

# Gewerbemiete Und Teileigentum

**3/04**

**4. Jahrgang**

**Heft 16 · Mai/Juni 2004**

**S. 77-112**

**Erscheinungsort Bonn**

## **Beiträge**

**K. E. Heinz:**

**Risikoverteilung bei Miete und Pacht**

## **Gewerbemiete**

**Hotelgebäude als Aussiedlerheim und sonstige Nutzungen (OLG Düsseldorf)**

**Schönheitsreparaturverpflichtungen; Summierungseffekt (OLG Hamburg)**

**Haftung des Hauptmieters für den Untermieter (OLG München)**

**Fristlose Kündigung im Dauerschuldverhältnis (BGH)**

**Konflikt zwischen Gewerbe- und Wohnraummieter (KG)**

**Abgrenzung zwischen Miet- und Werkvertrag (OLG Koblenz)**

**Flüssiggastank (BGH)**

**Kfz-Leasing; Verkaufsmobil mit Hähnchengrill (OLG Düsseldorf)**

## **Wettbewerb**

## **Teileigentum**

**Supermarkt; Getränkelager auf dem überbauten Nachbargrundstück (BGH)**

**Olympiadorf München (BGH)**

## **Besteuerung**

## **Magazin**

# Inhalt

## Beiträge

K. E. Heinz,

**Risikoverteilung bei Miete und Pacht** 79

## Gewerbemiete

Gewährleistung nach Änderung des Mietvertragszwecks; Brandschutz; Hotelgebäude als Aussiedlerheim und sonstige Nutzungen (OLG Düsseldorf) 81

Gewerberaumiete; Schönheitsreparaturverpflichtungen; Summierungeffekt der Klauseln (OLG Hamburg) 82

Schiedsgutachterklausel zur Auszugsrenovierung; Verjährung (OLG Düsseldorf) 83

Haftung des Hauptmieters für den Untermieter (OLG München) 84

Trinkhalle; Nachmieterstellung und Sonderkündigungsrecht zur Untervermietung; Betriebskostenabrechnung; Betriebskostenvorauszahlung nach Räumung (OLG Düsseldorf) 86

Unbestimmt befristete außerordentliche Kündigung (BGH) 87

Fristlose Kündigung im Dauerschuldverhältnis; Mietgarantie- und Mietverwaltungsvertrag (BGH) 89

Konflikt zwischen Gewerbe- und Wohnraummieter; Kündigung aus wichtigem Grund; nachhaltige Störung des Hausfriedens; Swinger-Club; Wirkungen eines Vorprozesses (KG) 90

Vergabe von Bauleistungen durch den Hausverwalter (BGH) 94

Abgrenzung zwischen Miet- und Werkvertrag; Beweislast bei behaupteter Festpreisvereinbarung; Bühnenausstattung (OLG Koblenz) 95

Kfz-Leasing; Verkaufsmobil mit Hähnchengrill; Differenzersatzung von vereinbartem Restwert und Händlereinkaufswert (OLG Düsseldorf) 96

„Fremdbefüllung“ des Flüssiggastanks (BGH) 97

Vermieterpfandrecht; Insolvenz des Mieters; Auskunftspflichten des Insolvenzverwalters; Möbelhaus (BGH – nur Leitsatz mit download) 99

PKH-Bewilligung und Zulassung der Rechtsbeschwerde; Feststellung des Bestehens eines Gewerberaummietvertrags (BGH) 99

Präklusionswirkung der rechtskräftigen Entscheidung zur Schriftform des Mietvertrags (BGH) 100

Kurzfassungen/Leitsätze Gewerbemiete etc. 101

## Wettbewerb

Kurzfassungen/Leitsätze Wettbewerb etc. 103

## Teileigentum

Supermarkt; Getränkelager auf dem überbauten Nachbargrundstück; Überbau aufgrund Mietvertrags; Eigentum am Überbau; beendeter Mietvertrag (BGH) 104

Olympiadorf München (BGH) 107

Kurzfassungen/Leitsätze Teileigentum etc. 108

## Besteuerung

BMF-Schreiben: Zweifelsfragen zu Ansparabschreibungen 109

BMF-Schreiben: Umsatzsteuer; Umsetzung der Rechnungsrichtlinie 109

Kurzfassungen/Leitsätze Steuerrecht etc. 109

## Magazin

Politik und Recht 110

Zahlen und Statistik 112

Bücher und Veröffentlichungen 112

## GuT-Einbanddecke

(Jahrgänge 2001–2003, Hefte 1–13)

(9,50 EUR zzgl. MwSt und Porto)

**Nachbestellung lieferbarer Einzelhefte**

(je 1,50 EUR zzgl. 2,- EUR Versandpauschale zzgl. MwSt)

# GuT

## Gewerbemiete und Teileigentum

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

## Impressum

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

Verlag: Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Wolkenburgweg 1, 53227 Bonn; Postfach 30 13 45, 53193 Bonn. Telefon 0228 / 47 63 78, Telefax 0228 / 47 09 54. Internet: <http://www.prewest.de>  
e-mail: [info@prewest.de](mailto:info@prewest.de)  
Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreise nach Vereinbarung.

Herstellung: Media-Print PerCom GmbH & Co. KG, Am Busbahnhof 1, 24784 Westerrönfeld, Telefon 0 43 31 / 8 44-0, Telefax 0 43 31 / 8 44-100.  
Herstellung der Online-Produkte: Textverarbeitung Beate Kluth, Am Quirinushof 20, 41542 Dormagen. Internet: [www.kluth-dtp.de](http://www.kluth-dtp.de)

Erscheinungsweise: zweimonatlich. Preise (unverbindlich empfohlen): Einzelheft 8,50 € zzgl. MwSt. und 1,50 € Versandpauschale. Abonnementpreis: 39 € jährlich, einschl. MwSt. zzgl. 9,- € Versandpauschale, zahlbar zu Beginn des Abonnementszeitraumes. Bei Neueinrichtung eines Abonnements wird eine anteilige Jahresrechnung erstellt. Abonnementkündigungen müssen mit einer Frist von 10 Wochen zum Ende des Kalenderjahres erfolgen. Bankverbindung: Sparkasse Bonn (BLZ 380 500 00), Konto 36 207 645.

Die mit Namen gekennzeichneten Beiträge geben die Meinung des Verfassers, nicht unbedingt die der Redaktion oder des Herausgebers wieder. Beiträge und Gerichtsentscheidungen sind an den Verlag zu senden, dem an Bearbeitungen der Einsender die Verwertungsrechte bis zum Ablauf

des Urheberrechts übertragen werden, eingeschlossen die Befugnis zur Einspeicherung in eine Datenbank sowie das Recht weiterer Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken.

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

Für unaufgefordert eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Sie werden nur auf Anforderung des Einsenders, die spätestens bis zum Ablauf von 6 Monaten schriftlich beim Herausgeber eingegangen sein muss, auf Kosten und Gefahr des Einsenders zurückgesandt.

Nachdruck, fotomechanische Wiedergabe, Mikroverfilmung und Aufnahme in Datenbanken, ähnliche Einrichtungen und auf Datenträger aller nicht amtlichen, geschützten Werke sind nur mit vorheriger schriftlicher Genehmigung des Verlages gestattet.

Anschriftenänderungen und Umbestellungen können aus technischen Gründen nur berücksichtigt werden, wenn sie dem Verlag bis zum 15. des Vormonats mitgeteilt werden. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden.

Dr. Karl Eckhart Heinz, Bonn

## Risikoverteilung bei Miete und Pacht

In jüngster Zeit häufen sich die Streitigkeiten um eine Risikoverteilung zwischen Gläubigern und Schuldern bei Miet- oder Pachtverhältnissen, die mit der Verbreitung von *Einkaufszentren* zusammenhängen<sup>1</sup>. Aber auch bei Miet- oder Pachtverhältnissen über *gewerbliche Räume*, hinsichtlich deren Nutzung eine „Betriebspflicht“ vereinbart wurde, kommt es in Zeiten einer rückläufigen Konjunktur zu Problemen, die zuletzt mindestens zweimal zur obergerichtlichen Bestätigung einer solchen Betriebspflicht geführt haben, nämlich im Jahre 2004 durch das OLG Düsseldorf im Fall der Betriebspflicht bei einer Gaststätte, sowie zuvor schon im Jahre 2002 durch das OLG Hamburg im Fall der Betriebspflicht bei einer Gaststätte im Einkaufszentrum<sup>2</sup>. Ergänzend kann auf eine Entscheidung verwiesen werden, die vom Bundesgerichtshof im Jahre 1979 entschieden worden war und bei der es um die Tragweite der vereinbarten Betriebspflicht bei einer Apotheke ging<sup>3</sup>. Soweit ersichtlich, hat es in diesen Fällen keine Auseinandersetzung über die Frage gegeben, ob etwa ein Mietvertrag oder ein Pachtvertrag vorlag, vielmehr wurde stets von einem *Pachtverhältnis* ausgegangen. Daher blieb auch unerörtert, ob möglicherweise nach der Art des Vertrags eine Differenzierung hinsichtlich der vereinbarten Betriebspflicht stattfinden müßte. Ebenso blieb aber der rechtliche Charakter der Betriebspflichtvereinbarung gänzlich ungeklärt: handelte es sich insofern um eine bloße „Nebenabrede“ des Miet- oder Pachtvertrags - und wenn ja, nach welchen Kriterien unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs war diese Abrede zu beurteilen - oder handelte es sich dabei um einen integrierten Bestandteil des angenommenen Pachtvertrags? Auf einen nur „vertragsmäßigen Gebrauch“<sup>4</sup> der zur Nutzung überlassenen Sache läßt sich daher nicht ohne weiteres abstellen.

Diese obergerichtlichen Entscheidungen verstärken einen Eindruck, den schon ein kurzer Blick in die Kommentare des Miet- und Pachtrechts vermitteln kann: daß nämlich die Unterscheidung zwischen Miete und Pacht sehr „schwierig“ sei und eigentlich gar nicht geführt werden könne<sup>5</sup>, gefolgt sogar von dem gelegentlichen Hinweis, daß es auf diese Unterscheidung in der Praxis aber kaum ankomme<sup>6</sup>. Nun mag sich die Praxis damit beruhigen, zumal wenn sie auf eine obergerichtliche Bestätigung hoffen darf. Aber für die Zivilrechtsdogmatik sollte dies gewiß kein Handlungsmaßstab sein; es ist offensichtlich, daß hier Mängel vorhanden sind, die einer näheren Beschäftigung bedürfen und im Interesse einsehbarer Regelungen dringlich behoben werden müssen.

### Miete und Pacht als jüngste Zivilrechtsmaterien

Die Probleme der Zivilrechtsdogmatik mit Miete und Pacht als *Rechtsverhältnissen* kommen allerdings nicht von ungefähr, denn weder dem römischen noch dem deutschen Recht war einst der Gedanke vertraut, daß ein Mieter oder Pächter einen Anspruch auf die Ausübung eines *Rechts* an der Miet- oder Pachtsache geltend machen könnte; Mieter und Pächter erlangten nur den natürlichen *Gewahrsam* an einer solchen Sache, die ihnen folglich auch jederzeit wieder abgenommen werden konnte. Erst aufgrund der Bemühungen von *Rudolf v. Jhering* setzte sich die Einsicht durch, daß Miete und Pacht

ein *Besitzrecht* gewähren müßten, und diese Regelung fand dann auch Aufnahme in unser Bürgerliches Gesetzbuch<sup>7</sup>. Die Zivilrechtsdogmatik hatte also vergleichbar wenig Zeit, sich mit den Materien von Miete und Pacht auseinanderzusetzen, und nachdem sich die deutsche Zivilrechtsdogmatik seither ohnehin mehr oder weniger in der Auslegung des Gesetzes erschöpft, waren tiefergehende Erkenntnisse zu diesen Materien kaum zu erwarten. So blieb es auch bei der traditionellen Unterscheidung nach dem Recht auf „Fruchtziehung“, das der römische Pächter im Gegensatz zum Mieter geltend machen durfte; denn er war es in aller Regel, der seinen gepachteten Acker zur Fruchtfolge vorbereitet hatte und dem deshalb auch die Ernte zustand, während etwa der Mieter eines Obstgartens sich zwar an der Blüte und am Erscheinen der Früchte erfreuen durfte, aber mangels eigener Investitionen zur Fruchtziehung nicht berechtigt war.

### Miete als „Delegationsvertrag“, Pacht als „Mandatsvertrag“

Die zeitlich befristete oder unbefristete, grundsätzlich entgeltliche Nutzungsüberlassung eines Ackers gilt als Paradebeispiel für ein Pachtverhältnis, während die entsprechende Überlassung einer fremden Wohnung das Paradebeispiel für ein Mietverhältnis darstellt. Demnach sollte eigentlich überraschen, daß im normalen Sprachgebrauch die Nutzungsüberlassung eingerichteter Gewerberäume als „Pacht“ gilt - beispielsweise die Pacht einer Gastwirtschaft - während die Überlassung von Räumen für eine unbestimmte Gewerbeausübung als „Miete“ bezeichnet wird. Es ist offensichtlich, daß sich sowohl das Urteil des OLG Hamburg wie auch das Urteil des OLG Düsseldorf an dieser umgangssprachlichen Begrifflichkeit orientiert haben, die mit der rechtlichen Bewertung anhand der Paradebeispiele nicht vergleichbar ist, denn was sollte die für einen bestimmten Zweck errichtete Wohnung mit dem für einen unbestimmten Zweck überlassenen Gewerberaum gemeinsam haben? Oder wie läßt sich etwa eine eingerichtete Gastwirtschaft mit einem wüsten Acker vergleichen, der von seinem Eigentümer nicht selbst bebaut werden kann und der freien Bestimmung durch einen Besitzer nach der Überlassung offensteht? Es muß verwundern, daß die Gerichte diese Unterschiede nicht erkannt haben oder vielleicht mit der Kommentarlage meinen, es käme auf die ver-

1) Vergl. Christian E. OSTERMANN Risikoverteilung zwischen den Parteien von Gewerbemietverträgen in Einkaufszentren, GuT 2003, 39.

2) OLG Düsseldorf GuT 2004, 53; OLG Hamburg GuT 2003, 57.

3) BGH NJW 1979, 2351 = WM 1979, 184.

4) OSTERMANN (FN 1) ebd.

5) Vergl. etwa BGB-RGRK-Gelhaar Vor § 535 Rz 207-211; MünchKomm-Voelskow Vor § 325 Rdnr. 5-7; PALANDT-Weidenkaff Einf v § 535 Rz 16; STAUDINGER (1996) Vorbem zu § 581 Rz 21.

6) So etwa BGB-RGRK-Gelhaar Vor § 325 Rz 208.

7) Vergl. Karl Eckhart HEINZ Der Besitz, in: *ders.* (Hrsg.) Inhaberschaft, Eigentum, Besitz. Gesammelte Schriften zur Theorie von Gewahrsam, Eigentum und Besitz an Sachen und Informationen einschließlich Patent- und Urheberrecht (2003) S. 220.

wendete Begrifflichkeit nicht an; wäre dies so, dann könnte das Gesetz doch sogleich auf das Angebot zweier Rechtsinstrumente verzichten!

Daß dieses Angebot aber sehr sinnvoll ist, konnte erst kürzlich anhand neuer rechtstheoretischer Erkenntnisse zur Gestaltung von Besitzverhältnissen nachgewiesen werden, die auch bei Miete und Pacht von zentraler Bedeutung sind. Der Eigentümer einer Mietwohnung stellt sich in der Regel einen bestimmten Mietertyp vor, insbesondere wenn er mit ihm das gleiche Haus teilen will; er möchte auch, daß die Mietwohnung grundsätzlich in jenem Zustand bleibt, in dem sie einmal hergerichtet wurde, und daß eventuelle Veränderungen der Wohnung seine Zustimmung finden müssen, ebenso wie er etwa durch eine Hausordnung die Benutzung der gemeinsamen Einrichtungen des Mietshauses regeln will. Dies alles läßt sich nur im Wege eines Vertrags erreichen, welcher die Nutzungsüberlassung der Mietwohnung in gewisser Weise zu einer „gemeinsamen“ Angelegenheit macht, indem sich der Eigentümer zumindest ein Kontroll- und Weisungsrecht gegenüber dem Wohnungsbesitzer vorbehält. Damit setzt ein solcher Vertrag die Bereitschaft des Besitzers zu einer *Gemeinschaftlichkeit* mit dem Eigentümer voraus, die einen *kollektiven* Charakter des Vertrags bewirkt. Der Besitz erscheint hier in einem Rahmen überlassen, der aus rechtstheoretischer Sicht als „Delegation“ erscheint<sup>8</sup>.

Ganz anders stellt sich die Lage zwischen einem Eigentümer und einem Besitzer dar, wenn der Eigentümer lediglich an einer fremden, entgeltlichen Nutzung seines brachliegenden Ackers interessiert ist. Hier kann es dem Eigentümer grundsätzlich gleichgültig sein, auf welche Weise der Besitzer mit dem Acker umgeht, weil dieser jedenfalls für eventuelle Beschädigungen oder Wertminderungen des Ackers einzustehen hat. Bei dieser Vertragsgestaltung ergeben sich also nur individuelle *Austauschpflichten* - Besitzgewährung gegen Entgelt -, die rechtstheoretisch als „Mandat“ erscheinen.

Es erhellt, daß der Pachtvertrag demnach die *individuelle* Nutzungsüberlassung einer Sache gegen Entgelt bezeichnet, während der Mietvertrag entsprechende *kollektive* Pflichten festlegt<sup>9</sup>, was notwendigerweise unterschiedliche Folgen nach sich zieht. So kann bei einem Mietvertrag keinesfalls die Rede von einem „Austauschverhältnis“<sup>10</sup> sein, so wenig wie hier zwischen den Parteien etwa Leistungen willkürlich vereinbart werden können; vielmehr müssen die Pflichten der Beteiligten - auch etwa die Pflicht des Eigentümers zur Instandhaltung der Mietsache, die bei einem Pachtverhältnis gänzlich ausgeschlossen ist - aus der *Gemeinsamkeit des Mietziels* als „Beiträge“ ähnlich den Gegebenheiten in einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft *objektiv* herleitbar sein<sup>11</sup>. Es verbietet sich also bei Mietwohnungen jede Möglichkeit eines Vergleichs mit anderen Mietwohnungen, wie er heute aufgrund von „Mietspiegeln“ üblich geworden ist<sup>12</sup>.

Es erhellt aber auch, daß die Rechtswissenschaft künftig zwischen Miete und Pacht deutlicher zu unterscheiden hat. So stellt die entgeltliche Besitzüberlassung einer bereits eingerichteten Gastwirtschaft selbstverständlich kein Pachtverhältnis dar, sondern darf nur als *Mietverhältnis* gewertet werden, während die entgeltliche Besitzüberlassung von Räumlichkeiten, in denen der Besitzer auf eigene Kosten eine Gastwirtschaft einzurichten beabsichtigt, grundsätzlich nur im Wege einer *Pacht* in Frage kommt, es sei denn, der Eigentümer hatte sich ebenfalls zum Ziel gesetzt, daß in seinen Räumen gerade eine Gastwirtschaft eingerichtet wird und er den Besitzer gerade hiernach aussuchen wollte.

