granting a loan) by one party to another party where that second party does not reimburse the first party immediately, thereby generating a debt, and instead arranges either to repay or return those resources (or material(s) of equal value) at a later date. It is any form of deferred payment.“ Die Definition stiftet durch ihr Durcheinander von Recht, Ökonomie und faktischem Verhalten mehr Verwirrung als Sinn. Die französische Ausgabe („Un crédit est une créance pour un prêt ou plus généralement une ressource pour l'entreprise.“) ist dann eher ein Beispiel für einen Kredit als eine Definition. Die italienische Ausgabe behauptet dagegen, dass Kredit kein ökonomischer, sondern ein Rechtsbegriff sei („In diritto il credito è la situazione giuridica soggettiva attiva del rapporto obbligatorio, ossia il diritto del creditore all'esecuzione della prestazione dovutagli dal debitore.“), was zu einem Zirkelschluss führt. Insgesamt führt die ökonomische Reduktion von Kredit auf Gelddarlehen und Geldstundungen zu einer ahistorischen Verkürzung gesellschaftlicher Sachverhalte, die weder vom Wort her gerechtfertigt noch sinnvoll ist. Die Ökonomie hat das Wort „Kredit“ nicht als Konzept, sondern (zudem eher beiläufig) zur Beschreibung einer Banktechnik benutzt. (*Keynes*, *The General Theory of Employment, Interest and Money*; *Adam Smith*, *Wealth of Nations*) und stattdessen die Begriffe Zinsen, Kapital und Geld zur Erklärung von Wirtschaft vorgezogen, obwohl Geld nur eine Form eines Kredites darstellt. Sie setzt beim Kredit somit erst auf der zweiten Stufe der Begrifflichkeit an. Wenn Kredit schließlich in der Praxis der Banken „als die Bereitstellung und Inanspruchnahme von Kaufkraft“ definiert wird, so benutzt man damit in der Wirtschaft die Vorgabe von Art. 3 (c) Richtlinie 2008/48/EG (Verbraucherkreditrichtlinie) („grants or promises to grant ... credit in the form of a deferred payment, loan or other similar financial accommodation“). Dadurch wird der Kreditbegriff nur verrechtlicht und durch Rechtsformen wie (Geld-)Darlehen, Stundung und Finanzierungshilfe erklärt. Ökonomie schafft Rechtsform, die wiederum die Wirtschaft erklärt – ein ideologischer Zirkel.

Der **Kreditbegriff** ist zur Rechtsform weder geeignet noch als solcher historisch entwickelt worden. Zwar benutzt das öffentliche Recht für die Beaufsichtigung der Geldwirtschaft den zweckorientierten Kreditbegriff (Kreditinstitut, Kreditvergabe, Kredite etc.). Dies geschieht aber lediglich, um den Anwendungsbereich einer Norm zu klären. Entsprechend erfolgt auch die Nutzung des Kreditbegriffs als Bestimmung des Anwendungsbereichs von Verbraucherschutzregeln. Für eine rechtsförmliche Festlegung der Leistungen im vertraglichen Synallagma taugt der Begriff jedoch nicht. Das zeigt schon seine ideologische Aufladung, wenn zu seiner Erläuterung auf seine angeblich etymologische Bedeutung und auf den lateinischen Wortstamm „*credere*“ (vertrauen) hingewiesen wird, der das Vertrauen des Kreditgebers in die Rückzahlungsfähigkeit des Kreditnehmers zum wichtigsten Prinzip erhebe. In dieser allgemein repetierten Unterstellung kann man unschwer die an das Recht gerichteten Interessen der Finanzwirtschaft erkennen, die aus dem Mangel der Kreditrückzahlung einen Vertrauensbruch ableiten möchten, der überdeckt, dass jeder Zugriff auf künftiges Vermögen gerade auch für den Investor den Charakter einer sozialen Wette hat.

Etymologisch gab es den Kredit erst im aufblühenden Kapitalismus des 19. Jahrhunderts. Frühere Zeiten benutzten stattdessen Begriffe wie Darlehen, *locatio conductio*, *mutuum*, *prêt*, *prestito*. Das *Creditum* war eine Schuld und kein Darlehen. Es entstand mit jeder Forderung. Daher heißt bis heute im Englischen wie auch in den romanischen Sprachen jeder Forderungsinhaber „Gläubiger, creditor, créateur, creditore“ und etwa durchgehend im italienischen *Codice Civile* jede Forderung „credito“ (z. B. Art. 1992 ital. cc) während der *Code Civile* und das BGB hier von

Forderung, creance bzw. Schuld oder Verpflichtung (dette, obligation) sprechen (z. B. Art. 1210 frz. cc; § 362 BGB). Sie meiden aus gutem Grund den Kreditbegriff (Kredit, crédit) als Rechtsbegriff zur Charakterisierung von Leistungen. Eine Schuld hat daher nichts mit dem zu tun, was wir in der Geldwirtschaft als „Kredit“ bezeichnen. Der Begriff ist Teil einer Moralisierung von kooperativen Nutzungsverhältnissen. Auch die feudalen Nutzungsverhältnisse kannten solche moralischen Untermauerungen, wenn Unterwerfung, Gehorsam und Steuer („Gebt dem Kaiser, was des Kaisers ist“) als gottgefällig dargestellt wurden. Der „Zehnte“, „Hand- und Spanndienste“ waren moralisch als Gemeinschaftsaufgaben ausgestattet.

Die **Forderung** („credito“) entsteht allein aus der Idee des modernen Tausches, wonach Verpflichtung und Erfüllung rechtlich auseinanderfallen und die Verpflichtung ein subjektives Recht hervorruft. Die Lebenszeit als Element der Leistung ist für das, was wir heute ökonomisch unter Kredit verstehen, im Forderungsbegriff ebenso wie im creditum („Schuld“) irrelevant. Jede Verpflichtung lässt automatisch eine Schuld entstehen. Daraus erwächst grundsätzlich ein Gläubigerisiko, weil die Erfüllung mit der Entstehung der Schuld nicht mehr zusammenfällt, wie dies noch in den Anfängen des römischen Rechts der Fall war.

Der Begriff „Kredit“ und damit auch der Begriff der „Kreditgesellschaft“ (credit society, société de crédit) beruht daher auf einer Täuschung, die jedoch begrifflich so etabliert ist, dass man seine Nutzung als beschreibenden Begriff für Kapitalnutzungsverhältnisse um den Preis der Unverständlichkeit nicht vermeiden kann. Es ist daher kaum möglich, sich mit diesem Begriff als Zentralbegriff zur Analyse von Rechtsformen menschlicher Kooperation durchzusetzen. Eine die Rechtsform entwickelnde Analyse kann jedoch von einer die Summe der als Kredite bezeichneten Rechtsphänomene umfassenden Begrifflichkeit nicht absehen. Dies ist umso wichtiger, als mit dem Begriff der „Finanzdienstleistungen“ (financial services, service financière) bereits eine weitere Ideologisierung in der Ökonomie bezeichnet wird, in der die reine Bereitstellung von Kapital bereits als eigene „Arbeit“ bzw. „Dienstleistung“ angesprochen wird, worin der Charakter dessen, was wir unter Kredit verstehen, von der ursprünglichen Kooperation zu einer Leistung der Kapitalbesitzer wird. Im Kredit wird in Geld gefrorene Zeit geleistet. Er ist damit eine indirekte Dienstleistung, die mit der Vermittlung von Krediten, wie sie die Banken allein vornehmen, nichts zu tun hat.

Historisch hat es also den Begriff Kredit nicht gegeben. Er ist eine Setzung der kapitalistischen Wirtschaftsordnung des späten 19. Jahrhunderts, der erst Ende des 20. Jahrhunderts zur Charakterisierung umfassender Nutzungsverhältnisse angewandt wurde. Dies gilt auch für Beschreibungen von Banken als Kreditinstitute (istituto di credito), die früher als Bank, Kasse, (banca, cassa) bezeichnet wurden. Das, was er heute – reduziert auf das Geldsystem – bezeichnet, hat es jedoch immer gegeben: die Nutzung der Arbeit anderer Personen in direkter oder thesaurierter Form. Dass das Wesentliche im Kredit die Zeit ist, hat das Reichsgericht Anfang der 1920er-Jahre erkannt, als es in der Wucherrechtsprechung als wesentliche Leistung des Kreditgebers die Bereitstellung von Zeit ansah und dem Kreditgeber zwar die Zinsen nahm, aber den Anspruch auf Kapitalrückzahlung beließ. Anders als § 607 BGB a. F. bestimmte, war die (verwirkte) Leistung eben nicht die Hingabe des Ka-

pitals, sondern die Zeit seiner Nutzung. Auf diese Weise entwickelte die deutsche Rechtsprechung gegenüber Wucherern ein Recht des Bewucherten auf einen unentgeltlichen Kredit.

Ist der Kredit somit eine Nutzung von Arbeitszeit, so erfährt er seine entscheidende Erweiterung dadurch, dass sich **Arbeit im Kapitalismus** in verschiedenen Formen vergegenständlichen kann.

- (1) Das direkteste Kreditverhältnis in der Marktwirtschaft ist der **Arbeitsvertrag**. Hier findet eine unmittelbare Nutzung der bereitgestellten Produktionsmittel durch den Arbeitnehmer statt, der damit in die Lage versetzt wird, auf hohem Niveau produktiv und kooperativ zu arbeiten. Gleichzeitig belässt er jedoch entsprechend dem gesellschaftlichen Charakter seines Arbeitserfolges das Werk beim Arbeit(smittel)geber und erhält dafür einen gesellschaftlich durchschnittlich berechneten Werklohn. Er hat also eine Kreditbeziehung zum Arbeitgeber, weil er dessen Sachkapital in Form der Produktionsmittel, seine Organisation und Leitung des Betriebes für die produktive Verwendung seiner Arbeitskraft nutzen kann. Als Werkunternehmer stellt er die Arbeitsergebnisse unter die Bestimmung des Auftraggebers und nutzt dessen Kapital und Einrichtungen bzw. zumindest dessen Fähigkeit, sein Kapital in eine kooperative Leistung so einzufügen.
- (2) Bei der Nutzung von Sachkapital werden Arbeitsmittel im weitesten Sinne (inkl. solcher Mittel für die Konsumarbeit wie eine Wohnung oder ein Pkw) „vermietet“ oder „geleast“.
- (3) Bei der Nutzung von Geldkapital ist die höchste Abstraktionsstufe von Kapital erreicht: Arbeitszeit verwandelte sich als Produkt in Sachkapital, Dienstleistungen in Geldkapital. Da Sachkapital ebenfalls in Geld getauscht wird, nutzt der Darlehensnehmer im **Darlehen** die gesellschaftlich aufgehäuften Arbeitsprodukte anderer. Umgekehrt verschafft er dem Geldkapitalgeber eine Mitnutzung an den unmittelbaren Früchten seiner Arbeit, dem zukünftigen Arbeitslohn.

F Wodurch sind soziale Nutzungsverhältnisse bestimmt?

Kredit ist somit eine Form menschlicher Kooperation in der Zeit. Die dem römischen Recht entnommene juristische Definition von Kredit als „Bereitstellung und Inanspruchnahme“ (locatio conductio) von Kapital gibt somit einen korrekten Hinweis auf dieses Nutzungsverhältnis, weil die Bereitstellung die Nutzung der im Geldkapital und die Inanspruchnahme die Nutzung der in den Arbeitsprodukten enthaltenen Arbeit beinhaltet. Während diese „ent-täuschende“ Trennung des nur noch einseitig gedachten Kapitalnutzungsverhältnisses im Darlehen korrigiert werden muss, muss umgekehrt die täuschende Trennung der Kapitalnutzung in scheinbar grundverschiedene Nutzungsarten wie Arbeitsvertrag, Miete und Darlehen überwunden werden. Da nämlich alle Kapitalformen gegeneinander austauschbar sind, spielt es für das Verständnis der ungleichzeitigen Kooperation im Kredit keine Rolle, auf welche Nutzungsverhältnisse diese Rechtsformen anzuwenden sind.

Arbeitsvertrag, Verbraucherkreditvertrag und Wohnraummietvertrag beziehen sich somit auf strukturell gleiche Nutzungsverhältnisse. Während die Bereitstellung des Arbeitserfolges im Arbeitsvertrag direkt erfolgt, erfolgt sie in den beiden anderen Verträgen indirekt über die Beteiligung am Arbeitseinkommen. Soziale Probleme wie Einkommenslosigkeit („Arbeitslosigkeit“), Obdachlosigkeit und Überschuldung machen sich daher ebenso wie Kurzarbeit, Einkommensenkung, Krankheit, Unfall, Invalidität, Trennung und Verbrechen in allen Formen bemerkbar und provozieren analoge Schutzmechanismen im Recht (Lohnfortzahlung, Pfändungsschutz, Nutzungsfortdauer).

Zur notwendigen Ent-Täuschung hinsichtlich der Begrifflichkeit sozialer Lebenszeit-Schuldverhältnisse gehört aber auch die klare **Trennung von ökonomischer und juristischer Begrifflichkeit**. Arbeit, Konsum sowie Wohnen sind keine Rechtsformbegriffe, sondern sozial-ökonomische Zwecke, die den Telos der gesetzlichen Eingriffs- und Schutzrechte widerspiegeln. Es geht somit nicht um den Schutz jeder Tätigkeit, jedes Aufbrauchs und jeder Hausnutzung, sondern solcher (re)produktiver leistungsbezogener Tätigkeiten, für die ein Schutz als notwendig angesehen wird. Es handelt sich somit rechtsförmlich um Mietverträge, mit dem Zweck der Leistung von Diensten für abhängige Arbeit, um Mietverträge zur Sachnutzung zum Zweck des Wohnens und um Mietverträge mit dem Zweck der Geldkapitalnutzung für Konsumzwecke. Arbeit, Konsum und Wohnen sind – ebenso wie Dienste, Sachen oder Geld – eigene Bestimmungen, die nicht den Vertrag, sondern nur die gesetzlichen Eingriffe in dessen Freiheit begrenzen sollen. Sie sind eine rechtliche Umsetzung des vor allem aus den Verbraucherschutzrichtlinien der EU bekannten Prinzips des „Umgehungsverbotes“, das der Rechtsformwahl die Freiheit verwehrt, die Natur des Vertrages sowie den ökonomischen Zweck der Schutzgesetzgebung zu umgehen.

Aufschluss über das Verständnis sozialer Nutzungsverhältnisse bietet die **römische Rechtsgeschichte**. Die im römischen Recht über 2300 Jahre lang erfolgte Entwicklung von Rechtsformen zu den Nutzungsverhältnissen von Arbeit (*Kredit*) in ihren verschiedenen Formen (Werk, Leibeigenschaft, Sklaverei), Sachkapital (Arbeitsmittel und Grundstücke), Organisationskapital (Know-how, Leitungsfunktion, Patente, Erfindungen, Kompetenz) und Geldkapital (vertretbare Sachen, Forderungen, Geld) ist gut dokumentiert. Ihre praktischen Funktionen für die Ordnung der Wirtschaft kann aus dem Fallrecht der verschiedenen Epochen – angefangen bei der frühen Agrarwirtschaft (feudale Struktur) zu den Überschusswirtschaften wie Eroberungswirtschaft (Arbeitskräfteraub, Sklavenimport aus Kriegsgefangenen), Besatzungswirtschaft (Tribut, Sachraub), Handelswirtschaft (ungleicher Tausch), Handelskapitalismus (oberitalienische Städte) bis hin zum Industriekapitalismus des 19. Jahrhunderts (historische Rechtsschule, Common Law) und der heutigen Kreditgesellschaft – abgelesen werden. Sie sind niemals in Reinkultur, sondern überlappend und gleichzeitig mit unterschiedlicher Dominanz aufgetreten.

Die Entwicklung der Rechtsinstitute erschließt sich, wenn der ökonomische Kern der Kapitalformen zur Definition benutzt wird. So unterscheidet die Institutionenökonomik unter dem Stichwort „**Verfügungsrechte**“ im „Eigentum“ entsprechend der historischen Entwicklung das Recht, ein Gut zu nutzen, damit

Einkommen zu erzielen oder es zu übertragen. Da das geschriebene Recht sich auch bei praktischer Obsoleszenz nur erheblich langsamer umwälzt als die Realität, finden wir bis heute vor allem im französischen Code Civil, aber auch im BGB, die für zeitliche Nutzungsverhältnisse von Arbeit typischen Rechtsformen aller Epochen. Danach lassen sich drei Stadien unterscheiden: (1) das feudale Grundeigentum, das die Nutzungsverhältnisse als Abspaltung von Machtbefugnissen bei prinzipiell nicht übertragbarem Eigentum im Sachenrecht durch Servitude, Grunddienstbarkeiten, Usus fructus (usufruit (Art. 619 cc); Nießbrauch) und anderen sachenrechtlichen Eigentumsderivaten ohne Rückgriff auf das Vertragsrecht regeln konnte, (2) das Stadium der Gewährung von Lehen, die eine vertragliche Abspaltung vom Eigentum zulassen und die unentgeltliche Nutzung in den drei *Realverträgen*: Darlehen, Verwahrung und Auftrag (mutuum/prestitum, depositum, mandatum, commodatum) (frz.: prêt, mandat, commodat, dépôt) regeln, sowie (3) das Stadium marktwirtschaftlicher Nutzungsrechte, die in der locatio conductio (louage, Miete) ihre Rechtsform fanden. Grundeigentum (usufructus), Lehen (prestitio) und Miete (locatio) verkörpern daher die Geschichte der Kapitalnutzungsverhältnisse in verschiedenen Wirtschaftssystemen.

Für alle Nutzungs- oder Kreditverhältnisse in der Marktwirtschaft ergibt sich damit eine gemeinsame Rechtsform, die das bezeichnet, was übrig bleibt, wenn aus dem Arbeitsvertrag Arbeit und Dienste, aus dem Darlehen Geld und Konsum und aus dem Mietvertrag Sache und Wohnen entfernt werden. Diese Form hatte das römische Recht als *locatio conductio* bezeichnet, deren Logik auf die Arbeit (operarum (servi), operis), die Sachen (rei) sowie die vertretbaren geldähnlichen Gegenstände (specialis) übertragen wurde. Im Deutschen Recht ist es die Miete.¹² Im französischen Code Civil findet sich die allgemeine Mietvertragsdefinition der locatio conductio in Art. 1709 cc: „faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps“. § 535 BGB ebenso wie Art. 1572 ital. cc haben dies wörtlich übernommen, wenn es heißt: „Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren“ bzw. „far godere all'altra una cosa mobile o immobile per un dato tempo“. Nutzung und Zeit sind danach die zentralen Elemente dieser allgemeinsten Rechtsform für Arbeitsteilung und Kooperation über Human-, Sach-, Geld- und Organisationskapital. Das französische Recht bezieht ausdrücklich die Arbeit mit ein. Der erste Artikel der Miete in 1708 bestimmt: „Il y a deux sortes de contrats de louage: Celui des choses, et celui d'ouvrage.“ Der „contrat de louage de service personnel“ gilt demnach noch für Hausangestellte, Knechte und Mägde in Art. 1667 cc, so wie die deutsche Dienstmiete¹³ oder Gesindemiete des 19. Jahrhunderts.

Bei der **Geldmiete** war die Vorstellung, wonach man „Geld nutzen“ könne und es damit an sich bereits „produktiv“ sei, für eine weitgehend noch feudal-agrarische Gesellschaft undenkbar. Die kanonischen Zinsverbote, wie sie die Enzyklika Vix Pervenit von 1745 erläutert, die Meinung des *Aristoteles*, dass Geldverleiher Diebe seien, machten eine locatio conductio pecuniae indiskutabel. Das einzige Abstrak-

¹² Vgl. die allgemeinen Definitionen noch bei Brückner, Die Wohnungsmiete nach gemeinem Recht, 1877; Niendorff, Das preußische Mietsrecht, 2. Aufl., 1887.

¹³ Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1887, § 399.

tum für die Religionsstifter, die den Zusammenhalt einer noch vorkapitalistischen Gesellschaft zu organisieren hatten, war Gott, der nicht durch ein goldenes Kalb ersetzt werden konnte, bevor das rationale (Natur-)Recht Geld und Zins den Raum gab, den schon die anderen Kapitalformen seit Langem besaßen. Jesus, Mohammed und Buddha haben daher die Geldmiete verteufelt, aber Raum für die Kapitalmiete in anderen Bereichen gelassen. Während bei der Sach- und Dienstmiete ideologisch bereits früh kapitalistisches Tauschdenken möglich war und man daher die *locatio conductio* nicht unter den unentgeltlichen Leihensverhältnissen des *depositum* und *mandatum*, der Verwahrung (§ 688 BGB, Art. 1915 cc) und des Auftrags (§ 662 BGB, Art. 1986 cc) verstecken musste, hat sich die Geldmiete als höchste Form kapitalistischer Abstraktion von der Arbeitszeit der Menschen und ihrem gesellschaftlichen Produktivitätserfordernis über die Formen des reziproken Tauschens wie unentgeltliche Schenkung (*prestitum*) oder Verwahrung (*mutuum*) mit separatem Zinsvertrag den Weg gebahnt, während die synallagmatische Geldmiete gleichbedeutend mit dem Wucher (*usura*) war. Die Vereinbarung des Entgelts (der Zinsen) war zunächst verpönt und wurde nur als Schadensersatz zugelassen. Die Aufteilung des Darlehens in eine bloße Hingabe und eine Rückgabe vertretbarer Sachen mit einem getrennten Vertrag (*stipulatio*) über die Zinsen erreichte aber ein ähnliches Ziel. Versuche einer direkten Anwendung hatte es durchaus gegeben. Schon im römischen Recht wurde gelegentlich die *locatio conductio* für die Geldmiete verwandt. Für vertretbare Sachen, also Dinge, die nach Art und Zahl bewertet wurden, hatte man die *locatio conductio specialis* entwickelt, die dem Umstand Tribut zollte, dass es – anders als bei der Sach- und Sklavenmiete – auf die Rückgabe des gemieteten Gegenstandes nicht ankommen durfte.

Die „Geldmiete“ fehlte jedoch nur scheinbar in den Zivilrechtskodifikationen. Sie wurde vielmehr durch den **Darlehensbegriff** des *prestitum* oder *mutuum* (*loan*, *prêt*, *prestito*) substituiert, unter dessen realvertraglicher Begrifflichkeit sie sich allmählich durchsetzte. Tatsächlich ist das Darlehen in allen Rechtsordnungen zu einem modernen Mietsurrogat geworden, das sich der Geldwirtschaft als Rechtsform anbot.¹⁴

Das deutsche und das französische Recht kennen bis heute die **locatio conductio specialis** in Form eines Sachdarlehensvertrages (§ 607 BGB). Im französischen Recht (*Du prêt à usage, ou commodat* Art. 1875 cc) stellt sie sogar die Grundlage der Geldmiete dar, weil erst im dritten Abschnitt nach dem *Sachdarlehen*, das den Verbrauch der geliehenen vertretbaren Sachen erlaubt (*Du prêt de consommation, ou simple prêt* Art. 1892 cc), verschämt das entgeltliche Gelddarlehen folgt. (*Du prêt à intérêt*. (Art. 1905 cc). In Deutschland ist diese Verwandlung des *prestitum/mutuum* zur *locatio conductio specialis* erst in der Zivilrechtsreform 2002 durchgesetzt worden. Aus den heute noch in den französischen und italienischen Gesetzen benutzten Definitionen, wonach nicht die Zeit, sondern Hingabe

¹⁴ Ausführlich Nogler/Reifner-Reifner, *Life Time Contracts. Social Longterm Contracts in labour, tenancy and consumer credit*, 2014, S. 289–304.

und Rückgabe des Geldes entscheidende Elemente des Vertrages sind, der nicht durch Willen, sondern durch Taten („real“) geschlossen wird,¹⁵ ist in § 488 BGB¹⁶ nunmehr der moderne Kreditbegriff des Common Law geworden, der im „Zur Verfügung stellen“ fast 100 Jahre nach der entsprechenden Entscheidung des Reichsgerichts die Zeit und Nutzung des Kapitals in den Mittelpunkt des Synallagmas stellt und sich von unentgeltlichen Realvertragsvorstellungen verabschiedet.

Die *locatio conductio* („Miete“, „Kredit“) bestimmt das **Grundverhältnis wirtschaftlicher Kooperation** durch gegenseitige Kapitalnutzung, dessen wesentliches Element die Zeit ist, die für eine gesellschaftlich anerkannte produktive Leistung verausgabt wird. Sie scheint dabei neben der anderen – weit besser erarbeiteten – Rechtsform der wirtschaftlichen Kooperation zu stehen, der *emptio vendita*. Diese wird im deutschen Recht auf den *Kauf* und in anderen Rechtsordnungen auf den *Verkauf* (sales contract, vente, vendita) verkürzt. Obwohl sie eine Kapitalnutzung auf die Lebenszeit des Käufers bzw. der Sache („lifetime“ steht im Englischen auch für Abnutzung) vermittelt, scheint das Zeitelement in dieser Rechtsform abwesend zu sein. Dies zeigt sich auch in der Bezeichnung als „Einmalschuldverhältnis“ (spot contract) zur Abgrenzung vom Dauerschuldverhältnis der *locatio conductio*. Tatsächlich ist die *emptio vendita* eine auf unendliche Zeit geschlossene *locatio conductio*, die von aller Rücksichtnahme auf die Lebenszeitinteressen des Nutzers („caveat emptor“) befreit war. Es ist diese „Rücksichtslosigkeit“, die dem Kaufvertrag zusammen mit einer globalisierten Tauschgesellschaft die Durchsetzung ermöglicht hat, hinter der der Sachmietvertrag bis zur Unkenntlichkeit zurücktreten musste. Nur bei den direkten Nutzungen der Arbeitskraft hat sich die soziale Rücksichtnahme des Mietvertrages erhalten, wobei der neuzeitliche Sklavenhandel in Amerika ebenso wie die Werkverträge des Scheinunternehmertums kaufrechtliches Denken und das Caveat-emptor-Prinzip bei der abhängigen Arbeit eingeführt haben, indem man die Selbstversklavung von der Abschaffung der Sklaverei ausnahm.

Der **Kaufvertrag** und die *emptio vendita* verbergen, dass es sich um ein umfassendes Nutzungsrecht an aufgehäuften Arbeitsprodukten handelt. Er ist untrennbar mit dem Eigentum verbunden. Tatsächlich wurden die Zeit und die Nutzung keineswegs aus dem Kaufvertrag eliminiert, sondern lediglich in das Eigentum verlagert, das zugleich zum zentralen Gegenstand des Kaufvertrages und – glaubt man dem französischen Code Civil – des gesamten Vertragsrechts wurde. Zwar begnügt sich der Kaufvertrag mit dem Tausch zweier Eigentümer: dem Eigentum an der Sache und dem Eigentum an dem Geld, die ihre „Herren“ (dominus) in einer logischen

¹⁵ „livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre“ bzw. § 607 BGB alter Fassung: „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten.“

¹⁶ „Durch den Darlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, einen geschuldeten Zins zu zahlen“.

Sekunde wechseln. Er ist damit sozio-ökonomisch gesehen zweck- und zeitlos. Gleichzeitig aber wird das Nutzungsrecht zum selbstverständlichen Inhalt des Eigentums erklärt und das Eigentum mit einer Ewigkeitsgarantie für den Eigentümer versehen. Lebenszeit und Gebrauch sind somit nur begrifflich verborgen, materiell jedoch weiter im Kaufvertrag präsent, was sich in der Moderne in der Entwicklung eines unabdingbaren fortdauernden Gewährleistungsrechtes für Verbraucher erkennbar gemacht hat. Die Abstraktion von Zeit und Nutzung und ihre Auslagerung im sachenrechtlichen Eigentum hat sich zur zentralen Rechtsform des 19. Jahrhunderts entwickelt. In der Rechtsdogmatik hat sich diese in der Trennung von Sachenrecht¹⁷ und Schuldrecht (Vertragsrecht) niedergeschlagen. Das Vertragsrecht kommt im Code Civil direkt nach dem Eigentum und behauptet, dass es ihm nur auf den Erwerb dieses Eigentums ankomme.¹⁸ Die Ent-Täuschung darüber, dass es genau umgekehrt ist – der Kaufvertrag schafft das Eigentum als Ort, um Arbeitszeit und Nutzung im Interesse seiner Tauschfähigkeit zu materialisieren, hatte *Hegel*, der das Eigentum noch als Bedingung der Freiheit und damit aus dem Vertrag ableitete, besser erkannt. Diese Sichtweise bestimmt auch das BGB.

Der **wirtschaftliche Erfolg der Kaufvertragsanschauung**, die zur beherrschenden Rechtsideologie aller marktwirtschaftlichen Ordnungen wurde, das feudale Lehns- und Statusrecht ablöste und damit die letzten 250 Jahre bestimmte, bewirkte die Elimination von Arbeitszeit und Lebenszeit konkreter Menschen aus dem Kaufvertragsdenken. Gerade die Verdrängung des Jansénismes durch *Pothier*¹⁹ sowie der deutschrechtlichen Schule durch die historische Rechtsschule bzw. des Vernunftrechts konnte zu einer Entpersonalisierung des Rechts führen, das so zugleich weltweite Kooperationsbeziehungen nach Ort und Zeit verschiedener Arbeiten erlaubte, ohne dass die Menschen noch miteinander in persönliche Beziehung treten mußten. An den Börsen, als dem abstraktesten Ausdruck der Kaufgesellschaft, werden Kredite als verbrieft Verträge („Kontrakte“) so gehandelt, als ob sie im Papier einen eigenen Wert besäßen und mit Menschen nichts mehr zu tun hätten. Der Kaufvertrag vermag es, den Computer aus der Arbeit vieler Menschen aus vielen Ländern rund um die Welt zusammenzustellen. Das Caveat-emptor-Prinzip befreite diejenigen, der die Nutzung bereitstellte, von der Verantwortung dafür, dass die Nutzungsmöglichkeit sich beim Nutzer auch „produktiv“ auswirkte.

Die **Produktivitätsgewinne** – durch ein von den Fesseln sozialer Beziehungen abgelöstes Tauschverhältnis – haben eine Globalisierung möglich gemacht, die wir mit den internationalen Kaufrechtsabkommen, den Freihandelsabkommen (UNCTAD, WTO) und Wirtschaftsgemeinschaften (EU, NAFTA, Mercosur etc.) weitgehend als abgeschlossen ansehen können. Wir haben heute andere Probleme als die rechtliche Förderung einer immer einfacheren Globalisierung und Durchlässigkeit wirtschaftlicher Kooperationen. Die Probleme des 21. Jahrhunderts sind

¹⁷ 3. Buch des BGB; Livre II Des biens et des différentes modifications de la propriété.

¹⁸ Livre III: Des différentes manières dont on acquiert la propriété.

¹⁹ Historische Gesellschaft der Deutschen Bank und Deutsche Bank Frankfurt 2005; vgl. Mannheim, *Ideologie und Utopie*, 8. Aufl., 1995, S. 135.

eher sozialer Natur und liegen bei der Koordinierung der Arbeit. Heute kooperieren Großunternehmen nicht mehr über den Kauf und Tausch, sondern über die strategischen Beteiligungen und kartellartigen Zusammenfassungen von Konkurrenten zu einem einzigen weltweiten Produktionsagenten. Kooperation ist zur internen Angelegenheit der Wirtschaftssubjekte geworden, die durch Dauerverträge und Organisation zu sichern ist. Die Kredit- und Dienstleistungsgesellschaft muss daher die Zeit in das Vertragsdenken zurückholen und das Caveat-emptor-Prinzip durch auf Vertrauen und gegenseitige Rücksichtnahme aufgebaute Dauerbeziehungen ersetzen. Die im Kaufrecht geschulten Juristen moderner Ausbildungsstätten sind daher für die internationale Kooperation nicht mehr ausreichend gerüstet, wo Kreditbeziehungen im weitesten Sinne und mietvertragliches Denken erst das erschließen, was Corporate Governance und die ökonomische Contract Theory von ihnen erwarten.

G Wie entwickelt sich eine Rechtsdogmatik sozialer Nutzungsverträge?

Es ist an der Zeit die **gemeinsamen Wurzeln** eines sozialen Nutzungsverhältnisses, das die Arbeitszeit der Menschen in allen Rechtsformen sichtbar macht, neu zu entdecken. Erst dann können auch die sozialen Gemeinsamkeiten ihrer – den staatlichen oder kollektiven Eingriff erforderlich machenden – Zwecke wie Dienste, Sachen und Geld (direkte und indirekte Nutzungen von Zeit) einerseits sowie ihre an das Leben der Menschen geknüpften Zwecke wie Arbeit, Konsum und Wohnen (Nutzung von Lebenszeit) herausgearbeitet werden. Daraus kann eine moderne Rechtsdogmatik sozialer Zeitschuldverhältnisse entstehen, die ein Vertragsrecht bezeichnet, das die Lehren aus einer dysfunktionalen Entzeitlichung gezogen hat und sich der Dogmatik von Kredit- und Mietrechtsverhältnissen i. S. der *locatio conductio* zuwendet.

Methodisch geht es um ein Vorgehen, mit dem die Entwicklung des Neuen aus dem Alten symptomatisch erforscht werden kann. Danach ist das neue Recht eine doppelte Negation des alten und als Synthese der Kritik am bestehenden Rechtsverständnis anzusehen. Die Kritik an der bestehenden Rechtsform ist als Antithese mit den Funktionen und Positionen der bestehenden Rechtsform des Kaufvertrages (These) zur Synthese des Neuen zu verbinden. Die Leistungen und Funktionen der Kaufvertragsanschauung (These) sind bereits hinreichend beschrieben und herausgearbeitet. Die daran geübte Kritik hat jedoch bisher wenig Neues und Alternatives hervorgebracht. Sie muss *symptomatisch und konstruktiv* gewendet werden. Konstruktiv ist die Kritik an den bestehenden Rechtsformen nur, wenn sie deren Widersprüche einerseits, andererseits aber zugleich die empirisch vorfindbaren Antworten des gelebten Rechts auf bisherige Dysfunktionalitäten betrachtet. Die logische Kritik bleibt abstrakt und bringt keine konkreten Rechtsformen, sondern nur Prinzipien hervor, denen diese Rechtsformen gehorchen sollen. Die Rechtsformen („theoretische Praxis“) selbst leiten sich aber aus einer Vielzahl weiterer gesellschaftlicher Bedingungen ab, die niemals konstruiert, sondern nur empirisch aus der Rechts-

anwendung und Rechtsschöpfung erfasst werden können. Die Praxis weiß daher immer mehr als die Theorie, weshalb die Theorie als Filter zu einer neuen Anschauung dient. Diese beiden Formen sind an anderer Stelle²⁰ als systematische und symptomatische Kritik beschrieben und auf die Auslegungsmethoden des Zivilrechts angewandt worden.

In Bezug auf die sozialen Nutzungsverhältnisse geht es daher zunächst um die bereits gut dokumentierte **prinzipielle Kritik** am kaufrechtlichen Denken, wie sie bereits bei der Entwicklung von BGB und Code Napoléon von konservativer wie sozialistischer Seite geäußert wurde. Wesentliche Elemente sind die Entzeitlichung des Vertrags, seine Individualisierung und soziale Abschottung von den Verhältnissen, in denen er entsteht und wirkt, die Versachlichung der Leistungspflichten, die Externalisierung der Nutzung auf die (relativen wie absoluten) Eigentumsrechte, die Reduktion des Vertrags auf den Willen bei Abschluss ohne Rücksicht auf seine Bestimmung durch zukünftige Zwänge der Kooperation, das Fehlen des Vertrauensgedankens, die Befreiung desjenigen, der an der Bereitstellung der Nutzungsmöglichkeit verdient, von jeder Verantwortlichkeit für den Erfolg, die Anwendung der Gedanken der Fruchtziehung (Zins) auf die Wachstumsprozesse von Kapital und damit die Erfindung scheinbar naturgesetzlicher Vermehrungszwänge dort, wo selbst die Mathematik in der Zinsrechnung Wachstum und Schrumpfung gleichbehandelt. Die Kritik von v. Gierke oder Mengoni am Fehlen einer Dogmatik der Dauerschuldverhältnisse hat hier bereits viel geleistet.

Weniger Vorarbeiten gibt es in der **symptomatischen Kritik**. Sie forscht nach den Antworten, die das Recht selbst auf seine mangelnde Funktionalität bei der praktischen Entscheidung von Konflikten gefunden hat. So können Arbeitsrecht, Wohnraummietrecht und Verbraucherkreditrecht als symptomatische Bruchstellen des kaufrechtlichen Denkmusters im Allgemeinen Schuldrecht angesehen werden. Soweit ersichtlich hat es im Arbeitsrecht nach den frühen Arbeiten von Lotmar und Sinzheimer keine umfassende Darstellung der Abweichungen des angewandten Arbeitsrechts von den kaufrechtlichen Grundsätzen des allgemeinen Schuldrechts mehr gegeben. Kaufvertrag und Arbeitsvertrag sind bisher selten gegenübergestellt, sondern nur für miteinander unvereinbar erklärt worden. Auch im Wohnraummietrecht fehlt eine solche Analyse. In dem Bestreben, sich als eigenes Rechtsgebiet darzustellen, haben beide ihre Funktion als Bruchstellen des traditionellen Systems eher wohlmeinend verdeckt, als sie in aller Schärfe herauszuarbeiten. Demgegenüber ist das recht junge und in den Zivilrechtsländern noch wenig verselbstständigte Verbraucherkreditrecht schon seit den 1920er-Jahren als Herausforderung an die Prinzipien des allgemeinen Schuldrechts begriffen worden, zumal es im Abzahlungsrecht unmittelbar aus dem Kaufvertrag und der entgeltlich gestundeten Kaufpreisforderung entstanden ist. Diese Diskussionen können weit grundsätzlichere Probleme der sozialen Kapitalnutzungsverhältnisse beleuchten.

Symptom struktureller Inadäquanz ist z. B. die Auseinandersetzung um adäquate Rechtsformen zur Bewältigung der Mehrseitigkeit von Kreditverhältnissen.

²⁰ Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung, Neuwied 1979, S. 66ff.

(1) Die **Dreiecksbeziehungen** zwischen Kreditgeber, Verkäufer und Kunde (die ihre Entsprechung zwischen Arbeitgeber, Leiharbeitgeber und Arbeitnehmer oder zwischen Eigentümer, Vermieter und Mieter finden könnte) führten nur im Darlehensrecht zu einer Theorie der Vertragsverbindungen (*Einwendungsdurchgriff*). Die Vielzahl der dogmatischen Versuche, sie konstruktiv zu bewältigen (BGB-Gesellschaft, Treu und Glauben, Vertrag zugunsten Dritter etc.) zeigt Richtungen der Entwicklung an. (2) Die Willensfreiheit als dogmatische Figur hat zur Abmilderung ihrer Folgen dort, wo sie soziale Zwänge ignoriert, für die Situation armer Menschen in allen Zivilrechtsländern die Renaissance des **Wucherverbotes** im Verbraucherkreditrecht gebracht. Arbeits- und Wohnraummietrecht haben dagegen den Mindestlohn und die Vergleichsmiete als Preisregulierung eher ins öffentliche oder öffentlich verwaltete Privatrecht und die Tarifverträge verbannt. (3) Die Entdeckung der Zeitlichkeit von Schuldverhältnissen findet sich in einem umfangreichen **Kündigungsschutzrecht**. (4) Die humane Bindung der Arbeitszeit mit dem Leben der Menschen zeigt sich in der **sozialen Rücksichtnahme** bei Krankheit, Alter, Unglück. Allein das Verbraucherkreditrecht unternimmt dabei rechtsdogmatische Anstrengungen, sie im allgemeinen Schuldrecht selbst zu verankern, so etwa der Auftrag des Bundesverfassungsgerichts an die Zivilgerichte zur Entwicklung einer Dogmatik der sozialen Rücksichtnahme bei Bürgschaften aus persönlicher Abhängigkeit. (5) Die unbegrenzte Verfügbarkeit von Einkommen bei Geldschulden wird dagegen nicht als symptomatische Abstraktion des kaufrechtlichen Denkens von den Lebensverhältnissen diskutiert, sondern außerhalb des Zivilrechts kompensatorisch prozessrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Grenzen unterworfen. So wird in Europa inzwischen flächendeckend eine **Schuldbefreiung bei Verbraucherinsolvenz** angeboten. Sozialversicherungen ergänzen das durch Arbeitslosigkeit unterbrochene Reproduktionseinkommen der Arbeitnehmer. Mietzuschuss, Wohngeld, die Zuweisung von Notunterkünften und sozialer Wohnungsbau ergänzen das privatrechtliche Mietverhältnis, das die Eigentümer der Wohnmöglichkeiten von dieser Verantwortung weitgehend entlastet.

Einige **Prinzipien sozialer Nutzungsverhältnisse** haben bereits ihre Spuren im Allgemeinen Vertragsrecht moderner Zivilrechtskodifikationen wie auch im BGB nach der Schuldrechtsreform 2002 und jetzt auch im DCFR hinterlassen: so insbesondere (1) das Prinzip der „Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen Teils“ (§ 241 BGB), (2) die Anpassung der Verpflichtungen zeitlicher Verträge an veränderte Umstände (§ 313 BGB), (3) die Kündigung aus wichtigem Grund (§ 314 BGB). (4) Section III. – 1:104 des DCFR kennt sogar eine generelle Kooperationspflicht, die begrifflich Zeitverhältnisse voraussetzt, wobei in Abweichung von der caveat emptor Regel die produktive Nutzung auch in die Verantwortung desjenigen gelegt wird, der die Nutzungsmöglichkeit bereithält („to the extent that this can reasonably be expected for the performance of the debtor’s obligation.“). (5) Der nachfolgende Artikel III. – 1:105 verbietet Diskriminierungen jenseits des vertraglichen Synallagmas, wenn auch der Zugang zum Vertragsabschluss diskriminierungsfrei sein soll. (6) In III. – 1:111 wird eine stillschweigende Verlängerung von befristeten Dauerverträgen unterstellt.

Die meisten Abweichungen ergeben sich jedoch im **Kaufrecht** selbst, so wie es in der Verbrauchsgüterkaufrechtsrichtlinie festgeschrieben und in IV. A. – 2:201ff. des DCFR übernommen wurde. Danach ist der Verbrauchsgüterkaufvertrag kraft Gesetzes zum Dauerschuldverhältnis erweitert, bei dem (7) die caveat emptor Regel prinzipiell zugunsten einer Haftung für die produktive Nutzungsmöglichkeit des bereitgestellten Gegenstandes innerhalb der dem Vertragsschluss folgenden zwei Jahre der Gewährleistung niedergelegt ist. (8) Der Kaufvertrag ist durch die Produkthaftungsrichtlinie auf das Verhältnis zum Produzenten sowie auf das soziale Umfeld des Käufers, auf seine Lebensgüter wie Gesundheit und Familie erweitert. Er verbindet die Akteure einer Absatzkette zu einer Haftungsgemeinschaft. Das Kaufvertragsrecht bietet Anhaltspunkte dafür, dass die Kaufrechtsanschauung im Allgemeinen Schuldrecht Brüche aufweist, sodass man das Verbrauchsgüterkaufrecht teilweise als dem allgemeinen Schuldrecht widersprechendes ausgelagertes Spezialrecht sozialer Nutzungsverhältnisse verstehen kann.

Inklusion im Quartier – Wohn- und Investitionsmodelle der Zukunft

Dagmar Reiß-Fechter

Inhaltsverzeichnis

A	Rahmenbedingungen	394
I	Allgemeine Herausforderungen	394
II	Art. 9, 19 und 20 UN-BRK	395
III	Wohnsituation von Menschen mit Beeinträchtigungen	395
B	Barrierefreies Bauen	396
I	Bauliche Anforderungen	396
II	Förderung barrierefreier Wohnungen	397
III	Selbstbestimmtes Leben zwischen Anspruch und Realität	398
IV	Zwischenergebnis	399
C	Schaffung eines ausreichenden Wohnungsangebotes für Menschen mit Beeinträchtigungen	399
I	Investition durch den Sozialhilfeträger unter Einbeziehung öffentlicher Förderung	399
1	Beschreibung	399
2	Investitionssumme	400
3	Vertragliche Lösung	400
4	Fazit	400
II	Investition durch einen Investor, hier Genossenschaft	400
1	Bauliche Beschreibung	400
2	Investitionssumme	401
3	Vertragliche Lösung	401
4	Fazit	401
III	Investition durch Kauf einer Eigentumswohnung	402
D	Zukunftsmodelle zur Angebotsausweitung	402
I	Lebenswertes Quartier	403
II	Ausweitung des Angebots an barrierefreien Wohnungen	403
III	Selbsthilfe – Gründung einer Genossenschaft	404
1	Wesen der Genossenschaft	404
2	Initiative für Neugründung	405
3	Menschen mit Behinderung wohnen in den eigenen vier Wänden!	406
E	Zusammenfassung	406

D. Reiß-Fechter (✉)

ESWiD Evangelischer Bundesverband für Immobilienwesen in Wissenschaft und Praxis e.V.,
Nürnberg, Deutschland

e-mail: info@esw-deutschland.de

Das Thema Inklusion¹ ist untrennbar mit der UN Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen² verbunden. Die Grundsätze der UN-BRK lauten: Selbstbestimmung, Nichtdiskriminierung und Akzeptanz der Unterschiedlichkeit und Vielfalt der Menschen. Sie stehen unter dem Motto: „Nothing about us without us“³.

Nach fünf Jahren der Geltung der UN-BRK ist zu fragen, inwieweit die Forderungen der UN-BRK im Bereich des Wohnens von behinderten Menschen umgesetzt wurden und welche Lösungsmöglichkeiten über die bisherigen Angebote hinaus entwickelt werden könnten.

A Rahmenbedingungen

Über Jahrzehnte hinweg galt die Behinderung als ein persönliches gesundheitliches Defizit der betroffenen Person. Die Behindertenrechtskonvention markiert den Perspektivwechsel von der medizinischen Sichtweise zum menschenrechtlichen Modell. Es werden die gesellschaftlichen Bedingungen, die Menschen mit Behinderungen ausgrenzen bzw. diskriminieren, mit dem Ziel in den Blick genommen, dass diese geändert werden. Dies bedeutet, dass Inklusion als umfassende Teilhabe an der Gesellschaft verstanden wird und damit die Teilhabepolitik an der menschenrechtlichen Perspektive auszurichten und im innerdeutschen Recht zu verankern ist.

I Allgemeine Herausforderungen

Die Umsetzung der UN-BRK ist eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe, bei der Bund, Länder und Gemeinden gleichermaßen gefordert sind Gesetze und Verordnungen systematisch zu überprüfen und entsprechende Interventions- und Sanktionsmechanismen zu regeln. Der Teilhabebericht der Bundesregierung 2013 zeigt auf 472 Seiten, wie komplex diese Aufgabe ist. Er beschreibt acht Lebensbereiche, die vom Thema Inklusion betroffen sind. Wohnen wird unter der Überschrift „Alltägliche Lebensführung“ behandelt. Dies ist systematisch richtig, aber die Wichtigkeit des Themas wird nicht ausreichend deutlich. Vielleicht hat dies auch damit

¹ Inklusion wird in der Soziologie sowohl als Begriff der soziologischen Systemtheorie verwendet als auch im Zusammenhang mit der Ungleichheitsforschung, die besagt, dass die gesellschaftlichen Verhältnisse so zu gestalten sind, dass sie Exklusion verhindern, Martin Kronauer, Inklusion – Exklusion: ein Klärungsversuch, Vortrag auf dem 10. Forum Weiterbildung des Deutschen Instituts für Erwachsenenbildung, Bonn, 8. Oktober 2007, PDF abgerufen am 01.09.2014.

² Convention on the Rights of Persons with Disabilities vom 13.12.2006, in Kraft getreten 03.05.2008, BGBl. 2008, 2. Teil, S. 1419ff., Ratifikation Deutschland 24.02.2009, UN Behindertenrechtskonvention – UN-BRK.

³ Dieser Slogan war Motto des International Day of Disabled Persons 2004 der UN und hat sich in der Zwischenzeit auch in Deutschland etabliert.

zu tun, dass die Wohnsituation von behinderten Menschen bisher statistisch nicht erfasst ist, also nicht im „Fokus der Beobachtung“ steht. Es wird daher auf Zahlen der Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe zurückgegriffen. Danach gab es im Jahr 2009 über 206.000 Leistungsberechtigte im stationär betreuten Wohnen. Außerdem lebten laut Pflegestatistik des Statistischen Bundesamtes im Jahr 2009 ca. 700.000 Menschen in vollstationärer Dauerpflege, die ebenfalls zu den Menschen mit Beeinträchtigungen zu zählen wären und die zum weit überwiegenden Teil 75 Jahre oder älter sind.⁴

II Art. 9, 19 und 20 UN-BRK

Artikel 9, 19 und 20 der UN-BRK enthalten für die Vertragsstaaten Verpflichtungen, mögliche Benachteiligungen von Menschen mit Beeinträchtigungen in den Bereichen der alltäglichen Lebensführung zu beseitigen. So sollen sie gleichberechtigten Zugang zur physischen Umwelt, zu Transportmitteln, zu Information und Kommunikation sowie zu allgemeinen Diensten und Einrichtungen haben (Artikel 9). Sie sollen in ihren Wahlmöglichkeiten, wo und mit wem sie leben wollen, gleichberechtigt sein und sowohl zuhause als auch in Einrichtungen Zugang zu gemeindenahen Unterstützungsleistungen einschließlich der persönlichen Assistenz haben, die für das Leben in der Gemeinschaft und zur Verhinderung von Isolation notwendig sind (Artikel 19)⁵. Dies hat für die Wahl der Wohnung zur Folge, dass Menschen mit Beeinträchtigungen in der Lage sein müssen, auf dem Markt eine passende Wohnung anmieten oder kaufen zu können.

III Wohnsituation von Menschen mit Beeinträchtigungen

Im Bereich der Seniorenhaushalte gibt es eine relativ gute statistische Grundlage, die die Wohnsituation von Senioren beschreibt. Demnach weisen drei Viertel der Wohnungen Stufen im Eingangsbereich des Hauses auf. Fast die Hälfte hat weitere Stufen im unmittelbaren Zugangsbereich der Wohnung. Innerhalb der Wohnungen befinden sich in der Hälfte der Fälle beim Zugang zu Freiräumen weitere Barrieren, die Sanitärbereiche sind zu eng und nicht mit barrierefreien Duschen ausgestattet⁶. Ein erheblicher Fehlbedarf an barrierefreien Wohnungen für Senioren ist nachgewiesen.

Für all die anderen Menschen mit Beeinträchtigungen kann mit Daten nicht belegt werden, inwieweit das Wahlrecht hinsichtlich des Wohnorts und der Wohnumgebung für Menschen mit Beeinträchtigungen tatsächlich realisiert ist und ob

⁴ Vgl. Teilhabebericht 2013 der Bundesregierung, S. 53.

⁵ Vgl. Teilhabebericht 2013 der Bundesregierung, S. 169ff.

⁶ Vgl. Teilhabebericht 2013 der Bundesregierung, S. 172.

die Wohnbedingungen insgesamt ein selbstbestimmtes Leben ermöglichen⁷. Bei über 200.000 Menschen, die stationär untergebracht sind und einer statistisch nicht erfassten Zahl an Menschen, die im familiären Umfeld versorgt werden, kann man von einem wesentlichen Fehlbedarf ausgehen. Auch wenn nicht alle Betroffenen letztendlich aufgrund ihrer Beeinträchtigungen von dem Wahlrecht Gebrauch machen können, bleibt eine genügend große Anzahl von Menschen, die in Ihrem Selbstbestimmungsrecht wesentlich eingeschränkt werden.

Das Recht der freien Wohnungswahl kann nur erfüllt werden, wenn Wohnungen zur Verfügung stehen, die folgende Voraussetzungen erfüllen:

- Barrierefreie Zugänglichkeit zur eigenen Wohnung
- Barrierefreiheit in der Wohnung
- Zugänglichkeit zur Infrastruktur und
- Nutzbarkeit des öffentlichen Raumes,

in Kombination mit den erforderlichen Unterstützungsleistungen, die Menschen mit Beeinträchtigungen benötigen.

Die Zugänglichkeit der eigenen Wohnung bedeutet nicht nur die physische Zugänglichkeit bzw. Barrierefreiheit, sondern auch die Bezahlbarkeit der konkreten Wohnung.

B Barrierefreies Bauen

Die Notwendigkeit des barrierefreien Bauens ist gesellschaftlich anerkannt. Unterschiede gibt es, wie die Umsetzung der Forderungen des barrierefreien Bauens durchgeführt und finanziert werden kann.

I Bauliche Anforderungen

Die baulichen Anforderungen an Barrierefreiheit werden insbesondere durch die technischen Baubestimmungen der DIN 18040 Teil 1 und 2 sowie der Musterbauordnung in Verbindung mit den Landesbauordnungen geregelt. Trotz länderspezifischer Unterschiede des barrierefreien Bauens hat sich zumindest beim Neubau und bei grundlegenden Modernisierungen ein ähnlicher technischer Standard bundesweit durchgesetzt. Danach müssen z. B. bei Neubau die Erdgeschosswohnungen barrierefrei sein und öffentliche Gebäude und Einrichtungen barrierefrei ausgestattet werden.⁸

⁷ Vgl. Teilhabebericht 2013 der Bundesregierung, S. 170ff.

⁸ Vgl. z. B. Art. 46, 48 und 37 BayBO.

II Förderung barrierefreier Wohnungen

Bei der finanziellen Förderung barrierefreien Wohnraums gibt es hingegen deutlichere landesspezifische Unterschiede⁹. In Bayern wird z. B. die Ertüchtigung der Barrierefreiheit des Quartiers über Mittel der Städtebauförderung unterstützt. Im Zusammenhang mit der Förderung des sozialen Mietwohnungsbaus wird Barrierefreiheit der neu gebauten Wohnungen gefordert. Das Bayerische Modernisierungsprogramm fördert Anpassungsmaßnahmen, Mittel der Bayerischen Landesbodenkreditanstalt und der Kreditanstalt für Wiederaufbau fördern Maßnahmen in selbst genutzten Wohnungen. Bei diesen Programmen geht es insbesondere im Hinblick auf den wachsenden Anteil der älteren Bevölkerung darum, das Angebot an barrierefreien bzw. barrierearmen Wohnungen für diese Bevölkerungsgruppe zu erweitern. Die Einbeziehung besonderer Bedürfnisse von behinderten Menschen, insbesondere derer, die bisher stationär in Heimeinrichtungen untergebracht sind, findet sich in diesen Programmen nicht ausdrücklich. Allerdings fördert der Freistaat Bayern die technische und bauliche Ertüchtigung von stationären Wohnplätzen bei Neu- und Umbaumaßnahmen durch Investitionszuschüsse bis zu 70 % der anrechenbaren Kosten. An die Förderungsfähigkeit werden dabei besondere Anforderungen gestellt. Die Baumaßnahme muss die besonderen Bedürfnisse Behinderter berücksichtigen. Der Standort muss wohnortnah, kleinteilig, individuell und gut integriert in die Ortslage sein. Die Arbeitsstätten müssen leicht erreichbar sein. Mit diesem Förderprogramm wurden in den Jahren 2012 und 2013 666 stationäre Plätze gefördert mit einem Fördervolumen von über € 58 Mio.¹⁰

Trotz dieser beeindruckenden Objektförderung werden damit die Ziele der UN-BRK nicht erreicht. Die neuen kleinteiligen Einrichtungen sind eine deutliche Verbesserung zu Großeinrichtungen, aber sie sind weiterhin stationäre Einrichtungen. Die gewünschte Wahlfreiheit im Bereich des Wohnens für Menschen mit Behinderungen wird damit nicht erreicht.

Niedersachsen geht in seiner Förderpolitik einen anderen Weg. Stationäre Plätze werden nicht (mehr) gefördert. Im Rahmen der „regulären“ Wohnungsbauförderung wird auch der Bau von barrierefreien Wohnungen für schwerbehinderte Menschen geregelt. Dabei werden Familien mit schwerbehinderten Angehörigen beim Neubau, Erwerb oder der Modernisierung durch zinsvergünstigte Darlehen unterstützt. Im Rahmen des geförderten Mietwohnungsbaus werden Darlehen gewährt für den Neubau, Aus- und Umbau oder Erweiterung bestehenden Wohnraums. Die Rechtsgrundlagen hierfür sind die Wohnraumförderungsbestimmungen in der jeweils gültigen Fassung und die niedersächsische Bauordnung. Besondere Förderungen für Wohnungen für schwerbehinderte Menschen sind nur möglich, wenn Wohneinheiten gebaut werden, die über die bauordnungsrechtlich geregelte Verpflichtung

⁹ Eine länderübergreifende aktuelle Übersicht ist zu finden unter www.barrierefreiheit.de des Vereins der Behindertenverbände zur Umsetzung des Behindertengleichstellungsgesetzes.

¹⁰ Pressemitteilung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern für Bau und Verkehr vom 9. September 2014.

barrierefreie Wohnungen zu bauen, hinaus gehen. Im Zeitraum zwischen 2009 und 2013 wurden auf diesem Wege 108 Mietwohnungen durch Darlehen mit einem Fördervolumen von € 2,95 Mio. gefördert¹¹.

Die beiden (willkürlichen) Beispiele zeigen, dass die föderalen Strukturen zu vollkommen unterschiedlichen Lösungen führen und sie zeigen, dass mit den bisherigen Maßnahmen das Ziel der UN-BRK nicht erreicht werden kann.

III Selbstbestimmtes Leben zwischen Anspruch und Realität

Die BRK-Allianz¹² kritisiert daher die mangelnde Umsetzung des Selbstbestimmungsrechts der Behinderten – in ihrem Parallelbericht vom 17. Januar 2013. Danach fehlen flächendeckende, sozialräumlich orientierte Angebote, z. B. Assistenzangebote zu Kommunikation, Mobilität und Teilhabe, Wohnangebote oder unabhängige Beratungsleistungen, die für ein selbstbestimmtes Leben von Menschen mit Behinderung unabdingbar sind. Der Bericht moniert, dass der Teilhabebericht der Bundesregierung nicht ausführt, inwieweit tatsächlich solche Angebote bestehen oder geschaffen werden sollen, um die Vorgaben des Artikels 19 BRK umzusetzen¹³.

Neben dem Fehlen eines ausreichenden Angebotes barrierefreier Wohnungen ist das Recht der freien Wahl der Wohnung faktisch durch den Mehrkostenvorbehalt gem. § 13 Abs. 1 Satz 3 SGB XII eingeschränkt. Insbesondere Menschen mit hohem Hilfebedarf werden aus Kostengründen regelmäßig auf eine Unterbringung in einer Einrichtung verwiesen, anstatt ihnen das von ihnen gewünschte Leben in der eigenen Wohnung mit Assistenzleistungen zu ermöglichen. Die in Artikel 19 BRK vorgesehene freie Wahl der Wohnform ist somit nicht gewährleistet. Kostenträger finanzieren eine ambulante Sozialhilfeleistung nur, wenn diese Leistung nicht mit „unverhältnismäßigen Mehrkosten“ gegenüber einer „zumutbaren“ stationären Leistung (zum Beispiel einer Heimunterbringung) verbunden ist (§ 13 Abs. 1 Satz 3 SGB XII). Was „unverhältnismäßig“ und „zumutbar“ ist, bestimmen Kostenträger. Der Mehrkostenvorbehalt verletzt so das Recht auf eine frei wählbare Wohnform und verstößt damit gegen die UN-BRK. Auch die Monitoring-Stelle¹⁴ ist der Auffassung, dass einer Behörde kein Ermessen mehr zusteht, einen Antrag auf Wohnen mit ambulanter Unterstützung abzulehnen¹⁵.

¹¹ Mitteilung der Investitions- und Förderbank Niedersachsen vom 10. September 2014.

¹² Die BRK-ALLIANZ wurde im Januar 2012 gegründet, um die Staatenberichtsprüfung für Deutschland zur UN-Behindertenrechtskonvention zu begleiten und einen Parallelbericht zu verfassen. In dieser Allianz haben sich insgesamt 78 Organisationen zusammengeschlossen, die im Wesentlichen das Spektrum der behindertenpolitisch arbeitenden Verbände in Deutschland repräsentieren.

¹³ Parallelbericht 2013, S. 36.

¹⁴ Die Bundesregierung richtete im Mai 2009 gem. Artikel 33 Abs. 3 UN-BRK die Monitoring-Stelle zur Einhaltung der Rechte von Menschen mit Behinderungen am Deutschen Institut für Menschenrechte ein.

¹⁵ Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention: Die UN-Behindertenrechtskonvention: Ihre Bedeutung für Ämter, Gerichte und staatliche Stellen. Deutsches Institut für Menschenrechte, Positionen Nr. 6, Berlin 2012.

IV Zwischenergebnis

Nach fünf Jahren Geltung der UN-Behindertenrechtskonvention besteht im Bereich des Wohnens keine ausreichende Wahlfreiheit für behinderte Menschen, Wohnung, Wohnort und Wohnform frei zu wählen. Es fehlt faktisch an ausreichenden barrierefreien Angeboten und der „Mehrkostenvorbehalt“ des XII. SGB schränkt die Wahlfreiheit ein.

C Schaffung eines ausreichenden Wohnungsangebotes für Menschen mit Beeinträchtigungen

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass im Bereich des Selbstbestimmungsrechts des Wohnens für Menschen mit Beeinträchtigungen ein erheblicher Nachholbedarf besteht, bzw. die rechtlichen Rahmenbedingungen die Ausübung dieses Rechts erschweren bzw. unmöglich machen. Die Herausforderung besteht also in:

- der Erweiterung des Angebots barrierefreier Wohnungen,
- dem Ausbau der ambulanten Assistenzleistungen und
- der Sicherstellung der Finanzierung des Wohnens und der Assistenzleistungen.

In den nachfolgenden Ausführungen soll aufgezeigt werden, dass es trotz beschränkter öffentlicher Mittel Möglichkeiten gibt, das Wohnungsangebot auszuweiten. Dazu werden unterschiedliche Investitionsmodelle, die im Moment auf dem Markt zu finden sind, dargestellt und verglichen. Den Modellen liegen konkrete Baumaßnahmen zugrunde. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass die notwendigen Assistenzleistungen erbracht werden und auch diese Kosten vom Leistungsträger übernommen werden.

I Investition durch den Sozialhilfeträger unter Einbeziehung öffentlicher Förderung

1 Beschreibung

Es werden auf einem Grundstück des Sozialhilfeträgers 24 Wohneinheiten neu gebaut. Das Grundstück befindet sich in einer Kleinstadt in einem Wohngebiet mit Ein- und Mehrfamilienhäusern. Die Geschäfte des täglichen Lebens sind fußläufig entfernt. Die Busstation ist in unmittelbarer Nähe. Die Werkstätten, in denen die Bewohner beschäftigt sind, sind leicht erreichbar.

Die abgeschlossenen Einzimmerwohnungen sind im Grundriss und Ausstattung gleich und jeweils mit Nasszelle ausgestattet. Das zweigeschossige Gebäude verfügt in jedem Stockwerk über Gemeinschafts- und Aufenthaltsräume. Das Gebäude ist barrierefrei. Es gilt ein reduzierter Stellplatzschlüssel. Der Baukörper ist modern gestaltet, jedoch erkennbar als Sondereinrichtung.

2 Investitionssumme

Die Herstellungskosten betragen ohne Grundstück 3590 T€. Eine Wohnung mit Gemeinschaftseinrichtungen kostet damit 150 T€. Die Finanzierung erfolgt im konkreten Fall mit öffentlichen Zuschüssen, verbilligten Darlehen (gesamt 53 %) und Fremdmitteln sowie Eigenkapital. Um die Darlehen bedienen zu können, die Abschreibung zu erwirtschaften und eine Eigenkapitalverzinsung zu erreichen, wird eine Anfangsmiete von € 10,30 je qm Wohnfläche kalkuliert.

3 Vertragliche Lösung

Die Sozialeinrichtung vergibt die Wohnungen nach Bedarf und Interesse im Rahmen eines Heimvertrages an die Bewohner.

4 Fazit

Diese Lösung ist, gemessen an der UN-BRK, eine hinkende Lösung. Zwar ist der Wohnkomfort – ein eigenes Appartement und die Einbindung in die Nachbarschaft – eine deutliche Verbesserung zur Großeinrichtung, aus der die Bewohner kommen. Rechtlich bleibt der Bewohner jedoch ein „Heimbewohner“. Er ist nicht Mieter (ggf. Untermieter). Das Gebäude ist trotz ansprechender Architektur als Sondereinrichtung erkennbar. Es ist nur im geringen Maße drittverwendungsfähig. Bei reduzierter Nachfrage ist eine ergänzende Nutzung oder Umnutzung nur eingeschränkt möglich.

II *Investition durch einen Investor, hier Genossenschaft*

1 Bauliche Beschreibung

Die Genossenschaft verfügt im Zentrum einer Kleinstadt über ein Baulückengrundstück. Die Genossenschaft entwickelt zusammen mit dem Sozialträger das Bauprojekt für behinderte Menschen. Es werden 6 Wohnungen für 18 Bewohner gebaut. Im Erdgeschoss befinden sich außerdem Büroräume für ein Dienstleistungszentrum des Sozialträgers und ein großer Gemeinschaftsraum für das gesamte Haus.

Das Gebäude ist an sich ein klassischer Zweispänner mit jeweils zwei Dreizimmerwohnungen auf einer Etage. Für die aktuelle Nutzung werden die beiden Wohnungen je Geschoss zusammengefasst, indem die Trennwand zwischen den Wohnungen fehlt und damit ein großer Gemeinschaftsraum zum Wohnen und Essen entsteht. Dieser verfügt über einen großen Balkon. Die Bewohner leben je Geschoss in einer Wohngemeinschaft. Jeder hat ein eigenes Zimmer. Gekocht und gegessen wird in Absprache miteinander. Jeweils drei Bewohner teilen sich ein Bad.

Die Zimmerzuschnitte und -größen sind nicht einheitlich, sodass unterschiedliche Bedürfnisse berücksichtigt und sowohl ambulante wie auch stationäre Assistenzleistungen erbracht werden können. Sollte der Bedarf für behinderte Menschen eines Tages nicht mehr vorhanden sein, kann das Gebäude in seiner jetzigen Struktur jederzeit an Studenten oder durch Einziehen der Wohnungstrennwand an zwei Mietparteien je Geschoss vermietet werden.

Das Gebäude ist in seiner Architektursprache ein klassisches Wohngebäude und fügt sich als modernes Gebäude harmonisch in die vorhandene Bauumgebung ein. Die Lage des Gebäudes ist ideal. Die Fußgängerzone beginnt in unmittelbarer Nähe. Alle Geschäfte des täglichen Lebens sowie Infrastruktureinrichtungen sind fußläufig vorhanden.

2 Investitionssumme

Inklusive der Büroräume und des Gemeinschaftsraums im Erdgeschoss beträgt die Investitionssumme ohne Grundstück 1960 T€, das sind 108 T€ je Bewohner. Werden nur die Kosten zur Herstellung der Wohnungen berücksichtigt, betragen die Kosten je Bewohner 82,7 T€.

Das Gebäude wird ausschließlich durch Eigenkapital und Fremdkapital (Bankdarlehen) finanziert.

3 Vertragliche Lösung

Die Genossenschaft hat mit einem langfristigen Nutzungsvertrag (15 Jahre + weitere Option für 5 Jahre) das gesamte Gebäude dem Sozialträger überlassen. Die Durchschnittsmiete beträgt je qm Wohn-/Nutzfläche 7,00 € und liegt damit am unteren Ende der Marktmiete für Neubau in der Gemeinde. Die Genossenschaft garantiert eine langfristig günstige Miete.

Der Sozialträger organisiert die Nutzung des Gebäudes in eigener Verantwortung, dies betrifft die Belegung der Wohnungen, die Vermietung der Büroräume sowie die Nutzung des Gemeinschaftsraumes im Erdgeschoss.

Mit den Bewohnern werden z. Zt. Heimverträge abgeschlossen, sodass das Wohnen in dieser Wohnanlage hilferechtlich ein stationärer Aufenthalt ist.

4 Fazit

Das bauliche Konzept entspricht den Vorstellungen der UN-BRK. Es erlaubt, ähnlich wie in einer Familie, eine Vielfalt an Nutzungsmöglichkeiten der Wohnung und der Angebote im Quartier. Die Kleinteiligkeit der Wohnanlage, die unterschiedlichen Nutzungen im Haus und in der Umgebung erzeugen eine hohe Integration und Partizipation der Bewohner.

Allerdings ist auch hier der Bewohner nicht Mieter, sondern befindet sich in einer stationären Einrichtung.

Bei Vergleich der beiden Projekte fällt vor allem auf, dass die Kosten deutlich unterschiedlich sind. Dies hat mehrere Ursachen. Der Platzbedarf je Bewohner ist bei der Lösung der Genossenschaft um ca. 6 % niedriger. Die Genossenschaft hat sich zusammen mit dem Sozialträger für eine Wohngemeinschaftslösung entschieden. Die planerische Lösung erlaubt ein hohes Maß an Gemeinschaft und Rückzugsmöglichkeiten. Die haustechnische Ausstattung kann deutlich gegenüber der Lösung des Sozialträgers reduziert werden.

Der Genossenschaft kommt außerdem zugute, dass das Bauen und Halten von Wohnungen der Hauptzweck der Unternehmung ist und daher eine hohe Baukompetenz besteht und alle Möglichkeiten der Kostenoptimierung genutzt werden. Da sie keine öffentlichen Fördermittel in Anspruch nimmt, vermeidet sie Kostenerhöhungen aufgrund öffentlicher Ausschreibung und förderrechtlicher Bauvorschriften, die für die Nutzungsqualität des Gebäudes und für die Bewohner nicht erforderlich sind.

Für den Bewohner und den Sozialleistungsträger hat das Genossenschaftsmodell den Vorteil, dass die Mietbelastung ca. 30 % günstiger ist als das 24er-Wohnmodell.

III Investition durch Kauf einer Eigentumswohnung

In den letzten 15 Jahren hat sich das Angebot an Baumaßnahmen für „Betreutes Wohnen“ deutlich ausgeweitet. Im Fokus stehen dabei Wohnformen für ältere – solvente – Menschen. Zunehmend wird aber auch gesehen, dass diese Möglichkeit der Wohnungsvorsorge für behinderte Menschen eine alternative Wohnform sein kann. Die baulichen Voraussetzungen der Barrierefreiheit und die Erbringung von Assistenzleistungen in der Wohnung sind in der Regel gegeben. Problematisch kann sein, dass die Wohnanlage von überwiegend älteren Menschen bewohnt wird und dies die Integration für junge behinderte Menschen erschwert bis unmöglich macht.

In der Regel bewegen sich die Angebote im höheren Preissegment. Die Kaufpreise und die Miethöhe liegen im Schnitt 20 % bis 25 % höher als bei „Normalwohnungen“. Für eine Vielzahl behinderter Menschen – insbesondere derer, die bisher stationär ungebracht sind – ist dieses Angebot aus wirtschaftlichen Gründen nicht nutzbar. In der Regel fehlen die Finanzmittel, um eine solche Wohnung zu kaufen. Und bei der Anmietung liegt die Miethöhe über den Grenzen im Rahmen der Leistungen für Unterkunft und Heizung nach dem Sozialgesetzbuch.

D Zukunftsmodelle zur Angebotsausweitung

Die ausgewählten Beispiele zeigen, dass die Umsetzung der UN-Behindertenkonvention im Bereich der Schaffung von geeignetem Wohnraum für behinderte Men-

schen von Zufälligkeiten abhängt. Ein Sozialhilfeträger investiert selbst, eine Genossenschaft wird initiativ, ein solventer Behinderter kann sich eine barrierefreie Wohnung kaufen. All diese Maßnahmen und Möglichkeiten sind wichtig, aber sie lassen kein flächendeckendes strategisches Vorgehen erkennen.

Dabei ist klar, dass weder die Sozialwirtschaft, die Immobilienwirtschaft oder die öffentliche Hand alleine das Thema bewältigen können. Vielmehr muss, wie in den anderen Bereichen der Inklusion auch, eine breite Plattform geschaffen werden zwischen Sozialwirtschaft, Immobilienwirtschaft und der öffentlichen Hand. Die Handlungsebene ist dabei das Quartier in der Gemeinde, denn Wohnen findet im Quartier statt.

I Lebenswertes Quartier

Die Stadt- und Quartiersentwicklung ist eine Aufgabe der politischen Gemeinde. Sie schafft den entsprechenden Rahmen mit den Akteuren im Quartier. Um Inklusion – für alle Bevölkerungsgruppen – zu erreichen, bedarf es eines Mix aus funktionierenden Hilfenetzwerken, ein Miteinander der Generationen und freiwillig engagierte Bewohner, Angehörige und Nachbarn. Das Ziel muss dabei sein, die soziale Integration und Selbstständigkeit im Falle von Hilfebedürftigkeit zu ermöglichen und nachhaltig zu sichern. Untrennbar ist damit eine entsprechende bauliche und technische Infrastruktur erforderlich. Beides kann nur erreicht werden, wenn es zwischen den Akteuren eine Partnerschaft gibt.

Für die Sozialträger ergibt sich die Herausforderung, stationäre Einrichtungen zugunsten ambulanter Angebote aufzugeben. Für die Immobilienwirtschaft ergeben sich neue Mietergruppen, neue Marktteilnehmer, die bisher auf dem Wohnungsmarkt nicht in Erscheinung getreten sind.