### Rechtliche Bewertung einer Betriebspflicht

Die Vereinbarung einer Pflicht zum Betrieb einer Gastwirtschaft oder eines anderen Gewerbes könnte nun ein Indiz für das bestehende Interesse eines Eigentümers an der Einrichtung gerade dieses Gewerbes in seinen Räumen sein, was

auf das Vorliegen eines *Mietvertrags* deuten würde. Dennoch kommt es entscheidend auf die übrigen Umstände des Falles an; das Interesse des Eigentümers an einem fortlaufenden Betrieb des Gewerbes könnte auch einfach dadurch gegeben sein, daß er die laufenden Einnahmen aus der Vermietung sicherstellen möchte, zumal wenn ein Mangel an alternativen Nutzern besteht. Dann aber läge ein *Pachtvertrag* vor, was besonders auf die Beurteilung der angemessenen Höhe des Entgelts erhebliche Auswirkungen hat; denn in einem Pachtvertrag können die Parteien die Art und Weise des Entgelts grundsätzlich nach ihrem Belieben festlegen, während die Höhe eines Mietzinses immer der objektiven richterlichen Überprüfung zugänglich ist.

Soweit die Vereinbarung einer Betriebspflicht im Rahmen eines *Mietverhältnisses* getroffen wurde, handelt es sich um einen normalen Vorgang im „Delegationszusammenhang“ der Miete und entspricht der einseitigen *Weisung*. Sie ist daher jedenfalls als eine normale vertragliche Mieteinigung zu behandeln. Anders dagegen die Vereinbarung einer Betriebspflicht mit dem Pächter<sup>13</sup>. Weil der Eigentümer im Rahmen eines *Pachtverhältnisses* kein eigenes Interesse an der Nutzung der Pachtsache geltend machen kann, solange er den vereinbarten Pachtzins erhält, darf die Vereinbarung einer Betriebspflicht nicht als eine „Nebenabrede“ des Pachtvertrags behandelt werden, denn der „Mandatszusammenhang“ ermöglicht dem Pächter gerade den beliebigen Umgang mit der Pachtsache! Hier erlangt die vereinbarte Betriebspflicht vielmehr die Funktion einer *Vertragsbedingung*, sodaß der Eigentümer das vorzeitige Beenden des Pachtbetriebs durch den Pächter zum Anlaß für eine *Kündigung des Pachtvertrags* nehmen kann, die ihn dann eventuell zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Pächter berechtigt.

Prüft man die beiden genannten OLG-Entscheidungen zur Betriebspflicht von Gewerben, so erlauben die veröffentlichten Entscheidungsgründe zwar keine letzte Zuweisung der Verträge zu einem Miet- oder Pachtverhältnis, doch lassen die Umstände vermuten, daß es sich hierbei jeweils um *Mietverträge* handelte; denn der Eigentümer der Gaststättenräume dürfte zugleich der Eigentümer mindestens eines Teils der Gaststätteneinrichtung gewesen sein. Damit gehörte die vereinbarte Betriebspflicht in beiden Fällen zu den *Hauptleistungen* des Mietvertrags, und die OLG-Urteile ergingen zu Recht, auch wenn die gelieferten Urteilsgründe als solche nicht überzeugen können.

Im Fall der überlassenen Räume für den Betrieb einer Apotheke scheint dort jedoch noch keine Apotheke bestanden zu haben, sondern erst vom Besitzer eingerichtet worden zu sein. Hier sind die Umstände offenbar anders als in den vorgenannten Beispielen, und es liegt nahe, einen *Pachtvertrag* anzunehmen, weil Investitionen seitens der Eigentümerin nicht erkennbar werden. Folglich kann hier auch die vereinbarte Betriebspflicht nicht etwa dazu führen, daß der Pächter die Apotheke weiterhin betreiben muß, sondern der Verpächterin steht lediglich ein eventueller Schadensersatzanspruch gegen den Pächter zu. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs wäre demnach abzulehnen.

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

9) HEINZ (FN 6) S. 220, 224.

10) So alle Kommentare!

11) Der gerechte Zins für ein konkretes Mietobjekt orientiert sich zunächst an den tatsächlichen Investitionen und der normalen Amortisation, wobei aber auch die allgemein wirkenden Änderungen der Lebenshaltungskosten zu berücksichtigen sind.

12) Dies betrifft also wesentliche Elemente der sogenannten *Mietrechtsreform* aus dem Jahre 2001, ganz besonders die §§ 557 a, 557 b und 558 BGB!

13) Normalerweise besteht keinerlei Betriebspflicht des Pächters! Unrichtig daher STAUDINGER (1996) Vorbem zu § 535 Rz 5, Vorbem zu § 581 Rz 21.

### Risikobeteiligung des Vermieters oder Pächters

Die vorstehenden Überlegungen gelten auch für den Anspruch auf eine Risikobeteiligung des Eigentümers an der entgeltlichen Nutzung von Gewerberäumen durch einen Besitzer, das heißt, auch hier ist zunächst zu prüfen, ob ein Pacht- oder ein Mietverhältnis vorliegt. Dabei versteht es sich, daß im Rahmen eines Pachtverhältnisses eine solche Risikobeteiligung ausgeschlossen ist - auch nicht etwa vertraglich begründet werden kann<sup>14</sup> - und daß überhaupt nur im Rahmen eines Mietverhältnisses ein solcher Anspruch erwogen werden darf, hier allerdings dann auch zwingend nahe liegt, ohne daß es etwa auf einen Willen des Eigentümers ankommt, das Geschäftsrisiko des Besitzers mitzutragen<sup>15</sup>. Denn die *sachlogische* - regulative<sup>16</sup> - *Ermittlung des angemessenen Entgelts* bei einem Mietvertrag muß die Nutzungsrisiken des Mietgegenstands notwendigerweise berücksichtigen. Dieser Gedanke dürfte der bislang herrschenden Lehre des Mietvertrags ungewohnt sein, doch wird sich die Zivilrechtsdogmatik einer solchen Erkenntnis zukünftig nicht entziehen können.

Einkaufszentren werden heute in aller Regel nach einem festen Betriebskonzept entwickelt, das eine Auswahl der einzelnen Ladenbetreiber ebenso vorsieht wie Sortimentsbeschränkungen oder Regelungen einheitlicher Öffnungszeiten und das selbstverständlich nur im Rahmen von *Mietverträgen* mit den Ladenbetreibern durchgesetzt werden kann. Weil die Ladenbetreiber in diesem Rahmen aber umgekehrt eine Risikobeteiligung der Betreiber des Einkaufszentrums ebenso selbstverständlich beanspruchen können, bedarf es hierfür durchaus keiner „Feststellung besonderer Kriterien“<sup>17</sup>. Die bisherige *restriktive Rechtsprechung*<sup>18</sup> muß insoweit aufgegeben werden.

14) OSTERMANN (FN 1) S. 40.

15) OSTERMANN (FN 1) S. 41.

16) Vergl. Karl Eckhart HEINZ Zur Theorie der rechtlichen Institution, RECHTSTHEORIE 1992, 106 (115).

17) OSTERMANN (FN 1) S. 41.

18) OSTERMANN (FN 1) S. 41.

## Gewerbemiete

### § 535 BGB

**Gewährleistung nach Änderung des Mietvertragszwecks; Brandschutz; Hotelgebäude als Aussiedlerheim und sonstige Nutzungen**

**Ändern die Mietvertragsparteien den Mietzweck (hier: Betrieb eines Aussiedlerheims durch die Gemeinde in einem Hotel) dahin ab, dass der Mieter künftig nach Belieben jeden Vertragszweck verfolgen darf, so kann eine dem entsprechende Gewährleistungspflicht des Vermieters abbedungen sein.**

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.12.2003 – I-24 U 94/03)

**Aus den Gründen:** Das zulässige Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg. Das Landgericht [Wuppertal] hat die beklagte Stadt im Ergebnis zu Recht zur Zahlung der Miete für die Monate Mai bis Juli 2002 (3×4039,21 EUR = 12 117,63 EUR nebst gestaffelter gesetzlicher Zinsen) verurteilt. Die Berufungsanträge gestatten keine abweichende Entscheidung.

1. Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob der Mietvertrag vom 16. Februar 1989 in der Fassung der Verlängerungsvereinbarung vom 10. Dezember 1998 trotz des bis zum Ablauf des 30. Juni 2004 befristeten Abschlusses mangels bestrittener Einhaltung der Schriftform (§ 566 S.1 BGB a. F. = § 550 S.1 BGB n. F.) ordentlich kündbar ist und das Vertragsverhältnis deshalb auf der Grundlage der am 29. April 2002 ausgesprochenen fristlosen und ggfls. in eine fristgemäße umzudeutende Kündigung beendet ist. Das kann deshalb offen bleiben, weil die ordentliche Kündigung gemäß § 580a Abs. 2 BGB n. F. frühestens zum Ablauf des 30. September 2002 wirksam geworden wäre und damit außerhalb des hier zu beurteilenden Anspruchszeitraums bis einschließlich Juli 2002.

2. Die in Rede stehende außerordentliche Kündigung wegen angeblich mangelnden Brandschutzes und daraus hervorgehender Gefahr für Leib und Leben der Bewohner (§ 569 BGB n. F.) hat das Vertragsverhältnis nicht fristlos am 30. April 2002 beendet.

Ob, wie das Landgericht annimmt, der Schriftwechsel vom 21./26. November 1996, in dem sich die Beklagte verpflichtet haben soll, die hier umstrittenen Mängel zu beseitigen, ei-

ne (wirksame) Vertragsänderung zum Gegenstand hat, kann offen bleiben. Denn es kann nicht festgestellt werden, dass die Klägerin die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Brandschutzvorschriften zu gewährleisten hat.

a) Der Senat unterstellt zugunsten der Beklagten, dass die Klägerin nach der ursprünglichen Fassung des Mietvertrags für die Einhaltung der gesetzlichen Brandschutzregeln einzustehen hatte. Dafür spricht Nr. 3 S. 2 Mietvertrag, wonach der „Vermieterin bekannt (ist), dass der Mieter Aussiedler in den Räumlichkeiten unterbringen wird“.

b) Das entspricht aber nicht mehr der Vertragslage, wie sie sich seit der Vertragsänderung (Nachtrag) vom 11. März 1994 darstellt. Darin ist der ursprünglich bestimmte Vertragszweck (Aussiedlerheim) aufgegeben und künftig in das Belieben der Mieterin gestellt worden (Nr. 3 des Nachtrags). Mit dieser Vertragsänderung wäre offensichtlich eine ganz erhebliche Verschärfung der Gewährleistung verbunden, wenn die Klägerin dafür einstehen müsste, dass die Beklagte in dem ehemaligen Hotelgebäude jeden beliebigen Vertragszweck bauordnungs- und bauplanungsrechtlich verfolgen könnte. Schon die Interessenlage der Parteien gebietet die Auslegung, dass die Klägerin künftig dafür nicht mehr einstehen sollte. Sieht der Mietvertrag keinen bestimmten Vertragszweck vor, trägt der Mieter das Risiko, dass es für die Zwecke verwendet werden kann, für welche er es bestimmt (Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl. Rn. 233 f.; vgl. auch BGH NJW-RR 1991, 1102). Diesem (erhöhten) Risiko des Mieters steht ein geringeres Verwendungsrisiko gegenüber, weil der Mieter ohne Zustimmung des Vermieters den Verwendungszweck jederzeit ändern kann.

c) Ohne Erfolg wendet die Beklagte ein, die Klägerin hafte jedoch unverändert dafür, dass der ursprünglich vereinbarte Verwendungszweck weiter verfolgt werden kann.

Das trifft so nicht zu. Offen bleiben kann, ob das der Fall wäre, wenn schon bei Vertragsschluss oder in der Zeit bis zum Nachtrag die Brandschutzregeln für den Betrieb eines Aussiedlerheimes nicht eingehalten worden waren. Denn der Vermieter haftet grundsätzlich auch dafür, dass grundstücksbezogene öffentlich-rechtliche Beschränkungen auch während der Vertragslaufzeit nicht den vereinbarten Vertragszweck gefährden (Wolf/Eckert/Ball, a. a. O. Rn. 246 f.; BGH NJW-RR

1992, 267 [= WM 1992, 313]). Die Beklagte behauptet aber nicht, dass die Mietsache bei Vertragschluss oder in der Zeit bis zur Vertragsänderung am 11. März 1994 in der beschriebenen Weise mangelhaft gewesen sei. Dagegen spricht, dass die beklagte Stadt bis zum Jahre 1996 ihre Vertragszwecke ohne Beanstandungen verfolgt hat. Auch ist unstrittig (§ 138 Abs. 3 ZPO), dass der Klägerin bei Vertragsschluss im Jahre 1989 vom zuständigen Bauordnungsamt erklärt worden sei, es bedürfe einer besonderen Genehmigung nicht, in dem Hotel ein Aussiedlerheim zu betreiben. Es ist schließlich allgemein bekannt, dass die Anschauungen über die Anforderungen des Brandschutzes einer steten Wandlung obliegen. Deshalb kann nicht ausgeschlossen werden, dass mit Blick auf die konkrete Beanstandung erstmals im Jahre 1996 gefahrerhöhende Umstände erst nach der Vertragsänderung vom 11. März 1994 eingetreten sind. Dafür haftet die Klägerin nicht mehr.

II. Zur Zulassung der Revision besteht gemäß § 543 Abs. 2 ZPO kein Anlass.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

**§§ 307, 535, 536 a. F. BGB  
Gewerberaummiete;  
Schönheitsreparaturverpflichtungen;  
Summierungeffekt der Klauseln**

**Die Übertragung von Schönheitsreparaturverpflichtungen auf den Gewerberaummieter ist jedenfalls unter dem Summierungeffekt der laufenden und der vertragsabschließenden Schönheitsreparaturen bei Übernahme nicht renovierter Räume unwirksam.**

(OLG Hamburg, Urteil vom 19. 9. 2003 – 4 U 134/03)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin macht gegen die Beklagte Schadensersatzansprüche wegen unzureichend durchgeführter Schönheitsreparaturen bei Beendigung des Mietverhältnisses über Gewerberäume geltend. Das Landgericht Hamburg hat die Schadensersatzklage der Klägerin abgewiesen. Die Klägerin ist der Auffassung, dass das Landgericht zu Unrecht in der Gesamtheit der Regelungen des § 10 Nr. 3 und § 18 Nr. 1 des Mietvertrages eine unangemessene Benachteiligung der Beklagten angenommen hat. Aus diesen Klauseln ergebe sich keine Doppelbelastung des Mieters. § 18 Nr. 1 des Mietvertrages begründe gegenüber der Pflicht des Mieters zu laufenden Schönheitsreparaturen (§ 10 Nr. 3 Mietvertrag) keine zusätzliche Verpflichtung, da die Beklagte danach die Räume nur „renoviert“ nicht aber „neu renoviert“ hätte zurückgeben müssen; die Klausel sei daher dahin auszulegen, dass keine Endrenovierung verlangt werden könne, wenn kurz zuvor laufende Schönheitsreparaturen durchgeführt wurden. Darüber hinaus sei der Beklagten das Objekt zu Beginn des Mietvertrages in renoviertem Zustand übergeben worden. Das ergebe sich aus dem Übergabeprotokoll. Die Beklagte wiederholt ihren Vortrag aus der ersten Instanz, dass die von ihr vorgenommenen Endrenovierungsarbeiten fachgerecht gewesen seien und sie die Mieträume in unrenoviertem Zustand übernommen habe.

**Aus den Gründen:** Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht und mit zutreffender Begründung, die sich das erkennende Gericht zu eigen macht, hat das Landgericht den von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzanspruch verneint. Die dagegen gerichteten Ausführungen der Klägerin führen zu keiner anderen Beurteilung.

Zu Recht hat das erstinstanzliche Gericht die in § 10 Nr. 3 und § 18 Nr. 1 des von der Klägerin verwendeten Mietvertragsformulars wegen unangemessener Benachteiligung des

Mieters als unwirksam angesehen. Entgegen der Auffassung der Klägerin ergibt sich in der Gesamtschau beider Klauseln eine Doppelbelastung des Mieters, denn § 18 Nr. 1 verpflichtet ihn über die nach § 10 Nr. 3 auf ihn abgewälzten laufenden Schönheitsreparaturen hinaus und unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt er diese durchgeführt hat, zu einer Schlussrenovierung bei Abzug. Das ergibt bereits der Wortlaut der Klausel, nach der der Mietgegenstand in „renoviertem Zustand zurückzugeben“ war. Der von der Klägerin nunmehr wegen des Umstandes, dass es in der Klausel nur „renoviert“ nicht „neu renoviert“ heißt, vorgenommenen Auslegung dahin, dass nach dieser Klausel eine Endrenovierungspflicht nicht bestehe, wenn kurz zuvor laufende Schönheitsreparaturen vorgenommen wurden, vermag das Gericht nicht zu folgen. Außer dem Wortlaut sprechen auch Sinn und Zweck der Klausel sowie das für die Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen zu berücksichtigende Transparenzgebot. Zweck der Klausel war es, für beide Parteien klar und durchschaubar einen Maßstab für den Zustand der Mieträume bei Rückgabe und die darauf bezogenen Pflichten der Beklagten festzulegen. Danach war die Formulierung „Rückgabe in renoviertem Zustand“ für die beklagte Mieterin nur dahin zu verstehen, dass sie die Renovierung bei ihrem Auszug vorzunehmen hatte, unabhängig davon, wann zuvor Schönheitsreparaturen durchgeführt wurden. Im Hinblick auf das Transparenzgebot hätte die Klägerin ein einschränkendes Verständnis dieser Klausel durch entsprechende Zusatzregelungen deutlich machen müssen (vgl. BGH NJW 1998, 3114 [= WM 1998, 592]). Zu Recht ist daher das Landgericht davon ausgegangen, dass § 18 Nr. 1 des Mietvertrages eine Pflicht zur Endrenovierung unabhängig vom Zeitpunkt der letzten Schönheitsreparatur enthält.

Eine solche Klausel ist bereits für sich gesehen unwirksam (BGH NJW 1998, 3114 [= WM 1998, 592] unter III. 2 a) und BGH ZMR 2003, 653, 654 [= WM 2003, 436] m.w.N. für Wohnraum; OLG Hamm ZMR 2002, 822 für Gewerberaummiete). Eine Pflicht der Beklagten, die hier im Schadensersatzwege geltend gemachten Renovierungsarbeiten durchzuführen, ergibt sich dann jedoch auch nicht aus der mit § 10 Nr. 3 des Mietvertrages erfolgten Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter. Denn diese für sich gesehen unbedenkliche Klausel ist ebenfalls unwirksam. Nach der Rechtsprechung des BGH (BGH NJW 1993, 532 [= WM 1993, 175]) können auch jeweils für sich genommen unbedenkliche Klauseln einen Summierungeffekt haben und in ihrer Gesamtwirkung zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders führen. Das hat auch das Berufungsgericht zu Recht in seiner Entscheidung angenommen. Zwar sind die Regelungen der §§ 10 Nr. 3 und 18 Nr. 1 des Vertrages in von einander getrennten Paragraphen und mit unterschiedlichen Überschriften niedergelegt. Da sie sich jedoch insgesamt mit der Renovierungspflicht des Mieters befassen, sind sie als zusammengehörig zu betrachten. In einem solchen Fall lassen sich die Klauseln auch nicht in einen zulässigen und einen unzulässigen Teil aufteilen mit der Folge, dass der zulässige Teil aufrecht zu erhalten sei. Im übrigen kann sich eine unangemessene Benachteiligung einer Vertragspartei – und damit eine Unwirksamkeit der Gesamtregelung – aus dem Zusammenwirken zweier Klauseln auch dann ergeben, wenn eine dieser Klauseln schon für sich gesehen unwirksam ist (BGH ZMR 2003, 653, 654 [= WM 2003, 436]).