Dieser Transformationsprozess gelingt nicht aus sich heraus, sondern es bedarf dazu der Steuerung. Dabei können politische Gemeinden, um die Veränderungsprozesse zu gestalten, auf Erfahrungen aus Stadt- und Dorferneuerung zurückgreifen. Zur professionellen Projektentwicklung und Umsetzung bedarf es außerdem entsprechender Fördermittel, damit eine Bestandsanalyse vorgenommen und ein Zukunftskonzept je Quartier entwickelt werden kann.

II Ausweitung des Angebots an barrierefreien Wohnungen

Um das Angebot grundsätzlich auszuweiten, bedarf es der Modernisierung bestehender Gebäude und des Neubaus. Die bauordnungsrechtlichen Vorgaben sind dazu vorhanden. Entscheidend ist, Vermieter und Mieter zusammenzubringen. Dabei stellen sich die Herausforderungen je nach Markt unterschiedlich dar. In Regionen mit Mietwohnungsüberhang kann bei entsprechender barrierefreier Ertüchtigung der vorhandenen Gebäudesubstanz und Vermietung der Wohnungen an behinderte

Menschen Leerstand vermieden oder reduziert werden. Für den Wohnungseigentümer kann damit die Gruppe der behinderten Menschen wirtschaftlich durchaus attraktiv sein.

In Regionen mit Mietwohnungsmangel ist es deutlich schwieriger Investoren zu finden, die über das baurechtlich geforderte Maß hinaus barrierefreie Wohnungen um- oder neu bauen. Reine Finanzinvestoren werden nur dann in Wohnungen für behinderte Menschen investieren, wenn diese Investition wirtschaftlich mindestens so attraktiv ist wie andere Investitionsmöglichkeiten. Für diese „Mangelregionen“ kommen als Partner damit bevorzugt die Anbieter von Wohnungen infrage, die sich schon bisher auf dem sozial orientierten Wohnungsmarkt bewegen, sprich öffentliche Wohnungsunternehmen, Genossenschaften, Stiftungen, kirchliche Wohnungsunternehmen und Privatpersonen, die sich in ihrer Vermögensdisposition nicht nur finanzorientiert verhalten.

Gerade für diese Regionen ist es wichtig, ein flächendeckendes Netzwerk der Infrastruktur und Assistenzleistungen zu schaffen, da dann die Bereitschaft der Vermieter grundsätzlich steigt, behinderten Menschen eine Wohnung zu vermieten. Denn letztendlich kommen diese Leistungen allen Bewohnern des Quartiers zugute und ermöglichen ein langes selbstständiges Wohnen in der eigenen Wohnung. Und dies liegt wiederum im Interesse des Großteils der Wohnungsanbieter.

III Selbsthilfe – Gründung einer Genossenschaft

Steht für den Bau von barrierefreien Wohnungen kein (vorhandener) Investor zur Verfügung, sind neue Initiativen gefordert, die das erforderliche Wohnungsangebot schaffen. Die klassische Organisationsform für Selbsthilfeinitiativen ist dabei die eingetragene Genossenschaft (§ 1ff. GenG). Die Genossenschaftsidee hat in den letzten Jahren eine deutliche Renaissance erfahren. Gesellschaftliche Gruppen, die auf dem Wohnungsmarkt nicht die Wohnform finden, die sie anstreben, schließen sich zusammen, um gemeinsam entsprechende Objekt zu kaufen bzw. zu bauen. Die Gründung einer Genossenschaft und der dauerhafte wirtschaftliche Erfolg werden durch die gesetzlichen Rahmenbedingungen des Genossenschaftsgesetzes erleichtert.

1 Wesen der Genossenschaft

Für die Gründung der Genossenschaft könnten politische Gemeinden, Stiftungen, Sozialträger, Privatpersonen, Angehörige und nicht zuletzt auch die betroffenen behinderten Menschen gewonnen werden. Denn die Genossenschaft ist der Zusammenschluss von natürlichen und/oder juristischen Personen von mindestens drei Mitgliedern, die sich gemeinsam unternehmerisch betätigen und einen gemeinsamen Förderzweck verfolgen wollen. Sie ist allein und ausschließlich der Förderung der Interessen ihrer Mitglieder verpflichtet. Der Geschäftsbetrieb basiert auf den

Prinzipien der Selbsthilfe, Selbstverantwortung und Selbstverwaltung. Die Mitglieder sind gleichzeitig Entscheidungsträger, Geschäftspartner und Kapitalgeber. Die Genossenschaft ist eine demokratische Rechtsform. Jedes Mitglied hat eine Stimme, unabhängig von der Höhe seiner Geschäftsanteile bzw. der Kapitalbeteiligung. Die Mitgliederanzahl ist nicht beschränkt, sodass sie nicht statisch ist, sondern nach Bedarf auch wachsen kann.

Als juristische Person ist die eingetragene Genossenschaft Investor und Vermieter. Durch die Genossenschaftsmitglieder wird das erforderliche Eigenkapital aufgebracht. Mögliche Förder- und Zuschussgelder sowie Fremdmittel werden von der Genossenschaft vereinnahmt. Die Genossenschaft unterliegt unter anderem der Prüfungspflicht und der Zwangsmitgliedschaft in einem Prüfungsverband. Dies hat zur Folge, dass schon in der Gründungsphase eine enge Begleitung und Beratung durch den Prüfungsverband erfolgt¹⁶ und eine Gründung nur möglich ist, wenn das wirtschaftliche Konzept tragfähig ist. Zur Gründung bedarf es daher neben der Satzung, des Vorstandes und Aufsichtsrates vor allem eines Businessplanes mit Gewinn- und Verlustrechnung sowie Finanzplanung.

2 Initiative für Neugründung

Für die Gründung neuer Genossenschaften könnte die Initiative von den Sozialträgern ausgehen. Sie haben bisher die behinderten Menschen begleitet und kennen deren Bedürfnisse. Sie sind in der Regel gut vernetzt im Quartier und in der politischen Gemeinde. Sie pflegen den Kontakt mit den Angehörigen bzw. Betreuern der Behinderten.

Dieses Netzwerk wäre die Grundlage der Genossenschaftsgründung. Aus diesem Netzwerk heraus könnten die Genossenschaftsmitglieder und das notwendige Kapital rekrutiert werden. Sodass die Finanzierung von Wohnanlagen mit dem eingeworbenen Genossenschaftskapital, gegebenenfalls mit Fördermitteln des Wohnungsbaus und Fremdmitteln erfolgen kann. Die politische Gemeinde könnte durch Bereitstellung des Grundstückes das Inklusionsvorhaben aktiv unterstützen.

Die Wohnanlagen müssen und sollten dabei nicht alleine für behinderte Menschen gebaut werden, vielmehr sind generationenübergreifende Konzepte anzustreben, die eine Vielfalt an Wohnungs- und Nutzungsmöglichkeiten für unterschiedliche Interessengruppen bieten. So können auch unterschiedliche Wohnkonzepte für behinderte Menschen verwirklicht werden, von der Einzimmerwohnung, zur Familienwohnung bis zur Wohngemeinschaftswohnung. Unterschiedliche Unterstützungsbedarfe können berücksichtigt und Sozialstützpunkte integriert werden. Damit würde für das gesamte Quartier eine neue Qualität geschaffen werden, für alle Menschen mit Beeinträchtigungen.

¹⁶ Wohnungsgenossenschaften sind den wohnungsgenossenschaftlichen Regionalverbänden zugeordnet, die wiederum im GdW Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen e. V. vereint sind. Die Adressen der Regionalverbände sind zu finden unter www.gdw.de.

Die Genossenschaft ist im Gegensatz zur Eigentümergemeinschaft eine „lebendige“ Organisationsform. Sie kann ihr Angebot den Bedürfnissen und der Marktsituation anpassen. Sie ist in der Anzahl ihrer Mitglieder nicht begrenzt. Sie kann Kapital „einsammeln“ und damit neue Projekte entwickeln und realisieren und sie ist aktiver Marktteilnehmer am Wohnungsmarkt.

3 Menschen mit Behinderung wohnen in den eigenen vier Wänden!

Die Genossenschaft vermietet die Wohnungen im Rahmen eines Dauernutzungsvertrags an ihre Mieter, die behinderten Menschen. Mit Abschluss des Dauernutzungsvertrages ist für den Mieter der (Pflicht-)Erwerb von Genossenschaftsanteilen verbunden. Dieser gehört gem. § 22 Abs. 4 SGB II zu den Kosten für Unterhalt, sodass diese Kosten auch vom Sozialleistungsträger übernommen werden. Der Behinderte ist bei dieser Wohnform Vertragspartner, soweit es um die Nutzung der Wohnung geht und Miteigentümer als Genossenschaftsmitglied. Er hat damit auch alle Rechte und Pflichten wie jedes andere Genossenschaftsmitglied.

Mit einem solchen Konzept werden nicht nur die Forderungen der UN-Behindertenrechtskonvention in vollem Umfang erfüllt, sondern auch die Forderung der Diakonie Deutschland, die anlässlich des Europäischen Protesttages zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderung schreibt: „Auch Menschen mit Behinderung wollen in den eigenen vier Wänden wohnen“¹⁷.

E Zusammenfassung

Die Wohnsituation für behinderte Menschen entspricht in Deutschland nicht der Forderung der UN-Behindertenkonvention. Die bisherigen, länderspezifisch unterschiedlichen Fördermaßnahmen sind unzureichend, um ein ausreichend großes Wohnangebot für Behinderte Menschen zu entwickeln. Bisherige Initiativen sind eher zufällig. Es ist ein politisch strategisches Vorgehen erforderlich, um auf Quartiersebene vernetzte Angebote des Wohnens und der Assistenzleistungen zu entwickeln. Für die dafür erforderlichen Stadtentwicklungsprojekte bedarf es öffentlicher Fördermittel. Für die Investitionsmaßnahmen im Bereich des Wohnens ist die Einbindung der gesamten Wohnungs- und Immobilienwirtschaft erforderlich.

Der Schlüssel für die Transformation von der stationären Einrichtung zum vernetzten selbstständigen Wohnen in der eigenen Wohnung liegt in erster Linie bei der Sozialwirtschaft. Sie wird als professionelle Spezialistin die Anliegen behinderter Menschen aufgreifen müssen und sie kann in Partnerschaft mit der Wohnungswirtschaft Initiatorin neuer Wohn- und Investitionsmodelle werden.

¹⁷ Pressemitteilung der Diakonie Deutschland vom 3. Mai 2013.

Nichtbeachtung, Ausstrahlungswirkung, Integration: Die Entwicklung der Verfassungsrechtsprechung im Spannungsfeld zum Privatrecht, speziell zum Mietrecht

Franz-Georg Rips

Inhaltsverzeichnis

A	Vorbemerkung	407
B	Abschottungs- und Abgrenzungsversuche	408
C	Konkrete Anlässe zum Meinungsstreit über die Ausstrahlung der Verfassung auf das Mietrecht	409
I	Zwischenfazit	414
D	Grundsätze der verfassungsrechtlichen Mietrechtsprechung	415
E	Zusammenfassung	422
F	Persönliche Schlussbemerkung: Eine Hommage an den Jubilar	423

A Vorbemerkung

Symptomatisch für das Verhältnis zwischen dem BGB-Mietrecht und dem Verfassungsrecht ist ein Blick in das damalige Standardwerk für das Mietrecht, die 3. Auflage von Sternel¹. Im Sachwortverzeichnis ist weder der Begriff „Verfassung“ noch „Grundgesetz“ zu finden. Ein Klassiker der Mietrechtskommentatoren hat einen möglichen und aus heutiger Sicht zwingenden Zusammenhang zwischen dem Mietrecht und dem Verfassungsrecht weitgehend ausgeblendet, und zwar immerhin noch 40 Jahre nach der Verkündung des Grundgesetzes. Ähnliche Erkenntnisse werden gewonnen bei einer kritischen Durchsicht der frühen bundesrepublikanischen Mietrechtsliteratur. Auch in jüngeren Kommentaren ist der Zusammenhang zwischen dem Mietrecht und dem Verfassungsrecht selten Gegenstand ausführlicher Überlegungen und Erörterungen. Dies mag Ausdruck einer allgemeinen festzustellenden

Dr. F.-G. Rips (✉)

Deutscher Mieterbund e.V., Berlin, Deutschland

e-mail: info@mieterbund.de

¹ Sternel, Mietrecht, 3. Auflage 1988.

Haltung von Zivilrechtlern sein, sich bewusst der Nähe zum Verfassungsrecht zu entziehen. Eine solche Grundeinstellung hat eine lange Tradition, die zunächst, wenn überhaupt, sehr grundsätzlich und dogmatisch ausgetragen wurde.

B Abschottungs- und Abgrenzungsversuche

Die auffällige Zurückhaltung vieler Zivilrechtler gegenüber verfassungsrechtlicher Durchdringung hat ihre Ursache sicherlich auch in rechtshistorischen Betrachtungsweisen. Im Mietrecht herrschte im römischen Recht eine schuldrechtliche Auffassung der Miete vor, die den Mieter auf vertragliche Ansprüche gegen seinen Vermieter beschränkte und ihm als bloßen Detentor Dritten gegenüber keinen Schutz gewährte.²

Nach klassischem römischem Recht schloss der Mieter mit dem Vermieter einen Konsensualvertrag, eine *locatio conductio rei*, die ihn zum Gebrauch der Wohnung berechnete, ihm allerdings keinen Besitz an der Mietsache verschaffte, sondern lediglich Detention. Wegen aller Besitzstörungen und Verletzungen musste er sich ausschließlich an seinen Vermieter wenden.³

Die Konzeption des BGB-Mietrechts hält in vielerlei Hinsicht an dem schuldrechtlich geprägten Ausgangspunkt fest. Abweichend davon und ergänzend dazu ist allerdings die Besitzstellung des Mieters geregelt, der als unmittelbarer Fremdbesitzer dem Eigentümer den Besitz mittelt, dem aber selbst Besitzabwehrrechte, wie einem Eigenbesitzer, zustehen und dem die Rechtsprechung materiellen Rechtsschutz gemäß § 823 I BGB gewährt.⁴

Das Bundesverfassungsgericht hat diese aufgewertete Rechtsposition des Mieters um eine grundrechtliche Einbettung bereichert, die an späterer Stelle im Detail dargelegt wird.

Zunächst soll erst einmal der Blick auf die Zivilrechtler geworfen werden, die ihr Rechtsgebiet, das Zivilrecht, i. c. das Mietrecht, befreit halten wollten von einer verfassungsrechtlichen Überlagerung oder gar einer Dominanz des Grundgesetzes im Mietrecht.

So wurde die These vertreten, das Mietrecht werde nach und nach mit einem Netz verfassungsrechtlicher Sätze überzogen, es werde in ein „Korsett verfassungsrechtlicher Vorgaben“ gezwängt, allgemeines Ziel müsse die Vermeidung der Überlagerung des Zivilrechts durch das Verfassungsrecht sein.⁵

Eine andere Meinung brachte die Befürchtung einer Abwertung der gesamten Zivilgerichtsbarkeit zum Ausdruck. Die Grundrechte im Grundgesetz seien gerade nicht als Grundwerteordnung für das Zusammenleben der Bürger untereinander konzipiert worden. Das Verhältnis von Zivilrecht und materiellem Recht des Grund-

² Vgl. dazu C. Möller, AcP 1991, S. 550.

³ Möller, a. a. O., S. 542.

⁴ Möller, a. a. O., S. 551.

⁵ Meineke, WuM 94, S. 581ff.

gesetzes sei von Verfassungs wegen ein solches der Neutralität und sei erst durch das Bundesverfassungsgericht zu einem „Akt der Usurpation im Sinne einer Prägung auch des Privatrechts“ verändert worden.⁶

In der Kommentarliteratur wird die Meinung vertreten, das Bundesverfassungsgericht habe sich eine weltweit einmalige Macht geschaffen.⁷

Die Vorstellung vom Grundgesetz als „Spitze der Pyramide der Rechtsordnung“ oder als „Dach über dem sonstigen Recht“ habe die Übertreibungen der Verfassungsrechtsprechung begünstigt.⁸

Der Gesetzgeber nehme seine „Desavouierung“ dankend an, indem er die normwerfenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts als wegweisend kommentiert. Dies wird dann als „unwürdiges Schauspiel“ bezeichnet, das sich mit schöner Regelmäßigkeit wiederholt.⁹

Es ist die Rede von einer „Konstitutionalisierung der Methodenlehre“, die als „Konkretisierungs-, Diskurs- und Abwägungsjurisprudenz und neue Verfassungsdogmatik“ an die Stelle der alten (offensichtlich gemeint: klassisch-tradierten; Anmerkung des Verfassers) getreten sei.¹⁰

Daraus wird der Schluss abgeleitet, die vom Bundesverfassungsgericht praktizierte Abwägung einander widerstreitender Grundrechte oder Verfassungsprinzipien sei für Zivilsachen keine adäquate Methode.¹¹

Ähnlich argumentiert Böckenförde, wenn er den gleitenden Übergang des parlamentarischen Gesetzgebungsstaats zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat beklagt.¹²

C Konkrete Anlässe zum Meinungsstreit über die Ausstrahlung der Verfassung auf das Mietrecht

Zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts haben den Meinungsstreit über das Verhältnis zwischen dem Privatrecht/Mietrecht auf der einen, dem Verfassungsrecht auf der anderen Seite entscheidend befeuert. Die erste der beiden Entscheidungen hat auf den ersten Blick mit dem Mietrecht nichts zu tun. Sie ist aber gewissermaßen der Türöffner für das Eindringen der Grundrechte in die Auslegung und Anwendung des Zivilrechts.

⁶ So Diederichsen, Die Selbstbehauptung des Privatrechtes gegenüber dem Grundgesetz, juristische Ausbildung 1997, S. 57ff.

⁷ V. Staudinger, BGB, (Neubearbeitung 2014), 2015, Rn. 67 der Einleitung.

⁸ Staudinger, a. a. O.

⁹ Staudinger, a. a. O.

¹⁰ Staudinger, a. a. O., Einleitung Rn. 67

¹¹ Staudinger, a. a. O., Einleitung Anm. 68b

¹² Böckenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1989, S. 61f.

Gemeint ist – natürlich – das sog. Lüth-Urteil¹³ aus dem Jahre 1958. Damit war der Weg zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte endgültig eröffnet. Das Recht insgesamt einschließlich des Privatrechts wird als Werteordnung verstanden, die auch auf das Privatrecht ausstrahlt und Wirkung vor allem bei der Ausübung von unbestimmten Rechtsbegriffen „mit Wertausfüllungsbedürftigkeit“¹⁴ und von Generalklauseln entfaltet.

Mit dieser grundlegenden Entscheidung ist die Trennlinie zwischen Verfassungsrecht und Privatrecht neu bestimmt worden. Entscheidend sind nunmehr die Zuordnung des Verfassungsrechts, vor allem der Grundrechte, zur Rechtsordnung insgesamt, auch als „Konstitutionalisierung“ gewertet, und das Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zur Fachgerichtsbarkeit.¹⁵

Wichtige Folge dieser Rechtsprechung ist die daraus abgeleitete Abwägung von Interessen und Rechten. Ruffert hält übrigens den Begriff der Drittwirkung der Grundrechte zwar nicht für falsch oder schädlich. Er weist aber zu Recht darauf hin, dass die Ausfächerung der Grundrechtsfunktion im Verfassungsrecht einerseits und die Ausdifferenzierung der Rechtsprechung bei der Kontrolle des Privatrechtsgesetzgebers sowie die immer stärkere Herausbildung von Bereichsdogmatiken im grundrechtsbezogenen Privatrecht sich inzwischen zu einem neuen Konzept entwickelt haben.¹⁶ Er sieht hierin eine Weiterentwicklung der Grundrechtsdogmatik und der Privatrechtswirkung der Grundrechte.

Von Mutius leitet aus dem Bekenntnis des Bundesverfassungsgerichts zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte den – heute übrigens unstreitigen – Schluss ab auf deren objektiv-rechtliche Funktion. Grundrechte sind längst nicht mehr nur Abwehrrechte gegen den Staat, sondern richten zugleich eine objektive Wertordnung oder ein Wertesystem auf, das auf die Auslegung des Privatrechts zumindest im Bereich unbestimmter Rechtsbegriffe und der Generalklauseln ausstrahlt.¹⁷

Diese Überlegung sei immer maßgeblich bei einem gegeneinander oder zumindest einer Spannungslage von Grundrechten mehrerer Grundrechtsträger.

Er leitet daraus, gestützt auch auf Art. 1 Abs. 3 Grundgesetz, die Verpflichtung des Gesetzgebers ab, einen Interessenausgleich zwischen Grundrechten herbeizuführen und durch ein Geflecht von Begründungspflichten, Fristen, Zumutbarkeits- und Ausgleichsregelungen eine praktische Konkordanz herzustellen.¹⁸

Grundsätzlich hat sich – neben vielen anderen auch – Oerter mit der Drittwirkungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts befasst. Er hat zwar ausdrücklich darauf hingewiesen, dass damit der „Zugriff“ des Bundesverfassungsgerichts auf die Rechtsprechung der Zivilgerichte immer intensiver geworden ist. Er hat aber auch zu Recht darauf aufmerksam gemacht, dass die Drittwirkungsdebatte inzwischen ausgetragen ist und dass sie nur noch einen resümierenden Charakter haben könne. Er stellt eine „Tendenz zur Verstaatlichung des Privatrechts“ heraus. Und er

¹³ BVerfGE 7, 198; NJW 58, 257ff.

¹⁴ So von Mutius, in: GS Sonnenschein, 2003, S. 69ff.

¹⁵ So Ruffert, JZ 2009, 389ff., 390.

¹⁶ Ruffert, a. a. O., 398.

¹⁷ Von Mutius, ZMR 2003, 621ff.

¹⁸ Von Mutius, a. a. O.; Der Begriff der praktischen Konkordanz ist von Konrad Hesse in die Verfassungsrechtslehre eingeführt worden.

erklärt das Bundesverfassungsgericht zum Herren der verfassungsrechtlichen Güterabwägung und verbindet damit die Entmachtung des Gesetzgebers.¹⁹

Hentschel hat beispielhaft konkret die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zur Verpflichtung des Vermieters, eine frei gewordene Wohnung dem Mieter anzubieten²⁰, harsch kritisiert. Eine solche Rechtsfindung respektiere nicht den Wunsch des Vermieters, sein Leben nach seinen eigenen Vorstellungen einzurichten. „Richter haben es nicht in der Hand, wozu sie gelegentlich neigen, ihre eigenen Wertvorstellungen zur Richtschnur für das Handeln der Parteien zu machen.“²¹

Die zweite prägende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Spannungsverhältnis zwischen Verfassungsrecht und Privatrecht hat unmittelbar das Mietrecht betroffen. Es geht um die im Jahre 1989 getroffene Entscheidung, dass das Besitzrecht des Mieters (auch) unter den Eigentumsschutz des Art. 14 GG fällt.²²

Das Bundesverfassungsgericht sieht die Wohnung für jedermann als Mittelpunkt seiner privaten Existenz. Der Einzelne sei auf ihren Gebrauch zur Befriedigung elementarer Lebensbedürfnisse sowie zur Freiheitssicherung und Entfaltung seiner Persönlichkeit angewiesen. Der Großteil der Bevölkerung könne zur Deckung des Wohnungsbedarfs jedoch nicht auf Eigentum zurückgreifen, sondern sei gezwungen, Wohnraum zu mieten. Das Besitzrecht des Mieters erfülle unter diesen Umständen Funktionen, wie sie typischerweise dem Sacheigentum zukommen. Dieser Bedeutung der Wohnung hat der Gesetzgeber mit der Ausgestaltung des Besitzrechts Rechnung getragen. Es stellt eine privatrechtliche Rechtsposition dar, die dem Mieter wie Sacheigentum zugeordnet ist.²³

Die verfassungsrechtliche Aufwertung des Mieter-Besitzrechts zu einem Schutzrecht des Art. 14 GG hat zunächst bei Teilen der Lehre schieres Entsetzen und ein grundlegendes Missverständnis ausgelöst.

So wurde dem Bundesverfassungsgericht „dogmatisches Störpotenzial“ unterstellt, die Entscheidung erscheine als „Fremdkörper“ in den klaren, bestimmten und festgelegten Strukturen des Zivilrechts.²⁴

Die Figur des Eigentumseingriffs passe nicht in die allgemeine Rechtssystematik. Wenn der Gesetzgeber in Mietrechtsverhältnisse eingreife, beschneide er nur Verwertungschancen des Vermieters. Die Anwendung einer sachfremden Argumentationsfigur mache die Mietrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unvorhersehbar.²⁵

Der ehemalige Verfassungsrichter J. F. Hentschel äußerte Skepsis, dass der Mieter Rechte aus Art. 14 I GG überhaupt ableiten kann.²⁶

¹⁹ Vgl. dazu Oerter, AöR 1994, S. 529ff.

²⁰ Vgl. dazu BVerfG, WuM 92, 180.

²¹ Hentschel, in: FS Kleinert, 1992, S. 30.

²² BVerfGE 89, 6ff.

²³ BVerfGE 89, 8.

²⁴ So Geier, in: FS Krämer, 2009, S. 29ff., 29.

²⁵ So Roelleke, NJW 92, 1649ff., 1649.

²⁶ Hentschel, NJW 89, S. 937ff.

V. Emmerich stellte resigniert fest, dass der Mieter als Eigentümer nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wohl fortan eine Figur unserer Rechtsordnung ist, mit der man leben müsse.²⁷

Jedenfalls mit dieser Prognose hat er übrigens Recht behalten. Er stellte weiter fest, dass die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts den einfachen Zivilrechtler „ratlos“ zurücklässt.²⁸

Er ließ – insoweit auch im Einklang mit einer weitverbreiteten Meinung – keinen Zweifel an seiner Einschätzung, das Bundesverfassungsgericht habe sich in einen Trend „betont vermietet- und eigentumsfeindlicher“ Praxis begeben. Das unvermeidliche Ergebnis werde die Ablösung des herkömmlichen Mietrechts nach Maßgabe von Gesetz und Vertrag in sogenannte verfassungsrechtliche Abwägungen sein, die sich angesichts der Allgemeinheit der Vorgaben des Grundgesetzes beliebigen sozialpolitischen Vorstellungen des Bundesverfassungsgerichts öffnen.²⁹

Mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hätten die Mieterinteressen auf ganzer Front den Vorrang vor den Interessen der Vermieter und Eigentümer erlangt.³⁰

Und in seiner Gesamtbeurteilung malte er ein düsteres Bild: Die mietrechtliche und wohnungspolitische Konsequenz der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts werde „schlimm, um nicht zu sagen verheerend“ sein.³¹

Mit dieser Prognose hat Emmerich nicht Recht behalten. Das Bundesverfassungsgericht hat sich nicht zum einseitigen Sachverwalter der Mieterinteressen gemacht. Wie in diesem Beitrag noch aufzuzeigen sein wird, hat sich das Bundesverfassungsgericht in verfahrensrechtlichen und materiellen Fragen um ausbalancierte Lösungen bemüht. Ein parteiliches Übergewicht ist jedenfalls nicht erkennbar.

Wohlthuend hiervon abgehoben sind andere Stellungnahmen.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts habe einen entscheidenden Beitrag für eine sachgerechte Auslegung und Anwendung des Mietrechts geleistet. Der Maßstab eines angemessenen Ausgleichs der beiderseitigen Interessen habe einen übertriebenen Mieterschutz ebenso verhindert wie die einseitige Bevorzugung der Vermieterbelange. Hier jedenfalls erweise sich das Verfassungsrecht nicht als störendes Element, sondern als notwendiger Aspekt bei der Interpretation zivilrechtlicher Normen.³²

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts weist den Weg zu einem von praktischer Konkordanz bestimmten Lösungsweg, wonach kollidierende Grundrechtspositionen in ihrer Wechselwirkung so einzubeziehen sind, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.³³

²⁷ V. Emmerich, in: FS Gitter, 1995, S. 241ff.

²⁸ V. Emmerich, a. a. O., S. 242.

²⁹ V. Emmerich, a. a. O., S. 245.

³⁰ V. Emmerich, a. a. O., S. 249.

³¹ V. Emmerich, a. a. O., S. 250.

³² So Geier, a. a. O., S. 41.

³³ Geier, a. a. O., S. 32.

Zu Recht weist A. Lenze darauf hin, dass der Ausgangspunkt des neuen Eigentumsformats eine an den Bedingungen der Freiheitsausübung angesetzte Interpretation des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs ist.³⁴ Und er weist auf zwei Auswirkungen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hin: Sie habe erstens grundsätzliche Bedeutung für die Legitimität der Mietrechtsgesetzgebung im Allgemeinen. Und zum Zweiten prognostiziert er, sie habe eine leichte Verbesserung für Mieter bei Eigenbedarfskündigungen bewirkt.

Mit wissenschaftlicher Nüchternheit weist C. Möller darauf hin, dass die harsche dogmatische Kritik an dem Mieter-Eigentum-Urteil verkennt, dass das Bundesverfassungsgericht keine neuartige Zivilrechtsdogmatik vorlegt, sondern mit dem Besitzrecht des Mieters ein vermögenswertes Recht anerkennt, dessen angemessene verfassungsrechtliche Einordnung bei Art. 14 I GG zu erfolgen hat.³⁵ Und sie weist ergänzend darauf hin, dass die vom Verfassungsrechtslehrer K. Hesse konzipierte Lehre von der Herstellung praktischer Konkordanz nunmehr auch in das Mietrecht Einzug hält.³⁶

Ähnlich argumentiert der anerkannte Mietrechtler Jürgen Sonnenschein, wenn er resümierend feststellt: Dem Bundesverfassungsgericht kann nicht der Vorwurf gemacht werden, es messe einseitig den Interessen des Mieters oder Vermieters zu viel Gewicht bei. Das Gericht ist ständig bemüht, die widerstreitenden Interessen beider Vertragsteile auf der Grundlage der Verfassung zu einem gerechten Ausgleich zu bringen. Dieser ist erforderlich, wenn das Erlangungsinteresse des Eigentümers dem Bestandsinteresse des Mieters gegenübersteht, damit eine Situation Eigentum versus Sozialstaat, Eigentümer-Eigentum versus Mieter-Eigentum entsteht. Dieser Gegensatz ist unauflösbar und kann nur aufgrund einer Interessenabwägung zum Nachteil einer Partei entschieden werden. Maßgeblich für diese Abwägung sind die Umstände des Einzelfalles. Nach den hierfür vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Maßstäben ist das Ergebnis nicht mehr unvorhersehbar.³⁷

Derleder hat schon lange vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum eigentumsähnlichen Schutz des Mieters die Disparität der verfassungsrechtlichen Stellung von Vermieter und Mieter beklagt. Er hat in der für ihn typischen ganzheitlichen, insbesondere auch ökonomischen und sozialen Betrachtung auf den Wandel im System der Immobilienfinanzierung hingewiesen, wenn die Mieter mit ihrer Mietzahlung das hohe Fremdkapital, das der Vermieter in der Regel eingesetzt hat, tragen und damit für den Vermieter das wirtschaftliche Eigentum generieren.³⁸ Er hat den Verfassungsrechtsweg zugunsten der Mieter eingefordert, diesen jedenfalls dann als notwendig erachtet und damit Inhalt und Begründung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts antizipiert, „wenn die Sicherung persönlicher Freiheit ernst genommen wird“.

³⁴ Lenze, in: FS Derleder, 2005, S. 268ff.

³⁵ Möller, a. a. O., S. 554, 561.

³⁶ Möller, a. a. O., S. 564.

³⁷ Sonnenschein, NJW 93, 161ff., 181.

³⁸ Derleder/Winter, JZ 76, 657ff.

Und er hat Jahre später – nach der Qualifizierung des Mietrechtsbesitzes zum Mietereigentum durch das Bundesverfassungsgericht – folgerichtig auf den engen Zusammenhang zwischen dem Mieterrecht als Eigentumsrecht und der elementaren Bedeutung für die Lebensgestaltung des Mieters hingewiesen. Dazu gehöre auch, dass das Bundesverfassungsgericht endlich eine verfassungsprozessrechtliche Symmetrie hergestellt und damit dem Mieter den nunmehr grundsätzlich bestehenden Zugang zum Rechtsmittel der Verfassungsbeschwerde eröffnet habe.³⁹

Und Ruffert hat für die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vom Lüth-Urteil⁴⁰ über die Einbeziehung sozial-staatlicher Argumentation und Schutzpflichten dogmatische Tendenzen aufgezeigt und eine Verwischung der Grenzen zwischen rechtsstaatlichem Schutz, sozialstaatlichem Interessenausgleich und Vorrang des Gesetzgebers festgestellt. Gleichzeitig hat er auf die Rezeption dieser Entwicklung in der Fachgerichtsbarkeit hingewiesen.⁴¹

I Zwischenfazit

Die Wechselwirkungen zwischen dem Mietrecht im Besonderen und dem Privatrecht im Allgemeinen auf der einen, dem Verfassungsrecht auf der anderen Seite sind nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes im Jahre 1949 zunächst sehr zurückhaltend, z. T. auch unter bewusster Missachtung einer möglichen Bedeutung des Verfassungsrechts für das Privatrecht behandelt worden. In weiten Teilen haben die „reinen Zivilisten“ den Ton angegeben. Kritischere Juristinnen und Juristen haben schon früher die Bedeutung des Verfassungsrechts für das Privatrecht/Mietrecht erkannt. Das Bundesverfassungsgericht hat mit dem sog. Lüth-Urteil die Ausstrahlungswirkung des Grundgesetzes deutlich erweitert, z. T. auch in die Auslegung und Anwendung des Privatrechts, und die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte begründet und in der Folge durch zahlreiche Entscheidungen vertieft. Der verfassungsrechtliche Schutz des Mieters durch Art. 14 GG führt verfahrens- und materiell-rechtlich eine theoretische Symmetrie zwischen Vermieter und Mieter herbei.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat sich in der Folgezeit immer weiter ausgefächert. In diesem Kontext hat sich eine Systematik entwickelt, die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich vorhersehbar, kalkulierbar und damit objektiver macht, auch wenn im Einzelfall Überraschungen nicht ausbleiben.

Solche Grundsätze der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sollen nachfolgend zusammengestellt werden. Dabei ist der Fokus auf Art. 14 GG gerichtet.

³⁹ Derleder, WuM 93, 514ff.

⁴⁰ S. o., vgl. Anm. 12.

⁴¹ Ruffert, a. a. O., S. 390f.

D Grundsätze der verfassungsrechtlichen Mietrechtsprechung

Für den Mieter ist die Mietwohnung der Mittelpunkt seiner Existenz. Sie ist Heimat für ihn und seine Familie. Sie ist unabdingbar für den Aufbau und den Erhalt von Nachbarschaften und Freundschaften. Sie ist Ort der Erholung und der Gesundheitspflege, damit auch wichtige Voraussetzung zur Ausübung des Berufs und der Erwerbstätigkeit, aber auch der Pflege der Kultur. Sie schafft die Rückzugsmöglichkeit aus dem öffentlichen in den privaten Bereich. Sie schützt und sichert alle die Bereiche, die in einem weiten Sinne zur Intimsphäre des Menschen gehören. Sie ist unverzichtbarer Bestandteil eines würdevollen Lebens und untersteht damit auch dem primären Grundrecht des Art. 1 GG, also der Menschenwürde. Sie schafft den Menschen Freiräume in Bezug auf die Religionsausübung, den Empfang und die Verarbeitung von Informationen, die sexuelle Ausrichtung, den häuslichen Umgang mit Produkten der Kultur und der Unterhaltung, das Ausleben von Privatheit und Gemeinschaftlichkeit, sie ist damit in einem umfassenden Sinne Voraussetzung für eine selbst bestimmte Lebensgestaltung.

Im Umkehrschluss bedeutet der Wohnungsverlust eine erzwungene Neuordnung der Lebensumstände und ist nicht nur mit beträchtlichen Kosten verbunden, sondern auch mit dem Verlust von persönlichen, familiären und sozialen Bindungen.⁴²

Die umfassende Bedeutung der Wohnung generiert einen breiten Raum für freiheitssichernde und schützende Regelungen, die vor allem die Beachtung grundrechtlicher Wertebestimmungen verlangen können. Das zivilrechtliche Mietrecht ist dabei kein geschlossenes Rechtssystem. Es muss sich vielmehr in die gesamte Rechts- und Werteordnung einbinden, letztlich also auch die Verfassung als systemimmanentes Rechtsetzungsinstrument in den Prozess der Auslegung und Anwendung des Mietrechts integrieren. Wann dies im Einzelnen virulent wird, wird nicht von utilitaristischem Denken oder von subjektiver Beliebigkeit bestimmt, sondern wird von fest aufgestellten und weiterentwickelten Regeln bestimmt. Regelgeber ist in der Regel der Gesetzgeber, der jedoch nicht allmächtig, nicht der alleinige Beherrscher des Verfahrens der Rechtsetzung ist. Er ist nicht unangreifbar, sondern in einem Rechtsstaat der verfassungsgerichtlichen Kontrolle vor allem in Sinne einer Vereinbarkeit mit den Grundrechten unterstellt. Insoweit steht gesetzgeberisches Handeln unter dem Vorbehalt der Verfassungsmäßigkeit und einer entsprechenden gerichtlichen Überprüfung.

Das soziale Mietrecht ist in seiner primären Zweckbestimmung kein Schutzrecht für Arme, Bedürftige oder Benachteiligte. Es kommt deshalb nicht auf die jeweilige wirtschaftliche oder soziale Lage der Mieter in Deutschland an. Ebenso unmaßgeblich ist die konkrete Wohnraumversorgungssituation.

Anders ausgedrückt: Man muss nicht hilfsbedürftig sein, um Ansprüche und Rechte aus dem sozialen Mietrecht abzuleiten. Oder noch akzentuierter formuliert: Auch der wohlhabende Mieter steht unter dem Schutz des Mietrechts. Denn Wohlstand und gesellschaftliche Position sind keine Hindernisse für die Geltung des Mietrechts und damit auch des grundrechtlichen Schutzes. Ob arm oder reich,

⁴² Vgl. dazu z. B. Geier, a. a. O., S. 36.

ob allein oder in Gemeinschaft, ob Mann oder Frau, ob Vermieter oder Mieter, ob Betroffener eines angespannten (z. B. in vielen Metropolen Deutschlands) oder eines entspannten (z. B. in zahlreichen ländlichen Regionen) Wohnungsmarktes, jeder Mensch soll in den Genuss eines selbst bestimmten Lebens, einer freien Lebensgestaltung kommen. In diesem Kontext ist darauf hinzuweisen, dass zwar das „Ob“ des sozialen Mietrechts gewissermaßen verfassungsfest geworden ist, dass aber das „Wie“ der Gesetzgebung weite Gestaltungsspielräume eröffnet. Die Konkretisierung des sozialen Mietrechts lässt dem Gesetzgeber viele Möglichkeiten.⁴³ Was den Eigentümern an Einschränkungen abverlangt werden darf, ist von den jeweiligen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnissen nicht grundsätzlich, aber insoweit abhängig, als sich eine konkrete Schutzbedürftigkeit ergibt.⁴⁴ Es wird deshalb zutreffend darauf hingewiesen, dass sich der soziale Bezug, der dem Wohnraum ohnehin innewohnt, in einer Mangellage noch erheblich verschärfen kann.⁴⁵

Aktuell wird seit April 2014 die politische und verfassungsrechtliche Diskussion um die sog. Mietpreisbremse, also die Kappung der Wiedervermietungsmiete, geführt. In diesem Diskurs hat Herlitz, beruflich Justiziar des GdW, also des Dachverbandes von Wohnungs- und Immobilienunternehmen, eine Mietpreisbremse nur dann als verfassungsrechtlich zulässig erklärt, wenn tatsächlich ein geringes Angebot von Wohnraum vorhanden ist und entsprechende Teilmärkte bestimmt werden.⁴⁶

Differenzierter hat sich Derleder mit diesem Thema befasst, dabei diverse Fallgruppen mit zeitlicher, örtlicher und sachlicher Begrenzung gebildet, die einer verfassungsrechtlichen Überprüfung seiner Ansicht nach standhalten.⁴⁷

Zu diesen eher grundsätzlichen Erwägungen tritt additiv eine weitere Begründung hinzu: Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt auf die besondere soziale Gebundenheit des Eigentums an Boden, vor allem wenn er bebaubar ist, hingewiesen. Boden ist „unvermehrbar“ und „unentbehrlich“. Er darf deshalb nicht dem Spiel der freien Kräfte unterliegen, sondern muss die Interessen der Allgemeinheit in weit größerem Umfang zur Geltung bringen, als dies bei anderen Vermögensgütern der Fall ist.⁴⁸

Die Angewiesenheit großer Teile der Bevölkerung, die sich aus der Begrenzung bebaubaren Grund und Bodens ergibt, rechtfertigt und erfordert die Bindung des Wohneigentums durch das soziale Mietrecht.⁴⁹

Die verfassungsrechtliche Figur der Schutzpflicht ist ein Instrument zum Schutz bestimmter grundrechtlicher Kernbereiche, die dem Gesetzgeber im Prinzip einen

⁴³ Leibholz/Bunghart, Grundgesetz für die BRD, Rn. 961 zu Art. 14 GG.

⁴⁴ Vgl. dazu Leibholz/Bunghart, a. a. O., Anm. 965 zu Art. 14 GG, vgl. auch BVerfGE 78, 302; 52, 30.

⁴⁵ Leibholz/Bunghart, a. a. O., Anm. 967 zu Art. 14 GG.

⁴⁶ Herlitz, ZMR 2014, 262ff., 265.

⁴⁷ Derleder, WuM 2014, 443ff.

⁴⁸ Vgl. dazu BVerfGE 21, 373ff., 825; E 87, 114ff., 146; z. B. auch Münch/Kunig-Bryde, Anm. 15 zu Art. 14 GG

⁴⁹ Vgl. z. B. Münch/Kunig-Bryde, a. a. O., Rn. 15 zu Art. 14 GG; BVerfGE 38, 348ff., 370; 68, 361ff., 371; 79, 292ff., 302f.; 83, 82ff., 86f.; 89, 1ff., 95.

erheblichen Einschätzungs- und Ausführungsspielraum lassen. Inhaltlich geht es dabei darum, eine Balance zwischen Individuum und Gesellschaft zu finden, eine Aufgabe, die in erster Linie dem Gesetzgeber zukommt.⁵⁰ Der Gesetzgeber hat die Pflicht zum Erlass kollisionsauflösender Gesetze, inhaltlich bedeutet dies eine Rechtsetzung, die das Gegeneinander oder zumindest die Spannungslage mehrerer Grundrechtsträger mit der Folge gegen- oder wechselseitiger Freiheitsbeeinträchtigung aufzulösen versucht.⁵¹

Wenn die Lösungsvorschläge des Gesetzgebers in der Rechtsanwendung nicht zu einer verfassungsrechtlich ausbalancierten Auflösung von Grundrechtskollisionen führen, muss die Kontrolle durch Gewährung gerichtlichen Rechtsschutzes, eventuell vor dem Bundesverfassungsgericht, gewährleistet sein.⁵²

Der Weg zum Bundesverfassungsgericht ist in diesem Verfahren nicht hindernisfrei. Die Schwelle eines möglichen Verstoßes gegen das Verfassungsrecht, den das Bundesverfassungsgericht zu korrigieren hat, ist erst dann und nur dann erreicht, wenn die Entscheidung der Zivilgerichte Auslegungsfehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereiches, beruhen und auch in ihrer materiellen Bedeutung für den konkreten Rechtsfall von einigem Gewicht sind.⁵³ Diese zeitlich sehr früh aufgestellte These, die evtl. einen zu weiten Beliebigkeitsspielraum offenlässt, hat Konkretisierungen erfahren. Das Bundesverfassungsgericht prüft danach konkret rechtskräftige Urteile in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten mit der Verfassungsbeschwerde nur in einem bestimmten Raster ab.

Die Feststellung und Würdigung der zivilrechtlichen Entscheidung obliegen in erster Linie den zuständigen Gerichten, also den Spruchkörpern der Zivilgerichtsbarkeit. Das Bundesverfassungsgericht greift dann ein, wenn das zivilgerichtliche Urteil Verfassungsrecht verletzt. Davon ist nur, aber auch immer dann auszugehen, wenn das Urteil auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung und Reichweite eines Grundrechts beruht und wenn das Auslegungsergebnis mit den Grundrechtsnormen und der von ihnen aufgestellten Werteordnung nicht vereinbar ist.⁵⁴ Dieser Leitsatz ist eine geeignete Arbeitshilfe auf dem Feld zwischen unzulässiger Einmischung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf der einen, grundrechtsorientierter Überprüfung auf der anderen Seite. Ob er für die geforderte „Effektivierung von Grundrechten“ insoweit ausreichend ist, als ein normkonkretisierender Obersatz gefunden wurde, der für eine bestimmte Fallgruppe eine mit dem System der Verfassung nicht vereinbarte Regel aufstellt⁵⁵, sei dahingestellt.

Deshalb ist unbestritten das Bundesverfassungsgericht weder im Rechtsweg eine Superinstanz und erst recht nicht das höchste Mietgericht in Deutschland. Das Bundesverfassungsgericht hat seine eingegrenzten Kontrollmöglichkeiten jüngst in

⁵⁰ Oerter, a. a. O., S. 535 und 538.

⁵¹ Von Mutius, in: GS Sonnenschein, Berlin 2003, S. 69, 70, 76.

⁵² Von Mutius, a. a. O., S. 78.

⁵³ So Hentschel, in: FS Kleinert, 1992, S. 25ff., 26; Möller, a. a. O., S. 541.

⁵⁴ Vgl. zu dieser Formel BVerfGE 32, 311ff., 316; Oerter, a. a. O., S. 352.

⁵⁵ So ausdrücklich Oerter, a. a. O., S. 559.

einer aktuellen Entscheidung noch einmal verdeutlicht. So ist insbesondere die Versagung der Revisionszulassung durch den Bundesgerichtshof, auch wenn sie nicht begründet wird, nur und erst dann ein Verstoß gegen die Gewährleistung des gesetzlichen Richters gem. Art. 101 I 2 GG, wenn sich die Entscheidung insoweit als objektiv willkürlich erweist und den Zugang zur nächsten Instanz unzumutbar erschwert.

Fehlerhaftigkeit einer zivilgerichtlichen Entscheidung allein ist nicht ausreichend. Sie muss, um die Schwelle des Weges zum Bundesverfassungsgericht zu überschreiten, eine Intensität erreichen, dass die angegriffene Entscheidung unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass die Entscheidung auf sachfremden Erwägungen beruht.⁵⁶

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 23.04.2014 noch einmal weitere Grundsätze seiner Spruchpraxis hervorgehoben und gewissermaßen zusammengefasst: So gewinnt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 543 III 1 Nr. 1 ZPO nur dann, wenn eine klärungsbedürftige Frage zu entscheiden ist, deren Auftreten in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zu erwarten ist, und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an einer einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt. Ein solcher Erklärungsbedarf setzt voraus, dass unterschiedliche Rechtsauffassungen vertreten werden und noch keine höchstrichterliche Entscheidung vorliegt. In diesem Kontext hat das Bundesverfassungsgericht die – in meinen Augen zweifelhaften – Feststellungen getroffen, dass die Voraussetzungen und Grenzen der Eigenbedarfskündigung höchstrichterlich geklärt sind und die diesbezügliche Rechtsprechung des BGH im Einklang mit dem Bundesverfassungsgericht steht.⁵⁷ Diese gewagte Aussage hat eher den Charakter eines Selbstschutzes gegen Verfassungsbeschwerden, als sie einer materiell-rechtlichen Aussage standhält. Dafür gibt es doch für zu viele Fragen der sog. Eigenbedarfskündigungen immer noch Klärungsbedarf, die sich vor allem auf Inhalt und Begriff des Merkmals Wohnung in der zivilrechtlichen Vorschrift und eine klarere Abgrenzung zwischen vorübergehender Nutzung, Nutzung als Ferienwohnung, Nutzung als Besuchsstandort, Nutzung als vorübergehende Verkürzung der An- und Abfahrzeiten zur Arbeitsstelle beziehen. Ebenso nicht final entschieden ist der Begriff des „Benötigens“ in den BGB-Normen des Eigenbedarfs.

Die Notwendigkeit zur Fortbildung des Rechts wird vom Bundesverfassungsgericht nur dann bejaht, wenn Leitsätze für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen des materiellen oder formellen Rechts aufzustellen oder Gesetzeslücken auszufüllen sind. Die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ruft das Bundesverfassungsgericht nur auf den Plan, wenn Anhaltspunkte für das Vorliegen einer divergierenden Rechtsprechung gegeben sind.⁵⁸

Zur Lösung von Grundrechtskollisionen hat von Mutius drei Schritte vorgeschlagen. Zunächst ist danach zu unterscheiden, welche grundrechtlichen Schutzbereiche

⁵⁶ So BVerfGE 14, 733ff.

⁵⁷ BVerfG, NJW 14, 1276; kritisch zu dieser Entscheidung die Anm. von Wiek, WuM 2014, 402f.

⁵⁸ Wie Anm. 52.

im konkreten Fall tatsächlich betroffen sind. Dabei ist zu beachten, dass es kein Rangverhältnis zwischen einzelnen Grundrechten gibt. Wenn mögliche Verletzungen von Grundrechten auftreten, sind diese in aller Regel und im zivilrechtlichen Umfang insbesondere nicht zwischen verschiedenen Einzel-Grundrechten auszugleichen, sondern unter Betrachtung der einzelnen Grundrechte zwischen verschiedenen Grundrechtsträgern als Privatpersonen.

Der zweite Schritt ist ein sog. Optimierungsgebot, d. h. das Bemühen, den Werten aus den Grundrechten eine weitestgehende Wirkung zu verschaffen, vor allem einen angemessenen Ausgleich zwischen unterschiedlichen schutzwürdigen Interessen herbeizuführen. Dies geschieht mit der Herstellung praktischer Konkordanz in einem Abwägungsprozess (Begriff von K. Hesse).⁵⁹

Wichtigste Grenzen für den immer vorrangig tätigen und verantwortlichen Gesetzgeber und nachfolgend unter Beachtung der vorgenannten Regeln gegebenen Falls der Verfassungsrechtsprechung sind Gleichheitssatz, Verhältnismäßigkeit und Vertrauensschutz.⁶⁰

Bei der Beobachtung der Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Spannungsfeld zwischen Privatrecht und Grundrecht scheint mir ein bemerkenswerter Trend erkennbar. Ging es anfangs eher um die Gedanken der Freiheitssicherung und des Persönlichkeitsschutzes, greift in der weiteren Zeitfolge verstärkt der Gedanke des Schutzes und der Gerechtigkeit um sich. Ursächlich dafür ist vor allem die Konkretisierung des Art. 14 II GG durch das Sozialstaatsgebot. Damit ist ein Gerüst der Eigentumsverfassung des Grundgesetzes inhaltlich bestimmt.⁶¹

Art. 14 GG generiert konkret auch eine staatliche Schutz- und Fürsorgepflicht, insbesondere für sozial Schwache; denn sie bedürfen um ihrer Freiheit willen im besonderen Maße des Schutzes.⁶²

Rechtlich verpflichtend ist zur Erreichung dieses Ziels die Bereitstellung einer geeigneten Privatrechtsordnung.⁶³

Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich auf die Auseinanderentwicklung der Rechtsschutzgleichheit von Bemittelten und Unterbemittelten hingewiesen, die damit verbundenen Fragen in erster Linie den Fachgerichten zugewiesen, aber auch die verfassungsrechtliche Korrektur bei Fällen unverhältnismäßiger Einschränkung vorgesehen.⁶⁴

Noch deutlicher zum Ausdruck gebracht hat diesen Gedanken M. Fuchs.⁶⁵

Er hat zunächst eine Zunahme der Einwirkungen des Verfassungsrechts auf das Schuldrecht in den letzten 20 Jahren (geschrieben wurde diese Feststellung im Jahre 1998) festgestellt. Zwei Wirkungsstränge hat er als dafür verantwortlich erklärt:

⁵⁹ Vgl. dazu auch BVerfGE 31, 229, 242; 25, 112ff., 117f.; 52, 1, 29; 58, 137ff., 147; 70, 191, 201f.; 95, 64ff., 84; 98, 17ff., 37; 100, 226ff., 240.

⁶⁰ Von Münch/Kunig-Bryde, a. a. O., Rn. 59 zu Art. 14 GG.

⁶¹ So z. B. von Münch/Kunig-Bryde, a. a. O., Anm. 66 zu Art. 14 GG.

⁶² So Jarras/Pieroth, GG für die BRD, 13. Auflage 2014, Anm. 30 zu Art. 14 GG.

⁶³ Jarras/Pieroth, a. a. O., Anm. 31 zu Art. 14 GG.

⁶⁴ BVerfG, WuM 12, 136ff.

⁶⁵ Fuchs, in: FS Zacher, 1998, S. 169, 170 und 171.

das Sozialstaatsprinzip und die Grundrechte. Historisch betrachtet sei vom Sozialstaatsprinzip eine stärker gewordene gestaltende Kraft ausgegangen. In der Folge sei der Schutz der typischerweise Schwächeren ausgebaut worden. Seiner Meinung nach müssen die Gerichte in bestimmten Fällen klären, ob die rechtliche Regelung eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist, und im Bedarfsfall über Generalklauseln vorrangig einen korrigierenden Eingriff vornehmen.

Mit dieser Grundlage und unter Weiterentwicklung seiner konzeptionellen Überlegungen hat sich das Bundesverfassungsgericht durchaus in mietrechtliche Grundsatzenfragen eingemischt und dabei Maßstäbe gesetzt. Eine vollständige Auflistung aller Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts mit Mietrechtsbezug würde diesen Beitrag sprengen. Die Aufzählung von Beispielen soll deshalb an dieser Stelle genügen:

Das Verbot der Änderungskündigung und korrespondierend damit das Mietpreissystem der ortsüblichen Vergleichsmiete sind verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.⁶⁶

Das rechtliche Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum hält einer Prüfung nach dem Grundgesetz stand.⁶⁷

Im Rahmen der grundrechtlichen Abwägung hat das Bundesverfassungsgericht, wie bei anderen Entscheidungen auch, ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Vermieterinteressen gewahrt werden müssen.⁶⁸

Bei der Frage, ob der Mieter einen Anspruch auf Anbringung und Nutzung einer Parabolantenne in seiner Wohnung hat, muss bei der Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften den Grundrechten, i. c. der Informationsfreiheit, Rechnung getragen werden. Wenn Art. 5 GG unter dem Gesichtspunkt der Informationsfreiheit des Mieters in Kollision zum bürgerlichen Eigentum des Vermieters und daraus abgeleitet der freien Verfügbarkeit über sein Eigentum im Licht des Art. 14 GG steht, ist eine fallbezogene Abwägung der Gerichte erforderlich, in der die Grundrechte zu berücksichtigen sind. In diesem Zusammenhang hat das Bundesverfassungsgericht noch einmal darauf hingewiesen, dass kein Grundrecht generell einem anderen Grundrecht vorgeht. Die notwendige Abwägung ist nicht nach einem Ranking der Grundrechte durchzuführen. Maßgeblich ist vielmehr die Schwere des Eingriffs.⁶⁹

In einer früheren Entscheidung hatte das Bundesverfassungsgericht sich schon einmal mit der Parabolantenne zu befassen, wobei die Besonderheit galt, dass in der Mietanlage bereits eine Gemeinschaftsantenne existierte oder ein Breitbandkabel bereits installiert war. Das Bundesverfassungsgericht hat in Befolgung seiner ständigen Grundsätze auf die Aufgabe der Fachgerichte hingewiesen, der Bedeutung des Grundrechtes, hier der Informationsfreiheit, Rechnung zu tragen. Die grundsätzliche Bedeutung der Informationsfreiheit werde verkannt, wenn dem Eigentümerinteresse von vornherein ein Vorrang vor dem Mieterinteresse am Empfang von

⁶⁶ BVerfGE 37, 132ff., 140f.

⁶⁷ BVerfGE 38, 348ff., 370; 55, S. 249ff., 257f.

⁶⁸ BVerfGE 37, 132ff., 143f.; 49, 244ff., 294; 53, 352ff., 357f.

⁶⁹ Vgl. zu dieser gesamten Argumentationsfigur BVerfG, WuM 13, 413ff.

Rundfunksendungen aus dem Heimatland eingeräumt würde. Mit dieser konsistenten Überlegung konnte das Bundesverfassungsgericht korrigierend in die gerichtlichen Entscheidungen der Zivilgerichte eingreifen.⁷⁰

Einen ausgeprägten verfassungsrechtlichen Bezug hat auch die privatrechtliche Stellung behinderter Menschen im Wohnraummietrecht. Wurde die Abwägung zunächst auf § 242 BGB gestützt, einerseits ging es um das rechtlich geschützte Interesse an der unveränderten Erhaltung der Mietsache, andererseits um das ebenfalls rechtlich geschützte Interesse an einer behindertengerechten Nutzungsmöglichkeit⁷¹, hat der Gesetzgeber mit § 554a BGB eine konkrete gesetzliche Grundlage geschaffen.⁷²

Das Bundesverfassungsgericht bejaht in einer Entscheidung zu Art. 13 GG den Schutz eines elementaren Lebensraumes zur freien Entfaltung der Persönlichkeit. Zur Einschränkung der Unverletzlichkeit der Wohnung ist deshalb der konkrete Verdacht des Vorliegens einer Straftat erforderlich, als Grund für eine einschränkende Maßnahme reicht nicht die Ermittlung von Tatsachen aus.⁷³

Die Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts hat Auswirkungen auf andere Organe der Rechtspflege und deren Arbeit. Dies gilt namentlich zunächst für die Fachgerichte. Die Feststellung der verfassungsrechtlich relevanten Tatsachen ist ohne Frage in erster Linie die Aufgabe des Tatrichters. Er entscheidet mit seiner materiellen Begründung, ggf. auch mit einer verfassungsrechtlich-integrierten Sichtweise, maßgeblich darüber, ob das Bundesverfassungsgericht überhaupt angerufen werden kann oder muss.⁷⁴

Ob und wie sich die Fachgerichte mit der Einbindung des Verfassungsrechts in ihre zivilrechtliche Entscheidung befassen, hängt nicht zuletzt vom Sachvortrag der Prozessparteien ab. Die Anwaltschaft ist deshalb als Organ der Rechtspflege gut beraten, grundrechtliche Aspekte in ihren Tatsachen- und Rechtsvortrag einzubinden, wenn in dem konkreten Fall Anlass dazu besteht.

Das zivilistische Rechtsfindungssystem ist in der Vergangenheit (vermutlich) wenig von verfassungsrechtlichen Erwägungen geprägt gewesen. Dass es auch anders geht, soll an einem konkreten Beispiel dargestellt werden:

So hat das Landgericht Berlin in einem Urteil vom 3. Juli 2014⁷⁵ entschieden, dass Zivilgerichte die Wirksamkeit einer auf Grundlage des § 558 III 2 BGB erlassenen Kappungsgrenzenverordnung in eigener Prüfungszuständigkeit und -kompetenz überprüfen dürfen, die Berliner Kappungsgrenzenverordnung wirksam ist.

⁷⁰ BVerfG, WuM 2007, 379f.

⁷¹ Vgl. dazu BVerfG, ZMR 2000, 436.

⁷² Vgl. dazu Rips, Barrierefreiheit gem. § 554a BGB, Ein neues Rechtsinstitut im Mietrecht und dessen Einordnung in das allgemeine deutsche Recht, 2003; diese Arbeit befasst sich auch umfänglich mit der Verfassungsrechtslage vor und nach Erlass der Vorschrift des § 554a BGB.

⁷³ So ausdrücklich BVerfG, WuM 12, 94.

⁷⁴ Darauf hat für das Gebiet des Wohnungseigentumsrechts, gültig aber auch in gleicher Weise für das Mietrecht, M. J. Schmid hingewiesen in seinem Aufsatz: Grundrechte und Gebrauchsrechte des Wohnungseigentümers: Schmidt, MDR 2010, S. 64ff., 66.

⁷⁵ Vgl. LG Berlin, WuM 2014, 554ff.

Die uneingeschränkte Prüfungsfreiheit der Zivilgerichte folgt, so das Landgericht, aus Art. 19 IV GG, der für den Rechtsuchenden nicht nur die bloße Anrufung des Gerichts ermöglicht, sondern effektiven Rechtsschutz dadurch gewährleistet, dass er die Gerichte zu einer wirksamen Kontrolle in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht verpflichtet.⁷⁶ Soweit der Gesetzgeber, hier der Verordnungsgeber, seiner Rechtsetzung Ziele, Wertungen und Prognosen zugrunde gelegt habe, sei ein angemessener Zeitraum zu gewähren, um Erfahrungen zu sammeln, Klarheit zu gewinnen und Mängeln der Regelung abzuhelpfen.

Zunächst unterliegt nach Ansicht des LG die vom Berliner Senat erlassene Kapungsgrenzenverordnung nur der Kontrolle auf Prognosefehler. Der Beurteilungsspielraum ist erst dann überschritten, wenn die Erwägungen nicht vertretbar sind, also offensichtlich so fehlerhaft, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können.⁷⁷ Das Landgericht vertritt dezidiert die Auffassung, dass mit den nachfolgend benannten Kriterien ausreichende Grundlagen für die Entscheidung des Gesetzgebers geschaffen worden sind: Berliner Mietversorgungsentwicklung 2006–2011, Mietversorgungsquote 2011, Prognose der Mietversorgungsquote 2020, Indexangebotsmieten/Bestandsmieten, Indexbruttokaltmieten/Nettoeinkommen, Entwicklung Mobilitätsrate 2011/2006, Wohnflächenverbrauch 2011/2006, indexpreisgünstige Mietangebote/berechtigte Haushalte. Im Ergebnis stellt das Landgericht fest, dass der Berliner Senat den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum nicht überschritten hat. Denn die Überlegungen des Senats sind vertretbar, erst recht aber nicht so offensichtlich verfehlt, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für die getroffenen gesetzgeberischen Maßnahmen abgeben können.

Das Landgericht geht an späterer Stelle noch einmal auf die rechtliche Qualität von gesetzgeberischen Prognose-Entscheidungen, die zur Normsetzung führen, ein: Solche Rechtsvorschriften werden frühestens dann verfassungswidrig, wenn die dem Gesetzgeber zustehende Zeit, um Erfahrungen zu sammeln, Klarheit zu gewinnen und daraus evtl. Korrekturen abzuleiten, abgelaufen ist.⁷⁸

Gegen die Entscheidung des Landgerichts Berlins wurde die Revision zugelassen. Ein Ergebnis lang im Zeitraum der Abfassung dieses Beitrages noch nicht vor.

E Zusammenfassung

Wenn man das Zusammenspiel von Privatrecht im Allgemeinen, Mietrecht im Besonderen auf der einen, dem Verfassungsrecht auf der anderen Seite historisch be-

⁷⁶ Das Landgericht beruft sich an dieser Stelle auf einen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Mai 2014, 2 BvR 1823/13, Tz 16 (zitiert nach juris). Das Landgericht beruft sich auch auf § 17 II 1 GVG, woraus sich die Verpflichtung des Gerichts ergebe, den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden.

⁷⁷ An dieser Stelle wird vom Landgericht auf einen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 16.03.2000, BVerfG, NJW-RR 2000, 141f., 142 verwiesen.

⁷⁸ LG Berlin, a. a. O., S. 557; vgl. auch BVerfGE 83, 1ff., 22; 101, 331ff., 351.

trachtet, hat sich zu Beginn eine Nichtbeachtung, in einzelnen Fällen sogar bewusste Missachtung des Verfassungsrechts ergeben. Diese Phase wurde vor allem durch die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte und davon ausgehend deren Ausstrahlungswirkung abgelöst. Die Grundrechtsbedeutung auch für das Zivilrecht ist heute weitgehend unbestritten. Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu eine Konzeption entwickelt, die unbeschadet möglicher Kritik im Einzelfall eine Überbewertung der Grundrechtsgeltung im Zivilrecht ebenso verhindert wie eine verfassungsrechtliche Ignoranz. Dabei wird, ganz im Sinne der Gewaltenteilung, dem Gesetzgeber die Hauptaufgabe zugewiesen, die grundrechtsgeschützten Bereiche in eine gesellschaftliche und individuelle Balance zu bringen. Der Vorrang des Gesetzgebers sperrt die verfassungsrechtliche Kontrolle nicht aus. Auch zivilrechtliche Urteile müssen sich an die Grenze des Grundgesetzes, vor allem der grundrechtlichen Werteordnung halten. Überschreitungen dieser Grenze eröffnen regelmäßig den Weg zum Verfassungsgericht und damit zur verfassungsmäßigen Überprüfung, jedenfalls wenn sie eine allgemeine Bedeutung haben. Inhaltlich hat sich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach der Schwerpunktsetzung auf die Freiheitssicherung und die Persönlichkeitsentfaltung verstärkt dem Schutzgedanken zugewandt, der in den Grundrechten und im Sozialstaatsprinzip verankert ist. Insgesamt ist die Verfassungsrechtsprechung heute zu einem integralen Bestandteil einer ganzheitlich zu betrachtenden Rechtsordnung geworden. Die zivilistischen Fachgerichte haben diese Zusammenhänge angenommen und aufgegriffen. Die wesentliche Prüfung ist in der Vergangenheit aber durch das Bundesverfassungsgericht selbst vorgenommen worden.

F Persönliche Schlussbemerkung: Eine Hommage an den Jubilar

Prof. Peter Derleder wird 75 Jahre alt. Dies ist ein Grund zum Feiern. Dies ist aber auch ein Anlass zur Würdigung. Peter Derleder ist ein Wissenschaftler, der in allem, was er getan, geschrieben und gelehrt hat, eine ganzheitliche Betrachtungsweise an den Tag gelegt hat. Er war nie „nur“ Jurist, immer auch Sozial- und Kulturwissenschaftler. Seine ausgeprägte Allgemeinbildung erlaubt ihm die Herstellung überraschender Bezüge, z. B. zwischen Rechtsfragen, Literatur und Filmdokumentationen. Wissenschaftliche Gründlichkeit ist ihm ebenso wichtig wie Präzision in der Formulierung und Fehlerlosigkeit in Grammatik und Zeichensetzung. In seinem gesamten Wirken hat er den Schutz des Verbrauchers und damit auch des Mieters besonders in den Fokus genommen. Wo und wenn er bei Fachtagungen anwesend ist, braucht der Veranstalter sich um Diskussionsbeiträge keine Sorgen zu machen. Peter Derleder steht mit intelligenten Beiträgen immer zu einem kritischen Diskurs zur Verfügung. Und noch eine Besonderheit: Wenn Peter Derleder Arbeiten seiner Schüler betreut, erwartet und verlangt er eine substantielle Zusammenfassung. Dies praktiziert er auch erfolgreich in seinen eigenen Arbeiten.

Persönlich habe ich Peter Derleder viel zu verdanken. Er hat mir zu einem Zeitpunkt, zu dem mein Berufsweg bereits weit vorangeschritten war und man schon eher an das Berufsende als an eine wissenschaftliche Qualifikation denkt, an der Universität Bremen eine Promotion ermöglicht und mir damit einen Herzenswunsch erfüllt.

Er hat mir bei der Auswahl eines geeigneten Themas geholfen. Er hat die Strukturierung der Arbeit mit entwickelt, über ein Gespräch zu einzelnen inhaltlichen Fragen stand er zur Verfügung und unterbreitete stets hilfreiche Lösungsvorschläge. Die Bewertung der Arbeit hat er zügig vorgenommen.

Aus eigener Erfahrung und aus dem Gespräch mit Kolleginnen und Kollegen, die unter seiner Betreuung promoviert haben, weiß ich: Peter Derleder ist nicht nur ein hoch qualifizierter Wissenschaftler, sondern auch ein optimaler Doktorvater. Lieber Peter, wie viele andere auch sage ich Dank an den Wissenschaftler und Menschen Peter Derleder. Mögen auch die weiteren Jahre von Schaffenskraft und Kreativität geprägt sein!

Die Entwicklung des Sondernutzungsrechts von den Anfängen bis heute

Positive und kritische Gedanken

Friedrich Schmidt

Inhaltsverzeichnis

A	Einleitung	426
B	Behandlung von Gebrauchsrechten	427
I	Die Frühzeit	427
1	Bärmann Formularbuch	427
2	Bärmann „Praxis des Wohnungseigentums“	427
3	Weitnauer	428
4	Diester	428
II	Ab Mitte der 60er-Jahre	429
1	Weitnauer	429
2	Diester	430
3	Rechtsprechung	430
III	Das Sondernutzungsrecht im Speziellen	431
1	Rechtsprechung	431
2	Literatur	433
IV	Die Lösungen bis zum Beginn der 90er Jahre	436
1	Alleingebrauch	437
2	Verdinglichung	437
3	Grundbucheintragung, Vermerk	437
4	Veräußerung mit Wohnung	437
5	Isolierte Übertragung	438
6	Bauträger	438
C	Die Folgezeit	438
I	Die Grundbucheintragung	439
II	Arten des Sondernutzungsrechts	440
1	Schuldrechtlich – verdinglicht	440
2	Im Bauträgerrecht	440
3	Zum Schuldrechtlichen	440
III	Vorgänge ab 2000	441
1	Entscheidungen zu schuldrechtlichen Sondernutzungsrechten	441
2	Gutgläubiger Erwerb eines Sondernutzungsrechts	442
3	Probleme einer Öffnungsklausel	443
4	Kritische Entscheidungen	444

F. Schmidt (✉)
Bayreuth, Deutschland
e-mail: notagraf@t-online.de

IV	Stellungnahme zu den Entscheidungen	446
1	Allgemeines	446
2	Grundbuchrechtliche Fragen	446
V	Erlöschen eines Sondernutzungsrechts	449
D	Die Dogmatik der Zuordnung und die Anwendung in der Praxis	450
E	Zusammenfassung	452

A Einleitung

Das Sondernutzungsrecht ist aus dem Wohnungseigentum längst nicht mehr wegzudenken. Literatur und Rechtsprechung befassen sich seit Jahrzehnten mit dieser Rechtsfigur¹ und sie ist bis heute virulent. Man hat dabei den Eindruck, dass sich so manche Gedankengänge und Ausführungen von den Grundlagen dieser Rechtsfigur entfernen. Begriffe wie „schuldrechtliches“ und „dingliches“ Sondernutzungsrecht werden nicht sauber auseinandergehalten und was „Grundbucheintragung“ ist, bleibt oft zweideutig. Der nachfolgende Beitrag versucht, mehr Klarheit zu schaffen.²

Es erscheint hilfreich, zunächst einen Blick auf die historische Entwicklung zu werfen. Der Begriff „Sondernutzungsrecht“ ist keiner des Wohnungseigentumsgesetzes. In der frühen Literatur zum WEG erscheint er nicht.³ Es war eher die Rede von Gebrauchsrechten. Er hat sich erst allmählich in der Praxis entwickelt und taucht in der Literatur und Rechtsprechung erst gegen Ende der 60er Jahre des vorigen Jahrhunderts auf. Er knüpft an § 15 Abs. 1 WEG an, der es ermöglicht, den Gebrauch des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums durch Vereinbarung zu regeln. Dabei wurde als erstes praktisches Beispiel die Gartennutzung genannt⁴. Gebrauchsrechte war der Begriff der damaligen Zeit.

Gebrauchsregelungen in Form von Sondernutzungsrechten wurden vor allem bei Bauträgerverträgen über Wohnungseigentumsanlagen entwickelt und sind so ein wichtiges Gestaltungsmittel geworden. Sie waren immer da notwendig, wo an Teilen und Bereichen des Gemeinschaftseigentums, die nicht sondereigentumsfähig sind, Sondernutzungen für eine Eigentumswohnung notwendig oder sinnvoll wa-

¹ Drei Monografien sind erschienen: Ott, Das Sondernutzungsrecht im Wohnungseigentum, 2000; Häublein, Sondernutzungsrechte und ihre Begründung im Wohnungseigentumsrecht, 2002; Hogenschurz, Das Sondernutzungsrecht nach dem Wohnungseigentumsgesetz, 2006. Alle drei werden nachstehend zitiert als Ott, Häublein, Hogenschurz. Eine Würzburger Dissertation von 1987 über das Sondernutzungsrecht von Gabriele Schweiger ist nicht veröffentlicht.

² Zutreffend stellt Hügel im Würzburger Notarhandbuch fest, dass auch nach der neueren Entwicklung die Dogmatik noch nicht als geklärt angesehen werden kann; Limmer/Hertel/Frenz/Mayer-Hügel, Würzburger Notarhandbuch, 3. Aufl. 2012, Teil 2 Kap. 4 Rn. 149.

³ Dies erstaunt auch deswegen, weil in einem Gesetzentwurf (Referentenentwurf) vom 22.9.1950 (Az. 4707/50 – 3440/1) ein Abschnitt, der nicht zum Zuge kam, übertitelt war mit „Gesetz über das Sondereigentum und das Sondernutzungsrecht an Wohnungen und anderen Gebäudeteilen“, PiG 8, S. 157.