In ihrer Gesamtheit führen die Vertragsklauseln § 10 Nr. 3 und § 18 Nr. 1 des Mietvertrages zu einer doppelten Renovierungsbelastung der Beklagten. Hinzu kommt, dass die Beklagte bei Mietbeginn die Räume unrenoviert übernommen hatte. Ihren gegenteiligen Vortrag in der Berufungsinstanz stützt die Klägerin ausschließlich auf das Übernahmeprotokoll. Diesem hat jedoch bereits die erste Instanz richtigerweise entnommen, dass die Räume in ordentlichem und sauberem

Zustand übergeben wurden, dies mit einem renovierten Zustand jedoch nicht gleichzusetzen ist. Damit war der Beklagten faktisch die Anfangsrenovierung und nach den genannten Klauseln sodann die laufende Renovierung sowie zusätzlich eine Schlussrenovierung aufgebürdet. Dies stellt auch für den Fall der Gewerberaummieta eine mit dem wesentlichen Grundgedanken des § 536 a. F. BGB nicht zu vereinbarende Regelung dar (OLG Hamm ZMR 2002, 822; Landgericht Hamburg WM 1994, 675; Scheuer in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummieta, 3. Aufl., V Rn. 207; Langenberg in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 7. Aufl. § 548 Rn. 60; anderer Ansicht OLG Celle NZM 2003, 599; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl., Rn. 398). Bei der hier vorliegenden Pflichtenkumulation erscheint der Gewerberaummieter nicht weniger schutzwürdig als der Wohnungsmieter. Das gilt auch für die Beklagte als Kaufmann.

Das Gericht hat die Revision nicht zugelassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch unter den Gesichtspunkten der Rechtsfortbildung und Einheitlichkeit der Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 ZPO). Das Urteil hält sich im Rahmen der bestehenden höchstrichterlichen Rechtsprechung.

Mitgeteilt von VRiLG Dr. Langenberg, Hamburg

**§§ 133, 157, 214, 317, 319, 326 a. F.,  
535, 558 a. F. BGB**  
**Gewerberaummieta; Schiedsgutachterklausel zur  
Auszugsrenovierung; Verjährung**

**1. Zu den Rechtsfolgen einer auch für die Auszugsrenovierung geltenden Schiedsgutachterklausel.**

**2. Zur Frage, ob die Hemmung der Verjährung mit der Klageerhebung analog § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB entfällt, wenn der Vermieter Klage auf Schadensersatz wegen nicht ausgeführter Renovierungsarbeiten erhebt, ohne vorher das schiedsgutachterliche Verfahren betrieben zu haben.**

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 5. 2. 2004 – I-10 U 120/03)

**Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten über Schadensersatzansprüche der Klägerin aus einem beendeten Mietverhältnis über Räume zum Betrieb einer Anwaltskanzlei.

**Aus den Gründen:** II. Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Über den zuerkannten Betrag von 3637,00 € hinaus steht der Klägerin eine Schadensersatzforderung wegen nicht ausgeführter Schönheitsreparaturen in Höhe von weiteren 10 222,58 € nicht zu.

1. Es mag dahin stehen, ob die geltend gemachte Schadensersatzforderung dem Grunde nach berechtigt ist. Jedenfalls ist der Beklagte gemäß § 222 Abs. 1 a. F. = § 214 Abs. 1 n. F. BGB dauerhaft berechtigt, die Leistung zu verweigern. Eine etwaige Schadensersatzforderung wegen nicht ausgeführter Schönheitsreparaturen gemäß § 326 Abs. 1 a. F. BGB

ist jedenfalls verjährt. Der Beklagte hat die Verjährungseinrede erstinstanzlich erhoben, so dass es einer ausdrücklichen Wiederholung in der Berufung nicht mehr bedarf.

Gemäß § 558 Abs. 1 a. F. BGB verjähren die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der gemieteten Sache in sechs Monaten, beginnend mit dem Zeitpunkt, in dem der Vermieter die Sache zurückerhält. Der kurzen Verjährung unterfallen sowohl der Wiederherstellungsanspruch als auch der wegen Nichterfüllung dieses Anspruchs nach § 326 BGB entstehende Schadensersatzanspruch (BGHZ 107, 179, 182 [= WM 1989, 376]; BGHZ 128, 74, 79 [= WM 1995, 149]). Die Verjährung des Schadensersatzanspruchs beginnt frühestens mit seiner Entstehung, d. h., wenn sich der auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands gerichtete Erfüllungsanspruch in einen Schadensersatzanspruch umgewandelt hat (BGHZ 107, 179, 184 [= WM 1989, 376]). Ist dagegen der Erfüllungsanspruch verjährt, bevor die Voraussetzungen für seine Umwandlung in einen Schadensersatzanspruch eingetreten sind, kann ein Schadensersatzanspruch nicht mehr entstehen, weil der Schuldner nach Eintritt der Verjährung gegenüber dem Erfüllungsanspruch ein Leistungsverweigerungsrecht hat und sich von da an nicht mehr im Verzug befindet (BGH NZM 1999, 478 [= WM 1999, 334]; NJW-RR 1992, 1226).

2. Gemessen an diesen Grundsätzen ist der Schadensersatzanspruch der Klägerin verjährt, denn er ist nicht vor Ablauf der Verjährung des Erfüllungsanspruchs entstanden. Wie das Landgericht [Düsseldorf] im Ergebnis zutreffend ausgeführt hat, war der Beklagte gemäß §§ 8 Ziffer 2, 12 b des Mietvertrages verpflichtet, bei Ablauf der Mietzeit zum 30. 6. 2001 die angemieteten Praxisräume in renoviertem Zustand zurückzugeben. Der Erfüllungsanspruch der Klägerin, dessen Verjährungsfrist mit der Rückgabe der Räume am 11. 7. 2001 begonnen hat und die am 10./11. 1. 2002 – bzw. wie noch auszuführen ist, spätestens am 18. 2. 2002 abgelaufen ist –, hat sich bis zu diesem Zeitpunkt nicht in einen Schadensersatzanspruch umgewandelt. Zwar hat die Klägerin den Beklagten mit Schreiben vom 13. 7. und 15. 8. 2001 unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung zur Renovierung aufgefordert und mit Schriftsatz vom 16. 10. 2001 Klage auf Schadensersatz erhoben, so dass die formellen Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 BGB erfüllt sind. Gleichwohl hat sich der Erfüllungsanspruch der Klägerin hierdurch nicht in einen Schadensersatzanspruch umgewandelt. Die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ging ins Leere, weil zu diesem Zeitpunkt die nach den besonderen Umständen des Falles erforderlichen vertraglichen Voraussetzungen für eine Auszugsrenovierung nicht erfüllt waren. Insoweit haben die Parteien gemäß § 8 Ziff. 2 c des schriftlichen Mietvertrags vom 4. 2. 1992, der entgegen der Ansicht der Klägerin nicht nur auf die Quotenklausel, sondern insgesamt auf die Beendigungsregelung des § 12 anzuwenden ist, wirksam vereinbart, dass bei einem Streit über die Ausführung von Schönheitsreparaturen ein vereidigter und öffentlicher Sachverständiger entscheiden soll. Hierzu zählen – wie auch die in § 12 Ziff. 1 b Satz 3 enthaltene erneute Bezugnahme auf eine Streitentscheidung durch einen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen belegt – gemäß §§ 133, 157 BGB auch die Differenzen über die Fälligkeit und Notwendigkeit einer Auszugsrenovierung. Mit dieser Schiedsgutachterabrede haben die Parteien entgegen der Auffassung der Klägerin die inhaltliche Bestimmung der von dem Beklagten in Bezug auf die Ausführung notwendiger Schönheitsreparaturen bei Auszug geschuldeten Leistung *insgesamt* gemäß § 317 BGB einem Dritten überlassen. Erst durch dessen Entscheidung sollte im Verhältnis der Parteien verbindlich festgestellt werden, ob und in welchem Umfang der Beklagte zur Vornahme von Schönheitsreparaturen bei Auszug verpflichtet sein sollte. Solange die Klägerin hiervon keinen Gebrauch machte, konnte der Beklagte mit der Vornahme von

## Prewest Versandantiquariat

Unsere Kataloge im Netz unter [www.zvab.com](http://www.zvab.com)  
 Pfad: Antiquariate–Antiquariatsname→Prewest  
 Telefax: 02 28 / 47 09 54,  
 e-mail: [antiquariat@prewest.de](mailto:antiquariat@prewest.de)

Schönheitsreparaturen bei Auszug nicht in Verzug geraten und sich ein etwaiger Erfüllungsanspruch nicht in einen Schadensersatzanspruch umwandeln. Die Klägerin hat dies vorprozessual genauso gesehen, denn sie hat dem Beklagten mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 15. 8. 2001 mitgeteilt, dass sie gezwungen sei, das vereinbarte Schiedsgutachten einzuholen, wenn dieser die Schönheitsreparaturen nicht innerhalb der gesetzten Frist durchführen würde. Gleichwohl hat sie hiervon in der Folgezeit keinen Gebrauch gemacht, sondern unmittelbar auf Schadensersatz geklagt.

Angesichts der besonderen Umstände des Falles (fehlende ausdrückliche vertragliche Fälligkeitsregelung, Ausführung der Schönheitsreparaturen „nach Erfordernis“, unklare Endrenovierungsklausel; Schiedsgutachterabrede) vermag der Senat die anlässlich der Übergabe der Praxisräume unter Hinweis auf eine von ihm veranlasste Gesamtenovierung im Jahr 1998 abgegebene Erklärung des Beklagten, er lehne weitere Arbeiten ab, auch nicht als ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung einzustufen, so dass offen bleiben kann, ob sich hieraus zugunsten der Klägerin eine andere Beurteilung der Verjährungsfrage ergeben könnte. Dies gilt umso mehr als auch nach dem Gutachten des Sachverständigen davon auszugehen ist, dass tatsächlich in 1998 eine Renovierung, wenn auch nicht in fachgerechtem Zustand, stattgefunden hat.

(a) Zwar enthält ein Schiedsgutachtervertrag regelmäßig die Abrede, dass der Gläubiger für die Dauer der Erstattung des Gutachtens trotz der Fälligkeit der Forderung gegen den Schuldner nicht vorgehen werde (*pactum de non petendo*), so dass der Schuldner berechtigt ist, die Leistung jedenfalls vorübergehend zu verweigern, und die Verjährung deshalb nach § 202 Abs. 1 a. F. BGB gehemmt ist (BGH NJW 1999, 1101; NJW 1990, 1231, 1232).

(b) Die Hemmung der Verjährung ist hier jedoch mit der Klageerhebung vom 16. August 2001 analog § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB entfallen, weil die Klägerin das schiedsgutachterliche Verfahren i. S. dieser Bestimmung jedenfalls verzögert hat, ohne dass es insoweit auf Verzug oder Verschulden ankommt (BGH NJW 1990, 1231). Die Klägerin hat entgegen der getroffenen Abrede keinen Schiedsgutachter benannt, sondern unmittelbar Klage auf Schadensersatz erhoben. Mit der Einreichung der Schadensersatzklage ist sie von ihrem Schreiben vom 15. 8. 2001 abgerückt und hat damit dokumentiert, dass sie von der vereinbarten Schiedsgutachtervereinbarung keinen Gebrauch mehr machen wollte. Sie kann sich daher nicht mehr mit Erfolg auf die Schiedsgutachterklausel und ihre verjährungshemmende Wirkung berufen (BGH a. a. O.; vgl. auch OLG Hamm ZMR 1996, 660).

Den jeweils andere Sachverhalte betreffenden Entscheidungen BGH NJW 1971, 1455, BGH NJW 1982, 1878, BGH NJW-RR 1996, 1409; BGH NJW 1998, 3486, BGH NJW 1999, 2215; BGHZ 39, 287, BGHZ 78, 1, BGHZ 103, 298, OLG Frankfurt VR 1982, 759 und OLG Hamburg NZV 1998, 414 lässt sich Gegenteiliges für den Streitfall nicht entnehmen.

3. Soweit die Parteien erstmals aufgrund des gerichtlichen Hinweises in der mündlichen Verhandlung vom 26. 3. 2002 die Einholung eines Schiedsgutachtens besprochen haben, war der Erfüllungsanspruch zu diesem Zeitpunkt verjährt. Ein insoweit ggfs. anzunehmendes Anerkenntnis des Beklagten konnte hieran nichts mehr ändern.

Auch die mit Schriftsatz vom 16. 8. 2001 erhobene Zahlungsklage hat die Verjährung des Erfüllungsanspruchs nicht gemäß § 209 a. F. BGB unterbrochen, weil die Klägerin nicht auf Erfüllung, sondern auf Schadensersatz geklagt hat.

4. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. Der Streitfall hat weder grundsätzliche Bedeutung noch weicht der Senat von ei-

ner entgegenstehenden BGH-Rechtsprechung ab. Die Frage einer Verjährungshemmung und deren Wegfall bei einer Verzögerung ist durch die Entscheidung BGH NJW 1990, 1231 geklärt.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

**§§ 535, 548, 549, 556, 557 BGB a. F.;**  
**§§ 280, 538, 540, 546, 546a BGB n. F.**  
**Haftung des Hauptmieters für den Untermieter**

**1. Erfüllungsgehilfe ist, wer im Interesse des Mieters die Obhut über das Mietobjekt ausgeübt hat, wobei die Übertragung der Obhutspflicht auch konkludent durch Verschaffung des Zugangs erfolgen kann.**

**2. Der Hauptmieter haftet für den Untermieter, wobei es auf ein Verschulden des Hauptmieters nicht ankommt.**

(OLG München, Urteil vom 4. 7. 2002 – 19 U 1801/02)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin vermietete mit Vertrag vom 1. 2. 1991 ein Ladenlokal in München an die Beklagte. Die monatliche Quadratmetermiete betrug DM 312,59 netto. Als Mietsicherheit stellte die Beklagte eine Bankbürgschaft in Höhe von DM 30 420,-. Die Beklagte vermietete mit schriftlicher Zustimmung der Klägerin vom 8. 7. 1993 dieses Ladenlokal mit Vertrag vom 15. 7. 1993 an die Fa. B. OHG unter. Nach dem Ausscheiden des Gesellschafters K.K. wurde das Geschäft von D.C. allein weitergeführt. Mit Schreiben vom 1. 7. 1996 kündigte die Beklagte ihren mit der Klägerin abgeschlossenen Mietvertrag mit Wirkung zum 31. 12. 1996. Die Beklagte gab das Ladenlokal, das von deren Untermieterin über den 31. 12. 1996 hinaus genutzt wurde, nicht rechtzeitig an die Klägerin zurück. Die Klägerin erstritt gegen die Untermieterin und D.C. am 18. 2. 1997 ein Räumungs- und Herausgabeurteil, aus dem sie am 26. 3. 1997 vollstrecken wollte. Als die Zwangsräumung durchgeführt werden sollte, stellte sich heraus, dass das Ladenlokal zwar geräumt, aber danach mutwillig völlig zerstört worden war. D.C. hatte sich ohne Hinterlassung einer Anschrift abgesetzt. Am 27. 3. 1997 überwies die Beklagte der Klägerin DM 30 400,-, um die Freigabe der als Mietsicherheit gestellten Bankbürgschaft zu erreichen.

In der ersten Instanz begehrte die Klägerin von der Beklagten und von D.C. Zahlung von DM 123 043,27 nebst Zinsen als Schadensersatz für die Beschädigungen und für den Mietausfall während der Renovierungszeit sowie als Nutzungsentschädigung. Die Beklagte beantragte Klageabweisung und begehrte widerklagend im Hinblick auf ihre Überweisung vom 27. 3. 1997 die Herausgabe der Bürgschaftserklärung.

Das Landgericht München I verurteilte die Beklagte und D.C. am 4. 12. 2000 samtverbindlich zur Zahlung von DM 56 025,27 nebst Zinsen an die Klägerin. Die weitergehende Klage und die Widerklage wies es ab. Zur Begründung führte es aus, dass die Klägerin aus positiver Vertragsverletzung einen Anspruch auf Ersatz der Instandsetzungskosten in Höhe von DM 41 385,87 sowie einen Anspruch auf Ersatz des Mietausfalls für die Zeit der Durchführung der Reparaturarbeiten in Höhe von DM 1947,40 sowie einen Anspruch aus § 557 BGB a. F. auf Nutzungsentschädigung in Höhe von DM 12 692,- habe. Im Hinblick auf diese Ansprüche der Klägerin könne die Beklagte nicht die Rückgabe der Bürgschaftserklärung verlangen.

Die Beklagte legte gegen das landgerichtliche Urteil Berufung ein, die das Oberlandesgericht mit Endurteil vom 4. 7. 2002 zurückwies.

**Aus den Gründen:** Die zulässige Berufung der Beklagten führt nicht zum Erfolg.

Die Klägerin hat wegen der Beschädigung der Mietsache gegen die Beklagte Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung, da sie das Ladenlokal entgegen ihrer Verpflichtung nicht im vertragsgemäßen Zustand zurückgegeben hat (Palandt, BGB, 60. Aufl., Rn. 8 zu § 548 BGB a. F.).

Das Mietverhältnis ist auf Grund der Kündigung der Beklagten mit Ablauf des 31. 12. 1996 beendet worden und die Beklagte ist gemäß § 556 Abs. 1 BGB (a. F.) zur Rückgabe verpflichtet gewesen. Das Ladenlokal hätte sich hierbei in einem ordnungsgemäßen Zustand befinden müssen (Palandt, a. a. O., Rn. 3 zu § 556 BGB a. F.), d. h. es hätte keine Beschädigungen und auch keine Abnutzungen durch einen vertragswidrigen Gebrauch (§ 548 BGB a. F.) aufweisen dürfen. Dieser Verpflichtung ist die Beklagte nicht nachgekommen, da sie zum einen das Ladenlokal nicht zurückgegeben hat und da sich zum anderen dieses zum Zeitpunkt der Zwangsräumung in einem verwüsteten Zustand befunden hat. Der vom Landgericht München I als Zeuge vernommene Hausmeister W., der bei der Zwangsräumung anwesend war, hat angegeben, dass die verschlossene Ladentüre wegen des im unteren Schloss steckenden abgebrochenen Schlüssels von einem Schlosser habe geöffnet werden müssen. Nach der Beschreibung der Verwüstungen im Ladenlokal durch diesen Zeugen müssen die Schäden mutwillig durch massive Krafteinwirkung verursacht worden sein. Diese Feststellung ist durch den Architekten und die Handwerker, die vom Landgericht München I ebenfalls als Zeugen vernommen worden sind, bestätigt worden. Auf Grund der Art der Beschädigungen ist ein technischer Defekt – wie z. B. ein Wasserrohrbruch oder ein Kabelbrand – als Schadensursache auszuschließen. Ein Naturereignis scheidet aus denselben Gründen als Schadensursache aus. Wegen der abgeschlossenen Türe kommt ein Dritter als Schädiger nicht in Betracht. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Schäden von der Geschäftsführerin oder von Mitarbeitern der Beklagten oder von D.C., dem Gesellschafter der Untermieterin, verursacht worden sind, da die Beklagte entweder direkt aus positiver Vertragsverletzung oder über § 278 BGB bzw. § 549 Abs. 3 BGB (a. F.) haftet. Der Mieter hat die Pflicht, die Mietsache schonend zu behandeln und keine Schäden zu verursachen. Erfüllungsgehilfe ist, wer im Interesse des Mieters die Obhut über das Mietobjekt ausgeübt hat, wobei die Übertragung der Obhutspflicht auch konkludent durch Verschaffung des Zugangs erfolgen kann (OLG Düsseldorf NJW-RR, 1997, 1097 f.; OLG Hamm NJW-RR 1987, 1142 f.). Für den Untermieter haftet der Hauptmieter aus § 549 Abs. 3 BGB, wobei es auf ein Verschulden des Hauptmieters nicht ankommt (BGH NJW 1991, 489 [= WM 1991, 31]). Bei Schadensersatzansprüchen aus positiver Vertragsverletzung ist eine erfolglose Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung nicht erforderlich.