⁴ Diester, Kommentar zum WEG, 1952, § 15 Rn. 4.

ren. Das sind z. B. ebenerdige Terrassen bei Erdgeschosswohnungen, Dachterrassen bei Penthousewohnungen, Gartenflächen vor Erdgeschosswohnungen, Kellerabteile, Bereiche des Dachbodens (z. B. Spitzboden), aber auch Kraftfahrzeugstellplätze im Freien oder in Tiefgaragen.⁵ Während bei den erstgenannten Bereichen die Zuordnung zu einer bestimmten Wohnung sich in der Regel durch den natürlichen baulichen Zusammenhang ergab, war es bei den Kraftfahrzeugstellplätzen anders. Hier musste einem Käufer die Möglichkeit gegeben werden, sich beim Wohnungserwerb aus den verfügbaren Stellplätzen einen bestimmten individuell auszusuchen. Erst bei der Beurkundung des Kaufvertrages wurde diese Wahl dann getroffen. Es war Aufgabe der Kautelarjuristen, insbesondere der Notare, geeignete und rechtlich haltbare Wege dafür zu finden.⁶ Diese Entwicklung „nach Raten“ soll nun aufgezeigt und dargestellt werden. Der Schwerpunkt wird dabei auf die Regelungen zu den Kraftfahrzeugstellplätzen gelegt.

B Behandlung von Gebrauchsrechten

I Die Frühzeit

Zunächst sei ein Blick auf die frühen Formulare und Bücher geworfen.

1 Bärmann Formularbuch

Im Formularbuch von *Johannes Bärmann* aus dem Jahre 1952⁷ werden Gebrauchsrechte nicht erwähnt. Im Textteil wird auf Seite 30 lediglich dargelegt, dass die Vereinbarungen nach § 10 Abs. 2 WEG durch die Eintragung im Grundbuch „dingliche Wirkung“ erhalten und damit Wirksamkeit für und gegen alle eintreten. Im Hauptformular einer „Gemeinschaftsordnung für ein umfangreiches Gebäude“⁸ kommen Gebrauchsrechte einzelner Wohnungseigentümer am Gemeinschaftseigentum auch nicht vor. Auch von Kraftfahrzeugstellplätzen oder Garagen ist im ganzen Werk nirgends die Rede, auch nicht in Kaufvertragsmustern.

2 Bärmann „Praxis des Wohnungseigentums“

1968 erschien in 2. Auflage „Praxis des Wohnungseigentums“ von *Bärmann*.⁹ Mit fast 600 Seiten wurde es zu einem Standardwerk mit einem umfangreichen Formulareteil. Im Textteil zur Begründung von Wohnungseigentum werden auf Seite 60

⁵ Vgl. die Beispiele bei Bärmann-Klein, WEG, 12. Aufl., § 13 Rn. 97.

⁶ Dazu Ganten in P. i. G. 15 von 1984, 71, 86.

⁷ Bärmann, Formularbuch zum Wohnungseigentumsgesetz, 1952.

⁸ Bärmann, Formularbuch zum Wohnungseigentumsgesetz, 1952, S. 101ff.

⁹ Bärmann, Praxis des Wohnungseigentums, 2. Aufl. 1968; dabei wurde das Werk als zweite Auflage des Formularbuches von 1952 geführt.

Garagen und Kraftfahrzeugstellplätze behandelt. Zunächst wird ausgeführt, dass Garagen und Kraftfahrzeugstellplätze zum Gemeinschaftseigentum gehören und vermietet werden mit Vormietrecht der Wohnungseigentümer. Dann wird auf die Möglichkeit verwiesen, an Garagen Sondereigentum zu bilden und einer Wohnung zuzuschlagen mit der Folge eines höheren Miteigentumsanteils bei höheren Kosten. Da an Stellplätzen im Freien kein Sondereigentum gebildet werden kann, wird als Lösung angeboten, die Fläche Wohnungseigentümern in Verbindung mit ihrem Wohnungseigentum gegen eine entsprechende Gebühr zur Nutzung zu überlassen. Es ist eine Art Dauermiete, kein Gebrauchsrecht im Sinne des § 15 WEG, was man als „Vermietungsmodell“ bezeichnen könnte. Dementsprechend findet sich auch keine Regelung dazu im Hauptformular einer Gemeinschaftsordnung S. 164ff. Das Gleiche gilt auch für die vielen weiteren Formulare einschließlich des amtlichen Musters.¹⁰ Als Ergebnis ist festzuhalten, dass Gebrauchsregelungen für Kraftfahrzeugstellplätze und sonstige Teile des Gemeinschaftseigentums in den Formularen bei *Bärmann* in „Praxis des Wohnungseigentums“ 1968 (noch) nicht vorkommen. Anders ist es dann in der 4. Auflage 1997, bearbeitet von *Schmidt*.

3 *Weitnauer*

Weitnauer veröffentlichte in seinem Kommentar¹¹ das Muster des Wohnungsbauministeriums aus dem Bundesbaublatt 1955 Heft 9,¹² das identisch ist mit dem bei *Bärmann* auf Seite 245ff. abgedruckten. Auch dieses enthält nichts über Gebrauchsrechte bzw. Kraftfahrzeugstellplätze. In der 3. Auflage von 1969 ist bei Gebrauchsregelungen als Inhalt des Sondereigentums nur die Nutzung eines Teiles des Hausgartens erwähnt.¹³

4 *Diester*

Zum 15-jährigen Bestehen des Wohnungseigentumsgesetzes spricht *Diester* auch Kraftfahrzeugstellplätze an.¹⁴ Zunächst empfiehlt er eine „obligatorische Gebrauchsregelung“ für einen vor einer Erdgeschosswohnung liegenden Garten-

¹⁰ Muster des Bundesministeriums für Wohnungsbau vom 1.2.1955, AZ. I-7520/31/54, Bundesbaublatt 1955, 489 unter dem Titel „Erklärung zur Begründung von Wohnungseigentum durch Teilung“, abgedruckt bei *Bärmann*, Praxis des Wohnungseigentums, 2. Aufl. 1968, S. 304. Dieses Muster liegt auch dem Standart-Muster des „Gesamtverbandes der Gemeinnützigen Wohnungs-Unternehmen e. V.“ in Köln zugrunde, wiedergegeben bei *Bärmann*, Praxis des Wohnungseigentums, 2. Aufl. 1968, S. 243.

¹¹ Bis zur 4. Aufl. „*Weitnauer-Wirths*“.

¹² Es wurde bis zur 8. Aufl. abgedruckt.

¹³ *Weitnauer-Wirths*, WEG, 3. Aufl., § 15 Rn. 3.

¹⁴ „Fünfzehn Jahre Wohnungseigentum“, Beilage zum Betriebsberater zu Heft 15/1966, S. 5. Vorher hatte er schon in NJW 1965, 793, 797 und NJW 1970, 1106, 1109 auf „unschwer mögliche“ Nutzungsregelungen für Stellplätze hingewiesen. Im WEG-Kommentar von 1952 erwähnt *Diester* Kraftfahrzeugstellplätze noch nicht, sondern nur Garagen als Teileigentum, § 5 Rn. 3a.

streifen als Inhalt des Sondereigentums nach § 10 Abs. 2 WEG. Einer solchen Gebrauchsregelung bedürften aber auch Einstellplätze für Personenkraftwagen, da sie in der Regel nicht Sondereigentum sein können. So war Diester offenbar der Einzige, der damals Stellplatzprobleme- und Regelungen ansprach.

II Ab Mitte der 60er-Jahre

Ab Mitte der 60er-Jahre wurde das Thema der Stellplatzregelung für die Praxis immer wichtiger und der Begriff „Sondernutzungsrecht“ wurde mehr und mehr gebräuchlich, vor allem in der Praxis.¹⁵ In Literatur und Rechtsprechung wurden solche Regelungen wie folgt behandelt.

1 Weitnauer

Als Erstes sei *Weitnauer* mit seinem Kommentar genannt. Während das abgedruckte Musterformular unverändert blieb, ging der Kommentar zunächst auf Abstellplätze in einer Sammelgarage näher ein. Dort heißt es,¹⁶ dass am einfachsten die Belassung der Garage im Gemeinschaftseigentum und eine Benutzungsregelung nach § 15 Abs. 1, § 10 Abs. 2 sei, durch die das Recht zur Benutzung einer bestimmten Abstellfläche einem bestimmten Wohnungseigentümer zugewiesen wird.¹⁷ Er fährt dann fort, dass auf dieses Recht zweckmäßig im Bestandsverzeichnis des Wohnungsgrundbuch hingewiesen werde, etwa wie folgt: „... verbunden mit dem Recht zur Benutzung einer bestimmten Abstellfläche in der Tiefgarage ... eingetragen unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ...“. *Weitnauer* geht dann noch auf die Möglichkeit ein, an der Tiefgarage eine Grunddienstbarkeit zur Nutzung eines Stellplatzes zugunsten eines Wohnungseigentümers einzutragen, zieht aber eine Benutzungsregelung nach § 15 ausdrücklich vor.¹⁸ Bei § 15 WEG werden solche Benutzungsregelungen vorgeschlagen für Gartenflächen und Stellplätze in einer Sammelgarage. Stellplätze im Freien werden (noch) nicht erwähnt.

Mit diesen Ausführungen war *Weitnauer* der Erste, der die Grundlagen der Sondernutzungsrechte in der Literatur gelegt hat, ohne noch den Begriff selbst zu verwenden. Beachtenswert ist auch, dass er einen Vermerk im Grundbuch vorschlug, längst vor *Ertl*.¹⁹ Er verwendet zutreffend den Begriff „Vermerk“ als deklaratorischen Hinweis, weil für die Rechtslage die Bezugnahme auf den Inhalt in der Eintragungsbewilligung gilt. Entgegen heutigen Gepflogenheiten wird bei ihm keine Stellplatznummer genannt. Eine Methode über die Art der Zuweisung nennt

¹⁵ Als ich 1963 als Notarassessor in Nürnberg begann, wurde der Begriff schon zunehmend verwendet.

¹⁶ Weitnauer-Wirths, WEG, 4. Aufl., § 5 Rn. 12a.

¹⁷ Garagenstellplätze waren damals noch nicht sondereigentumsfähig.

¹⁸ Weitnauer-Wirths, WEG, 4. Aufl., § 3 Rn. 35b.

¹⁹ Ertl, RPfleger 1979, 81.

Weitnauer nicht. Da er von der Zuweisung an einen „bestimmten WEigentümer“ spricht, nicht „Wohnungseigentum“, kann man wohl davon ausgehen, dass ein Käufer beim Kauf noch die Wahl haben soll und nicht von Anfang alle Stellplätze verteilt werden. Das schlägt *Weitnauer* gerade nicht vor.

2 Diester

Im gleichen Sinn argumentiert *Diester* zwei Jahre später.²⁰ Zunächst weist *Diester* in Rdn. 158ff. darauf hin, dass die Gebrauchsregelung in Form der Einräumung von ausschließlichen Nutzungsregelungen an „bestimmte WEigentümer oder Teileigentümer“ (nicht an Dritte) sich durchaus bewährt habe. Es verwendet dafür auch den Begriff „Sondernutzungsrecht“, den er als bedenkenfrei bezeichnet. Er stelle im Rahmen des WEG eine Gebrauchs- und Nutzungsregelung im Sinne des § 15 WEG dar und könne gemäß § 10 Abs. 2 WEG als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen werden. Für die Grundbucheintragung genüge der Bezug auf die Eintragungsbewilligung. Möglich sei aber auch die Eintragung eines Hinweises darüber im Bestandsverzeichnis.²¹ *Diester* weist dann in Rdn. 161 darauf hin, dass über die Praxis der Grundbuchämter dazu noch nichts bekannt sei und im Fachschrifttum die Frage vor 1972 nicht behandelt wurde sowie darauf, dass *Weitnauer* sie inzwischen in seinem Kommentar aufgegriffen habe. In Rdn. 162 wird ein Formulierungsvorschlag für die Gemeinschaftsordnung geboten, in dem jede Wohnung ein ausschließliches Nutzungsrecht für einen konkreten Stellplatz in der Tiefgarage erhält.²² Mit Stellplätzen im Freien hat sich *Diester* nicht befasst. Seine Ausführungen waren aber grundlegend für die weitere Entwicklung der Sondernutzungsrechte.

3 Rechtsprechung

Die Rechtsprechung zu den Sondernutzungsrechten – zunächst noch ohne diesen Begriff – setzte 1970/1971 ein mit dem LG München I²³ und dem KG²⁴. Im ersten Fall des LG München I regelt die Vereinbarung bei einer Tiefgarage mit acht Stellplätzen deren Aufteilung in acht Miteigentumsanteile, bei denen dann jeder Stellplatz jeweils einer Wohnung zur ausschließlichen Nutzung zugewiesen wurde. Unter Berufung auch auf *Diester*²⁵ hat das LG dies zugelassen. Hier waren die

²⁰ Diester, Wichtige Rechtsfragen des Wohnungseigentums, 1974.

²¹ Rn. 161 enthält ein Formulierungsbeispiel.

²² Die Meinung von Stumpp in: MittBayNot 1971, 12, § 15 WEG sei hier nicht anwendbar, lehnt *Diester* in Fn. 27 ausdrücklich ab; sie hat sich auch nicht durchgesetzt.

²³ LG München I, MittBayNot 1971, 83 und MittBayNot 1971, 242.

²⁴ KG, RPfeger 1972, 62.

²⁵ *Diester*, NJW 1970, 1107.

Stellplätze von vornherein bestimmten Wohnungen zugeordnet. Im zweiten Fall des Landgerichts enthielt die Gemeinschaftsordnung folgende Regelung:

Für die Benutzung gilt das Teileigentum als aus 14 Anteilen zu je 1/14 bestehend. Diese Anteile erhalten je eine Nummer ... 1–14. Dem jeweiligen Inhaber eines so aufgegliederten Anteils zu 1/14 steht das Recht auf ausschließliche Benutzung des mit der gleichen Nummer im Aufteilungsplan gekennzeichneten Kfz-Stellplatzes in der Tiefgarage zu. Im Falle der Erstveräußerung eines oder mehrerer Miteigentumsanteile am Teileigentum erfolgt in der Veräußerungsurkunde die Festlegung der Nummer durch den Veräußerer.

Der Fall unterscheidet sich vom vorigen dadurch, dass die Zuordnung erst bei der Veräußerung erfolgt. Die später weitverbreitete Praxis, insbesondere bei Stellplätzen im Freien, hat bereits hier ihren Ursprung. Das LG hat auch dies als Benutzungsregelung nach § 15 WEG gebilligt.

Die Entscheidung des Kammergerichts ist weniger einschlägig. Es billigte einen Mehrheitsbeschluss zur ausschließlichen Nutzung einer Dachterrasse als mögliche Regelung nach § 15 WEG, was auch auf Stellplätze angewandt werden könne. Er gelte, wenn er nicht angefochten werde. Andernfalls müsse er aufgehoben werden. Es war der alte „rechtskräftige Zitterbeschluss“, den der BGH später verworfen hat, was auf Dauer also nichts genutzt hätte.

Diese Entscheidungen zeigen, wie aus der Praxis heraus das Sondernutzungsrecht sich gewissermaßen stufenweise entwickelt hat und das WEG offenblieb für vielfältige Gestaltungen in den Bauträgerverträgen.

III Das Sondernutzungsrecht im Speziellen

In den 70er Jahren verfestigte sich der Begriff Sondernutzungsrecht (SNR) und wurde allgemein gebräuchlich. Die praktische und dogmatische Entwicklung und Verfeinerung setzte fast stürmisch ein. Der Begriff ist nach wie vor keiner des Gesetzes.²⁶ Das SNR ist aber ein unverzichtbares Gestaltungselement des WEG. Zur Begriffsbestimmung scheint mir die von *Hogenschurz*²⁷ sehr treffend:

Ein Sondernutzungsrecht ist das einem Wohnungseigentümer oder mehreren Wohnungseigentümern eingeräumte dauernde alleinige Recht zur Nutzung von Flächen, Anlagen und Einrichtungen des gemeinschaftlichen Eigentums oder fremden Sondereigentums unter Ausschluss der übrigen Miteigentümer.

1 Rechtsprechung

Die weitere Entwicklung lässt sich deutlich an der Rechtsprechung der Folgejahre aufzeigen, die nachfolgend kurz dargestellt wird.

²⁶ Nach der WEG-Reform von 2007 kommt der Begriff allerdings in § 5 Abs. 4 WEG im Zusammenhang mit Gläubigerzustimmungen bei der Begründung vor, wird aber nicht definiert.

²⁷ Hogenschurz, § 1 Rn. 13.

*OLG Karlsruhe*²⁸ Das Gericht stellt deutlich heraus, dass an **Stellplätzen im Freien kein Sondereigentum** möglich ist. Offenbar war die Eintragung von Sondereigentum daran bei vielen Grundbuchämtern verbreitet.²⁹ Für die Betroffenen biete sich aber die Vereinbarung einer Nutzungsregelung i. S. der §§ 15 Abs. 1, 10 Abs. 2 an.

*BayObLG*³⁰ Es wird nunmehr zugelassen, dass ein **Dritter durch Vereinbarung ermächtigt** werden kann, auf dem Grundstück Garagen zu errichten und Sondernutzungsrechte daran zu begründen.

*OLG Hamburg*³¹, *BayObLG*³², *BGH*³³ Es ging darum, ob zur **Veräußerung eines Sondernutzungsrechts** die Zustimmung der übrigen Miteigentümer erforderlich sei (so BayObLG) oder nicht (OLG Hamburg und *Ertl*). Nach Vorlage an den BGH entschied sich dieser gegen eine Zustimmungspflicht. Zugleich machte der BGH grundlegende Ausführungen zum Wesen eines Sondernutzungsrechts, vor allem darüber, dass der Nutzungsausschluss der Sondernutzungsflächen Inhalt des Sondereigentums sei (negative Komponente) und die Berechtigung (positive Komponente) dann zugeteilt werden könne. *Ertl* begrüßte dies in vertiefenden Gedanken sehr. Damit hat der BGH einen wichtigen Markstein für die Praxis gesetzt. Im Anschluss an diese Entscheidung votiert dann das BayObLG für die Zustimmungsfreiheit der anderen Wohnungseigentümer zur Eintragung einer Vormerkung zur Übertragung eines Sondernutzungsrechts an einen anderen Wohnungseigentümer.³⁴

*BayObLG*³⁵ In diesem Beschluss erklärte das Gericht ausdrücklich, dass ein Sondernutzungsrecht nicht nur zur Nutzung in einzelnen Beziehungen, sondern auch zur **Alleinnutzung** bestellt werden kann (Fall einer Doppelhaushälfte).

*BGH*³⁶ Der BGH macht erneut wichtige und zutreffende Ausführungen zum SNR mit den **beiden Komponenten**. Es ist eine der wichtigen Grundsatzentscheidungen des BGH. Zur Begründung von Sondernutzungsrechten fordert er allerdings die Zustimmung von Gläubigern, wogegen ich mich in meiner Anmerkung wandte.

*OLG Hamm*³⁷ Das OLG Hamm spricht klar und deutlich aus, dass die Grundbucheintragung eines Sondernutzungsrechts durch die **Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung** geschehe. Ein knapper Hinweis im Bestandsverzeichnis sei möglich, aber nicht notwendig. Es betont damit den deklaratorischen Charakter eines solchen Hinweises.

²⁸ OLG Karlsruhe, DNotZ 1973, 235.

²⁹ Das bestätigte Diester in NJW 1970, 1106, nennt erschreckende Zahlen darüber und lässt einen richtigen Zorn darüber los.

³⁰ BayObLG, DNotZ 1975, 308.

³¹ OLG Hamburg, DNotZ 1976, 547.

³² BayObLG, DNotZ 1977, 667, mit abl. Anm. Ertl; ablehnend auch Röhl, MittBayNot 1977, 224.

³³ BGH, DNotZ 1979, 168 mit zust. Anm. Ertl.

³⁴ BayObLG, MittBayNot 1979, 8.

³⁵ BayObLG, MittBayNot 1981, 135.

³⁶ BGH, DNotZ 1984, 695 mit Anm. Schmidt.

³⁷ Beschl. v. 27.9.1984 – 15 W 34/83, DNotZ 1985, 552.

*BayObLG*³⁸ Beide Entscheidungen befassen sich mit **späteren Zuweisungen** von Sondernutzungsrecht und lassen sie in beiden Fällen zu. Das war erneut eine gute Bestätigung der vielfältigen Gestaltungen in der Praxis. Diese Entscheidung vom 08.11.1985 ist zur Grundlage für die aufschiebend bedingte Zuweisung eines Sondernutzungsrechts geworden und wird bis heute zitiert, insbesondere von Gerichten.³⁹

*OLG Düsseldorf*⁴⁰ Das Gericht billigt die **Zuordnungserklärung** des teilenden Eigentümers für einen Stellplatz **beim Verkauf** einer Eigentumswohnung, wenn in der Teilungserklärung der Mitgebrauch der übrigen Wohnungseigentümer ausgeschlossen ist.

*BayObLG*⁴¹ Eine Benutzungsregelung nach § 10 Abs. 1 WEG, § 749 BGB wirkt auch zugunsten eines Sondernachfolgers, nach § 10 Abs. 2 WEG wirksam auch gegen einen solchen (hier Gartenflächen).

2 Literatur

Die genannte Rechtsprechung wurde durch eine reichhaltige Literatur begleitet, gefördert und geprägt. Es war ein ausgesprochen fruchtbares Zusammenspiel. Neben Einzelbeiträgen geschah dies auch durch teils sehr umfangreiche Besprechungen von Entscheidungen. Autoren waren vornehmlich die Notare *Ertl*, *Röll*, *Schmidt* und auf der Wissenschaftsseite *Hermann Weitnauer*.

a) *Josef Ertl* (1922–2009)⁴²

Ertl, Notar in Kempten, Begründer des 1974 erstmals erschienenen Grundbuchkommentars,⁴³ hat sich auch sehr mit dem Wohnungseigentum beschäftigt. In seiner Anmerkung zum Beschluss des BayObLG vom 08.06.1977⁴⁴, der dann dem BGH vorgelegt wurde, lieferte er die entscheidenden Argumente dafür, dass die Übertragung eines Sondernutzungsrechts an einen anderen Wohnungseigentümer nicht der

³⁸ Beschl. v. 4.4.1985 – 2 Z 50/80, DNotZ 1986, 87, mit Anm. Herrmann; Beschl. v. 8.11.1985 – 2 Z 119-182/84, DNotZ 1986, 479 mit Anm. Ertl.

³⁹ Das Problem, der späteren bedingten Zuweisung wurde damals im internen Kreis auch bei den ESW-Tagungen „Partner im Gespräch“ intensiv diskutiert, vor allem mit den immer anwesenden Präsidenten des BayObLG. Die Entscheidung ist nicht zuletzt eine Frucht dieser Gespräche, was mir Prof. Odersky auch einmal bestätigte. Derleder war übrigens stets ein engagierter Besucher in Fischen.

⁴⁰ OLG Düsseldorf, DNotZ 1988, 34.

⁴¹ BayObLG, MittBayNot 1992, 266.

⁴² Durch eine schwere Erkrankung Mitte der 90er Jahre schied Ertl dann als juristischer Autor aus.

⁴³ Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht – kurz KEHE bezeichnet.

⁴⁴ Ertl, DNotZ 1977, 669.

Zustimmung der anderen bedürfe, wenn der Nutzungsausschluss bereits in den Vereinbarungen enthalten sei. Dazu lieferte er auch Formulierungsbeispiele. Der BGH folgte diesen Argumenten und zu dessen Beschluss vom 24.11.1978 nahm er wieder Stellung.⁴⁵ Allerdings habe der BGH dabei die Frage nicht behandelt, wo und wie die Grundbucheintragung zu erfolgen habe. Sie lasse sich aber aus dem Beschluss ableiten und stimme mit der Ansicht von *Weitnauer*⁴⁶ überein. Dann verweist er auf seinen Beitrag im Rechtspfleger 1979 über „Eintragung von Sondernutzungsrechten im Sinne des § 15 WEG“⁴⁷, mit dem Ertl gewissermaßen „das Eis gebrochen hat“. Er hat viel Aufmerksamkeit hervorgerufen und ist bis heute Grundlage für die Eintragung von Sondernutzungsrechten. Die bloße „Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung“ zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Sondereigentums genüge dem Gesetz nach § 7 Abs. 3 WEG, § 3 WE-GBVg und mache den Inhalt der Bewilligung zum Inhalt des Grundbuchs. Dann stellt *Ertl* die Frage, ob ein „nichtssagender“ Eintragungsvermerk im Bestandsverzeichnis genüge, und gab zwei Antworten. Zunächst sei er weder inhaltlich unzulässig noch unvollständig. Sodann sei er im Rechtsverkehr die Quelle von nicht zu unterschätzenden Schwierigkeiten, Gefahren und Schäden.⁴⁸ Daher sollen nicht alle Sondernutzungsrechte im Bestandsverzeichnis genannt werden, sondern nur solche von besonderem Wert für die „der Grundbuchsprache unkundigen Bürger“. Darunter fallen insbesondere Sondernutzungsrechte an Kraftfahrzeugstellplätzen, für die *Ertl* ausführliche Formulierungsbeispiele gibt. Im Übrigen nimmt er Bezug auf seinen Kommentar.

In DNotZ 1986⁴⁹ nimmt *Ertl* Stellung zum Beschluss des BGH vom 11.08.1985 über die aufschiebend bedingte Zuweisung eines Sondernutzungsrechts. Der Beschluss verdiene Zustimmung und Beachtung. Die Eintragung des aufschiebend bedingten Ausschlusses der übrigen Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch müsse, wenn die Verdinglichungswirkung eintreten soll, in den Wohnungsgrundbüchern erfolgen, gleichgültig, ob (nach außen sichtbar) durch einen Vermerk im Bestandsverzeichnis oder (nach außen unsichtbar) unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. Einer Eintragung des Eintritts dieser Bedingung in das Grundbuch bedürfe es nicht. Denn bei aufschiebend bedingten Rechten müsse aus dem Grundbuch nicht hervorgehen, ob und wann die Bedingung eingetreten ist.

1987 fasste *Ertl* in der Festschrift für *Seuß* seine Gedanken noch einmal zusammen.⁵⁰ Auf Seite 155 beantwortet er die Frage nach „schuldrechtlichem“ und „dinglichem“ Sondernutzungsrecht mit der Feststellung, nach seiner Auffassung gebe es nur eine einzige Art: Vereinbarung nach § 10 Abs. 1 WEG, die an sich ohne Grundbucheintragung wirksam ist, aber dann durch Eintragung Erstreckungswirkung gegen Sondernachfolger erhält (§ 10 Abs. 2 WEG).

⁴⁵ Ertl, DNotZ 1979, 171.

⁴⁶ Weitnauer, RPfleger 1976, 342.

⁴⁷ Ertl, RPfleger 1979, 81.

⁴⁸ Vgl. Staudinger-Rapp, WEG (2005), § 7 Rdn. 9; Häublein, ZMR 200, 122.

⁴⁹ Ertl, 1986, 485.

⁵⁰ Ertl, in: FS Seuß, 1987, S. 151: „Gutgläubiger Erwerb von Sondernutzungsrechten?“

b) *Ludwig Röhl* (1927–2005)

Röhl, Notar in Günzburg, war ein wichtiger Autor im Bereich des Wohnungseigentums.⁵¹ 1977 lehnt er den Beschluss des BayObLG vom 08.06.1977 ab, wonach zur Übertragung eines Sondernutzungsrechts die Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer erforderlich sei.⁵² Im Übrigen behandelt er die Sondernutzungsrechte im Kommentar und im Handbuch und vertritt die durch Rechtsprechung vorgegebene Linie.

c) *Friedrich Schmidt* (*1932)

Schmidt, 1966–1998 Notar in Bayreuth, befasste sich besonders mit dem Bauträgerrecht und dem Wohnungseigentum, vor allem im Münchener Vertragshandbuch, das 1982/1983 erstmals erschien. Daneben schrieb (und schreibt) er Aufsätze und Urteilsbesprechungen und war Mitautor der 4. Auflage von *Bärmann/Seuß*.⁵³ Bei der Gestaltung von Bauträgerverträgen zum Wohnungseigentum und von Gemeinschaftsordnungen widmete er sich intensiv dem Problem der Kraftfahrzeugstellplätze als Sondereigentum oder Sondernutzungsrecht. Er begleitete vor allem die Rechtsprechung dieser Zeit. Er plädierte z. B. auch für Sondereigentum an Stellplätzen auf dem Oberdeck eines Garagengebäudes,⁵⁴ eine bis heute umstrittene Angelegenheit. Zum Sondernutzungsrecht begrüßte er den Beschluss des BayObLG vom 08.11.1985⁵⁵ über die spätere Zuweisung als ausgesprochenen Lichtblick. Die Entscheidung stimmte mit dem überein, was er im Münchner Vertragshandbuch anbot.⁵⁶ Das dortige Formular war wohl das erste Muster überhaupt, das eine Regelung zu Sondernutzungsrechten an Stellplätzen enthielt, während anderweit noch „alte“ Formulare geboten wurden.⁵⁷ Im Formular der Teilungserklärung⁵⁸ wurde in Nr. 2 Abs. 1 der Nutzungsausschluss geregelt, in Abs. 2 die Zuordnung durch den teilenden Eigentümer im Kaufvertrag mit der Maßgabe, dass sie damit bindend werde. Im Kaufvertragsformular⁵⁹ wurde beim Verkaufsgegenstand ein Sondernutzungsrecht an einem nummerierten Stellplatz zu einem eigenen Preis einbezogen, dem verkauften Wohnungseigentum zugeordnet und dies zur Eintragung in das Grundbuch bewilligt und beantragt. Grundbucheintragung war dabei die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung als Inhalt des Sondereigentums. Ein Vermerk

⁵¹ Kommentator des WEG im Münchener Kommentar zum BGB; Autor des 1977 erstmals erschienenen Handbuchs für Wohnungseigentümer und Verwalter, das nach seinem Tod von Sauren fortgeführt wird.

⁵² Röhl, MittBayNot 1977, 224.

⁵³ Bärmann/Seuß, Praxis des Wohnungseigentums, 4. Aufl. 1997.

⁵⁴ Schmidt, DNotZ 1984, 700, zustimmend zu OLG Köln ebenda, eingehend dazu, aber kaum beachtet, Schmidt, in: FS Seuß, 2007, S. 247 = ZWE 2007, 280 (283).

⁵⁵ Fn. 38, DNotZ 1986, 479.

⁵⁶ Münchener Vertragshandbuch, 1983, Band 4 Formular VII.3 § 3 Nr. 2.

⁵⁷ Zum Beispiel Kommentare von Bärmann und Weitnauer.

⁵⁸ Münchener Vertragshandbuch 1983, Band 4 Formular VIII.3.

⁵⁹ Münchener Vertragshandbuch 1983, Band 4 Formular VIII.2.

im Bestandsverzeichnis war damals nicht vorgesehen und auch (noch) nicht üblich. Diese Art der Behandlung von Stellplätzen wurde zur weithin üblichen Praxis.⁶⁰ So wurde ich gewissermaßen ein Wegbereiter für die Regelung von Sondernutzungsrechten in Theorie und Praxis.

d) *Hermann Weitnauer* (1910–1999)

Weitnauer, einer der Väter des WEG, hatte schon früh sich mit den Sondernutzungsrechten an Kraftfahrzeugstellplätzen befasst. In der Juristenzeitung⁶¹ und in DNotZ⁶² hat er sich später ausführlich geäußert. In der Anmerkung zum Beschluss des BayObLG⁶³, die sich mit dem gutgläubigen Erwerb eines Sondernutzungsrechts befasst, geht *Weitnauer* auch auf die Sondernutzungsrechte allgemein ein. Sie werden gemäß § 10 Abs. 2 WEG als Inhalt des Sondereigentums mit Wirkung gegen Rechtsnachfolger des Wohnungseigentums im Grundbuch eingetragen. *Weitnauer* bezeichnete dies als „Realobligation“.⁶⁴

e) Kommentare

In den damals noch wenigen Kommentaren zum Wohnungseigentumsgesetz wurden die Sondernutzungsrechte im Sinne der Rechtsprechung und der Literatur dargestellt. Beachtenswerte Gegenmeinungen dazu gab es nicht. Von einem näheren Eingehen auf die Kommentare wird daher abgesehen.

IV Die Lösungen bis zum Beginn der 90er Jahre

Betrachtet man die behandelte Zeit in einer Zusammenschau, kann man feststellen, dass Anfang der 90er Jahre das Recht der Sondernutzungsrechte in Begründung, Handhabung und Gestaltung so abgeschlossen war, dass ein für die Praxis voll taugliches Instrumentarium zur Verfügung stand.⁶⁵ Es hielt in seinen Grundlagen auch vielen kritischen Betrachtungen stand und gilt so bis heute. Dazu folgende Thesen:

⁶⁰ Weitnauer billigte die Formulierung im Münchener Vertragshandbuch ausdrücklich in JZ 1984, 1115, als eine zu seinen Vorschlägen „ähnliche Lösung“.

⁶¹ Weitnauer, Anm. zu BGH vom 14.6.1984, JZ 1984, 1115.

⁶² Weitnauer, DNotZ 1990, 385.

⁶³ BayObLG, Beschl. v. 30.6.1989 – 2 Z 47/89, DNotZ 1990, 381 mit Anm. Weitnauer.

⁶⁴ Weitnauer, DNotZ 1990, 385, 388.

⁶⁵ Die aufgezählten einschlägigen Entscheidungen und Literaturbelege werden dabei nicht nochmals zitiert.

1 Alleingebrauch

Das Sondernutzungsrecht berechtigt zum Alleingebrauch von Gemeinschaftseigentum etc. und bedarf einer Vereinbarung nach § 10 Abs. 2 WEG, wobei es im Ergebnis gleichgültig ist, ob dazu auch § 15 WEG herangezogen wird. Durch die Eintragung der Vereinbarungen (Gemeinschaftsordnung) in das Grundbuch wird es dessen Inhalt mit Wirkung für und gegen Rechtsnachfolger.

2 Verdinglichung

Das Sondernutzungsrecht ist kein dingliches Recht.⁶⁶ Es gewährt einen schuldrechtlichen Anspruch gegenüber den anderen Wohnungseigentümern auf Alleingebrauch der bei der Begründung zu bestimmenden Sondernutzungsfläche. Durch die Bindung an Sonderrechtsnachfolger erhält es dinglichen Charakter, es wird „verdinglicht“.

3 Grundbucheintragung, Vermerk

Diese Eintragung im Grundbuch stellt rechtlich die Grundbucheintragung dar und nichts anderes. Ihren Inhalt muss man aus den Grundakten entnehmen. Als Erleichterung für den Grundbuchverkehr kann ein Vermerk darüber im Bestandsverzeichnis eingetragen werden, der aber nur deklaratorisch auf den Inhalt des Grundbuchs hinweist. Es ist, wie es immer wieder verkannt wird, keine Grundbucheintragung im Rechtssinn. Der Vermerk kann auf Antrag des Berechtigten eingetragen werden, muss aber nicht. Die Eintragung kann nur bei einem aus den Grundakten ersichtlichen Sondernutzungsrecht geschehen, nie bei rein schuldrechtlichen.

4 Veräußerung mit Wohnung

Bei Veräußerung einer Eigentumswohnung, der ein Sondernutzungsrecht zugeordnet ist, geschieht dies automatisch mit der Veräußerung der Wohnung, weil es als Inhalt des Sondereigentums den Sondernachfolger bindet.⁶⁷ Einer Erwähnung im Veräußerungsvertrag bedarf es nicht. Auch bei einer Zwangsversteigerung einer Eigentumswohnung bleibt das zugeordnete Sondernutzungsrecht bestehen.⁶⁸

⁶⁶ Statt aller Bärman-Klein, WEG, 12. Aufl., § 13 Rn. 74ff.

⁶⁷ Timme-Dötsch, WEG, 1. Aufl., § 15 Rn. 286.

⁶⁸ Dötsch a. a. O.

5 Isolierte Übertragung

Die isolierte Übertragung eines Sondernutzungsrechts an einen anderen Wohnungseigentümer mag zwar formlos möglich sein,⁶⁹ beim verdinglichten ist aber die Inhaltsänderung (Wegnahme beim verlierenden Wohnungseigentum und Zuordnung beim gewinnenden) im Grundbuch einzutragen, was dann im Bestandsverzeichnis zu verlautbaren ist.⁷⁰ Gesichert ist, dass die Zustimmung der übrigen Miteigentümer nicht erforderlich ist. Gläubigerzustimmungen beim Veräußernden kommen allerdings in Betracht.⁷¹

6 Bauträger

Da die Regelung der Sondernutzungsrechte bei der Aufteilung nach § 8 WEG in der Gemeinschaftsordnung geschehen muss, und der teilende Eigentümer dabei Bauträger ist, ist dies in der Praxis der Regelfall.⁷² Sondernutzungsrechte an Bauteilen wie Terrassen, Kellerabteilen, Dachbodenflächen an Gartenteilen bei Erdgeschosswohnungen etc.⁷³ sind dabei regelmäßig im Kaufpreis der Wohnung enthalten. Es ist nicht tunlich, sie im Bestandsverzeichnis zu vermerken.⁷⁴ Kraftfahrzeugstellplätze werden dagegen bezahlt und spielen im Rechtsverkehr eine eigene Rolle, weswegen für sie das Sondernutzungsrecht verdinglicht werden muss. Darauf hat sich die Praxis auch eingestellt. Rein „schuldrechtliche“ Sondernutzungsrechte sind hier unbrauchbar. Sie können allerdings entstehen, wenn bei der Regelung in der Gemeinschaftsordnung Fehler unterlaufen und etwa dem Bestimmtheitserfordernis nicht Genüge geleistet wird.

C Die Folgezeit

Obwohl nun alles dem Grunde nach geregelt war, setzte nunmehr eine Art juristischer Sturm auf das Sondernutzungsrecht ein. Sonderpublikationen⁷⁵, Festschriftbeiträge⁷⁶ und sonstige Aufsätze, umfangreiche Kommentierungen – vor allem auch in den neuen Kommentaren und Handbüchern – Besprechungen von Entscheidun-

⁶⁹ Zum Formproblem Dötsch, a. a. O., Rn. 281, 288.

⁷⁰ Bärmann-Klein, WEG, 12. Aufl., § 13 Rn. 123.

⁷¹ Bärmann-Klein, WEG, 12. Aufl., § 13 Rn. 124.

⁷² Hogenschurz § 1 Rn. 28: nur so dauerhafte Sicherung, § 2 Rn. 48.

⁷³ Balkone scheiden inzwischen aus, da sie kraft Gesetzes zum Sondereigentum zählen (str.), OLG München, MittBayNot 2012, 215 mit zust. Anm. Schmidt; jetzt auch Demharter, GBO, 29. Aufl., Anhang zu § 3, Rn. 21.

⁷⁴ Anders wohl Riecke/Schmid-Schneider, WEG, 3. Aufl., § 7 Rn. 183ff., der möglichst viel vermerken will. Dem ist entgegenzuhalten, dass zur Wohnung zählende Bauteile, wie Terrassen oder Vorgärten bei ebenerdigen Wohnungen jedermann offen erkennt und auch dem Rechtsverkehr nicht unterliegen.

⁷⁵ Siehe Fn. 1.

⁷⁶ Schnauder in FS f. Bärmann und Weitnauer 1990, S. 567; Kreuzer in FS Merle, 2000, S. 203.

gen zeigen das vielfältige Bild. Auch die Rechtsprechung hatte und hat reichlich zu tun. Es ist sehr begrüßenswert, wie man sich bis in die Feinheiten der Dogmatik dem Sondernutzungsrecht widmete und viele Erkenntnisse zutage brachte. Natürlich blieb auch Kritik an dem, was sich entwickelt hatte, nicht aus und es wurden Schwächen aufgezeigt,⁷⁷ die Vielen anhafteten. Das war alles sehr wertvoll. Aber dem Grunde nach hat das gehalten, was sich im vorigen Jahrhundert herausgebildet hat. In zwei Bereichen gibt die neue Entwicklung aber Anlass zur Sorge: beim sog. „schuldrechtlichen Sondernutzungsrecht“ und bei der Umsetzung im Grundbuch.

I Die Grundbucheintragung

Zunächst zum Grundbuch. Einigkeit besteht weiterhin, dass nur das im Grundbuch eingetragene Sondernutzungsrecht dinglichen Charakter hat und so Rechtsnachfolger bindet. Es wird immer wieder von der Grundbucheintragung eines Sondernutzungsrechts gesprochen. Normale Bürger und Juristen hegen die Vorstellung, Grundeintragung bedeute Rechtsgültigkeit. Beim Sondernutzungsrecht trifft das aber nicht immer zu. Zum Sondernutzungsrecht gibt es zwei Fälle der Eintragung, die Eintragung als Inhalt des Sondereigentums durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, die andere als Vermerk im Bestandsverzeichnis. Nur Erstere ist rechtlich die Grundbucheintragung. Die Letztere ist nur ein deklaratorischer Hinweis auf den Inhalt. Das Wort „Grundbucheintragung“ ist hierfür fehl am Platze. Es besteht nicht einmal ein Rechtsanspruch auf eine solche Eintragung, weil der Wortlaut der Eintragung im Ermessen des Rechtspflegers liegt und eine Eintragung, die eine zutreffende Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung hat, ebenfalls nicht unrichtig ist.⁷⁸ Es gibt also keinen Rechtsgrund für solche Eintragungen. Um Verwirrungen zu vermeiden, sollten vor allem die Kommentare⁷⁹, sollten das nicht mehr mit dem Wort Grundbucheintragung versehen, nur noch korrekt „im Grundbuch vermerkt“ schreiben. Bei vielen Gerichtsentscheidungen weiß man auch nicht, wie man dran ist. Schon den Sachverhalt kann man nur richtig verstehen, wenn angegeben ist, welche Art der „Grundbucheintragung“ gemeint ist. In der Entscheidung selbst geht dann die Irrfahrt weiter. Solange der Begriffe Grundbucheintragung beim Sondernutzungsrecht zweideutig verwendet wird, gibt es Fehlentscheidungen, die sich vermeiden ließen.

⁷⁷ Besonders scharfsinnig bei Häublein, a. a. O.

⁷⁸ OLG München, DNotZ 2007, 47; deswegen kann es auch einem Notar nie angelastet werden, wenn er die Eintragung eines Vermerks nicht betreibt. Ebenso OLG Zweibrücken, ZMR 2007, 409; Hogenschurz § 1 Rn. 30 m. w. N.

⁷⁹ Die WEG-Kommentare behandeln einen solchen Vermerk entweder gar nicht oder nur sporadisch. Eine Ausnahme bildet der von Riecke/Schmid, wo Schneider bei § 7 Rn. 183ff. intensiv für die Eintragung solcher Vermerke eintritt.

II Arten des Sondernutzungsrechts

1 Schuldrechtlich – verdinglicht

Es ist zwischen schuldrechtlichen und dinglichen bzw. verdinglichten Sondernutzungsrechten zu unterscheiden.⁸⁰ Die Ersteren sind die im Grundbuch nicht eingetragenen, die Letzteren dagegen eingetragen. Erstere erlöschen bei einer Veräußerung der Wohnung, wenn sie nicht durch ausdrückliche Schuldübernahme übernommen werden, Letztere gelten auch für Rechtsnachfolger. Offen bleibt weithin, was mit Grundeintragung gemeint ist. Es scheint oft so, als ob es der Vermerk im Bestandsverzeichnis sei, der aber keine echte Grundbucheintragung im Rechtssinn ist. Die Folgen können für Rechtsnachfolger verheerend sein. Würde er als Grundbucheintragung gelten, würde er bei Nichteintragung des Vermerks den Stellplatz verlieren, obwohl er einst durch ordnungsgemäße Zuordnung Inhalt des erworbenen Wohnungseigentums geworden ist – eine kalte Enteignung.

2 Im Bauträgerrecht

Das schuldrechtliche Sondernutzungsrecht kommt im Bauträgerrecht kaum vor und ist dort auch kein geeignetes Gestaltungsmittel. Beim Ersterwerb vom Bauträger, dem Regelfall in der Praxis,⁸¹ kann und muss es immer ein eingetragenes und damit bestandskräftiges Sondernutzungsrecht sein. Kein Bauträgerformular für eine Gemeinschaftsordnung und den Kaufvertrag, der auch das Sondernutzungsrecht mit Zuordnung eines Stellplatzes enthält, kann jedenfalls anders gemeint sein und formuliert ein lediglich schuldrechtliches Sondernutzungsrecht. Bei „verunglückten“ Formulierungen muss das bei der Auslegung berücksichtigt werden. Fehlt z. B. eine ausdrückliche Formulierung über den Ausschluss der Sondernutzungsfläche vom Mitgebrauch der anderen, so kann der Gesamtzusammenhang dennoch ergeben, dass dieses sog. negative Element dennoch aus dem Gesamtzusammenhang zum Grundbuchinhalt zählt.⁸²

3 Zum Schuldrechtlichen

Wenn auch ein schuldrechtliches Sondernutzungsrecht nicht in das Bauträgerrecht passt, erstaunt es doch, wie virulent es bei Wohnungseigentum im privaten bzw. Familienbereich ist. Zahlreiche Gerichtsentscheidungen liegen dazu vor, auf die nachstehend eingegangen wird. In den gegenwärtig vorhandenen Kommentaren zu WEG spielt das schuldrechtliche Sondernutzungsrecht keine große Rolle. Man beschränkt sich meist auf den Hinweis, dass es nur inter partes gelte.

⁸⁰ Bärmann-Klein, WEG, 12. Aufl., § 13 Rn. 83ff.; Hogenschurz, § 1 Rn. 22.

⁸¹ Hogenschurz § 2 Rn. 48.

⁸² Vgl. Schmidt, ZMR 2009, 127.

III Vorgänge ab 2000

1 Entscheidungen zu schuldrechtlichen Sondernutzungsrechten

*OLG Hamm*⁸³ In der Teilungserklärung von 1986 sah ein Bauträger ein Zuweisungsrecht für 36 Stellplätze im Freien vor. Sie waren im Plan der Teilungserklärung eingezeichnet. 1988 wurde ein neuer Plan als Handskizze erstellt, bei dem die 36 Stellplätze erheblich von dem ersten Plan abwichen. Grundbucheklärungen wurden dazu nicht abgegeben. Die Zuweisungen waren somit nicht wirksam. Es war ein verunglückter Bauträgerfall.

*OLG Köln*⁸⁴ 1960/1961 wurde ein Haus mit vier Wohnungen in Wohnungseigentum aufgeteilt. Bewohner war die Familie. Die Nutzung von fünf Speicherabteilen wurde vereinbart. Später kam es zu Veräußerungen. Ein Erwerber übertrug seinen „Bodenanteil“ an einen anderen Wohnungseigentümer. Dieser hielt sich nicht an bisherige Abreden über ausschließliche Benutzungen und ließ 1999 einen Beschluss fassen, dass alle Dachräume allen Eigentümern offenstehen. Er hielt einer Anfechtung stand, weil frühere Nutzungsvereinbarungen nie im Grundbuch eingetragen wurden.

*BayObLG*⁸⁵ Eine schuldrechtlich eingegangene Verpflichtung zur Einräumung von Sondernutzungsrechten zum Zwecke der Errichtung von Garagen muss erfüllt werden. Die Eintragung von Sondernutzungsrechten im Grundbuch sei auch üblich und entspreche der Verkehrssitte.

*BayObLG*⁸⁶ Im Kaufvertrag gilt die allgemeine Übernahme aller schuldrechtlichen Verpflichtungen nicht für schuldrechtliche Sondernutzungsrechte. Sie muss gesondert formuliert werden.

*Kammergericht*⁸⁷ In einer großen Wohnanlage mit 228 Wohneinheiten befanden sich 209 Gartenflächen, für die bei der Teilung in den 90er Jahren nach § 8 WEG kein Plan vorgelegt wurde. In der Teilungserklärung hieß es bei der Beschreibung zur Zuweisung von Gartenflächen als Sondernutzungsrecht lediglich „belegen auf dem Gemeinschaftsgrundstück“ und „als Mietgärten angelegte Gärten“. Eine Eintragung von Sondernutzungsrechten nach § 10 WEG erfolgte nicht und konnte auch mangels Bestimmtheit nicht geschehen. Ein späterer Bestandsplan konnte auch keine Wirkungen erzielen. Alle erfolgten Zuweisungen waren unwirksam. Die Entscheidung des KG war zutreffend und man fragt sich, warum der Bauträger und sein Notar nicht die Mindestanforderung an die Begründung von Sondernutzungsrechten

⁸³ OLG Hamm, DNotZ 2000, 210.

⁸⁴ OLG Köln, DNotZ 2002, 223 mit zust. Anm. Häublein.

⁸⁵ BayObLG, DNotZ 2004, 931.

⁸⁶ BayObLG, DNotZ 2006, 789.

⁸⁷ KG, ZWE 2007, 447; dazu Schmidt, ZWE 2007, 446.

erfüllt haben, wozu eine klare Beschreibung oder ein Lageplan der Sondernutzungsflächen gehört.

Betrachtet man diese Entscheidungen, fällt auf, dass selbst Bauträger die notwendige Gestaltung von Sondernutzungsrechten nicht beachten, obwohl diese seit Beginn der 90er Jahre feststanden. Auch wird immer wieder der Bestimmtheitsgrundsatz nicht beachtet, wonach Sondernutzungsflächen konkret zu benennen oder auf einem Plan einzuzeichnen sind. Allgemeine Formulierungen, wie etwa „Teile des Gartens als Terrasse zu Sondernutzung zuzuweisen“ genügt eben nicht.⁸⁸ Begründen nicht gewerblich tätige Personen Wohnungseigentum, sind sie sich offenbar nicht immer klar darüber, dass interne Nutzungsregelungen ohne Grundbucheintragung keinen Bestand auf Dauer haben. Rechtsnachfolger denken oft anders, wie der Fall mit dem 1960 begründeten Wohnungseigentum anschaulich zeigt.

2 Gutgläubiger Erwerb eines Sondernutzungsrechts

Mit dem gutgläubigen Erwerb⁸⁹ eines Sondernutzungsrechts hatte sich das LG München I zu befassen.⁹⁰ Durch einen Nachtrag zur Teilungserklärung wurde für eine Wohnung das Sondernutzungsrecht an einem Kellerraum gleicher Nummer vereinbart und 2005 im Grundbuch als Inhalt des Wohnungseigentums eingetragen. Die diesbezügliche Vereinbarung wurde als unwirksam angesehen, weil die Vertretung von Eigentümern nicht in Ordnung war. Das Grundbuch war somit unrichtig. Das Landgericht entschied zu Recht, dass der Erwerber dieser Wohnung im Jahr 2009 das Sondernutzungsrecht gutgläubig erworben hat.

Das Thema „gutgläubiger Erwerb eines Sondernutzungsrechts“ wurde 1985 von *Ertl* erstmals zur Diskussion gestellt.⁹¹ Kurz davor hatte das OLG Stuttgart die erste Entscheidung getroffen, dass ein gutgläubiger Erwerb möglich sei.⁹² Grundlage des gutgläubigen Erwerbs war dabei, dass das Sondernutzungsrecht durch eine Vereinbarung nach § 10 Abs. 1 WEG über die Bezugnahme auf die Eintragungsbeurteilung Inhalt des Grundbuchs geworden sein musste. Das war die Grundbucheintragung im Rechtssinn. Einen solchen gutgläubigen Erwerb bejahte auch *Ertl*. Ein gutgläubiger Erwerb findet dann statt, wenn die Vereinbarung des Sondernutzungsrechts an einem Mangel leidet (z. B. fehlende Gläubigerzustimmung, mangelhafte Vollmachten) und nicht wirksam war.⁹³ Der gutgläubige Erwerb ist möglich sowohl beim Erwerb (Zweiterwerb) zusammen mit dem Wohnungseigentum, dem das Sondernutzungsrecht zugeordnet ist wie auch bei der isolierten Übertragung an einen anderen Wohnungseigentümer.⁹⁴ Diese Ausführungen stellen die herrschen-

⁸⁸ BGH, DNotZ 2012, 684.

⁸⁹ Dazu Bärmann-Klein, WEG, 12. Aufl., § 13 Rdn. 127ff.

⁹⁰ LG München I, ZWE 2011, 232.

⁹¹ Ertl, in: FS Seuß, 1985 S. 151.

⁹² OLG Stuttgart, OLGZ 1986, 85 = BWNotZ 1986, 39.

⁹³ Dazu Timme-Dötsch, WEG, 1. Aufl., § 15 Rn. 265.

⁹⁴ Bärmann-Klein, WEG, 12. Aufl., § 13 Rn. 127; Hogenschurz, § 2 Rn. 123ff. m. w. N.

de Meinung in Rechtsprechung und Literatur dar. Es ist hier nicht der Ort für die Auseinandersetzung mit Einzelheiten oder gegenteiligen Meinungen. Die genannte neue Entscheidung des LG München I ist jedenfalls die Basis für die Praxis.

Allerdings muss betont werden, dass als Grundbucheintragung nur diejenige nach § 10 Abs. 1 WEG maßgeblich ist, nicht der Vermerk eines Sondernutzungsrechts im Bestandsverzeichnis, da dieser nur einen deklaratorischen Hinweis darstellt. Da dieser aber nur eingetragen werden kann und darf, wenn eine Vereinbarung nach § 10 WEG vorliegt, kann er einen Hinweis auf das Bestehen eines Sondernutzungsrechts darstellen. Nachzuprüfen ist aber immer das, was in der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung steht. Weil aber für beides immer der Begriff Grundbucheintragung verwendet wird, gibt es da auch fragliche Entscheidungen.

3 Probleme einer Öffnungsklausel

Fraglich ist, ob es einen gutgläubigen Erwerb eines Sondernutzungsrechts geben kann, wenn über eine in der Gemeinschaftsordnung enthaltene Öffnungsklausel ein Beschluss zu Begründung, Änderung oder Aufhebung gefasst wurde. Ein solcher Beschluss ist nämlich nicht eintragungsfähig⁹⁵. Einen gutgläubigen Erwerb kann es aber nur bei eingetragenen Rechten geben. Für sie gilt nämlich gemäß § 891 Abs. 2 BGB die Vermutung des Fortbestehens. Mit dieser Problematik setzt sich *Schneider*⁹⁶ eingehend auseinander. Auch wenn er auf die genannte BGB-Vorschrift nicht eingeht, schildert er sehr anschaulich die kaum lösbare Problematik und kommt zum Ergebnis, dass es wohl nur noch wenige Fälle des gutgläubigen Erwerbs eines Sondernutzungsrechts gebe. Fälle, bei denen es keine Öffnungsklausel gibt – und das ist wohl die Mehrheit – gehören jedenfalls dazu. Da stellt sich auch die Frage, ob es überhaupt sinnvoll ist, Öffnungsklauseln zur Abänderung der Gemeinschaftsordnung durch Beschluss zu vereinbaren.

Was die Begründung von Sondernutzungsrechten betrifft, muss berücksichtigt werden, dass Sondernutzungsrechte und ihre Begründung zum Kernbereich des Wohnungseigentums gehören, was der BGH in seiner Grundsatzentscheidung vom

⁹⁵ OLG München, Beschl. v. 13.11.2009 – 34 Wx 100/09, NJW 1010,102 = ZWE 2010, 128, dazu Commichau S. 126.

⁹⁶ Müller-Schneider, Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., E.I.1 Anm. 9; vgl. auch Demharter, ZWE 2005, 151. Auf die Dauer ist die Diskrepanz zwischen dem Sachenrecht des BGB (z.B. § 891), dem Grundbuchrecht (fehlende Eintragungsfähigkeit von vereinbarungsändernden Beschlüssen) und WEG-Recht (Öffnungsklausel für solche Beschlüsse) nicht hinnehmbar. Da ist alles aus dem Ruder gelaufen. Deshalb muss der Gesetzgeber die Eintragung von vereinbarungsändernden Beschlüssen zulassen und vorschreiben, wie es z.B. Schneider und Demharter ansprechen. Hier ist eine Art Wildwuchs in das WEG eingekehrt. Unklar ist auch, ob und wie ein durch eine Öffnungsklausel beschlossenes Sondernutzungsrecht übertragen werden kann, Limmer/Hertel/Frenz/Mayer-Hügel, Würzburger Notarhandbuch, 3. Aufl. 2012, S. 946; auch das müsste der Gesetzgeber lösen.

20.09.2000⁹⁷ deutlich zum Ausdruck bringt. Dort hat er bestimmt, dass ein Sondernutzungsrecht nur durch Vereinbarung, nicht durch Beschluss begründet werden kann⁹⁸. Es liegt nahe, dass dies auch gilt, wenn mittels einer Öffnungsklausel ein Sondernutzungsrecht beschlossen wird. Ein solcher Beschluss ist eben keine Vereinbarung. Dies spricht für die Nichtigkeit eines solchen Beschlusses. Auch wenn es noch keine Rechtsprechung dazu gibt, möchte ich das mit *Drasdo*⁹⁹ bejahen. Damit würde sich auch die ausgiebige Diskussion über dieses Verfahren erübrigen.

4 Kritische Entscheidungen

In jüngerer Zeit hat es drei Entscheidungen gegeben, denen aus wohnungseigentumsrechtlichen und grundbuchrechtlichen Gründen nicht zugestimmt werden kann. Sie kommen vom Kammergericht¹⁰⁰, OLG München¹⁰¹ und vom OLG Zweibrücken¹⁰². Im Fall des KG beehrte die Antragstellerin 2003 vom Wohnungseigentümer die Unterlassung der Nutzung des Stellplatzes Nr. 7, der dieser beim Erwerb der Wohnung im Jahr 1976 gemäß den Zuweisungsregeln der Gemeinschaftsordnung zugewiesen wurde. Das KG führte dann aus, in den Wohnungsgrundbüchern sei keine Eintragung des Sondernutzungsrechts im Grundbuch erfolgt.

a) Kammergericht

Sachverhalt beim Kammergericht: Die Teilungserklärung von 1986 enthielt in § 2 die einzelnen Wohnungen mit Zuweisung je von Kellerräumen als Sondernutzungsrechte. In § 7 behielt sich der teilende Eigentümer vor, an den drei im Lageplan ersichtlichen Garagen und dem offenen Wagenstellplatz Sondernutzungsrechte zu vergeben. Diese Teilungserklärung wurde „unter Einräumung der genannten Sonderrechte“ zur Eintragung in das Grundbuch bewilligt und beantragt. Die Antragstellerin (Ast.) wurde 2002 durch Zuschlagsbeschluss Eigentümerin der Wohnung Nr. 5. Die Antragsgegnerin (AGeg.) kaufte 1990 zusammen mit ihrem Ehemann die Wohnung Nr. 7 mit Zuweisung des Stellplatzes Nr. 7. und nutzte diesen anschließend allein. Im Jahr 2003 beantragte die Ast. beim Amtsgericht, der AGeg. die alleinige Nutzung des Stellplatzes Nr. 7 zu unterlassen und ihn durch Einräu-

⁹⁷ Az. – V ZB 58/99, NJW 2000, 3500.

⁹⁸ Vgl. Drasdo, Die Eigentümerversammlung nach dem WEG, 4. Aufl. 2014, S. 283, wo er Beschlüsse über die Begründung von Sondernutzungsrechten als „nicht zulässig“ bezeichnet. Auf S. 266 erklärt er in der Rn. 47 Beschlüsse zur Begründung von Sondernutzungsrechten wegen Eingriff in den Kernbereich für nichtig.

⁹⁹ Wie vor.

¹⁰⁰ KG, ZWE 2007, 237, zustimmend Sommer, a. a. O., S. 235.

¹⁰¹ OLG München, ZWE 2012, 367 mit abl. Anm. Schmidt. Neuerdings insbesondere der nicht akzeptable Beschluss vom 4.7.2014 – 34 Wx 153/14.

¹⁰² OLG Zweibrücken, ZWE 2013, 410.

mung von Mitbesitz herauszugeben. Das Amtsgericht wies den Antrag zurück, das Landgericht gab ihm statt, das KG bestätigte das Landgericht.

b) OLG München

Im Fall des OLG München hieß es in der Teilungsklärung von 1987, dass laut Teilungsplan sich auf dem Grundstück sechs Stellplätze befänden, die der Eigentümer (E) als ausschließliches Nutzungsrecht an andere Miteigentümer übertragen könne und dass solche Nutzungsrechte an andere Wohnungseigentümer übertragbar seien. 1987 verkaufte E die Wohnung an S. In der Anlage zum Kaufvertrag wurde ihm das ausschließliche Nutzungsrecht am Stellplatz Nr. 3 übertragen. S veräußerte die Wohnung 2003 an die Eheleute B. Im Kaufvertrag hieß es, dass dem Wohnungseigentümer das Sondernutzungsrecht am Stellplatz Nr. 3 „zustehe“. 2009 wurde die Wohnung zwangsversteigert und K am 18.02.2009 als neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Neun Tage später, am 27.02.2009, veräußerte er die Wohnung an seinen Sohn. Der Stellplatz wurde im Vertrag nicht erwähnt. Drei Jahre danach (!-?) erließ das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung: Das Sondernutzungsrecht sei im Überlassungsvertrag nicht erwähnt und es könne daher auf die Eigentümergemeinschaft übergegangen sein. Auch sei nicht auszuschließen, dass es in der Zwischenzeit an andere Wohnungseigentümer veräußert worden sei. Deswegen sei die Zustimmung aller Wohnungseigentümer erforderlich. Das OLG München schloss sich dem an und meinte, es müsse mittels der Zustimmung auch ein Nachweis über das Fortbestehen des Sondernutzungsrechts erbracht werden.¹⁰³

c) OLG Zweibrücken

Das OLG Zweibrücken entschied in folgender Konstellation: Die Verkäuferin (= V) begründete Wohnungseigentum an einem kleineren Gebäude und sah Sondernutzungsrechte für die fünf Stellplätze vor mit den üblichen Zuweisungsregelungen, wobei das Zuweisungsrecht mit der Eigentumsumschreibung der letzten Wohnung enden sollte. Beim Verkauf an die Beteiligten (= B) im Jahr 2005 wurde der Stellplatz Nr. 2 der Wohnung Nr. 5 zugeordnet. Im Sachverhalt der Entscheidung heißt es dann, dass V die Eintragung des Sondernutzungsrechts im Grundbuch „versäumte“, indem sie es nicht bewilligte. Nach Veräußerung der letzten Einheit beantragte 2012 eine von V 2003 und 2005 bevollmächtigte Notarangestellte die Eintragung des Sondernutzungsrechts am Stellplatz Nr. 5 im Grundbuch. Die Rechtspflegerin sah die Vollmacht als erloschen an und verlangte die Bewilligung der übrigen Miteigentümer. Das OLG berief sich dann auf das OLG München und forderte den Nachweis des Fortbestehens des Sondernutzungsrechts durch Zustimmung der anderen Miteigentümer. Was konkret beantragt war – eine Eintragung unter Bezug auf eine Bewilligung (welche?) oder nur ein Vermerk, – sagt der Sachverhalt nicht.

¹⁰³ Die Entscheidung habe ich schon in ZWE 2012, 368, heftig kritisiert.

IV Stellungnahme zu den Entscheidungen

1 Allgemeines

Allen drei Entscheidungen ist gemein, dass die Teilungserklärungen Regelungen zu Sondernutzungsrechten für den Alleingebrauch von Stellplätzen und deren Zuweisungen enthielten, die den dafür aufgestellten Grundsätzen nicht widersprachen. In allen drei Fällen wurden beim Erstverkauf den Erwerbern konkrete Stellplätze zugewiesen.¹⁰⁴ Das spricht deutlich dafür, dass die Sondernutzungsrechte Inhalt des Grundbuchs geworden sind und damit verdinglichte Sondernutzungsrechte waren, die bei einer Weiterveräußerung mit der Wohnung übergegangen sind, ohne dass sie in den entsprechenden Urkunden hätten erwähnt werden müssen. Evident ist dies im Fall des OLG München, wo beim Letzterwerb das Grundbuchamt die ausdrückliche Mitübertragung des Sondernutzungsrechts vermisste. Schon beim Verkauf dieser Wohnung im Jahr 2003 wurde das Sondernutzungsrecht nach dem Text der Urkunde nicht rechtsgeschäftlich gesondert mitübertragen, sondern die Urkunde enthält nur die Feststellung, dass dem jeweiligen Eigentümer das ausschließliche Nutzungsrecht an dem genannten Kfz.-Stellplatz „zustehe“, ein einfacher Hinweis auf das eingetragene verdinglichte Recht. In der folgenden Zwangsversteigerung ist das Sondernutzungsrecht nach Ansicht des OLG auch nicht untergegangen. Dass es dann bei der Letztveräußerung wegen Nichterwähnung verschwunden sein soll, ist nicht erklärbar.

Das OLG Zweibrücken erkennt eine ordnungsgemäße Zuweisung an, vermisst aber eine Bewilligung zur Eintragung und verweist auf die Grundsatzentscheidung des BayObLG von 1985¹⁰⁵, wo es eine aufschiebend bedingte Zuweisung eines Sondernutzungsrechts im Kaufvertrag so anerkannte, dass diese auch Inhalt des Wohnungseigentums wird. Dem Grundbuchamt war dieser Vertrag auch zugegangen.

2 Grundbuchrechtliche Fragen

Alle drei Gerichte haben Grundbucheintragungen der Sondernutzungsrechte vermisst. Die beiden OLGs sagen aber nicht, was sie unter Grundbucheintragung verstehen und was konkret beantragt war. Wahrscheinlich waren Vermerke im Bestandsverzeichnis gemeint. Da bleibt man, wie schon oben dargestellt, über den Begriff „Grundbucheintragung“ verwirrt. Keine der beiden Entscheidungen geht der Frage nach, ob nicht schon durch frühere Vorgänge eine Eintragung nach § 10 Abs. 1 WEG geschehen ist. Das KG untersucht zwar alles penibel, überzeugt aber

¹⁰⁴ Beim OLG Zweibrücken steht dieser Sachverhalt nicht in dem in ZWE abgedruckten Text. Der volle Text steht aber im Beschluss, wie er beim Würzburger Notarinstitut abgerufen werden konnte.

¹⁰⁵ Fn. 38.

nicht. Man spürt, wie es ununterbrochen nach Argumenten sucht und es sich große Mühe gibt, das Sondernutzungsrecht zu verneinen. Schon dieser Umfang ist verdächtig. Recht hatte wohl das Amtsgericht, das den Antrag abwies.

a) Zum Nachweis des Fortbestehens

Das OLG München bringt grundbuchrechtliche Argumente, die vom Grundbuchrecht nicht gedeckt sind und denen das OLG Zweibrücken ohne eigene Begründung folgt. Es verlangt den Nachweis des Fortbestehens eines Sondernutzungsrechts, wenn dessen Eintragung im Grundbuch verlangt wird. Mit dieser Eintragung kann wohl nur der Vermerk im Bestandsverzeichnis genannt sein, denn für die echte Eintragung durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gelten andere Regelungen. Ein solcher Nachweis des Fortbestands eines Rechtes ist dem Grundbuchrecht fremd. Für die Vermutung, dass über die Eintragung ein über § 10 WEG entstandenes, verdinglichtes Sondernutzungsrecht fortbestehe, gilt § 891 Abs. 1 BGB, der sie gesetzlich fest schreibt.¹⁰⁶ Das bedeutet z. B., dass ein Wohnungseigentümer, der sein Sondernutzungsrecht beim Kauf der Eigentumswohnung im Jahr 1989 vom Bauträger zugewiesen rechtswirksam erhalten hat und für dieses im Jahr 2013 einen Vermerk im Bestandsverzeichnis eintragen lassen will, nicht aufgefordert werden kann, nachzuweisen, dass er noch Inhaber ist. Die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB gilt auch dann, wenn das Recht außerhalb des Grundbuchs abgetreten werden kann. Auch das weitere Argument des OLG, ein Sondernutzungsrecht könnte außerhalb des Grundbuchs abgetreten worden sein und die Eintragung könnte damit dem materiellen Recht widersprechen, ist mit dem nur formalrechtlichen Prüfungsrecht des Grundbuchamts nicht vereinbar. Es gibt keinen Erfahrungssatz, dass Sondernutzungsrechte gewissermaßen massenweise außerhalb des Grundbuchs abgetreten werden. Im Gegenteil, Stellplätze sind wertvoll und Wohnungseigentümer behalten sie in der Regel. In der Lebenswirklichkeit muss davon ausgegangen werden, dass ein Wohnungseigentümer, der seinen Stellplatz im Grundbuch vermerken will, ihn auch (noch) selbst nutzt. Das grenzt bereits an eine offenkundige Tatsache, die das Grundbuchamt zu beachten hat.¹⁰⁷

b) Zum Fortbestehen einer Vollmacht

Ein Beispiel dafür, dass das Grundbuchamt eine ihm nachgewiesene Rechtsposition nicht ständig auf ihr Fortbestehen überprüfen darf, ist die Vollmacht.¹⁰⁸ Nur wenn das Grundbuchamt weiß, dass sie nicht mehr besteht, ist das grundbuchrechtlich

¹⁰⁶ Die Vermutung kann nur durch einen zweifelsfreien Nachweis der Unrichtigkeit entkräftet werden, OLG München, DNotZ 2012, 298; Demharter, GBO, 29. Aufl., Anh. zu § 13 Rn. 16.

¹⁰⁷ Vgl. Demharter, GBO, 29. Aufl., § 29 Rn. 60.

¹⁰⁸ Demharter, GBO, 29. Aufl., § 19 Rn. 80.

von Belang. Bloße Zweifel genügen nicht. Im Fall des OLG Zweibrücken ging es auch um eine Vollmacht, die es als erloschen ansah. Meines Erachtens galt sie für den gestellten Antrag als noch fortwirkend. Offenbar war sich auch das Gericht nicht ganz sicher, denn sonst hätte es das Argument mit dem Fortbestand nicht gebraucht. Es kann nur eines geltend. Wenn die Vollmacht erloschen ist, hätte auch der Nachweis des Fortbestands nichts genützt.

c) Zur möglichen Abtretung

Das OLG München verlangt den **Nachweis**, dass das Sondernutzungsrecht **nicht außerhalb des Grundbuchs veräußert** wurde, also dass etwas nicht geschehen ist bzw. dass etwas unterlassen wurde. Über ein Nichtstun kann man schon bei natürlicher Betrachtung keinen Beweis durch öffentliche Urkunden nach § 29 GBO erbringen.¹⁰⁹ Bei einer solchen Beweisnot ist eine Lockerung der strengen Beweisforderungen geboten und das Grundbuchamt darf Wahrscheinlichkeitserwägungen anstellen.¹¹⁰ Bei einem Sondernutzungsrecht an einem Kraftfahrzeugstellplatz spricht die Wahrscheinlichkeit erst einmal dafür, dass derjenige, der ihn nutzt, auch dessen Inhaber ist und nicht dafür, dass er veräußert wurde.

d) Zur Unrichtigkeit des Grundbuchs

Das Gericht will verhindern, dass mit der Eintragung des Sondernutzungsrechts¹¹¹ das Grundbuch unrichtig wird. Die bloße Möglichkeit der Unrichtigkeit reicht aber nicht aus, eine Eintragung abzulehnen. Vielmehr muss zweifelsfrei feststehen, dass das Grundbuch unrichtig wird.¹¹² Bloße Zweifel genügen nicht.¹¹³ Im Entscheidungsfall wird dieser Grundsatz des Grundbuchrechts nicht beachtet. Vielmehr verlangt das OLG die Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer in der Form des § 29 GBO. Auch dies entspricht nicht dem Grundbuchrecht.

e) Zur Zustimmung Dritter

Das Grundbuchrecht ist Verfahrensrecht, weshalb es dem Grundbuchamt grundsätzlich nicht gestattet ist, materiell-rechtliche Fragen zu überprüfen.¹¹⁴ Daher gibt es auch keine grundbuchrechtliche Handhabe, durch Erklärungen Dritter den Bestand

¹⁰⁹ Vgl. dazu Völzmann, RNotZ 2012, 380.

¹¹⁰ Meikel-Hertel, GBO, 10. Aufl., § 29 Rn. 441.

¹¹¹ Es sei nochmals darauf hingewiesen, dass der Sachverhalt offenlässt, was da konkret eingetragen werden sollte.

¹¹² Ausführlich Wolfsteiner, DNotZ 1987, 67; Demharter, GBO, 29. Aufl., § 20 Rn. 38.

¹¹³ Demharter, GBO, 29. Aufl., Anhang zu § 13 Rn. 41.

¹¹⁴ Demharter ebenda; Bauer/v. Oefele-Kössinger, GBO, 3. Aufl., § 19 Rn. 8ff.

bzw. Fortbestand eines Rechts nachweisen zu lassen. Man findet keinen Paragraphen in der Grundbuchordnung, auf den das gestützt werden könnte. Unklar bleibt auch, was eine solche Zustimmung rechtlich bewirken könnte. Entweder stellt sie fest, dass das Sondernutzungsrecht besteht bzw. weiter besteht. Das ist aber, wie ausgeführt, nicht möglich. Dann bliebe nur die Auslegung, dass alle Eigentümer eine Vereinbarung treffen, das Sondernutzungsrecht neu zu begründen. Das müsste dann auch zur Eintragung bewilligt und beantragt werden.¹¹⁵ Eine solche Neubegründung hat das OLG aber nicht verlangt. Hinzukommt, dass die verlangte „Zustimmung“ nicht besagt, dass das Sondernutzungsrecht nicht veräußert wurde, eine Auslegung, die mit dem Text der Erklärung nicht übereinstimmt. Dazu wäre eine Erklärung aller Wohnungseigentümer erforderlich, dass keiner von ihnen das Recht erworben habe. Auch so etwas kennt das Grundbuchrecht nicht.¹¹⁶

f) Der Irrweg des OLG München

Die vorstehenden Erörterungen zeigen, in welchen so plausibel erscheinenden Irrweg sich das OLG München leider begeben hat und dem das OLG Zweibrücken so anstandslos gefolgt ist. Dies musste so ausführlich untersucht werden, weil die Gefahr besteht, dass die Literatur die Argumente der Gerichte, insbesondere zum Nachweis des Fortbestehens eines Sondernutzungsrechts, weiter verbreitet und dass Gerichte auch entsprechend entscheiden.