Entgegen der Auffassung der Beklagten liegt hier kein Fall des § 326 BGB (a. F.) vor, der einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung erst dann gewährt, wenn der Gläubiger dem Schuldner erfolglos eine Frist zur Leistungserbringung gesetzt und die Fristsetzung mit einer Ablehnungsandrohung verbunden hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist bei der Rückgabeverpflichtung einer Mietsache § 326 BGB (a. F.) nur dann anwendbar, wenn die Rückgabe des Mietobjekts in einem bestimmten Zustand ausdrücklich zum Gegenstand des Mietvertrages und damit zu einer Hauptleistungspflicht des Mieters gemacht worden ist (BGHZ 104, 6 ff. [= WM 1988, 272]). Eine solche Vereinbarung haben die Parteien in dem von ihnen abgeschlossenen Mietvertrag nicht getroffen.

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist aus den vom Landgericht München I genannten Gründen, auf die gemäß § 543 Abs. 1 ZPO (a. F.) Bezug genommen wird, keine Verjährung gemäß § 558 Abs. 1 BGB (a. F.) eingetreten.

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist auch keine Verwirkung eingetreten, da diese voraussetzt, dass der Berechtigte seine Ansprüche längere Zeit nicht geltend gemacht hat, so dass der Verpflichtete darauf vertrauen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (Palandt, BGB, 60. Auflage, Rn. 87 ff. zu § 242 BGB).

Hier hat die Klägerin zwar zunächst versucht, von D.C., den sie für den Schadensverursacher gehalten hat, Schadensersatz zu erlangen. Wegen der Höhe des Schadens hat die Beklagte aber immer damit rechnen müssen, dass die Klägerin sie in Anspruch nehmen wird, wenn sie von D.C. nur teilweise oder überhaupt nicht entschädigt wird. Dies hat die Klägerin dann auch getan und gegen die Beklagte am 12. 9. 1997 einen Mahnbescheid erwirkt. Einen Vertrauensschutz dahingehend, von der Klägerin wegen der Verwüstung des Ladenlokals nicht in Anspruch genommen zu werden, hatte die Beklagte somit nicht.

Soweit das Landgericht München I der Klägerin Schadensersatz zugesprochen hat, ist dies dem Grunde und der Höhe nach gerechtfertigt, so dass gemäß § 543 Abs. 1 ZPO (a. F.) auf die zutreffenden Ausführungen im landgerichtlichen Urteil Bezug genommen werden kann.

Die Klägerin hat wegen der verspäteten Rückgabe des Ladenlokals gegen die Beklagte Nutzungsentschädigungsansprüche aus § 557 Abs. 1 BGB (a. F.). Das Landgericht München I hat zu Recht den zwischen den Parteien vereinbarten Mietzins von DM 10 733,- zum Ansatz gebracht. Es liegt kein Wucher i. S. d. § 138 Abs. 2 BGB vor, da ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht erkennbar ist. Wie allgemein bekannt ist, sind die Ladenmieten in Münchens Innenstadt seit Jahren sehr hoch. Die Tatsache, dass der mit dem Nachmieter vereinbarte monatliche Mietzins von DM 9737,- nicht wesentlich geringer ist, spricht dafür, dass der von der Beklagten geschuldete Mietzins noch üblich, jedenfalls nicht wucherisch überhöht gewesen ist. Außerdem hat die Beklagte nicht vorgetragen, dass sie sich bei Abschluss des Mietvertrages in einer Schwächesituation i. S. d. § 138 Abs. 2 BGB befunden hätte, die von der Klägerin ausgenutzt worden wäre, so dass es an der subjektiven Voraussetzung des § 138 Abs. 2 BGB fehlt. Im Übrigen wird gemäß § 543 Abs. 1 ZPO (a. F.) auf die zutreffenden Ausführungen im landgerichtlichen Urteil Bezug genommen.

Die Klägerin hat wegen der durch die Instandsetzungsarbeiten bedingten verspäteten Übergabe des Ladenlokals an den Nachmieter gegen die Beklagte aus den vom Landgericht München I genannten Gründen einen Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung, auf die gemäß § 543 Abs. 1 ZPO (a. F.) Bezug genommen wird.

Entgegen der Auffassung der Beklagten sind diese Ansprüche der Klägerin weder verjährt noch verwirkt; Nutzungsentschädigungsansprüche gemäß § 557 BGB (a. F.) und Schadensersatzansprüche wegen Mietausfalls sind der vierjährigen Verjährungsfrist des § 197 BGB (a. F.) unterlegen, deren Lauf durch die Erwirkung des Mahnbescheids unterbrochen worden ist (Palandt, a. a. O., Rn. 6 zu § 197 BGB a. F.). Wie oben dargestellt worden ist, durfte die Beklagte auf Grund eines Verhaltens der Klägerin nie darauf vertrauen, nicht in Anspruch genommen zu werden.

Das Landgericht München I hat die Widerklage der Beklagten zu Recht abgewiesen, da ein Anspruch auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde erst dann besteht, wenn die Beklagte die oben genannten Ansprüche der Klägerin erfüllt hat. Zur weiteren Begründung wird gemäß § 543 Abs. 1 ZPO (a. F.) Bezug auf die zutreffenden Ausführungen im landgerichtlichen Urteil genommen.

Mitgeteilt von RiOLG Dr. Fellner, München

**Anmerkung des Mitteilers:** Das Endurteil des Oberlandesgerichts München vom 4. 7. 2002 ist rechtskräftig, da der Bundesgerichtshof die Nichtzulassungsbeschwerde der Be-

klagten mit Beschluss vom 17. 3. 2004 zurückgewiesen hat (XII ZR 234/02).

Im Hinblick darauf, dass die p.V.V. durch § 280 BGB n. F. und die §§ 548, 549, 556, 557 BGB a. F. durch die §§ 538, 540, 546, 546a BGB n. F. ohne inhaltliche Abänderung ersetzt worden sind, ist m. E. der vorliegende Fall nach dem neuen Recht nicht anders zu entscheiden.

**§§ 535, 537, 552 a. F., 540, 549 a. F. BGB; § 531 ZPO**  
**Gewerberaumiete; Trinkhalle;**  
**Nachmieterstellung und Sonderkündigungsrecht**  
**zur Untervermietung;**  
**Betriebskostenabrechnung;**  
**Betriebskostenvorauszahlung nach Räumung**

**1. Die „Abrechnungsreife“ von Betriebskosten tritt ein Jahr nach Ende des mietvertraglichen Abrechnungszeitraums ein und lässt entsprechende Ansprüche auf Betriebskostenvorschüsse erlöschen (Senat ZMR 1998, 219; OLG Düsseldorf – 10. ZS – ZMR 2000, 287 = WM 2000, 212 KL).**

**2. Behauptet der Mieter erstmals in der Berufungsinstanz, der Vermieter habe Betriebskosten bisher nicht abgerechnet, so ist dieser Vortrag nur nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen.**

**3. Der Auszug des Mieters vor Vertragsende befreit ihn nicht von der Betriebskostenzahlungspflicht.**

(nur Leitsätze zu 1.–3.)

**4. Der Vermieter von Gewerberaum ist nicht verpflichtet, den Mieter bei Stellung eines Nachmieters aus dem Vertrag zu entlassen; der unberechtigten Weigerung des Vermieters kann der Mieter mit seinem Sonderkündigungsrecht begegnen.**

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 2. 12. 2003 – I-24 U 117/03)

**Aus den Gründen:** B. II. Die im Übrigen von den Beklagten gegen ihre Zahlungspflicht erhobenen Einwendungen greifen nicht durch.

1. Von ihrer Zahlungspflicht sind die Beklagten nicht nach den §§ 323 Abs. 1, 324 Abs. 1 BGB a. F. befreit, weil sie die Trinkhalle bereits am 31. Dezember 2000 geräumt haben. Auch wenn – wie hier – weder die Kläger noch die Beklagten zu vertreten haben, dass die Beklagten infolge altersbedingter Beschwerden an einer Führung des Trinkhallenbetriebes und damit an einer Ausübung des von den Klägern gewährten Gebrauches der Mietsache gehindert waren, bleiben die Beklagten zur Erbringung ihrer Gegenleistung verpflichtet. Im Mietrecht trägt grundsätzlich der Mieter das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache. Dies ergibt sich aus § 552 Satz 1 BGB a. F. (§ 537 Abs. 1 Satz 1 BGB n. F.), der die Risikoverteilung bei Nichtbenutzung der Mietsache abschließend regelt (BGH NJW 2000, 1714 ff. [= WM 2000, 593]; 1997, 193; Senat ZMR 2001, 106 f. [= WM 2002, 94]; OLGR 2003, 192 [= WM 2003, 138 = GuT 2003, 59 KL]; Wolff/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl., Rnr. 543; Palandt/Weidenkaff, BGB, 62. Aufl., § 537 Rnr. 1). Der Vermieter verliert im Falle subjektiver Unmöglichkeit einer der Vertragsparteien seinen Anspruch auf die Gegenleistung gemäß § 552 Satz 3 BGB a. F. (§ 537 Abs. 2 BGB n. F.) nur dann, wenn ihm die Überlassung des Gebrauches der Mietsache an den Mieter wegen der Überlassung des Gebrauches an einen Dritten unmöglich ist. Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

2. Der Senat folgt dem Landgericht [Duisburg] auch darin, dass die Beklagten sich nicht mit Erfolg darauf berufen können, das Mietzinsverlangen der Kläger sei rechtsmissbräuch-

lich, weil sie von den Beklagten gestellte Nachmieter abgelehnt hätten.

Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, kann zunächst eine rechtsverbindliche Vereinbarung zwischen den Parteien darüber, dass die Kläger einen von den Beklagten gestellten Nachmieter akzeptieren würden, nicht festgestellt werden, da der für die Kläger handelnde Prozessbevollmächtigte im Rahmen der im Jahr 2000 mit den Beklagten geführten Gespräche lediglich erklärt hat, gegebenenfalls seien die Kläger bereit, einen Nachmieter zu akzeptieren. Die Entlassung der Beklagten aus dem Mietvertrag setzte also eine positiv verlaufene Prüfung der jeweiligen Interessenten voraus. Tatsächlich aber handelte es sich nach dem von den Beklagten nicht bestrittenen Vorbringen der Kläger bei sämtlichen von den Beklagten benannten Nachmietinteressenten um solche, die einer Bonitätsprüfung nicht standhielten. Auf einen Nachmieter, der bereits eine eidesstattliche Versicherung abgegeben musste, braucht sich ein Vermieter in keinem Fall einzulassen.

Ein Vermieter ist im Übrigen nicht verpflichtet, den Mieter vorzeitig aus dem Mietvertrag zu entlassen, wenn dieser einen Nachfolger beibringt (OLG Düsseldorf – 10. ZS – MDR 1994, 1008 (1009) [= WM 1994, 469]; OLG Hamm NJW-RR 1995, 1478 (1479) [= WM 1995, 577]; Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., II Rnr. 820 ff.; Palandt/Weidenkaff, BGB, 62. Aufl., § 552 Rnr. 8). Wie der Senat in seinem Beschluss vom 7. Januar 2003 – 24 U 121/02 – bereits ausführlich dargelegt hat, liegt hier eine Ausnahme von diesem Grundsatz nicht vor, da eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes der Beklagten bereits infolge ihres erheblichen Alters im Zeitpunkt des Vertragsschlusses absehbar war, und ihr Interesse an einer vorzeitigen Entlassung aus dem Mietverhältnis das Interesse der Kläger an einem Festhalten am Vertrag nicht überwiegt. Dass sie über ihre altersbedingten Beschwerden und Verschleißerscheinungen hinaus akute Erkrankungen erlitten haben, die noch während der Dauer ihres Vertragsverhältnisses mit den Klägern eine sofortige Beendigung ihrer Tätigkeit erforderlich gemacht hätten und sie deshalb als besonders schützenswert erscheinen ließen, ist weder dargetan, noch sonst ersichtlich. Auf die eingehende Begründung jenes Senatsbeschlusses wird Bezug genommen.

3. Ebenso wenig können die Beklagten Rechte aus der möglicherweise vom Prozessbevollmächtigten der Kläger abgegebenen Erklärung herleiten, für den Fall einer erheblichen Verschlechterung des Gesundheitszustandes der Beklagten seien die Kläger sicherlich keine „Unmenschen“. Es wurde bereits mehrfach ausgeführt, dass dies lediglich im Sinne einer bloßen Verhandlungsbereitschaft der Kläger, nicht aber im Sinne einer Verpflichtungserklärung verstanden werden darf. Auf die auch insoweit zutreffenden Ausführungen des Landgerichts wird ebenso wie auf die Begründung des Senatsbeschlusses vom 7. Januar 2003 Bezug genommen.

4. Die Beklagten können die Zahlung der geschuldeten Miete auch nicht deshalb verweigern, weil der Prozessbevollmächtigte der Kläger es unterlassen hat, ihnen mitzuteilen, dass der Abschluss eines Nachfolgemietvertrages mit einem von den Beklagten benannten Nachmieter nicht erfolgen wird. Selbst wenn darin eine den Klägern nach § 278 BGB zurechenbare Sorgfaltspflichtverletzung ihres Prozessbevollmächtigten liegen sollte, rechtfertigt dies keinen Anspruch der Beklagten aus einer positiven Vertragsverletzung auf Freistellung von ihrer Pflicht zur Zahlung des Mietzinses. Denn die Beklagten haben zum einen nicht schlüssig dargelegt, dass ihnen durch das Verhalten des Prozessbevollmächtigten der Kläger ein diesen zurechenbarer Schaden entstanden ist. Ihr Vorbringen, bei rechtzeitiger Kenntnis von dem Scheitern eines Nachfolgemietvertrages, hätten sie ihrerseits mit einem von ihnen benannten Nachmieter ein Untermietverhältnis be-

gründet, war – wie bereits das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – unzureichend. Denn die von den Beklagten benannten Nachmietinteressenten waren unstreitig und ausnahmslos zahlungsunfähig. Insolvente Untermieter aber brauchten die Kläger nach § 549 Abs. 1 BGB a. F. (§ 540 Abs. 1 BGB n. F.) auch zur Vermeidung unbilliger Härten für die Beklagten nicht zu akzeptieren. Denn solche Härten wären nicht vermieden worden, weil die Beklagten als Hauptmieter gleichwohl für die Zahlung des Mietzinses verantwortlich geblieben wären.

Entscheidend ist aber zum anderen, dass die Beklagten den ihnen durch die Fortsetzung des Mietverhältnisses drohenden Schaden nach § 549 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. (§ 540 Abs. 1 Satz 2 BGB n. F.) durch eine Kündigung des Mietverhältnisses hätten abwenden können und müssen. Denn die Kläger waren grundsätzlich verpflichtet, einer Untervermietung der Räume durch die Beklagten zur Vermeidung unbilliger Härten zuzustimmen. Hätten sie ihre Zustimmung auch bei einem solventen Untermieter verweigert, wären die Beklagten im Rahmen ihrer Pflicht zur Schadensminderung zur Kündigung des Mietverhältnisses berechtigt und auch verpflichtet gewesen. Ein Vorgehen aus § 549 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. (§ 540 Abs. 1 Satz 2 BGB n. F.) haben die Beklagten jedoch gar nicht erst ins Auge gefasst.

III. Die Klageforderung ist auch nicht in Höhe von 178,95 Euro (= 350,- DM) durch die von den Beklagten in ihrer Berufungsbegründung erklärte Aufrechnung mit einem Kautionsguthaben der Beklagten aus einem inzwischen beendeten Wohnraummietverhältnis mit den Klägern teilweise erloschen. Denn die Aufrechnung ist unabhängig davon, ob die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung materiell-rechtlich gerechtfertigt ist, nach § 533 ZPO unzulässig, da die Aufrechnungserklärung auf Tatsachen gestützt wird, die der Senat nicht ohnehin seiner Entscheidung nach § 529 ZPO zu Grunde zu legen hat. Es handelt sich vielmehr um neuen Sachvortrag, der zweitinstanzlich keine Berücksichtigung finden kann.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

**§§ 564 a. F., 542 n. F. BGB**  
**Unbestimmt befristete außerordentliche Kündigung**

**Eine unbestimmt befristete Kündigung ist regelmäßig unwirksam.**

(BGH, Urteil vom 22.10.2003 – XII ZR 112/02)

**Zum Sachverhalt:** Der Kläger macht rückständige Miete und – für die Zeit nach Beendigung des Mietverhältnisses – eine Mietdifferenz als Schadensersatz geltend.

Er vermietete mit schriftlichem Vertrag vom 1. September 1994 für die Zeit bis 30. August 2004 an die Beklagte Gewerberäume in S. Der Mietzins belief sich zunächst auf monatlich 9903,50 DM, ab 30. August 1997 auf 10 586,50 DM und ab 30. August 2000 auf 11 269,50 DM, jeweils zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer. Mit Nachtrag vom 5. Januar 1995 wurde der Mietvertrag um weitere Räume erweitert. Der Mietzins hierfür betrug zunächst 330 DM, ab 1. September 1997 354,45 DM und ab 1. September 2000 389,20 DM, jeweils zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer.

Bei einer Besichtigung am 31. August 1999 stellte das Gewerbeaufsichtsamt Mängel fest. Die Beklagte verlangte Beseitigung der Mängel bis spätestens 18. Oktober 1999. Am 15. November 1999 erklärte die Beklagte wegen dieser Mängel die außerordentliche Kündigung. Absatz 3 des Kündigungsschreibens lautet:

„Nach § 542 Abs. 1 BGB kündigen wir hiermit den Mietvertrag außerordentlich. Die Kündigung wird nicht mit sofortiger Wirkung ausgesprochen, sondern zu dem Zeitpunkt, an dem wir andere Geschäftsräume beziehen können.“

Mit Schreiben seiner Rechtsanwälte vom 19. November 1999 machte der Kläger geltend, Gründe zur fristlosen Kündigung lägen nicht vor und eine Kündigung zum Zeitpunkt der Möglichkeit, neue Räume zu beziehen, sei ohnehin unwirksam. Er forderte die Beklagte auf, die Kündigung bis 26. November 1999 zurückzunehmen. Nach längerem Schriftwechsel über die Wirksamkeit der Kündigung erklärte der Kläger mit Schreiben seiner Rechtsanwälte vom 9. Juni 2000 u. a.:

„Die Mandanten werden die aus dem Mietvertrag resultierenden Ansprüche gerichtlich geltend machen. Da Ihre Mandantin die Räumung zum 31. 7. 2000 ankündigt, behalten sich die Mandanten vor, den Mietgegenstand – ohne Präjudiz und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht – zur Schadensminimierung und im Interesse Ihrer Mandantin anderweitig zu nutzen bzw. zu vermieten. Der hierdurch entstehende Aufwand ist von Ihrer Mandantin zu erstatten. Etwaige Einnahmen hieraus würden mit der Mietschuld Ihrer Mandantin verrechnet werden.“

Die Beklagte zahlte bis einschließlich Juli 2000 die volle Miete ohne Vorbehalt und räumte das Mietobjekt zum 31. Juli 2000.