V Erlöschen eines Sondernutzungsrechts

Es ist un widersprochene Rechtsprechung, dass ein Sondernutzungsrecht, das durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung entstanden ist,¹¹⁷ nicht einseitig vom Berechtigten aufgegeben werden kann, sondern nur durch eine Vereinbarung sämtlicher Wohnungseigentümer, die naturgemäß einstimmig sein muss.¹¹⁸ Wenn nach dem BGH der Berechtigte auch einseitig einen Lösungsvermerk eintragen lassen und damit die dingliche Wirkung für sein Sondernutzungsrecht beseitigen kann, so bleibt nach der Entscheidung doch der negative Nutzungsausschluss bestehen. dessen Aufhebung bedarf der Vereinbarung aller.¹¹⁹ Solange das nicht geschehen ist, bleibt die eingetragene negative Komponente = Nutzungsausschluss der übrigen Wohnungseigentümer, bestehen, wie der BGH in Zf. 2b ausführt. Der Stellplatz steht damit nicht der Gemeinschaft zur Verfügung. Auf die damit verbundenen

¹¹⁵ Eine Gläubigerzustimmung wäre gemäß § 5 Abs. 4 WEG dabei entbehrlich.

¹¹⁶ Man stellte sich Aufwand und Kosten vor, wenn es sich um ein Gebäude mit 200 Eigentumswohnungen handelt!

¹¹⁷ Der deklaratorische Vermerk im Bestandsverzeichnis kann natürlich jederzeit gelöscht werden, weil er materiell-rechtlich keine Aussage trifft.

¹¹⁸ BGH, NJW 2000, 3643; Bärmann-Klein, WEG, 12. Aufl., § 13 Rn. 130ff.; ablehnend Häublein, ZMR 2001, 4 und Ott, ZMR 2002, 7; kritisch auch Schneider, Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., S. 305.

¹¹⁹ Kritisch dazu Klein a. a. O., er spricht von einem „Wertungswiderspruch“.

Ungereimtheiten braucht hier nicht eingegangen zu werden. Es muss aber die Folgerung gezogen werden, dass ein Sondernutzungsrecht auch nicht verschwinden oder untergehen kann, wenn Gerichte meinen, es fehle an einer Grundbucheintragung, obwohl ordnungsgemäß zugewiesen wurde und die eingetragenen Grundregelungen bleiben. Die Gerichte sollten daher die Entstehung eines verdinglichten Sondernutzungsrechts genauer nachprüfen, wenn nach entsprechenden Regelungen in der Gemeinschaftsordnung ordnungsgemäß verfahren wurde und gar noch extra für das Sondernutzungsrecht bezahlt wurde.¹²⁰

D Die Dogmatik der Zuordnung und die Anwendung in der Praxis

Die Untersuchungen über den Werdegang des Sondernutzungsrechts und die spätere Entwicklung führen zu einer dogmatischen Bewertung und der Einbindung in der Praxis, die bisher nicht so herausgearbeitet wurde. Die Einordnung der nachträglichen bedingten Zuordnung des Sondernutzungsrechts soll am Beispiel des Kraftfahrzeugstellplatzes unter die Lupe genommen werden. Den Weg dazu hat das BayObLG mit seiner Entscheidung von 1985¹²¹ geöffnet, die auch heute noch immer herangezogen wird. Die größte Rolle spielt dabei nach wie vor der Bauträgervertrag,¹²² in dem die Zuordnung in der Regel im Kaufvertrag bei der Erstveräußerung einer Eigentumswohnung oder eines Teileigentums erfolgt. Die Grundlagen dazu werden in der Teilungserklärung mit der Bestimmung der Sondernutzungsflächen (Lage der Stellplätze) gelegt mit den negativen und positiven Elementen und den Modalitäten der Zuordnung. Dies wird dann durch den Bezug auf die Eintragungsbewilligung Inhalt aller Sondereigentumseinheiten und damit verdinglicht. Beim Vollzug der Teilungserklärung im Grundbuch ist der Inhalt aber noch nicht vollständig und muss durch die Zuordnungserklärung erst noch „aufgefüllt“ werden. Er nimmt dann bei einer aufschiebend bedingten Zuordnung durch den Eintritt der Bedingung am Grundbuchinhalt teil. Dabei ist es für die Praxis unerheblich, wie man dies dogmatisch erklärt: Zuordnung eines bereits bestehenden Sondernutzungsrechts oder dessen Entstehung erst mit der Zuordnung.¹²³ Bei der konkreten Wohnung bilden die beiden Elemente der Entstehung des verdinglichten Sondernutzungsrechts als Inhalt des Sondereigentums der Wohnung einen einheitlichen Tatbestand. Mit der Zuleitung des Kaufvertrages an das Grundbuchamt ist dieser Tatbestand erfüllt. Die Bekanntgabe der Zuordnung ist eine einseitige Erklärung an das Grundbuchamt¹²⁴, wie etwa die Verwalterzustimmung nach § 12 WEG. Mit Häublein kann man sie auch als eine „inhaltsbestimmende Willens-

¹²⁰ Wer soll den daraus entstandenen Schaden ersetzen?

¹²¹ Fn. 38, dazu zuvor der BGH mit dem Beschluss vom 14.6.1984, Fn. 36.

¹²² Hogenschurz, § 2 Rn. 48.

¹²³ Dazu Häublein, S. 282.

¹²⁴ Hogenschurz, § 2 Rn. 71; Timme-Dötsch, WEG, 1. Aufl., WEG, § 15 Rn. 308; zu solchen einseitigen Erklärungen im Grundbuchrecht Demharter, GBO, 29. Aufl., § 10 Rn. 4; Bauer/von

erklärung“ bezeichnen.¹²⁵ Grundbuchrechtlich bedarf es dazu keines Antrags und keiner Eintragungsbewilligung mehr¹²⁶ – wie z. B. die Verwalterzustimmung. Bei bedingten Rechten ist dann nur der Bedingungseintritt in der Form des § 29 GBO nachzuweisen, ohne dass noch etwas zu bewilligen wäre.¹²⁷ Das hat schon *Ertl*¹²⁸ in der Anmerkung zum BayObLG klar gesagt und dem ist nichts hinzufügen. Die Gegenmeinung von *Häublein*¹²⁹ zu *Ertl* ist m. E. nicht tragfähig. Zu unterscheiden ist bei bedingten Rechten allenfalls, ob beim Eintritt der Bedingung das Recht überhaupt erst eingetragen werden kann, oder ob ein bereits im Grundbuch eingetragenes Recht, wie die in Bezug genommene Regelung des Sondernutzungsrechts, mit dem Bedingungseintritt vollendet wird. Der Nachweis des Bedingungseintritts genügt dann zur Verdinglichung des Sondernutzungsrechts bei der konkreten Wohnung. Dies ist der vom BayObLG 1985 entwickelten Konstruktion der bedingten Zuordnung systemimmanent. Einer erneuten Eintragung bedarf es nicht.¹³⁰ Wichtig ist dabei auch, dass die negative Komponente, der Nutzungsausschluss, nicht unbedingt im Wortlaut stehen muss. Es genügt, dass er sich aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung ergibt.¹³¹ Diese Zusammenhänge verkennen die drei kritisierten Gerichte, weshalb ihren Entscheidungen nicht zugestimmt werden kann. Auch in der Literatur wird diese Funktion der aufschiebenden Bedingung nicht so erkannt und vertieft.¹³²

Oefele-Maaß, GBO, § 10 Rn. 9; über den notariellen Kaufvertrag ist die Form des § 29 GBO erfüllt, Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 154.

¹²⁵ Häublein, S. 291.

¹²⁶ Hertel sieht allerdings in seinem Muster eines Bauträgervertrages für Eigentumswohnungen in der 7. Auflage des Münchener Vertragshandbuchs von 2013, Band 5, Form. I.31, wie sie mein Muster einst auch enthielt, Eintragungsantrag und -bewilligung vor. Das mag man tun, auch wenn es genau genommen nicht nötig wäre, außer für den Vermerk im Bestandsverzeichnis, der bei Hertel auch enthalten ist.

¹²⁷ Vgl. OLG Düsseldorf, DNotZ 1979, 35.

¹²⁸ Ertl, DNotZ 1986, 485, 486.

¹²⁹ Häublein, S. 290.

¹³⁰ So aber z. B. Timme-Dötsch, WEG, 1. Aufl., WEG, § 15 Rn. 317; dazu auch die Ausführungen zu Schneider in Fn. 129.

¹³¹ Dazu Schmidt schon in ZWE 2009, 172.

¹³² Als Beispiel sei Schneider genannt, der sich bis in die jüngste Zeit besonders intensiv mit dem Sondernutzungsrechts befasst hat, vor allem im Beck'schen Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. und der einmal in einem Script die gestreckte Begründung von Sondernutzungsrechten als „Königsweg“ bezeichnete. Zu seinem Formular E.II.5 führt er auf Seite 275 aus, er gehe „von der Entstehung des Sondernutzungsrechts durch – offenkundigen und daher nicht nachzuweisen – Zugang der Erklärung in der Form des § 29 GBO beim Grundbuchgericht“ aus. Anstatt dann zu sagen, damit sei der Tatbestand der Verdinglichung eingetreten, verlangt er auf Seite 276 zur Verdinglichung noch die Eintragung beim begünstigten Wohnungseigentum. Wie das geschehen soll, bleibt offen. Der deklaratorische Vermerk im Bestandsverzeichnis kann es sicher nicht sein und die allgemeine Verdinglichung durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ist ja schon Grundbuchinhalt und kann nicht noch einmal geschehen.

E Zusammenfassung

Das Ergebnis der Betrachtungen sei wie folgt zusammengefasst:

1. Die Grundsätze für die Vergabe von Sondernutzungsrechten wurden bis Anfang der 90er Jahre von Literatur und Rechtsprechung so entwickelt, dass sie bis heute Bestand haben. Insbesondere hat das BayObLG mit seiner Entscheidung vom 08.11.1985 zur bedingten Zuordnung eines Sondernutzungsrechts eine der wichtigsten Gestaltungsmöglichkeiten geschaffen.
2. Das verdinglichte Sondernutzungsrecht ist, insbesondere im Bauträgerrecht, die einzig brauchbare Gestaltungsmöglichkeit, weil nur dieses dauernden Bestand verleiht. Ein schuldrechtliches Sondernutzungsrecht, das mit der ersten Veräußerung einer Eigentumswohnung erlischt, ist hierfür unbrauchbar.
3. Die Eintragung des verdinglichten Sondernutzungsrechts geschieht als Vereinbarung nach § 10 Abs. 1 und § 15 WEG durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. Es wird damit Inhalt des Sondereigentums und bindet somit Rechtsnachfolger.
4. Den Begriff „Grundbucheintragung“ erfüllt nur die genannte Eintragung mit Bezug auf die Eintragungsbewilligung. Ein hinweisender Vermerk auf ein Sondernutzungsrecht, insbesondere bei Kraftfahrzeugstellplätzen, im Bestandsverzeichnis ist zulässig, hat aber nur deklaratorische Bedeutung. Es ist fehl am Platze, dies als Grundbucheintragung zu bezeichnen, weil dies nur Verwirrung stiftet. Wirkliche Klarheit wird nur dadurch geschaffen, bei dem Vermerk den Begriff Grundbucheintragung zu vermeiden und stattdessen nur noch vom „Vermerk im Bestandsverzeichnis“ zu sprechen – Rechtsprechung und Literatur sind dazu aufgefordert.
5. Die Grundbucheintragung über § 10 WEG erfasst den gesamten Tatbestand der negativen und positiven Komponente des Sondernutzungsrechts einschließlich des Eintritts der Bedingung. Durch Zugang des Erwerbsvertrages, in dem das konkrete Sondernutzungsrecht einer Wohnung zugeordnet wird, als einseitige Erklärung an das Grundbuchamt und Nachweis des Bedingungseintritts, wird der nötige Inhalt dargetan und der Tatbestand der Verdinglichung vollendet. Weitere Erklärungen dazu sind nicht erforderlich. Bei späteren Zuordnungen genügt die Einreichung der maßgeblichen Urkunde an das Grundbuchamt.
6. Das Grundbuchamt kann in keinem Fall einen Nachweis über das Fortbestehen eines Sondernutzungsrechts verlangen. Die Grundbuchordnung kennt keine solchen Nachweise über das Fortbestehen eines eingetragenen Rechts. Auch die Möglichkeit der Unrichtigkeit des Grundbuchs wegen Abtretung eines Sondernutzungsrechts außerhalb des Grundbuchs genügt nicht. Es ist ein unabdingbarer Grundsatz des Grundbuchrechts, dass Zweifel an der Richtigkeit des Grundbuchs nicht genügen, um einen Antrag zurückzuweisen. Es muss die Unrichtigkeit voll und ganz nachgewiesen sein.

7. Der Gesetzgeber muss dringend wieder Rechtssicherheit für die Aussagekraft des Grundbuchs bei den eingetragenen Vereinbarungen (Gemeinschaftsordnung) herstellen und die Eintragung von durch Öffnungsklauseln ermöglichte vereinbarungsändernden Beschlüsse in das Grundbuch vorsehen und anordnen. Die vor allem bei den Sondernutzungsrechten entstehenden Probleme¹³³ sind kautelarrechtlich nicht lösbar, es sei denn, man betrachtet sie als wichtig.

¹³³ Siehe Fn. 98.

Wohnraummiete und Green Lease

Einsparpotenziale durch Vertragsgestaltungen

Friedemann Sternel

Inhaltsverzeichnis

A	Einleitung	456
B	Green Lease – Entwicklung und Ziele	456
I	Entwicklung	456
II	Ziele	457
C	Umsetzung von Green Lease in der Wohnraummiete	457
I	Maßnahmen zur Energieeinsparung	458
1	Gesetzeslage und Gestaltungsmöglichkeiten	458
2	Einsparmöglichkeiten nach der Energieeinsparverordnung	460
3	Einsparmöglichkeiten nach der Heizkostenverordnung	461
4	Wärmecontracting	461
II	Maßnahmen zur Einsparung von Wasser	462
1	Maßnahmen nach der Trinkwasserverordnung	462
2	Verbrauchsabhängige Abrechnung	462
3	Installation von wassereinsparenden Geräten	463
4	Wirtschaftlichkeitsgebot	463
III	Maßnahmen zur Einschränkung des Müllaufkommens	464
1	Müllmanagement	464
2	Verursachungsabhängige Betriebskostenabrechnung	465
3	Sperrmüllentsorgung	466
IV	Einsparungen durch Nutzerverhalten	466
1	Nutzerpflichten	466
2	Regelungsschranken	468
V	Rentierlichkeit von Einsparpotenzialen	469
1	Mieterhöhung	469
2	Neueinführung von Betriebskosten	470
D	Wird Green Lease in der Wohnungswirtschaft gebraucht?	471

Prof. Dr. F. Sternel (✉)
Hamburg, Deutschland
e-mail: f.sternel@subroutes.de

A Einleitung

Das mietrechtliche Normgeflecht um die energetische Modernisierung erscheint durch die Neuregelungen der §§ 555af., 559f. BGB engmaschig geknüpft. Ist noch genügend Raum, um die Ziele einer nachhaltigen Bewirtschaftung und Nutzung von Wohnimmobilien zu verbessern, insbesondere was die Vermietung von Wohnraum anbelangt? In anderen Bereichen als der Energieeinsparung – etwa der Einsparung von Wasser, Verringerung des Müllaufkommens und dessen Entsorgung – fehlen unmittelbare mietrechtliche Vorschriften, obwohl auch hier ein umweltschonendes Verhalten geboten ist. Können Vertragsgestaltungen Abhilfe schaffen? Damit stellt sich die Frage nach einem „grünen Mietvertrag“. Sie erfasst ein weitgespanntes, facettenreiches Thema, das weit in die Lebensverhältnisse der Nutzer – hier der Mieter von Wohnraum – hineinreicht und die Bewirtschafter, insbesondere die Wohnungsunternehmen, nicht nur vor ökologische, sondern auch ökonomische Anforderungen stellt. So reicht der Einfluss auf die Lebensgestaltung der Nutzer von Immissionsbeschränkungen durch Rauchen¹ und der Verwendung von umweltverträglichen Materialien bei der Renovierung² bis zur Schaffung autofreier Wohngebiete.³ Angesichts dieser Spannweite soll das Thema auf Einsparpotenziale beschränkt werden. Weiter einschränkend kann es nur darum gehen, Anstöße und Stichworte für eine Diskussion zu geben, die zu einer Erweiterung der Blickrichtung hin zu einer nachhaltigen Bewirtschaftung und Nutzung im Zusammenhang mit Vertragsgestaltungen führen können. Ausgangspunkt hierfür ist das von der Immobilienwirtschaft entwickelte Modell des Green Lease.

B Green Lease – Entwicklung und Ziele

I Entwicklung

Die Erkenntnis, dass sich die Ressourcen insbesondere an nicht erneuerbaren Energien verknappen und sich die Folgen von Klimaveränderungen auch infolge der Ausbeutung unserer Erde nicht mehr wegdiskutieren lassen, hat zu neuen Wertbegriffen sowohl im Wirtschafts- als auch im Rechtsleben geführt: Nachhaltigkeit und Wirtschaftlichkeit sind Ziele, die nicht nur in der Politik angesagt sind, sondern in der Praxis umgesetzt und erreicht werden müssen. Betroffen hiervon ist die Immobilienwirtschaft zum einen, was die Schaffung oder Modernisierung von Bausubstanz anbelangt (Green Building), und zum anderen, was die Nutzung und Bewirtschaftung der Gebäude betrifft (Green Lease). Aus dieser „Betroffenheit“ hat

¹ Börstinghaus/Pielsticker, WuM 2012, 480; Harsch, WuM 2009, 76; Reichert/Dittmann, ZMR 2011, 925; zur Mietminderung: LG Hamburg, NZM 2012, 806 mit Anm. Jahreis, WuM 2013, 28; LG Berlin, NZM 2013, 727.

² LG Berlin GE 2014, 253, 939.

³ AG Münster WuM 2014, 408, s. dazu Blank WuM 2014, 396.

sich der „grüne Mietvertrag“ zunächst im anglo-amerikanischen Rechtsraum und nunmehr – zwar zaghaft – auch in Deutschland entwickelt. Allerdings beschränkt sich die Entwicklung gegenwärtig auf den Bereich von gewerblich genutzten Immobilien, speziell den Gewerberaummietverträgen. So hat eine interdisziplinäre Projektgruppe führender Unternehmen der Immobilienwirtschaft unter Federführung einer namhaften Anwaltskanzlei⁴ 50 Regelungsempfehlungen für Mietverträge über Gewerberäume ausgearbeitet, die im Juni 2012 veröffentlicht worden sind.⁵ Sie enthalten Vorschläge für Klauseln mit Pflichten und Handlungsaufforderungen auf den Gebieten der Bewirtschaftung, insbesondere Einsparmaßnahmen für Energie und Wasser, Müllreduzierung, der Durchführung baulicher Maßnahmen einschließlich Schönheitsreparaturen, darüber hinaus Vorschläge für umweltbezogene Verbesserungen des Wohnumfelds.

II Ziele

Erreicht werden soll, dass die Anforderungen, die an die Errichtung, Ausstattung und Nutzung von Gebäuden nachhaltig an ökologischen und ökonomischen Anforderungen ausgerichtet werden. Insbesondere im Rahmen des Facility-Managements und im Verfahren der Gebäude-Zertifizierung können diese Ziele erreicht oder ihnen wenigstens nahegekommen werden. Entsprechende Anforderungen werden an die Nutzungsmöglichkeiten gestellt; denn auch in ihnen liegt ein erhebliches Potenzial zur Umsetzung obiger Ziele.

Inhaltlich wird die dauerhafte Effizienz durch die drei Säulen der Nachhaltigkeit geprägt, nämlich der ökologischen, ökonomischen und sozialen Nachhaltigkeit. Gerade die soziale Nachhaltigkeit kann sich erheblich und unmittelbar auf die Lebensverhältnisse der Nutzer auswirken und muss daher bei mietrechtlichen Gestaltungen besonders beachtet werden.

Nicht verschwiegen werden soll, dass auch der Imagegewinn eine Rolle spielt, indem man sich von Green Lease eine Steigerung der Attraktivität auf dem Angebotsmarkt für Immobilien verspricht.

C Umsetzung von Green Lease in der Wohnraummiete

Die vertragliche Umsetzung der Ziele von Green Lease kann nicht losgelöst von der geltenden Gesetzeslage diskutiert werden. Diese Lage kann hier indes nur in den Grundzügen skizziert werden. Die mietrechtliche Betrachtungsweise bringt es dar-

⁴ Unter anderem Bilfinger/Berger EPM Assetis GmbH, Daimler Real Estate GmbH, Deutsche Bank AG, Ernst & Young Real Estate GmbH, IRE/BS Institut für Immobilienwirtschaft, Jones Lang Lassalle GmbH, Union Investment Real Estate GmbH, ZIA Zentraler Immobilienausschuss e. V., Rechtsanwaltskanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer LLP.

⁵ www.greenlease.de „Der grüne Mietvertrag für Deutschland“.

über hinaus mit sich, dass der Bereich der Gebäudezertifizierung auszuklammern ist, soweit er nicht einen unmittelbaren mietrechtlichen Bezug hat.

I Maßnahmen zur Energieeinsparung

1 Gesetzeslage und Gestaltungsmöglichkeiten

Die Gestaltungsmöglichkeiten bei Maßnahmen zur Energieeinsparung sind durch § 555f. BGB vorgegeben; sie sind nicht auf die dort aufgezählten Maßnahmen beschränkt, wie das Wort „insbesondere“ zeigt. Allerdings bestehen zwei wesentliche Beschränkungen: Zum einen müssen die Vereinbarungen nach Abschluss des Mietvertrages getroffen werden; zum anderen müssen sie fallbezogen – d. h. auf eine bestimmte Maßnahme – bezogen sein. Das steht einer generalisierenden vertraglichen Regelung entgegen. Damit sind jedoch konzeptionelle Vereinbarungen in Mietverträgen nicht ausgeschlossen, die Rahmenbedingungen für nachhaltiges Bewirtschaften und entsprechende Bedingungen für ein Nutzerverhalten vorgeben. Einzelvereinbarungen nach § 555f. BGB können sich auch auf die Tatbestandsmerkmale beziehen, die generell zum Nachteil des Mieters nicht abdingbar sind wie die Ankündigungspflicht des Vermieters bei Erhaltungsmaßnahmen und den Erstattungsanspruch des Mieters (§ 555a Abs. 4 BGB), die inhaltlich und förmlich weitergehende Ankündigungspflicht bei Modernisierungsmaßnahmen (§ 555c Abs. 5 BGB), die – eingeschränkte – Duldungspflicht des Mieters bei derartigen Maßnahmen (§ 555d Abs. 7 BGB) und das Sonderkündigungsrecht des Mieters (§ 555e Abs. 3 BGB). So kann etwa eine Mieterhöhung für Maßnahmen, durch die lediglich Primärenergie eingespart wird oder deren nachhaltige Einsparung nicht nachgewiesen wird, vereinbart werden, was übrigens schon aus § 557 Abs. 1 BGB folgt.

Die für Gewerberaummietverhältnisse empfohlenen Regelungen⁶ gehen darüber hinaus. Das betrifft zunächst die vom Vermieter beabsichtigte Zertifizierung des Gebäudes. Die Regelungsempfehlung Nr. 14 erlegt dem Mieter nicht nur eine entsprechende Duldungspflicht, sondern auch Handlungspflichten zur Erfüllung sämtlicher Kriterien auf, die für die angestrebte Zertifizierung erforderlich sind.⁷ Dies überschreitet sowohl den Katalog der Maßnahmen nach § 555b BGB als auch den Inhalt bloßer Duldung und ist bei der Wohnraummiete als (genereller) Vertragsbestandteil

⁶ www.greenlease.de „Der grüne Mietvertrag für Deutschland“.

⁷ Regelungsempfehlung 14: „Für den Fall, dass der Vermieter beabsichtigen sollte, das Mietobjekt nach dem Zertifizierungssystem der oder einem vergleichbaren Zertifizierungssystem bewerten zu lassen, hat der Mieter alles Notwendige zur erstmaligen Erfüllung sämtlicher Kriterien, deren Erfüllung für die Erteilung der angestrebten Zertifizierung erforderlich ist, zu tun. Dies gilt nur im Hinblick auf diejenigen Zertifizierungskriterien, die nach den allgemeinen Regelungen dieses Mietvertrages in den Verantwortungsbereich des Mieters fallen und nur, soweit dies dem Mieter zumutbar ist.“

unzulässig. Denkbar wäre aber eine auf den Einzelfall bezogene Individualvereinbarung.

Für die Duldungspflicht des Gewerberaummieters finden sich Empfehlungen, die der – hier dispositiven – gesetzlichen Duldungspflicht der §§ 555a–f BGB entsprechen (§ 578 Abs. 2 BGB). Die Regelungsempfehlung Nr. 23 bezieht Maßnahmen in die Duldungspflicht ein, die die nachhaltige Nutzung und Bewirtschaftung des Mietobjekts fördern.⁸ Das lässt sich mit Maßnahmen gemäß § 555b Nr. 4, 5 BGB vereinbaren, und mit Maßnahmen zur Einsparung von Energie und Wasser sowieso, sodass die Duldungspflicht hierdurch nicht erweitert wird. Was den Inhalt der Duldungspflicht anbelangt, knüpft die Regelungsempfehlung 24 an die Rechtslage an, wie sie vor der Mietrechtsreform von 2013 bestand (s. § 554 Abs. 2 BGB aufgehoben), indem bei der vorgesehenen Zumutbarkeitsprüfung auch die zu erwartende Miethöhe eine Härte bilden kann, die einer Duldung und damit der Durchführung der Maßnahme entgegensteht.⁹ Dabei zeigt sich die Gefahr, die darin liegt, einen Gesetzestext wörtlich in ein Vertragsmuster aufzunehmen, und die sich dann verwirklicht, wenn sich die Gesetzeslage ändert. Denn in diesem Fall geht die vertragliche Regelung, soweit sie sich noch vereinbaren lässt, der geänderten Gesetzeslage vor.¹⁰ Daran ändert ein formularmäßiger Zusatz „in der jeweiligen Fassung“ nichts; denn dieser würde gegen das Transparenzgebot verstoßen.¹¹ Zu einer Benachteiligung des Vermieters käme es, sofern die Regelungsempfehlung in der Vergangenheit befolgt sein sollte, da § 555d Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 578 Abs. 2 BGB die künftige Mieterhöhung nicht mehr als Härtegrund aufführt. Für Neuabschlüsse sollten die eingeklammerten Textstellen der Regelungsempfehlung nicht mehr verwendet werden.

Die ökonomische Säule der Nachhaltigkeit darf nicht vernachlässigt werden. Sie zeigt sich nach entsprechenden baulichen Maßnahmen durch die Möglichkeit der Mieterhöhung nach §§ 559f. BGB und im Rahmen des Betriebs durch den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit, der bei der Kostenabrechnung zum Tragen kommt

⁸ Regelungsempfehlung 23: „Der Vermieter ist berechtigt, am Mietobjekt Maßnahmen durchzuführen, die der Einsparung von End- oder Primärenergie und/oder Wasser und/oder der effizienteren Nutzung von Energie und/oder der nachhaltigeren Produktion der verwendeten Energie zu dienen bestimmt oder sonst geeignet sind, die nachhaltige Nutzung und Bewirtschaftung des Mietobjektes zu fördern. Derartige Maßnahmen hat der Mieter zu dulden, ein Anspruch auf Mietminderung ist insoweit ausgeschlossen; sonstige Rechte des Mieters bleiben unberührt.“

⁹ Regelungsempfehlung 24: „Eine Duldungspflicht des Mieters besteht nicht, soweit die Durchführung der Maßnahmen für ihn eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters, anderer Mieter des Gebäudes und dem Streben der Parteien nach einer möglichst nachhaltigen Nutzung und Bewirtschaftung des Mietobjektes nicht zu rechtfertigen ist. Dabei sind insbesondere die vorzunehmenden Arbeiten, die baulichen Folgen, vorausgegangene Aufwendungen des Mieters [und die zu erwartende Mieterhöhung] zu berücksichtigen. [Die zu erwartende Mieterhöhung ist nicht als Härte anzusehen, wenn das Mietobjekt lediglich in einen Zustand versetzt wird, wie er für nachhaltig bewirtschaftete, vergleichbare Objekte allgemein üblich ist.]“

¹⁰ BGH NZM 2006, 534 = WuM 2006, 322 = ZMR 2006, 595 zu § 27 II. BV.

¹¹ BGH, WuM 2013, 293 m. w. N. für die Klausel „... soweit gesetzlich zulässig“.

(§ 556 Abs. 3 BGB), ferner, wenn vertraglich Zeiträume kalendermäßig, aber auch tageszeitmäßig festgelegt werden, innerhalb derer der Mieter mit Heizung und/oder Warmwasser zu versorgen ist.¹²

2 Einsparmöglichkeiten nach der Energieeinsparverordnung

Auf Einsparmaßnahmen nach §§ 9, 10 EnEV hat der Mieter gegenüber dem Vermieter nach h.M. keinen Anspruch, ebenso wenig wie auf sonstige Maßnahmen einer energetischen Modernisierung.¹³ Hier ist jedoch Raum für vertragliche Regelungen, die allerdings den oben aufgezeigten Schranken des § 555f. BGB unterliegen. Soweit derartige Maßnahmen bei Vertragsabschluss bereits durchgeführt worden sind, greifen diese Schranken nicht. Vertragliche Regelungen über Betrieb, Nutzung oder Effizienz sind zulässig und auch schlüssig, etwa im Wege von Beschaffenheitsvereinbarungen. Aus der Verpflichtung des Vermieters, dem Mieter den Energieausweis nach Maßgabe des § 16 II 4 EnEV vorzulegen, folgt eine solche Vereinbarung ebenso wenig wie eine Zusicherung von Eigenschaften. Sie lässt sich allerdings – ebenfalls schlüssig – begründen. Allein schon die Vorlagepflicht und die Pflichtangaben in Immobilienanzeigen nach § 17 EnEV können dazu beitragen, dass den Nutzern die Marktrelevanz der Energieeinsparung bewusst und damit die allgemeine Akzeptanz nachhaltiger Vertragsgestaltungen gefördert wird.

Die Regelungsempfehlung 28 verweist für Anpassungsmaßnahmen nach dem EnEG oder der EnEV auf die Empfehlung Nr. 26, die für Modernisierungsmaßnahmen, die der Mieter zu dulden hat, einen Anspruch auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung vorsieht.¹⁴ Im Gegensatz zur Wohnraummiete kann die Erhöhung bereits generell auch betragsmäßig im Mietvertrag vereinbart werden. Damit wird eine vertragliche Vornahmepflicht des Vermieters ebenso wenig wie bei der Wohnraummiete nicht begründet. Sie kann jedoch vereinbart werden.

¹² Zur grundsätzlichen Zulässigkeit einer entsprechenden Formulklausel s. BGH, NJW 1991, 1750 = WuM 1991, 381 = ZMR 1991, 290.

¹³ Kritisch dazu: Schmidt-Futterer-Blank/Eisenschmid, Mietrecht, 11. Aufl., § 535 Rn. 130, 131; s. auch Blank, WuM 2008, 311, 315; Friers, WuM 2008, 255, 257. Der BGH, NZM 2008, 35 hat offengelassen, ob eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung auch eine privatrechtliche (mietrechtliche) Maßnahmepflicht zur Energieeinsparung begründet.

¹⁴ Regelungsempfehlung 26: „Der Vermieter ist berechtigt, die Zustimmung des Mieters zu einer Erhöhung der jährlichen Miete um [...] vom Hundert der für die Durchführung dieser Maßnahmen aufgewendeten Kosten zu verlangen. Sind die Maßnahmen für mehrere von verschiedenen Mietern exklusiv genutzte Flächen und/oder für Gemeinschaftsflächen durchgeführt worden, sind die Kosten angemessen auf die einzelnen Mieter zu verteilen. Soweit die Maßnahmen durch die öffentliche Hand gefördert werden, sind entsprechende Förderbeträge bei der Berechnung in Abzug zu bringen. §§ 559a, 559b BGB finden entsprechende Anwendung; die Anwendung des § 561 BGB ist ausgeschlossen.“

Regelungsempfehlung 28: „Die Bestimmungen der Regelungsempfehlung 26 gelten entsprechend für den Fall, dass der Vermieter das Mietobjekt und/oder das Gesamtobjekt an während der Mietzeit erhöhte Anforderungen des EnEG und/oder der EnEV oder darüber hinausgehend anpassen sollte.“

3 Einsparmöglichkeiten nach der Heizkostenverordnung

Die Heizkostenverordnung schränkt den vertraglichen Gestaltungsrahmen durch § 2 HeizkV erheblich ein, soweit es sich nicht nur um Gebäude mit nicht mehr als zwei Wohnungen handelt, von denen die eine der Vermieter selbst bewohnt. Vertragliche Regelungen sind aber möglich, soweit die HeizkostenV dem Vermieter ein Gestaltungsermessen einräumt. Das ist etwa bei der Kostenverteilung der Fall und betrifft ausdrücklich die Überschreitung der Höchstsätze für den verbrauchsabhängig abzurechnenden Anteil (§ 10 HeizkV). Darüber hinaus kann das dem Vermieter nach §§ 6 Abs. 4, 7 Abs. 1, 8, 9 HeizkV eingeräumte Ermessen, den verbrauchsbezogenen Abrechnungsanteil zwischen 50–70 % zu bestimmen, Gegenstand einer vertraglichen Regelung sein. So sollte z.B. die Kostenverteilung bei Rohrwärmefällen (s. § 7 Abs. 1 S. 3 HeizkV) oder bei erheblichen Leerständen eines Gebäudes oder einer Wohnanlage mit 50:50 geregelt werden.

Die in § 7 Abs. 2 Satz 2 HeizkV enthaltene Regelung über die Verbrauchsanalyse soll die Entwicklung der Kosten für Heizwärme und Warmwasserversorgung der vergangenen drei Jahre wiedergeben. Eine solche Kosten-Retrospektive soll das Kostenbewusstsein der Mieter schärfen, auch wenn hierdurch die Kosten nicht verringert werden.¹⁵ Eine Verpflichtung des Vermieters zur Verbrauchsanalyse besteht nicht, kann jedoch vertraglich begründet werden. Das kann angesichts ihrer möglichen psychologischen Auswirkung auf das Verbrauchsverhalten der Nutzer sinnvoll erscheinen.

4 Wärmecontracting

Die Regelungen in § 556c BGB und in der WärmelieferungsV vom 07.06.2013 betreffen diejenigen Vertragsverhältnisse, die bei Inkrafttreten der genannten Vorschriften – nämlich am 01.07.2013 – bestanden und bei denen der Vermieter bis dahin die Beheizung und Warmwasserlieferung schuldete. Sie gewähren dem Vermieter eine Umstellungsbefugnis. Deren materieller Kern liegt in der Kostenneutralität, gemäß der die Kosten der Wärmelieferung die Betriebskosten für die bisherige Eigenversorgung mit Wärme und Warmwasser nicht übersteigen dürfen (§ 556c Abs. 1 Nr. 2 BGB); die Kostenneutralität ist nach den §§ 8f. WärmeLV zu ermitteln. Die Umstellung ist mit einer Frist von drei Monaten in Textform anzukündigen. Die Regelungen sind zum Nachteil des Mieters nicht abdingbar; das betrifft jedoch nur generelle Vereinbarungen und nicht solche, die im Einzelfall aus konkretem Anlass getroffen werden, wie ein Rückgriff auf § 555f BGB verdeutlicht. Infrage kommen Vereinbarungen über Form und Frist der Ankündigung, über die Art der Umstellung (Anlagen- oder Betriebscontracting), über die Ermittlung der Kostenneutralität nicht nur für den Zeitpunkt der Umstellung, sondern auf Dauer.

Der Geltungsbereich der Vorschriften bezieht sich dagegen nicht auf Mietverhältnisse, bei denen die Umstellung auf Contracting bereits vor dem 01.07.2013

¹⁵ Kritisch dazu Lammel, Heizkostenverordnung, 3. Aufl. 2010, § 7 Rn. 115.

erfolgt war oder die erst zu diesem Zeitpunkt begründet wurden. Das Gleiche gilt, soweit der Mieter die Betriebskosten für Heizung und Warmwasser nicht zu tragen braucht, etwa wenn zulässigerweise eine Bruttowarmmiete vereinbart ist oder der Mieter selbst für die Beheizung aufkommen muss, z. B. bei Ofenheizung oder eigener Gasetagenheizung). In diesen Fällen kann die Umstellung nur aufgrund einer Vereinbarung zwischen Mieter und Vermieter erfolgen. Die Vereinbarung kann sich auf die Ankündigung, die Art des Contractings, die Kostenneutralität und deren Ermittlung beziehen.

II Maßnahmen zur Einsparung von Wasser

1 Maßnahmen nach der Trinkwasserverordnung

Die Trinkwasserverordnung¹⁶ enthält keine unmittelbaren mietrechtlichen Regelungen; gleichwohl vermag sie auf Green Lease Einfluss zu nehmen. Sie bezweckt nämlich die Nachhaltigkeit der Trinkwasserversorgung insofern, als sie die menschliche Gesundheit vor Einflüssen schützen soll, die aus der Verunreinigung von Trinkwasser herrühren können. Das gilt insbesondere für die Kontaminierung durch Blei oder Legionellen. Hiergegen werden Anzeige- und Handlungspflichten aufgezeigt. Deren Adressat kann auch ein Vermieter von Wohnraum sein, wenn er bei der Vermietung gewerblich tätig wird (§ 3 Nr. 10 TrinkwV). Ihn trifft die (öffentlich-rechtliche) Pflicht, Trinkwasser von chemischen Stoffen so rein zu halten, dass eine Schädigung der menschlichen Gesundheit möglichst vermieden wird (§ 6 TrinkwV). Das gilt etwa für den Bleigehalt infolge der Abgabe von Blei in Rohren oder Armaturen.¹⁷ Den Vermieter von Großanlagen – in der Regel also Mehrfamilienhäuser – treffen Anzeige- und Untersuchungspflichten nach Maßgabe der §§ 13, 14 TrinkwV im Turnus von drei Jahren. Ferner besteht eine Informationspflicht gegenüber den Nutzern, insbesondere wenn bleihaltige Leitungen vorhanden sind (§ 21 I 3 TrinkwV). Es handelt sich hierbei allerdings um öffentlich-rechtliche Pflichten, die keinen Anspruch des Mieters auf Durchführung der genannten Pflichten begründen. Gleichwohl führen deren Verletzungen zu Gewährleistungsansprüchen des Mieters, wenn sie sich auf den Mietgebrauch auswirken.

Die öffentlich-rechtlichen Pflichten können im Wege der Vereinbarung in mietvertragliche Pflichten umgewandelt werden; das gilt insbesondere für die Reinhaltungspflicht sowie die Untersuchungs- und Informationspflichten.

2 Verbrauchsabhängige Abrechnung

Zur Einsparung von Wasser kann die Vereinbarung der verbrauchsabhängigen Abrechnung führen. Sie kann der Vermieter von Wohnraum über sein Gestaltungs-

¹⁶ TrinkwV v. 12.11.2011 – BGBl. I 2370 i. d. F. vom 13.12.2012 – BGBl. 2562.

¹⁷ Der Grenzwert ist auf 0.01 mg/l abgesenkt.

recht nach § 556a Abs. 2 BGB erzwingen. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass bei verschiedenen Nutzergruppen die Durchführung von Vorerfassungen nach dem Vorbild der Regelung in § 5 HeizkV vereinbart wird.¹⁸ Für die Gewerberaum-miete besteht die generelle Regelungsempfehlung, Nebenkosten, die von einem erfassten Verbrauch oder einer erfassten Verursachung durch den Mieter abhängen, ausschließlich unter Berücksichtigung des Verbrauchs bzw. der Verursachung umzulegen.¹⁹ Das entspricht der gesetzlichen Regelung für die Wohnraummiete in § 556a Abs. 1 Satz 2 BGB.

Eine stärkere Motivation zur Einsparung kann schließlich dadurch bewirkt werden, dass eine Eigenversorgung der Nutzer angestrebt wird. Das setzt allerdings voraus, dass das Versorgungsunternehmen bereit ist, mit den einzelnen Nutzern Versorgungsverträge abzuschließen.

3 Installation von wassereinsparenden Geräten

Zu einer Einsparung führt auch der Einbau von Wassermengenreglern. Zwar hat der Mieter keinen Anspruch auf deren Installation;²⁰ jedoch kann der Vermieter dem Mieter diese Einsparmöglichkeit nicht verwehren, da damit kein Eingriff in die Installationsanlage erfolgt. Durchlaufbegrenzer haben demgegenüber keinen technischen Einspareffekt, wirken jedoch psychologisch als Begrenzer bei laufendem Wasser.

4 Wirtschaftlichkeitsgebot

Das Gebot der Wirtschaftlichkeit in § 556 Abs. 3 BGB verpflichtet den Vermieter mittelbar zur sparsamen Bewirtschaftung, da nur die Kosten angesetzt werden dürfen, die diesem Gebot entsprechen. So hat der Vermieter dafür zu sorgen, dass unnötiger Wasserverbrauch durch die Nutzer vermieden wird, indem er seinen Überprüfungs- und Instandhaltungspflichten nachkommt,²¹ ferner dass die Hauptwasserzähler nicht überdimensioniert²² und etwaige Tarifänderungen berechtigt sind.²³ Werden die Kosten nach dem Frischwasserverbrauch erhoben, so entspricht es dem Gebot der Wirtschaftlichkeit, dass der Vermieter Zwischenzähler

¹⁸ Langenberg, NZM 2010, 186 kritisch zu BGH, NZM 2010, 195.

¹⁹ Regelungsempfehlung 43: „Die Nebenkosten, die von einem erfassten Verbrauch oder einer erfassten Verursachung durch die Mieter abhängen, sind ausschließlich nach einem Maßstab umzulegen, der dem unterschiedlichen Verbrauch oder der unterschiedlichen Verursachung Rechnung trägt. Im Übrigen bestimmt der Vermieter den Umlagemaßstab nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) unter Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Mieter und unter Beachtung zwingender gesetzlicher Vorschriften, insbesondere unter Berücksichtigung des Verhältnisses der Mietfläche des Mietobjektes zur Gesamtfläche des Gebäudes.“

²⁰ Schmidt-Futterer-Blank/Eisenschmid, Mietrecht, 11. Aufl., § 535 Rn. 138.

²¹ So muss er Mieterbeschwerden über defekte WC-Spüler oder sog. Fremdwäscher nachgehen und diesen ggf. abhelfen.

²² Pfeifer, DWW 2010, 327; s. auch BGH, NZM 2010, 558 = ZMR 2010, 869.

²³ Eisenschmid/Wall, Betriebskostenkommentar, 3. Aufl., Rn. 2828f.; Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 7. Aufl., H 55 S. 346ff.

für den Wasserverbrauch installiert, der nicht über das Abwassernetz entsorgt wird, sondern dem Grundstück durch Bewässerung der Grünanlagen zugutekommt. Eher zum Bereich des Green Building zählt die Pflicht des Vermieters, Grundstücksflächen nur insoweit zu überbauen bzw. zu versiegeln, als dies wirtschaftlich unbedingt geboten ist, sodass die Kosten für Niederschlagwasser gesenkt werden können.²⁴ Die Regelungsempfehlung 30 beschränkt sich auf eine Good-will-Erklärung des Vermieters, ohne dem Mieter einen Erfüllungsanspruch einzuräumen.²⁵

Auch die Pflicht zur Beachtung der Wirtschaftlichkeit bei der Abrechnung gibt dem Mieter keinen vertraglichen Anspruch auf Durchführung der gebotenen Maßnahmen, sondern führt nur zur Freihaltung von wirtschaftlich nicht erforderlichen Kosten. Hier ist jedoch Raum für konkrete Vereinbarungen.

III Maßnahmen zur Einschränkung des Müllaufkommens

Unmittelbar mietrechtlich wirkende Normen fehlen. Bauliche Maßnahmen, die der Vermieter zur Verringerung des Müllaufkommens und zu dessen Entsorgung vornimmt, sind im Katalog der Modernisierungsmaßnahmen nach § 555b BGB nicht enthalten. Sie erhöhen jedoch den Gebrauchswert der Wohnung und verbessern zudem die allgemeinen Wohnverhältnisse. Daher sind sie vom Mieter nach §§ 555b Nr. 4, 5; 555d BGB zu dulden und rechtfertigen eine Mieterhöhung nach §§ 559f. BGB.

1 Müllmanagement

Im Rahmen des eigenen Müllmanagements ist der Vermieter gehalten, Anzahl, Größe, Standort und Häufung der Leerung der Müllgefäße zu optimieren.²⁶ Hierzu zählt auch die Mülltrennung, soweit sie nicht ohnehin von der Kommune vorgegeben ist. Der Vermieter von Wohnraum kann die getrennte Erfassung bei Abschluss des Mietvertrages vereinbaren (§ 556a Abs. 1 BGB) und im laufenden Mietverhältnis durch einseitige Erklärung bestimmen (§ 556a Abs. 2 BGB). Dadurch werden Nebenpflichten des Mieters begründet, den Hausmüll getrennt zu entsorgen. Bei Verletzung dieser Pflicht stehen dem Vermieter Erfüllungs- und Schadensersatzansprüche zu, sofern der Verursacher festgestellt werden kann. Ist das nicht der Fall und entstehen laufend die sog. Trennkosten, so dürfen diese – ähnlich den Kosten für die Entsorgung von Sperrmüll auch unbekannter Dritter – als Betriebskosten auf alle Mieter umgelegt werden. Für den Bereich der Gewerberaummieta enthält die Regelungsempfehlung 19 die ausdrückliche Vertragspflicht des Mieters

²⁴ Eisenschmid/Wall, a. a. O., Rn. 2912a; Langenberg, a. a. O., H 62 S. 348.

²⁵ Regelungsempfehlung 30: „Im Fall etwaiger künftiger Baumaßnahmen auf Außenflächen des Mietobjektes wird sich der Vermieter nach besten Kräften darum bemühen, eine möglichst geringe Oberflächenversiegelung zu erreichen (z. B. durch Einbau von Gittersteinen).“

²⁶ S. dazu Schmidt-Futterer-Blank/Eisenschmid, Mietrecht, 11. Aufl., § 535 Rn. 459f.

zur Mülltrennung, verbunden mit einem Unterlassungsanspruch des Vermieters.²⁷ Bei der Wohnraummiete fehlt im Hinblick auf die vorgegebene Gesetzeslage ein Regelungsbedarf.

Darüber hinaus dient ein externes Müllmanagement durch Einschaltung eines kompetenten Dienstleisters der ökologisch und ökonomisch optimierten Erledigung von Müllproblemen, da er je nach Umfang des ihm erteilten Auftrags aufgrund seines Know-how und meist auch einer besseren Logistik die funktionale Gestaltung und Bewirtschaftung im Zusammenhang mit der Müllreduzierung und -entsorgung übernimmt.²⁸ Ferner muss der Vermieter Maßnahmen gegen den sog. Mülltourismus treffen; er kann das Problem nicht dadurch lösen, dass er mehr Müllgefäße ordert, als dies für den Entsorgungsbedarf der Wohnanlage erforderlich ist.

Die genannten Maßnahmen lassen sich auch hier aus dem Gebot der wirtschaftlichen Abrechnung (§ 556 Abs. 3 BGB) ableiten. Sie geben dem Mieter keinen Erfüllungsanspruch, sondern wirken auf den Vermieter kostenvermeidend. Indessen lassen sie sich in entsprechende Vertragspflichten ummünzen, da sie disponibel sind.

2 Verursachungsabhängige Betriebskostenabrechnung

Zu den Einsparmaßnahmen zählen auch die verbrauchs- bzw. verursachungsbezogene Erfassung des Müllaufkommens und die entsprechende nutzerbezogene Abrechnung. Sie ist entgegen dem Wortlaut des § 556a Abs. 1 S. 2 BGB einerseits nicht zwingend vorgeschrieben; andererseits hat der Vermieter die Gestaltungsbefugnis, nach Maßgabe des § 556a Abs. 2 BGB auf eine verbrauchsbezogene Abrechnung überzugehen.²⁹ Zur Umsetzung der verbrauchs- bzw. verursachungsbezogenen Erfassung und Abrechnung bei der Gewerberaummiete wird auf die Regelungsempfehlung 43 verwiesen.³⁰

In technischer Hinsicht kann durch die Installation von Abfallschleusen bewirkt werden, dass die Kosten der Entsorgung dem jeweiligen Verursacher zugeordnet werden können. Die Regelungsempfehlung 21 sieht eine Pflicht des Mieters zur Erfassung des Müll-„Verbrauchs“ im ersten Mietjahr vor.³¹ Bei der Wohnraummiete läge in einer derartigen Handlungspflicht ein mittelbarer Verstoß gegen § 536 Abs. 4

²⁷ Regelungsempfehlung 19: „Bei der Nutzung des Mietobjektes anfallender Abfall im Sinne des § 3 KrW/AbfG ist nach Papier, Glas, Batterien, Energiesparleuchtmitteln, Verpackungsmaterialien mit „Grünem Punkt“ (oder sonstigen, ggf. künftig allgemein eingeführten Trennsystemen zugeordneten Materialien), organischem Abfall und sonstigem Abfall zu trennen und zu entsorgen, wobei eine etwa weitergehende heute bestehende oder künftig eingeführte gesetzliche Pflicht zur Behandlung von Abfall vorrangig zu beachten ist. Der Vermieter ist berechtigt, die Lagerung nicht nach dieser Maßgabe getrennten Abfalls zu untersagen.“

²⁸ S. dazu Eisenschmid/Wall, Betriebskostenkommentar, 3. Aufl., Rn. 3469; Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, H 72 S. 351.

²⁹ Zum alternativen Umlagemaßstab bei preisgebundenem Wohnraum s. § 22a NMV.

³⁰ S. Fn. 18.

³¹ Regelungsempfehlung 21: „Der Mieter hat für das erste volle Kalenderjahr nach Mietbeginn die während dieses Zeitraums durch den Mieter im Mietobjekt verursachte Abfallmenge zu erfassen

BGB vor, der zur Unzulässigkeit entsprechender Klauseln nach § 307 Abs. 1 BGB führen würde, da den Mieter nicht nur die Installationspflicht, sondern – da es sich um seine Anlage handelt – die Bewirtschaftungskosten träfen, die nur zum Teil Betriebskosten sind. Auf die in der empfohlenen Regelung vorgesehene „maximale Jahresabfallmenge“ wird noch zurückgekommen.

3 Sperrmüllentsorgung

Die nachhaltige Bewirtschaftung schließt die Sperrmüllentsorgung auf dem Mietgrundstück ein, und zwar auch insoweit, als es das von unbekannten Dritten verursachte Müllaufkommen verursacht; die anfallenden Kosten können als Betriebskosten auf die Mieter umgelegt werden, auch wenn sie nicht als „sonstige Betriebskosten“ vereinbart sind, da sie zur Kostengruppe „Müllbeseitigung“ (§ 2 Nr. 8 BetrKV) zählen.³²

IV Einsparungen durch Nutzerverhalten

1 Nutzerpflichten

Die Obhutspflicht des Mieters, die sich aus § 536c BGB ableiten lässt, und die Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 Abs. 2 BGB können Ansatzpunkte sein, um Verhaltenspflichten des Mieters zu begründen, die ein umweltschonendes, ressourceneinsparendes Verhalten beinhalten.

Für die Gewerberaummiete sieht die Regelungsempfehlung 8 eine gegenüber § 536c BGB erweiterte Anzeigepflicht auch bezüglich solcher bekannt gewordener „Schäden“ vor, die die einmal erfolgte Zertifizierung gefährden.³³ Damit ist für den Mieter keine Prüfpflicht begründet, sodass er nur bei grob fahrlässiger Unkenntnis zum Schadensersatz verpflichtet sein könnte. Allerdings ist es nicht zwingend, dass ein „Schaden“, der zu einer Gefährdung der vorhandenen Zertifizierungsvoraussetzungen führt, einen Mangel i. S. von § 536 BGB beinhaltet. Ebenso wenig muss ein nachträglicher Wegfall gegebener Zertifizierungsvoraussetzungen eine Gefährdung der Mietsache mit sich bringen. Eine formularmäßige Erweiterung der Anzeigepflicht im Sinne der Regelungsempfehlung würde den Wohnungsmieter unangemessen i. S. von § 307 Abs. 1 BGB benachteiligen, da sie über den Gewährleistungsrahmen des § 536 BGB hinausginge und sich auf Umstände beziehen könnte, die selbst keine Gefährdung des Mietobjekts mit sich bringen.

und dem Vermieter nachzuweisen. Der Mieter hat für die Folgejahre diese Abfallmenge nicht [Alternativ: um nicht mehr als [...] %] zu überschreiten („maximale Jahresabfallmenge“).“

³² BGH, NZM 2010, 274 = WuM 2010, 153.

³³ Regelungsempfehlung 8 (Zertifizierung liegt bereits vor): „Sobald der Mieter Schäden am Mietobjekt bemerkt, die die Beibehaltung der Kriterien gefährden, deren Erfüllung für die Erteilung der bestehenden Zertifizierung erforderlich gewesen ist, hat er diese Schäden dem Vermieter unverzüglich schriftlich anzuzeigen. § 536c BGB bleibt unberührt.“

Der Pflichtenkreis des Mieters ändert sich nicht dadurch, dass der Mieter zum Mietgebrauch nicht verpflichtet ist. Indes darf er keine Handlungen vornehmen oder gebotene Handlungen unterlassen, durch die er Maßnahmen des Vermieters zur nachhaltigen Bewirtschaftung konterkariert. Das gilt in dem vorliegenden Zusammenhang für dessen Einsparmaßnahmen an Heizenergie, Wasser und Müllvermeidung. Krasse Fälle der Pflichtverletzungen liegen etwa darin, dass der Mieter in der kalten Jahreszeit übermäßig lange bei nicht abgestellter Heizung lüftet, unsorgfältig Wasser verschwendet, etwa gar für Dritte (gegen Entgelt) wäscht, übermäßig Müll verursacht oder seinen Müll rücksichtslos entsorgt. Dem Vermieter stehen in solchen Fällen Erfüllungs-, Unterlassungs- und/oder Schadensersatzansprüche zu. Unter besonderen Umständen kann er das Mietverhältnis wegen Unzumutbarkeit oder schuldhafter, nicht nur unerheblicher Pflichtverletzungen nach §§ 543 Abs. 1, 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB kündigen.

Im Vordergrund stehen jedoch Verhaltensweisen, die mit dem vertragsgemäßen Gebrauch eng zusammenhängen und bei denen zu fragen ist, ob vom Mieter (vertraglich) verlangt werden kann, sich umweltbewusst zu verhalten. Das betrifft etwa das energiesparende Heizen und Lüften,³⁴ Temperaturregulierung bei Abwesenheit oder Einhaltung ausreichender Raumtemperaturen,³⁵ Einsparen von Wasser durch Anschaffung und Betrieb wassersparender Wasch- oder Geschirrspülmaschinen, Vermeidung von überflüssigem Verpackungsmüll und Einhaltung einer möglichen Mülltrennung. Allerdings geht es nach h. M. um das Pflichtenverhältnis zwischen Mieter und Vermieter, das sich auf die Wahrung der berechtigten Vermieterinteressen bezieht, ohne dass der Blick auch auf das Gemeinwohl gelenkt wird. So gilt etwa die Anzeige- und Obhutspflicht dem Erhalt der Mietsache und die Müllvermeidung der Sauberhaltung des Grundstücks. Diese Sichtverengung ist der Individualisierung des jeweiligen Vertragsverhältnisses geschuldet; sie gilt es in Richtung auf die Mitberücksichtigung von Gemeinwohlinteressen – hier einer nachhaltigen Nutzung – aufzubrechen. Eine derart erweiterte Blickrichtung lässt sich aus der Interessenabwägung im Rahmen der Duldungspflicht des Mieters nach § 555d Abs. 2 BGB ableiten. Danach sind die Belange der Energieeinsparung und des Klimaschutzes in die Abwägung einzubeziehen, mithin die Ziele, die mit Green Lease verfolgt werden. Erfasst werden die Duldung von Maßnahmen zur Einsparung von Energie (§ 555b Nr. 1, 2 BGB) und der Einsparung von Wasser (§ 555b Nr. 3 BGB). Maßnahmen zur Verringerung und Entsorgung des Müllaufkommens dienen der allgemeinen Verbesserung der Wohnverhältnisse, wenn nicht der Gebrauchswert-erhöhung (§ 555b Nr. 4, 5 BGB). Wenn der Mieter derartige Maßnahmen dulden muss, dann kann ihm – weiterführend – auch auferlegt werden, den Zweck dieser

³⁴ Die Entscheidungen hierzu sind mittlerweile Legion, hieraus aus neuerer Zeit: einerseits für strengere Maßstäbe LG Frankfurt a. M., WuM 2012, 267 = ZMR 2012, 552; LG Kiel, ZMR 2012, 443; andererseits stärker auf die typische Wohnungsnutzung abstellend LG Konstanz NZM 2013, 506 = WuM 2013, 156; LG Gießen WuM 2014, 331.

³⁵ Zur Zulässigkeit von Formularklauseln, die die Einhaltung von Mindesttemperaturen in zentral-beheizten Räumen durch den Vermieter vorsehen, s. BGH WuM 1991, 381, 384 Nr. 7b. Daraus folgt jedoch keine Pflicht des Mieters, entsprechend diesen Temperaturen zu heizen: LG Bonn/AG Siegburg WuM 2012, 198.

Maßnahmen und ihr Erreichen nicht durch sein eigenes Nutzerverhalten zu durchkreuzen.³⁶ Daraus ergeben sich Pflichten, die zwar im Mietverhältnis verankert bleiben, jedoch über die Wahrung berechtigter Vermieterinteressen hinausgehen und die der Vermieter zugleich sozusagen als Sachwalter des Gemeinwohls einfordern kann. Auf den Inhalt einzelner Pflichten kann erst eingegangen werden, wenn deren Grenzen gezogen werden.

2 Regelungsschranken

Die Möglichkeiten mietvertraglicher Gestaltungen sind durch mieter- und verbraucherschützende Bestimmungen erheblich eingeschränkt. Das gilt insbesondere, wenn auf Vermieterseite ein Wohnungsunternehmen steht; denn bei den mit den Mietern von Wohnraum getroffenen Vereinbarungen handelt es sich im Regelfall um Verbraucherverträge, die ebenso wie Formularverträge der Inhaltskontrolle nach §§ 307f. BGB unterliegen (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB). Zugunsten des Mieters wird häufig sein grundrechtlich geschütztes Recht auf seine eigenverantwortliche Lebensgestaltung ins Gewicht fallen. Soweit es um die Grenzen dieses Rechts geht, wird aber wiederum ein Rückgriff auf die Zumutbarkeitskriterien innerhalb der Duldungspflicht nach § 555d Abs. 1 BGB zulässig sein, nämlich die Beachtung der Belange der Energieeinsparung und des Klimaschutzes. Letzteres erweiternd wird man auch die Umweltverträglichkeit und die Ressourcenschonung hinzurechnen dürfen. Rechtssicherer erscheint, es hier bei Empfehlungen zu belassen, wie dies in Form von Merkblättern zum „richtigen Heizen und Lüften“ bereits in der Wohnungswirtschaft praktiziert wird. Voraussetzung für deren Beachtlichkeit ist, dass die dadurch gegebenen Informationen genügenden konkreten Bezug zur jeweiligen Mietwohnung haben (z. B. Differenzierungen bei Innen- und Außenwohnungen, Ausstattung mit Wärmedämmung, Isolierglasfenstern).

Die Regelungsempfehlungen sehen Einschränkungen des Mieters von Gewerbe- raum bei der Müllentsorgung (Empfehlung 21)³⁷ und beim Wasserverbrauch (Empfehlung 41)³⁸ vor. Derartige Beschränkungen würden den Mietgebrauch einer Wohnung indes unangemessen einengen, mithin den Mieter von Wohnraum undifferenziiert und unangemessen nach § 307 BGB benachteiligen.

Hinzu kommen die zwingenden oder halbzwingenden Verbotsvorschriften und die daraus abzuleitenden Verhaltensnormen. Gemeint sind die Vorschriften, die einer Pflichtenüberbürdung oder -erweiterung entgegenstehen, insbesondere §§ 536 Abs. 4, 555d Abs. 7, 559 Abs. 6 BGB samt den Folgevorschriften. Sie stehen zwar Vereinbarungen, die im Rahmen des bereits begründeten Mietverhältnisses getrof-

³⁶ Fortentwicklung des Grundsatzes in der Einleitung I 1 § 89 Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, 3. Aufl., 1796: „Wem die Gesetze ein Rechtgeben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann.“

³⁷ S. Fn. 30.

³⁸ Regelungsempfehlung 41: „Der Mieter hat einen Wasserverbrauch von [...] Kubikmeter/Jahr für jeden Mitarbeiter, dessen Mittelpunkt betrieblicher Betätigung für den Mieter im Mietobjekt liegt, nicht zu überschreiten („maximaler Mitarbeiter-Jahreswasserverbrauch“).

fen werden und sich auf den konkreten Einzelfall beziehen, nicht entgegen. Handelt es sich indes um einen Verbrauchervertrag, so wird im Regelfall über die Inhaltskontrolle der Verbotscharakter der genannten Vorschriften wieder zum Tragen kommen. Hinzukommen noch die Widerrufsbestimmungen durch die neue Verbraucherschutzgesetzgebung in §§ 312f., 355f. BGB.³⁹ Sie betreffen wiederum Verbraucherverträge, und zwar solche, die nicht in den Geschäftsräumen des Unternehmens, sondern z. B. in der Wohnung des Mieters oder im Zusammenhang mit Mieterversammlungen geschlossen worden sind.

V Rentierlichkeit von Einsparpotenzialen

Zur Nachhaltigkeit zählt neben der ökologischen und der sozialen Säule auch die ökonomische Säule, die nicht vernachlässigt werden darf. Denn sie trägt zu einem wesentlichen Teil die Motivation, den Antrieb für nachhaltiges unternehmerisches Handeln. Gemeint ist dabei einerseits nicht Gewinnmaximierung und andererseits nicht bloße Kostendeckung, sondern das Setzen eines wirtschaftlich ausreichenden Anlasses, die hier erörterten Einsparpotenziale durchzusetzen.

1 Mieterhöhung

Für die Wohnraummiete kann der Anreiz in der nach §§ 559f. BGB gewährten Mieterhöhung von 11 % p. a. der Investitionskosten abzüglich des ersparten Instandsetzungsaufwands liegen. Hemmend wirkt sich aus, dass eine Mieterhöhung ausgeschlossen ist, soweit die künftige erhöhte Miete für den Mieter eine unzumutbare Härte bedeuten würde (§ 559 Abs. 4 BGB). Anders als die Abwägungskriterien im Rahmen der Duldungspflicht (§ 555d Abs. 1 BGB) ist allein auf den sozialen Status des Mieters, insbesondere seine Einkommensverhältnisse abzustellen. Dabei geht es um das gerechte Verhältnis zwischen dem Einkommen des Mieters und dem Wert sowie den wirtschaftlichen Auswirkungen der Einsparmaßnahme, ohne dass hierfür starre Kriterien aufgestellt werden können.⁴⁰ Eine Interessenabwägung findet dann nicht statt, wenn die Maßnahme entweder nur den allgemein üblichen Zustand schafft oder auf Umständen beruht, die der Vermieter nicht zu vertreten hat. Die Formalisierung des Härteeinwands nach § 559 Abs. 5 BGB ist für den Mieter eine weitere Hürde, um eine Mieterhöhung abzuwehren. Andererseits bilden zwingende vom Vermieter einzuhaltende Formalien nach § 559b BGB ein Hindernis, um eine Mieterhöhung durchzusetzen.

Es mag auffallen, dass die Maßnahmen, die allein der nachhaltigen Einsparung nicht erneuerbarer Primärenergie⁴¹ oder dem nachhaltigen Klimaschutz die-

³⁹ Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie v. 14.06.2013 i. d. F. v. 20.09.2013 (BGBl. I 3642), in Kraft seit 13.06.2014.

⁴⁰ BGH NZM 2014, 193.

⁴¹ Das heißt ohne gleichzeitige Einsparung von Endenergie.

nen, vom Mieter zwar zu dulden sind (§§ 555b Nr. 2, 555d BGB), jedoch keine Mieterhöhung rechtfertigen (§ 559 Abs. 1 BGB). Die Nichtberücksichtigung der „ökonomischen Säule“ mag aus der Sicht einer nachhaltigen Bewirtschaftung kontraproduktiv sein, ist jedoch dem synallagmatischen Vertragsprinzip geschuldet: Der Mieter schuldet die Mieterhöhung nur, wenn die ihm gewährte Vermieterleistung einen höheren Wert erhält. Er soll für Maßnahmen, die sein Mietverhältnis nicht unmittelbar betreffen, kein Sonderopfer allein im Interesse der Allgemeinheit erbringen. Das schließt jedoch Vereinbarungen, die für den konkreten Fall getroffen werden nicht aus, wie sich bereits aus § 555f. BGB ergibt. Die halbzwingende Vorschrift des § 559 Abs. 6 BGB verbietet indes jedwede von einem konkreten Einzelfall nicht gedeckte Abweichung von den mieterschützenden Vorschriften (§§ 559 Abs. 6, 559a Abs. 5, § 559b Abs. 3 BGB). Das gilt insbesondere für generalisierende Regelungen in Mietverträgen über Wohnraum. Aus der allgemeinen Berechtigung zur Vereinbarung von Mieterhöhungen nach § 557 Abs. 1 BGB folgt, dass sich die für den Einzelfall individuell getroffene Vereinbarung auch auf Maßnahmen beziehen kann, für die eine Mieterhöhung nach § 559 Abs. 1 BGB nicht gewährt werden würde.

Die Regelungsempfehlung 26 geht demgegenüber weiter.⁴² Sie lässt die generelle Vereinbarung einer (prozentualen) Mieterhöhung für solche energetischen Maßnahmen und weitere Maßnahmen zu, die einer nachhaltigen Nutzung und Bewirtschaftung dienen, soweit der Mieter sich zu deren Duldung verpflichtet hat.

2 Neueinführung von Betriebskosten

Entstehen infolge der Modernisierungsmaßnahmen neue Betriebskosten, die in das Mietverhältnis eingeführt werden sollen, so wird zunächst zu prüfen sein, ob im Mietvertrag der Katalog der Betriebskosten nach § 2 BetrKV enthalten ist und die neue Betriebskostenart einer der dort genannten Gruppen zugeordnet werden kann. So hat z. B. der BGH die Kosten der Sperrmüllbeseitigung, soweit diese regelmäßig anfallen, nicht den „sonstigen Betriebskosten“ (§ 2 Nr. 17 BetrKV), die gesondert vereinbart werden müssten, sondern der Kostengruppe der Müllbeseitigung zugeordnet, ohne dass es für deren Umlage noch einer besonderen Vereinbarung bedarf.⁴³ Kann eine Zuordnung nicht erfolgen, so muss geprüft werden, ob der Mietvertrag eine sog. Mehrbelastungsklausel enthält. Eine solche gestattet dem Ver-

⁴² Regelungsempfehlung 26: „Der Vermieter ist berechtigt, die Zustimmung des Mieters zu einer Erhöhung der jährlichen Miete um [...] vom Hundert der für die Durchführung dieser Maßnahmen aufgewendeten Kosten zu verlangen. Sind die Maßnahmen für mehrere von verschiedenen Mietern exklusiv genutzte Flächen und/oder für Gemeinschaftsflächen durchgeführt worden, sind die Kosten angemessen auf die einzelnen Mieter zu verteilen. Soweit die Maßnahmen durch die öffentliche Hand gefördert werden, sind entsprechende Förderbeträge bei der Berechnung in Abzug zu bringen. §§ 559a, 559b BGB finden entsprechende Anwendung; die Anwendung des § 561 BGB ist ausgeschlossen.“

⁴³ BGH NZM 2010, 274 = WuM 2010, 153.

mieter, durch einseitige Erklärung, die auch erst in der Betriebskostenabrechnung zu erfolgen braucht, neue Betriebskosten, die aufgrund einer ordnungsmäßigen Bewirtschaftung entstehen, nach billigem Ermessen auf den Mieter umzulegen.⁴⁴ Ist auch eine derartige Klausel nicht vereinbart, so kommt eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht, die einer Mehrbelastungsklausel entspricht. Schließlich wird auch ein Rückgriff auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) gestattet, der zu einem entsprechenden Ergebnis führt.⁴⁵

Dadurch, dass bereits im Rahmen der Modernisierungsankündigung die voraussichtlichen künftigen Betriebskosten angegeben werden müssen (§ 555c Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BGB), ist bereits ein Pflock für die Zweckmäßigkeit einer späteren Vereinbarung eingeschlagen. Diese ist allerdings auf den Katalog der in § 2 BetrKV aufgeführten Kostengruppen beschränkt, kann also nicht durch Vereinbarungen erweitert werden.

D Wird Green Lease in der Wohnungswirtschaft gebraucht?

Angesichts der Beschränkungen der Vertragsfreiheit gerade für die unternehmerische Wohnungswirtschaft einerseits und der Normdichte bei energetischen Modernisierungen andererseits ist zu fragen, ob ein „grüner Mietvertrag“ überhaupt gebraucht wird und bejahendenfalls, ob er durchsetzbar ist. Von vornherein muss gesagt werden, dass es sich hierbei nicht um ein geschlossenes Vertragswerk, sondern nur um einzelne Klauseln handeln kann, die der Nachhaltigkeit der Bewirtschaftung und Nutzung dienen und in ein konventionelles Vertragsmuster eingefügt werden können. Der Bedarf an derartigen Klauseln hängt – wie gezeigt – von der Dichte der vorhandenen gesetzlichen Regelungen ab. Diese Dichte kann einerseits durch die Abdingbarkeit der Regelungen eingeschränkt sein und damit gestalterische Freiräume gewähren. Sie kann andererseits verstärkt werden durch ihre Unabdingbarkeit, aber auch durch begleitende individual- und verbraucher-schützende Vorschriften.

Entscheidend ist indes, schon durch das Vorhandensein eines derartigen Vertragsinstituts eine Änderung des Bewusstseins zu erzielen, selbst einen Beitrag zu leisten, um die Ziele einer nachhaltigen Nutzung zu erreichen. Somit ergibt sich die Antwort auf die Frage nach der Notwendigkeit eines „grünen Mietvertrages“ nicht nur aus den äußeren Einflüssen und Umständen seiner momentanen Verbreitung, sondern aus der zu weckenden und vertiefenden inneren Überzeugung der Marktteilnehmer, dass es ihre Sache – Mieter wie Vermieter – ist, Verantwortung für ein umweltschonendes, ressourcensparendes, sozial-verträgliches Wohnen zu übernehmen und damit bei sich selbst anzufangen. Sicher handelt es sich dabei zu einem guten Teil um eine gesellschaftspolitische erzieherische Aufgabe, der nachzugehen hier nicht Raum ist.

⁴⁴ S. dazu BGH, DWW 1993, 74 = WuM 1993, 109.

⁴⁵ Blank, NZM 2008, 745; Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 7. Aufl., C 68, 69.

Was die Durchsetzbarkeit von Klauseln zur Verbesserung nachhaltiger Bewirtschaftung und Nutzung betrifft, ist zu beachten, dass die Initiative zu Green Lease jedenfalls in Deutschland von der Immobilienwirtschaft und nicht von Verbraucherschutz- oder Interessenverbänden der Mieter ausgegangen ist. Hierbei mag neben der Einsicht in notwendige ökologische Veränderungen der Wohnkultur und damit der Bewirtschaftungs- und Nutzungsbedingungen auch die Imageverbesserung und damit die Verbesserung der Marktstellung verbunden sein. Für die Durchsetzbarkeit von Green Lease bei der Vertragsgestaltung darf auch die ökonomische Säule der Nachhaltigkeit nicht unberücksichtigt bleiben. Hier muss die Einsicht aufseiten der Bewirtschafter (Vermieter) wachsen und bestehen, dass es möglich ist, Green Lease rentierlich umzusetzen, und aufseiten der Nutzer (Mieter), dass die nachhaltige Gestaltung der Wohnbedingungen ihren Preis hat. Immerhin hat das bereits seinen Niederschlag in dem Katalog der mietpreisbestimmenden Wohnwertmerkmale in § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB gefunden. Dort sind neben den bisherigen Wohnwertmerkmalen die energetische Ausstattung und Beschaffenheit getreten. Es sollte keine Hindernisse geben, weitere Merkmale einer nachhaltigen Bewirtschaftung und Nutzung als Beschaffenheitseigenschaften anzuerkennen. Insofern sind auch die (wohnungswirtschaftlich nicht gebundenen) Rechtsanwender und -entscheider aufgerufen, den Gedanken von Green Lease zum Durchbruch zu verhelfen.