Der Kläger führte Renovierungsmaßnahmen durch und vermietete Teile des Objekts an den bisherigen Untermieter der Beklagten zu einem Mietzins, der unter dem Mietzins des Untermietvertrages lag. Mit Schreiben vom 27. März 2001 kündigte der Kläger seinerseits den Mietvertrag zum 31. März 2001 wegen Zahlungsverzuges.

Der Kläger hat im Urkundenprozeß die Miete für die Monate August 2000 bis Februar 2001, abzüglich der vom bisherigen Untermieter bezahlten Beträge, geltend gemacht. Mit Vorbehaltsurteil vom 2. Mai 2001 hat das Landgericht Stendal der Klage in Höhe von 104 554,44 DM nebst Zinsen stattgegeben. Im Berufungsverfahren hat der Kläger vom Urkundenprozeß Abstand genommen. Die Berufung der Beklagten ist überwiegend ohne Erfolg geblieben. Auf die Anschlußberufung des Klägers hat das Oberlandesgericht Naumburg die Beklagte bis einschließlich März 2001 zur Zahlung von Miete, von April 2001 bis August 2001 zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt, jeweils unter Anrechnung der durch die Neuvermietung erzielten Miete. Dagegen wendet sich die Beklagte mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision.

**Aus den Gründen:** Die Revision bleibt ohne Erfolg.

1. Das Oberlandesgericht hat ausgeführt, dem Kläger stehe für die Zeit von August 2000 bis März 2001 Miete, ab April 2001 bis August 2001 Schadensersatz zu. Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 15. November 1999 sei unwirksam und habe deshalb das Mietverhältnis nicht beendet. Die Kündigung sei befristet gewesen. Sie habe erst mit dem „Bezug neuer Geschäftsräume“ durch die Beklagte wirksam werden sollen. Auf eine Befristung seien die Regeln über die Bedingung anzuwenden. Die befristete Kündigung habe für den Vermieter die gleiche Wirkung wie eine bedingte Kündigung. Der Auszugstermin sei dem Kläger nicht bekannt gewesen. Deshalb habe er das Mietobjekt für eine Neuvermietung nicht anbieten können. Eine solche Ungewißheit über einen längeren Zeitraum sei dem Kläger unzumutbar. Die fehlende Angabe eines bestimmten Kündigungstermins habe das Mietverhältnis auch nicht zum nächst zulässigen Termin beendet. Aus dem Inhalt des Kündigungsschreibens ergebe sich, daß dies nicht dem Willen der Beklagten entsprochen habe.

Der Beklagten sei die Berufung auf § 552 Satz 3 BGB a. F. verwehrt. Es liege ein grober Vertragsbruch vor. Die Beklagte habe nicht davon ausgehen dürfen, daß das Mietverhältnis durch ihre außerordentliche Kündigung beendet worden sei. Sie sei auf die Problematik des für den Vermieter nicht bestimmten Kündigungstermins hingewiesen worden. Die Mietzahlungsansprüche des Klägers entfielen auch nicht we-

gen der nach dem Auszug der Beklagten vom Kläger durchgeführten Umbau- und Renovierungsmaßnahmen. Die Beklagte habe nicht dargelegt, für welchen Zeitraum und in welchem Umfang das Mietobjekt für sie nicht nutzbar gewesen sei. Im übrigen habe sie durch ihren vorzeitigen Auszug zu erkennen gegeben, daß sie die Mieträume nicht weiter nutzen wolle. Die Berufung auf eine Unmöglichkeit der Gebrauchsgewährung sei deshalb treuwidrig. Der Kläger habe nicht gegen seine Schadensminderungspflicht verstoßen. Er habe in einer Auflistung hinreichend dargelegt, daß er sich in ausreichender Weise um eine Neuvermietung gekümmert habe. Das pauschale Bestreiten der Beklagten genüge nicht. Durch den Abschluß eines Mietvertrages mit dem bisherigen Untermieter des Beklagten habe er erreicht, daß dieser im Mietobjekt verblieben sei und dadurch Einnahmen gesichert gewesen seien. Mangels vertraglicher Beziehungen habe er den Untermieter nicht zu den Bedingungen des Untermietvertrages am Mietobjekt festhalten können.

2. Die Ausführungen des Berufungsgerichts sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

a) Die außerordentliche Kündigung der Beklagten ist unwirksam.

Zutreffend und von der Revision nicht angegriffen geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Kündigung der Beklagten vom 15. November 1999 unter einer Befristung erfolgt ist. Die Erklärung, die Kündigung erfolge „nicht mit sofortiger Wirkung, sondern zu dem Zeitpunkt, in dem wir andere Geschäftsräume beziehen können“, konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler dahin auslegen, daß die Wirksamkeit der Kündigung nicht von einem zukünftigen ungewissen Ereignis, sondern von einem gewissen, allerdings zeitlich noch unbestimmten Ereignis abhängig war. Damit war die Kündigung nicht unter einer Bedingung, sondern unter einer Befristung erklärt (zur Abgrenzung vgl. Palandt/Heinrichs BGB 62. Aufl. § 163 Rdn. 1 m. w. N.). Die Befristung führt hier zur Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung.

aa) Für die Kündigung von Mietverträgen ist anerkannt, daß sie nicht von einer (echten) Bedingung abhängig gemacht werden kann, durch die der Empfänger in eine ungewisse Lage versetzt würde. Solche Kündigungen sind grundsätzlich unzulässig (Emmerich/Sonnenschein/Rolfs Miete 8. Aufl. § 542 Rdn. 28 m. N.; Blank in: Schmidt-Futterer Mietrecht 8. Aufl. § 542 Rdn. 16). Lediglich in Fällen, in denen der Geschäftspartner keiner Rücksichtnahme bedarf, z. B. weil er durch sie nicht in eine ungewisse Lage versetzt wird, läßt die herrschende Meinung (BGH, Urteil vom 4. April 1973 – VIII ZR 47/72 – BB 1973, 819; weitere Nachweise bei Staudinger/Sonnenschein BGB 13. Bearb. 1997 § 564 Rdn. 74) eine bedingte Kündigung zu. Zu Recht nimmt das Berufungsgericht an, daß für die Befristung einer Kündigung nichts anderes gelten kann.

Das Gesetz geht davon aus, daß für Bedingungen und Befristungen weitgehend übereinstimmende Regelungen gelten. Nach § 163 BGB gelten für die Zeitbestimmung die §§ 158, 160, 161 BGB, somit Bestimmungen des Rechts der Bedingung. Die Verweisung ist nicht vollständig. Auch andere Bestimmungen des Bedingungsrechts können Anwendung finden (statt aller Palandt/Heinrichs BGB 62. Aufl. § 163 Rdn. 3). Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte werden in der Regel auch als befristungsfeindlich angesehen (Erman/Hefermehl BGB 10. Aufl. § 163 Rdn. 4; MünchKomm/Westermann BGB 4. Aufl. § 163 Rdn. 5; Staudinger/Bork BGB 13. Bearb. 1996 § 163 Rdn. 9).

Bei der Kündigung handelt es sich um ein Gestaltungsrecht. Die Besonderheit der meisten Gestaltungsrechte besteht in der einer Person eingeräumten Rechtsmacht, einseitig in die Rechtsverhältnisse einer anderen Person einzugreifen. Diese muß aber, wenn sie schon der fremden Gestaltung unterworfen ist, vor Unbilligkeiten geschützt werden. Eine Unsicher-

heit, ob die Ausübung der Kündigung zu einer Umgestaltung führt, kann dem Gegner nicht zugemutet werden (Medicus Allgemeiner Teil des BGB 8. Aufl. Rdn. 89, 90). Für die Aufrechnung – ebenfalls ein Gestaltungsrecht – ordnet das Gesetz z. B. die Bedingungs- und Befristungsfeindlichkeit ausdrücklich an (§ 388 Satz 2 BGB). Der Aufrechnungsgegner soll nicht mit dem Schwebezustand belastet werden, der infolge einer Bedingung oder Befristung eintreten würde. Diese Interessenlage ist nicht nur bei der Aufrechnung, sondern auch bei anderen fremdwirkenden Gestaltungsrechten gegeben. Deshalb ist die Bedingungs- und Befristungsfeindlichkeit auf diese zu erweitern (Medicus a. a. O. Rdn. 849; Pawlowski Allgemeiner Teil des BGB 7. Aufl. § 4 Rdn. 617, 613 b).

bb) Die Revision kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, der Empfänger einer befristeten Kündigungserklärung werde keinen untragbaren Ungewißheiten über den neuen Rechtszustand ausgesetzt, da nicht die Auflösung des Vertragsverhältnisses, sondern lediglich der Zeitpunkt der Auflösung ungewiß sei. Für den Vermieter ist das Ende der Mietzeit von entscheidender Bedeutung, weil davon die Möglichkeit einer Neuvermietung abhängt. Daß eine außerordentliche Kündigung für einen späteren Zeitpunkt, also mit einer (bestimmten) Auslauffrist wirksam ausgesprochen werden kann (MünchKomm/Voelskow BGB 3. Aufl. § 564 Rdn. 10), spricht entgegen der Auffassung der Revision nicht für die generelle Zulässigkeit einer Befristung. Gewährt der Kündigende eine Auslauffrist, so steht der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung fest. Der Kündigende gewährt dem Vertragspartner damit die Möglichkeit, sich auf die Auflösung des Vertrages einzustellen. Eine Unsicherheit entsteht für ihn nicht.

Auch der Auffassung der Revision, der Vermieter werde nicht schlechter, sondern besser gestellt, wenn der Mieter anstelle der zulässigen fristlosen Kündigung nur befristet kündige, kann nicht gefolgt werden. Bei der fristlosen Kündigung durch den Mieter kann der Vermieter das Mietobjekt sofort weitervermieten. Der Mieter ist nämlich zum sofortigen Auszug nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet. Demgegenüber kennt der Vermieter im Falle der unbestimmten Befristung – wie hier – den Auszugstermin nicht und kann deshalb nicht verlässlich disponieren.

Sollte der Vermieter durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung veranlaßt haben, würde das es nicht rechtfertigen, ihn im Ungewissen zu lassen, für welchen Zeitpunkt der Mieter daraus Konsequenzen ziehen will. Das Gesetz sieht als Sanktion für vertragswidriges Verhalten die außerordentliche fristlose Kündigung vor. Eine weitere Sanktion ist nicht vorgesehen und auch nicht nötig.

b) Zutreffend hat das Berufungsgericht eine Minderung der Miete abgelehnt. Die dagegen erhobene Rüge greift nicht durch. Die Beklagte hat von den von ihr gerügten Mängeln im September 1999 Kenntnis erhalten. Gleichwohl hat sie bis 31. Juli 2000 den vollen Mietzins ohne Vorbehalt bezahlt. Dies bedeutet, daß sie sich nach der Rechtsprechung des Senats nicht mehr auf eine Minderung berufen kann (st. Rspr. des BGH, Senatsurteile vom 31. Mai 2000 – XII ZR 41/98 – NJW 2000, 2663, 2664 [= WM 2000, 416 f.]; vom 11. Dezember 1991 – XII ZR 63/90 – NJW-RR 1992, 267, 269 [= WM 1992, 313]). Soweit der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit Urteil vom 16. Juli 2003 – VIII ZR 274/02 [= WM 2003, 440] anders entschieden hat, bezog sich die Entscheidung auf das seit 1. September 2001 geltende Recht und ist deshalb nicht einschlägig.

c) Ohne Rechtsfehler geht das Berufungsgericht davon aus, daß sich die Beklagte nicht auf § 552 Satz 3 BGB a. F. berufen kann. Zwar ist in der Regel ein grober Vertragsbruch seitens des Mieters erforderlich, um ihm die Berufung auf § 552 Satz 3 BGB a. F. zu versagen (Senatsurteil BGHZ 122, 163 [= WM 1993, 364]). Die Rüge der Revision, von einem gro-

ben Vertragsbruch der Beklagten könne nicht ausgegangen werden, weil diese habe annehmen dürfen, daß ihre Kündigung wirksam sei, hat jedoch keinen Erfolg. Die Mieterin konnte nicht ernsthaft davon ausgehen, daß das Mietverhältnis durch die von ihr ausgesprochene Kündigung beendet war, nachdem der Vermieter sie durch ein Schreiben seines Anwalts unter anderem darauf hingewiesen hatte, daß Kündigungserklärungen zu einem unbestimmten Termin unwirksam seien. Auch die Mieterin war zu diesem Zeitpunkt rechtlich beraten. Daß solche Kündigungen wirksam sind, wird in der Literatur – soweit ersichtlich – nicht vertreten.

Soweit die Revision geltend macht, aufgrund von Umbau- und Modernisierungsarbeiten der Klägerin sei die Mietzahlungspflicht gemäß § 552 Satz 3 BGB a. F. entfallen, gelten diese Erwägungen entsprechend. Im übrigen haben die Beklagten nicht substantiiert dargelegt, welche Umbauarbeiten einer Überlassung im Wege gestanden hätten.

Ohne Erfolg rügt die Revision, der Kläger habe die Räume nicht an Dr. K., den bisherigen Untermieter, zu einem Mietzins vermieten dürfen, der weit unter dem mit Dr. K. vereinbarten Untermietzins gelegen habe; wenn – nach Auffassung des Klägers – das Mietverhältnis nicht beendet worden sei, habe es für Dr. K. keinen wichtigen Grund zur Kündigung des Untermietverhältnisses gegeben. Die Beklagte hat nicht dargelegt, daß eine Vermietung zu einem höheren Mietzins möglich gewesen wäre. Die Vermietung an Dr. K. zu einem niedrigeren Mietzins als im ursprünglichen Untermietvertrag war nicht pflichtwidrig. Nach den bindenden und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen hat sich der Kläger in ausreichender Weise um eine Neuvermietung bemüht.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Anm. d. Red.:** Das in den Gründen 2. b) zitierte Urteil des VIII. Zivilsenats des BGH vom 16. 7. 2003 (= WM 2003, 440) ist u. a. zur Wohnraummiete nach der Mietrechtsreform ergangen, die Revision war vom LG Frankfurt/Main mit Urteil vom 27. 8. 2002 (= WM 2002, 537 mit Anm. Wiek) zugelassen worden. Die Entscheidung dürfte auch im Gewerbebaumietverhältnis beachtlich werden, zumal der VIII. Zivilsenat bereits den „geschäftserfahrenen Mieter von Gewerbebaum“ in die Folgerungen aus seiner Entscheidung einbezieht (III. 3. der Entscheidungsgründe, vgl. Veröffentlichung in Wohnungswirtschaft und Mietrecht (WM) 2003, 440, 442).

**§§ 242, 326, 553 BGB a. F.**  
**Fristlose Kündigung im Dauerschuldverhältnis;**  
**Mietgarantie- und Mietverwaltungsvertrag**

**Ein vertragswidriges Verhalten des Gegners berechtigt im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses grundsätzlich nicht zur fristlosen Kündigung ohne vorherige Abmahnung, es sei denn, die Vertrauensgrundlage der Rechtsbeziehung ist derart erschüttert, daß sie auch durch die Abmahnung nicht wieder hergestellt werden kann.**

(BGH, Urteil vom 2. 3. 2004 – XI ZR 288/02)

**Zum Sachverhalt:** Die Kläger begehren die Rückgabe einer Bürgschaftsurkunde, die sie den Beklagten zur Absicherung von Ansprüchen aus einem Mietgarantie- und Mietverwaltungsvertrag übergeben haben. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Mit notariellem Vertrag vom 4. November 1998 erwarben die Beklagten von der Ehefrau des Klägers zu 2) ein Wohn- und Geschäftshaus in W., das die Klägerin zu 1) gemäß notariellem Bauvertrag vom selben Tag sanieren sollte. In dem ebenfalls an diesem Tag geschlossenen – nicht notariell beurkundeten – Mietgarantie- und Mietverwaltungsvertrag verpflichteten sich die Kläger gegenüber den Beklagten, die Vermietung und Verwaltung des Objekts für die Dauer bis zum

31. Dezember 2004 zu übernehmen. Zur Absicherung ihrer Verpflichtungen aus diesem Vertrag übergaben sie den Beklagten eine Bürgschaftsurkunde der Sparkasse M. vom 27. November 1998 über 48 000 DM. Nachdem die Beklagten am 31. Mai 1999 den Bauvertrag mit der Klägerin zu 1) gekündigt, deren Mitarbeiterin Hausverbot erteilt und in der Folge ein Maklerunternehmen mit der Vermietung des betreffenden Objekts beauftragt hatten, kündigten die Kläger ihrerseits den Mietgarantie- und Mietverwaltungsvertrag am 31. Januar 2000 fristlos. Sie verlangen die Rückgabe der Bürgschaftsurkunde und berufen sich darauf, die Beklagten hätten es ihnen nach der Kündigung des Bauvertrages mangels Angabe eines zuverlässigen Fertigstellungstermins und durch die Einschaltung einer anderen Maklerfirma unmöglich gemacht, verbindliche Verträge mit Mietinteressenten abzuschließen.

Das Landgericht Hannover hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht [OLG Celle] hat ihr stattgegeben. Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten hat der Senat die Revision zugelassen, mit der die Beklagten die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils begehren.

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

I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im wesentlichen ausgeführt: Der Mietgarantievertrag sei formgültig. Er sei nicht Bestandteil des Verpflichtungsgeschäfts zur Übertragung oder zum Erwerb des Grundstücks gewesen. Hierfür spreche schon, daß die Parteien den Bau- und den Grundstückskaufvertrag sowie den Mietgarantievertrag in getrennten Urkunden niedergelegt hätten. Auch seien die Vertragspartner jeweils nicht identisch gewesen. Schließlich seien die Parteien selbst bis zum Berufungsverfahren ausdrücklich von einer selbständigen Verpflichtung der Kläger zur Vermietung und Verwaltung ausgegangen, die auch unabhängig von der Erteilung des Bauauftrags für sich genommen wirtschaftlich sinnvoll sein könne. Die Kläger seien aber berechtigt gewesen, den Mietgarantievertrag fristlos zu kündigen, da sich die Beklagten vertragsuntreu verhalten hätten, als sie eine Maklerfirma mit der Vermietung des Objekts beauftragt hätten, ohne den Klägern die Verschiebung des avisierten Fertigstellungstermins sowie das nunmehr zu erwartende Bezugsfertigkeitsdatum mitzuteilen. Einer Abmahnung vor der fristlosen Kündigung habe es deshalb nicht bedurft. Die außerordentliche Kündigung sei auch nicht verfristet und außerdem als ordentliche Kündigung wirksam.

Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung im Hinblick auf ergänzenden schriftsätzlichen Vortrag der Beklagten hat das Berufungsgericht abgelehnt. Die Beklagten hätten im Anschluß an die schriftliche Mitteilung des Vorsitzenden Richters, daß der Senat die fristlose Kündigung entgegen seiner in der mündlichen Verhandlung geäußerten Auffassung doch für möglicherweise gerechtfertigt halte, ausreichend Gelegenheit zum Vortrag gehabt.

II. Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Überprüfung jedenfalls in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden sind allerdings die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Formgültigkeit des Mietgarantie- und Mietverwaltungsvertrages. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung war der Vertrag nicht wegen engen Zusammenhangs mit den beiden am selben Tag abgeschlossenen notariellen Verträgen – dem Bau- und dem Grundstückskaufvertrag – gemäß § 313 Satz 1 BGB a. F. beurkundungsbedürftig. Zwar ist auch eine für sich allein nicht formbedürftige Vereinbarung notariell zu beurkunden, wenn sie mit einem von den Beteiligten beabsichtigten Grundstückserwerb eine rechtliche Einheit bilden soll (BGHZ 101, 393, 396; BGH, Urteil vom 14. Juli 1994 – IX ZR 110/93, WPM 1994, 1711; Senatsurteil vom 22. Oktober 1996 – XI

ZR 249/95, WPM 1996, 2230, 2231 [=WM 1997, 55] m.w.Nachw.). Einen solchen Zusammenhang hat das Berufungsgericht hier aber nicht festgestellt. Wie es zu Recht ausgeführt hat, kommt es insoweit entscheidend darauf an, daß die Verträge nach den Vorstellungen der Beteiligten untrennbar voneinander abhängig sein sollen. Ob ein solches beurkundungsbedürftiges einheitliches Rechtsgeschäft vorliegt, ist eine Frage der vom Tatrichter vorzunehmenden Würdigung des Einzelfalles (BGHZ 78, 346, 349; 101, 393, 397 und BGH, Urteil vom 14. Juli 1994 – IX ZR 110/93, a. a. O., jeweils m.w. Nachw.). Diese hat das Berufungsgericht angesichts der Niederlegung der Verträge in verschiedenen Urkunden (vgl. BGHZ 101, 393, 396) und angesichts des für die Feststellung des übereinstimmenden Willens zu berücksichtigenden nachvertraglichen Verhaltens der Parteien (BGH, Urteile vom 24. Juni 1988 – V ZR 49/87, WPM 1988, 1599, 1600 und vom 26. November 1997 – XII ZR 308/95, NJW-RR 1998, 801, 803; BGH, Beschluß vom 3. April 2003 – BLW 33/02, Umdruck S. 3) in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise verneint. Gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Parteien hätten dadurch, daß sie sich nach der Kündigung des Bauvertrages übereinstimmend auf die rechtliche Unabhängigkeit und den Fortbestand des Mietgarantie- und Mietverwaltungsvertrags berufen haben, deutlich gemacht, daß nach ihrem Willen die Verträge nicht miteinander stehen und fallen sollten, ist revisionsrechtlich nichts zu erinnern.

2. Von Rechtsirrtum beeinflusst sind hingegen die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt ist, der Mietgarantie- und Mietverwaltungsvertrag sei durch die fristlose Kündigung der Kläger vom 31. Januar 2000 beendet worden.

a) Dabei kann dahinstehen, ob – wie die Revision geltend macht – die nur eingeschränkter revisionsrechtlicher Nachprüfung unterliegende (Senatsurteil vom 20. Mai 2003 – XI ZR 50/02, WPM 2003, 1416, 1417) tatrichterliche Entscheidung des Berufungsgerichts, es habe ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung vorgelegen, auf der Verletzung rechtlichen Gehörs beruht, weil das Berufungsgericht Vorbringen der Kläger verwertet hat, ohne den Beklagten Gelegenheit zur Erwiderung in einem nachgelassenen Schriftsatz zu geben.

b) Jedenfalls erweist sich die Annahme des Berufungsgerichts, die fristlose Kündigung sei auch ohne vorherige Abmahnung der Beklagten wirksam gewesen, mit der gegebenen Begründung als nicht haltbar. Wie die Revision zu Recht beanstandet, reicht entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts in aller Regel allein ein vertragswidriges Verhalten des Gegners für eine fristlose Kündigung noch nicht aus (BGH, Urteil vom 10. Mai 1984 – I ZR 94/82, WPM 1984, 1375, 1376). Vielmehr entspricht es einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, wie er etwa in dem Gebot der Nachfristsetzung bei Verzug oder in dem Erfordernis der Abmahnung bei vertragswidrigem Gebrauch der Mietsache zum Ausdruck kommt, daß bei Dauerschuldverhältnissen eine außerordentliche Kündigung grundsätzlich erst dann in Betracht kommt, wenn der andere Vertragsteil nachdrücklich auf die Folgen seiner Vertragswidrigkeit hingewiesen worden ist (BGH, Urteile vom 10. Mai 1984 – I ZR 94/82, a. a. O., vom 2. Mai 1991 – I ZR 184/89, NJW-RR 1991, 1266, 1267 und vom 9. Oktober 1991 – XII ZR 122/90, WPM 1992, 156, 157). Ausnahmsweise kann zwar etwas anderes gelten, wenn die Vertrauensgrundlage der Rechtsbeziehung derart erschüttert ist, daß sie auch durch die Abmahnung nicht wieder hergestellt werden kann (BGH, Urteile vom 2. Mai 1991 – I ZR 184/89, a. a. O. S. 1267 f. und vom 9. Oktober 1991 – XII ZR 122/90, a. a. O.). Dazu fehlt es bislang jedoch an Feststellungen des Berufungsgerichts. Daß die Beklagten den Klägern die Verschiebung des Fertigstellungstermins nicht mitgeteilt haben, reicht insoweit nicht aus.

3. Wie die Revision zu Recht geltend macht, kann die fristlose außerordentliche Kündigung vom 31. Januar 2000 entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht in eine wirksame ordentliche Kündigung umgedeutet werden. Zwar ist eine solche Umdeutung grundsätzlich möglich, wenn es ersichtlich der Wille des Kündigenden war, sich – wann auch immer – vom Vertrag zu lösen (BGH, Urteil vom 12. Januar 1981 – VIII ZR 332/79, NJW 1981, 976, 977 [=WM 1981, 106]). Eine Umdeutung setzt aber voraus, daß das Geschäft in das umgedeutet wird, zulässig ist. Das ist hier nicht der Fall. Eine ordentliche Kündigung des Dauerschuldverhältnisses scheidet nämlich bei einer festen Vertragslaufzeit aus (BGH, Urteil vom 12. März 2003 – XII ZR 18/00, WPM 2003, 1094, 1096 [= GuT 2003, 132], zur Veröffentlichung in BGHZ 154, 171 vorgesehen). Eine solche war hier aber vereinbart, da den Klägern die Vermietung und Verwaltung des Objekts ausweislich Ziffer 1 des Mietgarantie- und Mietverwaltungsvertrags bis 31. Dezember 2004 übertragen worden ist.

III. Das angefochtene Urteil war nach alledem aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, war sie an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dieses wird zur Frage der Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung des Mietgarantie- und Mietverwaltungsvertrags ohne vorherige Abmahnung unter Berücksichtigung des gesamten Vorbringens der Parteien ergänzende Feststellungen zu treffen haben.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 543, 569, 578, 242 BGB**  
**Konflikt zwischen Gewerbe- und Wohnraummietern;**  
**Kündigung aus wichtigem Grund;**  
**nachhaltige Störung des Hausfriedens; Swinger-Club;**  
**Wirkungen eines Vorprozesses**

**Hat der Vermieter den Mietvertrag über Gewerberäume zum Betrieb eines „Swinger-Clubs“ verlängert, obwohl er von Wohnungsmietern wegen Belästigungen durch den Gewerbebetrieb gerichtlich erfolgreich in Anspruch genommen worden war, hat er sich dadurch jedenfalls stillschweigend mit typischen „Emissionen“ (insbesondere Geräusche und Lärm aus den Clubräumen sowie von der Straße durch Gespräche von Kunden, Interessenten und An- und Abfahrt von Fahrzeugen) einverstanden erklärt; die tatsächliche Verfolgung des vereinbarten Betriebszwecks durch den Gewerbemietter ist daher nicht als nachhaltige Störung des Hausfriedens im Sinne des § 569 Abs. 2 BGB anzusehen.**

**Die fristlose Kündigung des Vermieters gegenüber einem solchen Gewerbemietter ist auch nicht durch die Nebeninterventionswirkung eines Vorprozesses gerechtfertigt, in welchem der Vermieter, dem der Gewerbemietter als Streithelfer beigetreten war, auf Widerklage eines Wohnungsmieters verurteilt worden ist, in dessen Wohnung Lärmbeeinträchtigungen durch den Gewerbebetrieb zu verhindern.**

**Eine zur fristlosen Kündigung berechtigte Störung des Hausfriedens liegt nicht schon darin, dass der Gewerbemietter mit seinem Betrieb gegen gewerberechtliche oder bauplanungsrechtliche Vorschriften verstößt, solange dadurch der Hausfrieden nicht tatsächlich gestört wird.**

**Der Vermieter kann sich zur Rechtfertigung seiner Kündigung des Gewerbemieters nicht nach § 242 BGB mit Erfolg darauf berufen, dass er von einem Wohnungsmietter erfolgreich wegen Störungen durch den Gewerbemietter in Anspruch genommen wurde, wenn der Vermieter selbst sehenden Auges durch Verlängerung des Mietvertrages zu diesen Störungen beigetragen hat.**

(KG, Urteil vom 1. 9. 2003 – 12 U 20/03)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt als Vermieterin nach Aussprache dreier fristloser Kündigungen von der Beklagten als Mieterin die Räumung von Gewerberäumen im Erdgeschoss des Hauses in Berlin; die Beklagte betreibt in den Räumen den Swinger-Club. Der im 2. OG des Hauses wohnende Mieter Dr. M. ist dem Rechtsstreit auf Klägerseite als Streithelfer beigetreten.

Das Landgericht Berlin hat der Räumungsklage nach Beweisaufnahme stattgegeben. Die Beklagte wendet sich hiergegen mit ihrer Berufung, die sie begründet hat:

1. Das Landgericht habe die Zeugenaussagen unzutreffend gewürdigt und sei deswegen zu dem falschen Ergebnis gelangt, vom Geschäftsbetrieb der Beklagten gingen erhebliche Beeinträchtigungen für die anderen Mieter des Hauses aus. Bei der Beweisaufnahme habe es sich nicht an seinen eigenen Beweisbeschluss vom 5. Juli 2002 gehalten, sondern sei rechtsfehlerhaft davon abgerückt und habe diesen bei der Würdigung der Zeugenaussagen nicht berücksichtigt. Kein einziger Zeuge habe die vom Kläger und dem Streitverkündeten behaupteten Verletzungen des Hausfriedens bestätigt.

2. Im Urteil sei zu Unrecht nicht zwischen angeblichen Lärmmissionen aus dem Lokal selbst und solchen von außen unterschieden worden – beide könnten eine Kündigung nicht rechtfertigen.

a) Soweit teilweise Zeugenaussagen auf das Vorhandensein von Schallbrücken innerhalb des Gebäudes hindeuteten oder zumindest eine teilweise nicht ausreichende Schallisolierung vermuten ließen, könne dies eine Kündigung nicht rechtfertigen; die Räume seien zur Nutzung als Gaststätte mit Getränkeausschank und Barbetrieb vermietet – es sei Sache des Vermieters, einen entsprechenden Schallschutz herzustellen. Ihm selbst seien behördliche Auflagen zum Schallschutz nicht erteilt worden. Außerdem sei es infolge technischer Maßnahmen unmöglich, die Musikanlage über den öffentlich-rechtlich zulässigen und für den Barbetrieb angemessenen Lautstärkepegel hinaus „aufzudrehen“. Die Einhaltung der Grenzen der öffentlich-rechtlichen Lärmschutzvorschriften indiziere, dass sich der Mietgebrauch in vertragsgemäßen Grenzen halte.

b) Auf Lärm, der außerhalb der Lokalräume entstehe, habe sie keinen Einfluss (Passanten, Autos). Sie bitte die Gäste zwar auf einem Hinweisschild um Rücksichtnahme, sei aber auf Appelle angewiesen.

3. Die Interessenabwägung des Landgerichts sei unvollständig und falsch. Allein im Betreiben des Clubs liege kein schuldhafter Vertragsverstoß, denn die Klägerin habe durch die Vertragsverlängerung nach dem Vorprozess ihr Einverständnis damit erklärt; die behördlichen Genehmigungen lägen vor. Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei der Standort unter den drei Lokalen der Beklagten der wichtigste.

Die Klägerin und ihr Streithelfer verteidigen das angefochtene Urteil.

Die Klägerin führt dazu aus, die Kündigungen seien formgerecht erklärt und die Beweisaufnahme habe ergeben, dass die Beklagte nachhaltig den Hausfrieden gestört habe und die Störungen von ihr zu vertreten seien.

Der Streithelfer trägt darüber hinaus vor, wegen der Nebeninterventionswirkung des Vorprozesses zwischen Klägerin und ihm vor dem Landgericht, in dem die hiesige Beklagte der Klägerin als Streithelfer beigetreten sei, sei die Beklagte zur Einhaltung der im dortigen Urteil ausgesprochenen Maßnahmen verpflichtet; zudem stehe dadurch fest, dass im Verhältnis zwischen der hiesigen Klägerin und der hiesigen Beklagten als deren damaliger Streithelferin eine nachhaltige Vertragsverletzung durch die Beklagte feststehe. Zudem han-

dele es sich um einen bordellartigen Betrieb, dessen Betrieb in einem allgemeinen Wohngebiet grundsätzlich unzulässig sei.

**Aus den Gründen:** B. Die Berufung der Beklagten ist erfolgreich: Das Mietverhältnis zwischen den Parteien ist nicht durch die Kündigungen der Klägerin vom 17. Januar 2002, 19. Februar 2002 und 11. Juni 2002 beendet worden, denn die Voraussetzungen einer hier einzig in Betracht kommenden Kündigung wegen nachhaltiger Störung des Hausfriedens durch die Beklagte (§§ 543 Abs. 1, 569 Abs. 2, 578 Abs. 2 BGB) liegen entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht vor.

I. Die Wirksamkeit fristloser Kündigungen eines Gewerbemietvertrages, die nach dem 31. August 2001 ausgesprochen worden sind (also nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts vom 19. Juni 2001, BGBl. I S. 1149), richten sich nach den hierdurch geänderten Vorschriften, insbesondere nach den §§ 543, 569 Abs. 2, 578 BGB.

1) Hiernach kann der Vermieter den Vertrag außerordentlich fristlos aus wichtigem Grund kündigen, wenn der Mieter den Hausfrieden so nachhaltig stört, dass dem Vermieter unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann (§§ 578 Abs. 2, 569 Abs. 2 BGB). Die Kündigung ist erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig; das gilt nicht, wenn eine Frist oder Abmahnung offensichtlich keinen Erfolg verspricht oder die sofortige Kündigung aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt ist (§ 543 Abs. 3 BGB).

a) Hausfrieden im Sinne dieser Kündigungsvorschriften ist das Erfordernis gegenseitiger Rücksichtnahme, das das Zusammenleben mehrerer Personen in einem Haus überhaupt erst erträglich macht (vgl. Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearbeitung 2003, § 569 BGB, Rn. 24 m.w.N.; Palandt/Weidenkaff, BGB, 62. Aufl. 2003, § 569 BGB, Rn. 12; Bamberger/Roth/Ehlert, BGB, 2003, § 569 BGB, Rn. 7 f.).

Pflichten eines Mieters zur Rücksichtnahme auf andere Mieter im Haus können sich dabei vornehmlich unter zwei rechtlichen Gesichtspunkten ergeben: Aus den Rechtsbeziehungen zwischen dem Mieter zum Vermieter sowie aus den Rechtsbeziehungen zwischen dem Mieter und anderen Mietern. Im Verhältnis zum Vermieter bestimmt sich der Umfang erlaubten Mietgebrauchs nach dem Mietvertrag und dem darin vereinbarten Mietzweck und Verhaltensregelungen. Für deren Auslegung gelten die allgemeinen Regeln der §§ 133, 157 BGB. Ansonsten sind die gesetzlichen Regelungen zum Mietgebrauch heranzuziehen. Im Verhältnis zu anderen Mietern gelten mangels unmittelbarer vertraglicher Abreden die Grenzen, die sich aus dem Besitzschutzrecht (insbesondere § 862 BGB – Ansprüche wegen Besitzstörung i.V.m. § 906 BGB analog – dazu OLG Düsseldorf OLGR 1997, 89 [= WM 1997, 221]) sowie dem Deliktsrecht ergeben. Ob sich Mieter untereinander auf die im Mietvertrag des jeweils anderen enthaltene Hausordnung berufen können, ist umstritten (dafür: OLG München WM 1992, 238; Palandt/Weidenkaff, a. a. O., § 535 BGB, Rn. 20 und 28; dagegen Horst, Praxis des Mietrechts, 2003, Rn. 959).

Eine Hausfriedensstörung i. S. d. § 569 Abs. 2 BGB kann in einem Verstoß des Mieters gegen Pflichten aus jedem dieser Rechtsverhältnisse bestehen. Sowohl ein Eingriff in die Vertragsrechte des Vermieters als auch in den vertragsgemäßen Gebrauch anderer Mieter kann eine Kündigungsbegrün-

dende Störung darstellen (vgl. LG Berlin GE 2003, 670 [= WM 2003, 208]; Staudinger/Emmerich, a. a. O., Rn. 24 m. w. N.).

b) Nur ein besonders schwerwiegender Verstoß des Mieters gegen die Verpflichtung zur Einhaltung des Hausfriedens kann eine fristlose Kündigung rechtfertigen. Dies ergibt sich nicht nur aus der Formulierung „nachhaltig“, sondern auch als Reflex aus § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB, der schon für eine ordentliche Kündigung einen nicht unerheblichen Pflichtverstoß verlangt und aus dem Erfordernis der Unzumutbarkeit weiteren Zuwartens bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses. Es genügt daher weder eine bloß geringfügige noch eine kurze und einmalige Störung. Vielmehr muss in der Regel Wiederholungs- oder Fortsetzungsgefahr bestehen; diese kann sich ebenso aus einem früheren gleichartigen Verhalten des Mieters ergeben wie aus seinem Verhalten nach Ausspruch der Kündigung (Staudinger/Emmerich, a. a. O., Rn. 26 m. w. N.). Maßgeblich für die Berechtigung der fristlosen Kündigung ist jedoch lediglich, ob bis zum Kündigungszugang eine nachhaltige Störung mit Wiederholungsgefahr vorgelegen hat (Palandt/Weidenkaff, a. a. O., § 543 BGB, Rn. 55).

c) Anders als bei § 554a BGB a. F. kommt es auf ein Verschulden des Mieters bei der Hausfriedensstörung nicht an; dieses ist lediglich bei der Zumutbarkeitserwägung zu berücksichtigen. Damit muss sich der Mieter die Störungen des Hausfriedens zurechnen lassen, die durch sein Verhalten verursacht worden sind und die adäquat darauf zurückgehen (das Verhalten des Mieters muss generell – und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen – geeignet sein, eine Hausfriedensstörung herbeizuführen, Adäquanztheorie; vgl. Palandt/Heinrichs, a. a. O., Vorb. v § 249 BGB, Rn. 59).

d) Eine fristlose Kündigung ist – als schärfste Maßnahme des Vermieters – nur dann gerechtfertigt, wenn ihm angesichts der Hausfriedensstörung die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zu einem Vertragsende durch fristgerechte Kündigung oder Ablauf einer vereinbarten Frist nicht zumutbar ist. Maßgeblich kommt es damit in diesem Zusammenhang auf die Folgen an, die ihn bei der Fortsetzung des Mietverhältnisses treffen; dafür sind die Folgen, die die anderen Mieter treffen, allenfalls mittelbar von Bedeutung.

2) Im Gewerbemietverhältnis bestehen – anders als im Wohnraummietrecht – keine besonderen Begründungsanforderungen für die Kündigung; § 569 Abs. 4 BGB mit der Pflicht, den wichtigen Grund in Kündigungsschreiben anzugeben, gilt im Gewerbemietrecht nicht; § 578 BGB verweist nicht auf diese Vorschrift.

II. In Anwendung dieser Grundsätze haben die drei von der Klägerin ausgesprochenen Kündigungen nicht zur Beendigung des Mietverhältnisses zwischen den Parteien geführt, so dass die Beklagte zur Herausgabe der Mieträume nicht verpflichtet ist.

1) Im Verhältnis zur Klägerin unmittelbar liegt eine kündigungsbegründende Hausfriedensstörung der Beklagten nicht vor, denn die Klägerin hat der Beklagten die Räume zum Betrieb eines Swinger-Clubs vermietet und dadurch jedenfalls stillschweigend ihr Einverständnis mit typischen „Emissionen“ erklärt, die mit dem Betrieb eines solchen Clubs verbunden sind. Die tatsächliche Verfolgung des vereinbarten Betriebszwecks kann die Klägerin der Beklagten nicht als vertragswidrige Hausfriedensstörung anlasten.

a) Zutreffend beruft sich die Beklagte darauf, die Klägerin habe jedenfalls mit der Verlängerung des ursprünglichen Mietvertrages durch die Nachtragsvereinbarung vom 22. Februar 2000 bis zum 8. Februar 2005 ihr Einverständnis mit der Nutzung als Swinger-Club erklärt. Der Klägerin war die tatsäch-

liche Nutzung, die von den Festlegungen im ursprünglichen Mietvertrag vom 1. März 1995 abwich (dort § 1 Nr. 1 „Gaststätte mit Getränkeauschank (ohne Küche) und Barbetrieb“), bekannt. Die damit verbundenen Probleme für die Wohnmieter waren im Vorprozess vor dem Amtsgericht Charlottenburg (20b C 182/96 [NZM 1999, 71]) und dem Landgericht Berlin (61 S 518/98 [NZM 2000, 377]) ausführlich zu Tage getreten. Dennoch hat die Klägerin den Vertrag in Kenntnis des Nutzungszwecks ohne Beanstandung insoweit verlängert. Ein Einverständnis mit dem Betrieb als Swingerclub überhaupt hat die Klägerin im Schriftsatz vom 24. Juni 2003 auch nicht in Abrede gestellt.

b) Entgegen der Auffassung der Klägerin und ihres Streithelfers ist die Beklagte weder infolge der Nebeninterventionswirkung des Vorprozesses noch durch das Begleitschreiben der Klägerin vom 22. Februar 2000 vertraglich gegenüber der Klägerin vertragsändernd verpflichtet worden, die vom Landgericht der Klägerin auferlegten Maßnahmen zur Vermeidung von Lärmbeeinträchtigungen zu ergreifen.

(1) Eine Pflicht der Beklagten, beim Betrieb des Swingerclubs die im Tenor zu 3 a) des am 23. September 1999 verkündeten Urteils des Landgerichts Berlin (61 S 518/98) bezeichneten Lärmbeeinträchtigungen in der Wohnung des dortigen Beklagten und hiesigen Streithelfers der Klägerin vollständig zu verhindern, ergibt sich nicht aus der Nebeninterventionswirkung aus dem Vorprozess nach §§ 74, 68 ZPO.

(a) Nach diesen Vorschriften wird der Streithelfer im Verhältnis zu der Hauptpartei des Vorprozesses in einem späteren Rechtsstreit nicht mit der Behauptung gehört, der Rechtsstreit, wie er dem Richter vorgelegen habe, sei unrichtig entschieden. Diese Bindungswirkung bezieht sich nicht nur auf die erstinstanzlich erkannte Rechtsfolge, sondern zusätzlich auf alle tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen der Entscheidung im ersten Prozess, also alle die Entscheidung tragenden Feststellungen, BGH NJW 1983, 820 (821).

(b) Im Vorprozess der Klägerin gegen den hiesigen Streithelfer ist die hiesige Beklagte auf Klägerseite als Streithelferin beigetreten. Damit kann sie sich jetzt im Folgeprozess nicht mit Erfolg darauf berufen, der Vorprozess sei falsch entschieden worden. Das Landgericht hat allerdings keineswegs entschieden, die Beeinträchtigungen infolge des Clubbetriebes stellen Hausfriedensstörungen der Beklagten dar. Es hat vielmehr ausschließlich im Verhältnis zwischen der Klägerin und dem hiesigen Streithelfer festgestellt, dass in der Zeit von November 1995 bis November 1996 der Mietzins wegen des Lärms i. S. d. § 537 BGB a. F. gemindert war und umgekehrt die Klägerin nach § 536 BGB a. F. mietvertraglich gegenüber dem hiesigen Streithelfer zur Mangelbeseitigung durch Verhinderung von Lärmbeeinträchtigung in dessen Wohnung verpflichtet ist. Dies besagt jedoch weder etwas zu einer seinerzeitigen kündigungsbegründenden Hausfriedensstörung nach § 554a BGB a. F. noch zu einer solchen Störung in den jetzt streitgegenständlichen Zeiträumen. Die im Termin zur mündlichen Verhandlung wiederholte Rechtsauffassung des Streithelfers, wegen der Interventionswirkung stehe eine Hausfriedensstörung durch die Beklagte bereits fest, und der jetzige Rechtsstreit betreffe nur noch die Frage, ob sie noch andauernde oder Wiederholungsgefahr bestehe, trifft daher nicht zu.

(2) Die Parteien haben auch nicht bei der Vertragsverlängerung vom 22. Februar 2000 die Einhaltung der vom Landgericht festgelegten Pflichten der Klägerin im Verhältnis zum Streithelfer zum Gegenstand ihres Mietvertrages gemacht.

Im Text des Nachtrages zum Mietvertrag vom 22. Februar 2000 ist davon nicht die Rede. Die dortigen Regelungen betreffen lediglich den Verlängerungszeitraum, den Mietzins und die Möglichkeit für die Beklagte, die Räume zu verpachten, unterzuvermieten oder das Gewerbe zu veräußern. Ansonsten

heißt es wörtlich: „Alle anderen Vereinbarungen aus dem o. g. Mietvertrag vom 1.3.95 bleiben durch den Nachtrag unberührt“.

Das zeitlich übersandte Begleitschreiben der Klägerin vom 22. Februar 2000 führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Keineswegs ist dort davon die Rede, der Vertrag sei durch die Aufnahme von Pflichten entsprechend dem Urteil vom 23. September 1999 geändert worden, solle entsprechend geändert werden oder werde nur unter der Bedingung verlängert, dass die genannten Maßnahmen berücksichtigt würden. Vielmehr enthält das Schreiben nur die – von der Verlängerung nicht abhängige – Aufforderung an die Beklagte, sich an das Landgerichtsurteil zu halten. Zu einer Änderung des bereits verlängerten Vertrages konnte dies nicht führen.

Ohne Erfolg berufen sich die Klägerin und ihr Streithelfer darauf, die Parteien hätten eine entsprechende Einschränkung der Nutzungsmöglichkeit mündlich vereinbart. Es mag sein, dass der Beklagten „anlässlich der mündlichen Verhandlungen über eine Vertragsverlängerung“ Einschränkungen mitgeteilt worden sind. Dies besagt jedoch nichts über einen Konsens der Parteien zur Übernahme in den Vertrag; der bereits genannte Vertragstext spricht dagegen.

c) Ein Verstoß der Beklagten gegen ihre nach dem Mietvertrag verbleibende allgemeine Pflicht zur Rücksichtnahme bei Verfolgung des vertraglich vereinbarten Betriebszweckes „Swinger-Club“ nach § 242 BGB ergibt sich aus dem behaupteten kündigungsbegründenden Geschehen nicht.

(1) In der Gestattung, in den Räumen einen Swinger-Club zu betreiben, liegt nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) zugleich die Hinnahme der typischen Folgen, die sich aus der Verfolgung dieses Betriebszweckes für die unmittelbare Umgebung ergeben. Solche erwartbaren Folgen sind während der Öffnungszeiten insbesondere die An- und Abfahrt von Kunden, Gespräche von Kunden oder Neugierigen vor dem Haus, aber auch – in gewissem Maße – das Herausdringen von Party- und anderen Geräuschen aus den Clubräumen in das Haus wie nach draußen. Entsprechend heißt es im Schriftsatz des hiesigen Streithelfers vom 2. August 2001 im Vorprozess u. a.: „Ganz offenbar ist der Betrieb eines derartigen Etablissements ohne die zu unterlassenden Beeinträchtigungen offenbar gar nicht möglich“.

(2) Entsprechend halten sich die gerügten Lärmemissionen (unbeschadet der Frage, ob sie für die Wohnungsmieter Belästigungen darstellen) jedenfalls im Rahmen dessen, womit beim Betreiben eines solchen Clubs zu rechnen ist, und damit im Rahmen des von der Klägerin Erlaubten.

(a) Die Klägerin hat die Kündigung vom 17. Januar 2002 auf Geschehnisse aus der Zeit vom 6. Dez. 2001 bis zum 15. Jan. 2002 gestützt, die in der Liste des Streithelfers vom 16. Januar 2002 aufgeführt sind. Diese Liste umfasst 15 Vorfälle unterschiedlicher Intensität. Davon betreffen neun Fälle Geräusche durch die An- und Abfahrt von Autos, dreimal mit lautem Sprechen verbunden; weitere 12 Fälle betreffen laute Musik. Ferner wird gerügt, einmal sei Erbrochenes vor dem Hauseingang gefunden worden.

Die mit der Klage vom 19. Februar 2002 vorsorglich weiter erklärte Kündigung enthält keinen Hinweis darauf, auf welches Geschehen sie gestützt werden soll.

Die Kündigung im Schriftsatz vom 11. Juni 2002 bezieht sich auf eine Liste vom 21. Mai 2002, betreffend den Zeitraum vom 14. März 2002 bis 30.05.2002. Die Liste umfasst weitere 16 Ereignisse, darunter sieben Fälle von Kfz-Lärm, vier Fälle lauten Sprechens sowie neun Fälle von Musik. Zudem soll sich eine Touristengruppe laut vor dem Clubeingang unterhalten haben und ein Besucher soll die Nachbareinfahrt blockiert haben mit der Folge, dass ein Anlieger mit seinem Fahrzeug laut gehupt habe.

(b) Diese behaupteten Geschehnisse sind sämtlich, auch in ihrem nächtlichen Auftreten, typische Begleiterscheinungen des Clubbetriebs. Es ist nicht überraschend oder außergewöhnlich, dass Gäste eines solchen Clubs – für andere wahrnehmbar – mit dem Taxi an- oder abfahren, sich vor der Clubtür unterhalten oder Musik nach außen dringt. Angesichts des genehmigten Vertragszwecks lässt sich das alles – soweit es der Beklagten überhaupt zuzurechnen ist – jedenfalls nicht als Vertragsverstoß der Beklagten als Betreiberin werten.

d) Entgegen der in der mündlichen Verhandlung vom Streithelfer persönlich nachhaltig vertretenen Auffassung läge eine zur Kündigung berechtigende Hausfriedensstörung i. S. d. § 569 Abs. 2 BGB nicht vor, wenn der Betrieb gegen gewerbe- oder bauplanungsrechtliche Bestimmungen verstoßen sollte. Zutreffend hat die Zivilkammer 61 des Landgerichts im Rechtsstreit zwischen der Klägerin und ihrem jetzigen Streithelfer (Az. 61 S 518/98) auf S. 4 des am 23. September 1999 verkündeten Urteils für den dortigen Sachverhalt ausgeführt, der Vermieter sei seinem Mieter gegenüber nicht zur Wahrung der Rechtsordnung verpflichtet, sondern nur zur Gewährleistung des vertragsgemäßen Gebrauchs. Dies trifft zu und gilt entsprechend auch im vorliegenden Fall: Nicht jeder Verstoß des Mieters beim Mietgebrauch gegen Rechtsvorschriften kann eine Kündigung wegen Hausfriedensstörung rechtfertigen, sondern nur ein Verstoß, der zugleich solche Pflichten des Mieters aus dem Mietvertrag verletzt, die konkret die Wahrung des Hausfriedens betreffen.

Dies wäre bei einem isoliert betrachteten Verstoß gegen Bauplanungsrecht oder Gewerbeamt durch den Betrieb des Clubs hier nicht der Fall. Es ist schon weder vorgetragen noch anderweitig ersichtlich, dass die zuständigen Behörden einen solchen Verstoß etwa durch einen entsprechenden Bescheid moniert hätten. Erst recht ist nicht erkennbar, dass sich allein aus dem behaupteten Verstoß gegen öffentliches Recht konkrete Konsequenzen für den Hausfrieden ergeben hätten. Der Streithelfer der Klägerin hat – auch im genannten Vorprozess – vorgetragen, es handele sich um einen bordellartigen Betrieb, der im allgemeinen Wohngebiet unzulässig sei, und ausgeführt, dieses Verbot diene bei der gebotenen typisierenden Betrachtung der Abwehr negativer „milieubedingter“ Auswirkungen derartiger Einrichtungen auf das soziale Klima im Wohnumfeld. Ob dies so ist, kann auf sich beruhen – jedenfalls hat sich dies nicht auf den Hausfrieden ausgewirkt. Wegen angeblich rechtswidrigen Betriebes des Clubs hat die Klägerin weder eine Abmahnung ausgesprochen noch eine Kündigung erklärt. Diese hat sie vielmehr jeweils auf konkrete Beeinträchtigungen gestützt.

2) Auf mögliche Beeinträchtigungen des Streithelfers als Wohnungsmieter durch den Clubbetrieb und darauf gestützte rechtliche Maßnahmen gegen sie kann sich die Klägerin zur Rechtfertigung der Kündigung nicht erfolgreich berufen. Es ist ihr angesichts der Vorgeschichte zuzumuten, das reguläre Ende des bis zum 28. Februar 2005 verlängerten Mietverhältnisses abzuwarten.

a) Die Rechtsordnung lässt widersprüchliches Verhalten einer Person grundsätzlich zu. Es ist niemandem unbenommen, seine einmal geäußerte Rechtsauffassung zu ändern und entsprechend zu handeln. Eine Grenze für selbstwidersprechendes Verhalten ergibt sich nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) dann, wenn durch das ursprüngliche Verhalten für den anderen Teil ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist oder wenn andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen: In diesem Fall wäre eine Änderung eine unzulässige Rechtsausübung (BGH NJW 1997, 3377, 3380; Palandt/Heinrichs, a. a. O., § 242 BGB, Rn. 55 ff. m.w. N.).

b) Es stellt einen hiernach unzulässigen Selbstwiderspruch dar, dass die Klägerin sich zur Kündigungsbegründung auf Störungen berufen will, die sich aus dem von ihr selbst erlaubten Betrieb als Swinger-Club ergeben.

(1) Zwar spricht vieles dafür, die Geschehnisse jedenfalls im Rechtsverhältnis zwischen der Beklagten und dem Streithelfer als Hausfriedensstörung i.S.d. § 569 Abs. 2 BGB zu werten. Jedenfalls die in der Wohnung des Streitverkündeten nach seiner Behauptung zu nächtlicher Zeit wahrnehmbare Musikwiedergabe im Club gehört zu der Art von Beeinträchtigung, die gegenüber Wohnungsmietern typischerweise eine Hausfriedensstörung darstellt. Dies hat das Landgericht zutreffend ausgeführt.

(2) Letztlich kann jedoch auf sich beruhen, ob die Klägerin, wie das Landgericht meint, die behaupteten störenden Geschehnisse bewiesen hat. Jedenfalls die Klägerin kann sich hierauf nicht zur Begründung der fristlosen Kündigung mit Erfolg berufen.

Sie hat den im Vorprozess und im vorliegenden Rechtsstreit mittelbar ausgetragenen Konflikt zwischen Gewerbe- und Wohnmietern durch eine entsprechende Vermietungsentscheidung sehenden Auges selbst herbeigeführt. Bei der Beklagten hat sie – zumal durch die bereits erörterte Vertragsverlängerung unter Hinnahme des Gewerbebezweckes – das berechtigte Vertrauen begründet, sie dürfe den Club mit den typischen Begleiterscheinungen weiterführen. Damit ist es ihr nach Treu und Glauben verwehrt, nunmehr fristlose Kündigungen mit diesen bei Vertragsschluss noch hingenommenen Begleiterscheinungen zu rechtfertigen.

Daran ändert auch der Hinweis auf mögliche weitere Zwangsvollstreckungsmaßnahmen des Streithelfers aus dem Urteil im Vorprozess nichts. Diese Maßnahmen sind nur die Konsequenz der gleichzeitigen Vermietung an Wohn- und Gewerbemietern und gehen letztlich auf eine Entscheidung der Klägerin zurück. Dass diese Entscheidung zu rechtlich möglicherweise nachteiligen Konsequenzen für sie führt, begründet keine Unzumutbarkeit, am Gewerbemietverhältnis noch bis zu dessen Beendigung durch Zeitablauf festzuhalten. Im übrigen trifft die vom Streithelfer geäußerte Auffassung nicht zu, bei Scheitern der Räumungsklage sei der im Vorprozess widerklagend erstrittene Titel gegen die Klägerin gegenstandslos: Es ist nicht erkennbar, dass der Klägerin damit sämtliche Möglichkeiten genommen wären zu verhindern, dass die dort bezeichneten Geräusche in der Wohnung des Streithelfers hörbar sind.

III. Die Revision wird nicht zugelassen, weil die Rechtsache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 ZPO).

Mitgeteilt von VRiKG Grieb, Berlin

**§ 164 BGB**  
**Vergabe von Bauleistungen durch den Hausverwalter**

**Die Vergabe von Bauleistungen durch den Hausverwalter wird, soweit sich aus den Umständen (§ 164 Abs. 1 Satz 2 BGB) nichts anderes ergibt, in der Regel für dessen Auftraggeber, gewöhnlich den Eigentümer, vorgenommen.**

**Der Umfang der vergebenen Arbeiten ist nicht entscheidend für die Frage, ob der Hausverwalter im eigenen oder in fremdem Namen gehandelt hat.**

(BGH, Urteil vom 8.1.2004 – VII ZR 12/03)

**Zum Sachverhalt:** Der Kläger verlangt Werklohn für Malerarbeiten, die in einigen Wohnungen einer mehr als 500 Ein-

heiten umfassenden Plattenbau-Wohnanlage erbracht worden sind. Die Arbeiten waren Teil der Sanierung der gesamten Anlage. Die Beklagte hat die Aufträge für die Malerarbeiten erteilt. Sie befaßt sich unter anderem mit Hausverwaltungen für die Erwerber der Plattenbauten.

Die Malerarbeiten haben nur einen kleinen Teil der Sanierung der Plattenbauten ausgemacht. Hauptsächlich sind die Sanierungsarbeiten ohne Beteiligung der Beklagten durch die Erwerber über deren Generalübernehmer vergeben worden. Daran waren der Kläger und sein Partner mit einem Bauwerkvertrag im Wert von mehreren Millionen DM beteiligt.

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte die Werkverträge über die Malerarbeiten im eigenen Namen geschlossen hat oder als Vertreterin der Erwerber.

Das Landgericht Rostock hat die Beklagte für passivlegitimiert gehalten und sie zur Zahlung von 36 467,83 DM verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Dagegen wendet sich die vom Berufungsgericht [OLG Rostock] zugelassene Revision des Klägers.

**Aus den Gründen:** Die Revision ist nicht begründet.

I. 1. Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat die Beklagte die Aufträge nicht im eigenen Namen erteilt, sondern namens und mit Vollmacht der Erwerber der Plattenbauten. Das ergebe sich aus den Umständen der Auftragserteilung. Die Beklagte habe die Aufträge ausdrücklich als Hausverwaltung vergeben. Bei größeren, über die normale Unterhaltung des Hauses hinausgehenden Aufträgen, wie sie hier vorlägen, sei im Zweifel davon auszugehen, daß sie im Namen des Hauseigentümers erteilt würden. Das entspreche den Interessen aller Beteiligten, auch des Auftragnehmers.

2. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

a) Ob ein von einem Hausverwalter abgeschlossener Werkvertrag über Bauleistungen am verwalteten Objekt regelmäßig als im Namen des Eigentümers erteilt zu betrachten ist und ob dies vom Umfang des Auftrags abhängt, ist in der Rechtsprechung bisher nicht abschließend entschieden (vgl. KG NJW-RR 1996, 1523; OLG Brandenburg ZMR 1997, 598; OLG Düsseldorf OLGR 2000, 1 sowie BauR 2000, 1210; jeweils m.w.N.). Die Frage ist dahin zu beantworten, daß die Vergabe von Bauleistungen durch den Hausverwalter, soweit sich aus den Umständen (§ 164 Abs. 1 Satz 2 BGB) nichts anderes ergibt, in der Regel für dessen Auftraggeber, gewöhnlich den Eigentümer, vorgenommen wird. Auf den Umfang der vergebenen Arbeiten kommt es nicht an. Voraussetzung ist stets, daß dem Auftragnehmer der Werkleistungen die Eigenschaft als Hausverwalter offen gelegt ist.

Daß der Hausverwalter nicht für sich, sondern für seinen Auftraggeber tätig wird, ist für Hausverwaltungen typisch und entspricht im allgemeinen den Interessen der Beteiligten. Wie jedem Unternehmer erkennbar ist, hat der Hausverwalter kein Interesse an der Vergabe von Bauleistungen im eigenen Namen. Sie kommen nicht der Hausverwaltung zugute, sondern dem Eigentümer. Diesem wiederum wird gewöhnlich daran gelegen sein, Ansprüche wegen Werkmängeln, die ihn unmittelbar betreffen, nicht erst nach einer Abtretung geltend machen zu können. Auch dem Auftragnehmer der Werkleistungen ist normalerweise besser damit gedient, nicht den Verwalter, sondern den Eigentümer als Vertragspartner und dessen Immobilie als Sicherheit zu haben.

b) Danach ist davon auszugehen, daß die Beklagte nicht im eigenen Namen gehandelt hat. Sie hat sich als Hausverwaltung ausgewiesen. Die Gesamtsanierung der Wohnanlage ist abgesehen von den Malerarbeiten ohne Mitwirkung der Beklagten und unter maßgeblicher Beteiligung des Klägers und seines Partners als Auftragnehmer vorgenommen worden. Dem Kläger waren die Umstände dieser Sanierung bekannt.

Hinreichende Anhaltspunkte dafür, daß die Malerarbeiten im Gegensatz zu den anderen Arbeiten nicht für die Erwerber, sondern für die Beklagte sollten erbracht werden, fehlen.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe weitere Umstände nicht ausreichend berücksichtigt, ist im wesentlichen eine revisionsrechtlich unbeachtliche Würdigungsrüge und auch im übrigen nicht begründet. Das von der Beklagten verwandte Briefpapier und die Vergabe der umfangreichen anderweitigen Aufträge durch andere Personen sprechen nicht für ein Handeln der Beklagten im eigenen Namen bei der Vergabe der Malerarbeiten. Daß dem Kläger die Eigentümer der Wohnanlage nicht bekannt waren, kann unterstellt werden, weil diese Kenntnis nicht entscheidend ist. Äußerungen schließlich des Geschäftsführers der Beklagten zur Abwicklung der Bezahlung der Malerarbeiten können dahinstehen. Abgesehen davon, daß es sich um nachvertragliches Verhalten handelt, besagen diese Äußerungen wenig über die Verhältnisse, weil auch die Zahlungsabwicklung zu den Aufgaben einer Hausverwaltung gehört.

II. 1. Die Beklagte hat nach Ansicht des Berufungsgerichts im Rahmen der ihr von den Erwerbern erteilten Verwaltungsvollmacht gehandelt. Diese umfasse den Abschluß von Werkverträgen auch der vorliegenden Größenordnung.

2. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Zwar ist die Auffassung des Berufungsgerichts fehlerhaft, die in der Vollmacht enthaltene Befreiung gemäß § 181 BGB besage etwas darüber, ob die Vollmacht auch den Abschluß von Werkverträgen umfaßt. Das kann jedoch auf sich beruhen. Nach der Vertragsklausel wird die Beklagte ausdrücklich bevollmächtigt, „alle Rechtsgeschäfte vorzunehmen . . . , die das Verwaltungsobjekt betreffen“. Es ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, diese Klausel so zu verstehen, daß sie auch den Abschluß von Werkverträgen über die hier fraglichen Arbeiten einschließt. Die Auffassung der Revision, der übliche Geschäftsbereich eines Hausverwalters beschränke sich auf Mietangelegenheiten, trifft nicht zu.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 133, 157, 535, 611, 631, 632 BGB**  
**Abgrenzung zwischen Miet- und Werkvertrag;**  
**Beweislast bei behaupteter Festpreisvereinbarung;**  
**Bühnenausstattung**

**1. Wird eine technische Bühnenausstattung (Verstärker, Beleuchtung etc.) zunächst nur vermietet und verpflichtet sich der Vermieter später auch zum Auf- und Abbau, liegt kein kombinierter Miet- und Dienstverschaffungsvertrag, sondern ein Werkvertrag vor.**

**2. Behauptet der Besteller substantiiert eine Festpreisvereinbarung, muss der Unternehmer beweisen, dass eine derartige Vereinbarung nicht getroffen wurde.**

(OLG Koblenz, Beschluss vom 13.1.2004 – 5 W 21/04)

**Zum Sachverhalt:** Der Antragsteller begehrt Prozesskostenhilfe für eine Klage, mit der er eine vertragliche Restvergü-

lung von 6553,60 € nebst Zinsen geltend machen will. Dazu hat er verschiedene Urkunden vorgelegt, unter anderem ein vom 14. April 2003 datierendes, vom Vertragspartner des Antragstellers unterzeichnetes Schriftstück, aus dem sich eine Gesamtzahlungspflicht von 5800 € ergibt, die im Übrigen auch zugestanden ist. Unstreitig hat der Vertragspartner des Antragstellers jedoch lediglich 5000 € gezahlt.

Das Landgericht Koblenz hat den Prozesskostenhilfeantrag mit der Begründung abgelehnt, es fehle an einem Beweisantritt für den geltend gemachten Anspruch. Dagegen wendet sich der Antragsteller mit seiner sofortigen Beschwerde.

**Aus den Gründen:** Das zulässige Rechtsmittel ist weit überwiegend unbegründet; nur wegen eines Teilbetrages von 800 € nebst Zinsen hat es einen vorläufigen Erfolg.

Die äußerst knapp gehaltene, den Erfordernissen gerichtlicher Begründungspflicht soeben noch genügende Entscheidung des Landgerichts ist im Ergebnis richtig, soweit sie dem Antragsteller Prozesskostenhilfe für einen Betrag von mehr als 800 € nebst Zinsen versagt. Das ergibt sich aus folgendem:

Nach dem Antragsvorbringen hatten die Parteien auf der Grundlage des zweiten Angebotes vom 30. März 2003 ursprünglich einen Mietvertrag geschlossen. Der Antragsteller als Vermieter hatte sich verpflichtet, seinem Vertragspartner gegen Entgelt die Nutzung verschiedener elektrischer und elektronischer Geräte für eine Konzertveranstaltung zu überlassen. Diese Vereinbarung wurde jedoch später ergänzt und modifiziert, indem die Parteien am 14. April 2003 schriftlich fixierten, dass dem Antragsteller auch der Aufbau und die Montage der Mietgeräte obliegen sollte. Die schriftliche Vereinbarung ist mit „Dienstleistungsvertrag“ überschrieben. Nach Auffassung des Senats ist diese Bezeichnung für die rechtliche Einordnung des Vertrages jedoch bedeutungslos. Entscheidend ist allein, wie die Parteiabsprachen rechtlich zutreffend zu würdigen sind. Der Senat ist der Ansicht, dass es sich um einen Werkvertrag handelt, weil der Antragsteller nunmehr einen Erfolg, nämlich den funktionsbereiten Aufbau der Ausrüstung für die Konzertveranstaltung schuldet. Ob zwei gesonderte Verträge vorliegen, wenn ein Gegenstand ursprünglich nur gekauft oder gemietet war, der Verkäufer oder Vermieter sich vor Erfüllung der ursprünglichen Leistungspflicht jedoch verpflichtet, die verkaufte oder vermietete Sache auch aufzubauen und zu montieren, oder ob dann von einem neuen einheitlichen Vertrag auszugehen ist, muss durch Auslegung der jeweiligen Vertragsabsprachen (§§ 133, 157 BGB) ermittelt werden.

Diese Auslegung führt hier zu dem Ergebnis, dass die Parteien den Mietvertrag vom 30. März 2003 am 14. April 2003 in einen Werkvertrag geändert haben. Nach dem bisherigen Sach- und Streitstand ist nämlich davon auszugehen, dass der Vertragspartner des Antragstellers wider Erwarten außerstande war, den technisch anspruchsvollen Aufbau der gemieteten Gegenstände selbst vorzunehmen. Mit der neuen Absprache, wonach die zuvor lediglich gemietete Anlage nunmehr „konzertfähig“ anzuliefern und aufzubauen war, wurde jetzt dieser Gesamterfolg geschuldet. Das auf einen einheitlichen Erfolg gerichtete Vertragsinteresse des Auftraggebers verbietet es, die neue Vereinbarung in zwei getrennte Verträge (Mietvertrag und gesonderter Dienst- oder Werkvertrag) aufzuspalten. Dies gilt um so mehr, als die jederzeitige Kündigungsmöglichkeit nach § 621 Nr. 5 BGB nicht interessengerecht wäre, weil eine Kündigung die dann gleichwohl fortbestehende Zahlungspflicht aus dem zuvor abgeschlossenen Mietvertrag nicht beseitigt hätte, der bloße Besitz bei fehlender Nutzungsmöglichkeit für den Auftraggeber jedoch nicht von Interesse war. Nach alledem erscheint es sachgemäß, in

## GuT-Einbanddecke

(Jahrgänge 2001–2003, Hefte 1–13)

(9,50 EUR zzgl. MwSt und Porto)

### Nachbestellung lieferbarer Einzelhefte

(je 1,50 EUR zzgl. 2,- EUR Versandpauschale zzgl. MwSt)

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH

Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn

Telefax: 0228 / 47 09 54 · e-mail: info@prewest.de

der am 14. April 2003 getroffenen Parteivereinbarung einen Werkvertrag zu sehen, durch den der Mietvertrag vom 30. März 2003 ersetzt und ergänzt wurde.

Zu dem Werkvertrag trägt der Besteller vor, man habe sich auf eine Gesamtvergütung von brutto 5800 € geeinigt. Dagegen behauptet der Antragsteller, er habe auf der Grundlage seiner AGB nach Aufwand abrechnen sollen.

Die Frage, wer in einem derartigen Fall beweispflichtig ist, beantworten § 631 und § 632 BGB. Da das Gesetz in § 631 Abs. 1 BGB die Vereinbarung einer Vergütung als Regel ansieht und § 632 Abs. 2 BGB nur bei fehlender Vereinbarung auf die taxmäßige oder die übliche Vergütung verweist, muss nach Auffassung des Senats der Auftragnehmer den vom Auftraggeber erhobenen Einwand widerlegen, eine betragsmäßig festgelegte Vergütung sei bindend vereinbart worden. Dabei wird nicht verkannt, dass diese Beweislastverteilung im Einzelfall Manipulationsversuche begünstigen kann, wenn ein unlauterer Auftraggeber dem Werkunternehmer die tatsächlich geschuldete taxmäßige oder übliche Vergütung (§ 632 Abs. 2 BGB) vorenthalten oder schmälern will. Dieser Gefahr ist jedoch durch höhere Anforderungen an die Substantiierungspflicht des eine Festpreisvereinbarung behauptenden Auftraggebers und eine weniger weitreichende Darlegungspflicht des Auftragnehmers Rechnung zu tragen (vgl. zum Ganzen BGH NJW-RR 1996, 952–953 m.w.N.).

Das führt hier zu folgendem Ergebnis:

Die vom Auftraggeber behauptete Festpreisvereinbarung vom 14. April 2003 über 5800 € ist urkundlich belegt. Die von der sofortigen Beschwerde demgegenüber aufgestellte Behauptung, insgesamt könnten acht Zeugen bestätigen, dass der Klagevortrag zutreffend, hat das Landgericht in der Nichtabhilfeentscheidung zu Recht als unzureichend angesehen. Der Antragsteller hat nicht aufgezeigt, wann und unter welchen Umständen die Festpreisvereinbarung vom 14. April 2003 später wieder geändert worden sein könnte. Der pauschale Hinweis auf acht Zeugen genügt insoweit nicht. Die sofortige Beschwerde war daher zurückzuweisen, soweit der Antragsteller PKH für eine Klage auf Zahlung eines Betrages von mehr als 800 € nebst Zinsen begehrt.

Soweit das Landgericht dem Antragsteller Prozesskostenhilfe auch wegen dieses Betrages verweigert hat, beruht die angefochtene Entscheidung auf einem Verfahrensfehler; sie kann auch nicht als im Ergebnis zutreffend bestätigt werden. Der Einzelrichter hat übersehen, jedenfalls aber nicht berücksichtigt, dass zwischen den Parteien unstrittig ist, dass der Auftraggeber nach eigenem Geständnis den schriftlich vereinbarten Pauschalpreis von 5800 € schuldete, jedoch bisher lediglich 5000 € gezahlt hat. Unstrittig bedarf im Zivilprozess keines Beweises. Die Erwägung, es fehle an einem Beweisantritt des Antragstellers, geht daher insoweit am Sachverhalt vorbei.

Das Landgericht wird daher den Prozesskostenhilfeantrag nicht aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung ablehnen können.

Für die gebotene Prüfung der persönlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen einer PKH-Bewilligung weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass der Antragsteller seinen Gewerbebetrieb zwischenzeitlich eingestellt hat. Das führt zu der Frage, ob er das Betriebsvermögen nicht gewinnbringend veräußert hat oder veräußern muss, um aus dem Erlös die Prozesskosten zu bestreiten.

Wenn der Auftraggeber gegen den Zahlungsanspruch von 800 € nebst Zinsen nichts Entscheidungserhebliches mehr einzuwenden hat, kann sich auch anbieten, kostensparend einen gerichtlichen Vergleich im Verfahren nach § 118 Abs. 1 Satz 3 ZPO zu protokollieren.

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

**§§ 535, 249 BGB**

**Kfz-Leasing; Verkaufsmobil mit Hähnchengrill; Differenzersatzung von vereinbartem Restwert und Händlereinkaufswert**

**1. Die Differenz zwischen vereinbartem Restwert und Händlereinkaufswert steht nach der Verwertung des Leasingfahrzeugs grundsätzlich dem Leasinggeber zu.**

**2. Haben die Parteien eine Ausgleichspflicht des Leasingnehmers nur für den Fall eines niedrigeren Veräußerungserlöses vereinbart, so kommt ein Anspruch des Leasingnehmers auf einen den Restwert übersteigenden Erlös in Betracht.**

**3. Der Leasinggeber kann aber vorab Schadensersatz wegen Rückgabe des Leasinggegenstands in nicht vertragsgemäßem Zustand beanspruchen.**

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 6.11.2003 – I-24 U 105/03)

**Zum Sachverhalt:** Die Parteien schlossen im März/April 1997 einen Leasingvertrag über ein Fahrzeug. Dem Leasingvertrag lagen die AGB der Leasinggeberin zu Grunde.

AGB Nr.16.3 lautet u. a.: „Entspricht der Händlereinkaufswert des Leasinggegenstands nicht mindestens dem vertraglich vereinbarten Restwert (hier 31470 DM), so ist der Leasingnehmer verpflichtet, dem Leasinggeber den Differenzbetrag zu erstatten. Bei der Bewertung bleibt eine schadenbedingte Wertminderung außer Betracht, soweit der Leasinggeber hierfür bereits eine Entschädigung erhalten hat.“

Ende Mai 2000 erhielt die Klägerin den Verkaufswagen zurück. Durch Sachverständigengutachten wurde der Einkaufswert mit 52 900 DM beziffert. Wegen Reparaturbedürftigkeit des Fahrzeugs verlangte die Klägerin von dem Beklagten 14 028,50 DM abzüglich eines Vorteils von 941,20 DM. Das Landgericht Wuppertal hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte im Wesentlichen Erfolg.

**Aus den Gründen:** Die zulässige Berufung der Klägerin hat ganz überwiegend Erfolg. Das Landgericht hat ihr zu Unrecht den beanspruchten Schadensersatz verweigert.

1. Die Summe von 6842,18 € steht der Klägerin als Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung zu. Nach dem Gutachten des Sachverständigen B. vom 17. Juni 2000 wies das streitige Leasingfahrzeug, ein Verkaufsmobil mit Hähnchengrill, erhebliche Schäden auf, die bei einer Reparatur Kosten von netto 14 028,50 DM hervorgerufen hätten. Unter Anrechnung von Vorteilen (neu für alt 941,20 DM) sowie der Gutachterkosten von 707,- DM abzüglich der Gutschrift von 412,16 DM führt das zu der oben genannten Summe von 13 382,14 DM (= 6812,18 €).

a) Der Leasingvertrag der Parteien einschließlich der Leasingbedingungen sieht nur eine konkrete Regelung für den Fall vor, dass der Händlereinkaufswert nicht mindestens dem vereinbarten Restwert entspricht. Gemäß Nr.16 Ziffer 3 Absatz 2 der Leasingbedingungen ist der Leasingnehmer dann verpflichtet, dem Leasinggeber den Differenzbetrag zu erstatten.

b) Dieser Fall ist hier jedoch nicht gegeben, sondern das Fahrzeug wies trotz des oben genannten reparaturbedürftigen Zustands einen höheren Händlereinkaufswert auf als den vereinbarten Restwert. Die Differenz zwischen beiden Werten kommt der klagenden Leasinggeberin zugute, weil sie Eigentümerin des Fahrzeugs ist und eine andere, zugunsten des beklagten Leasingnehmers gehende Regelung nicht vereinbart ist (zur Zulässigkeit einer solchen vertraglichen Ausgestaltung vgl. Senat ZMR 2003, 422 = NJW-RR 2003, 775 [= GuT 2003, 46] unter 1. a) aa).

c) Dies greift auch der Beklagte im Grundsatz nicht an. Er ist jedoch mit dem Landgericht der Meinung, dass die Vertragsgestaltung einen weiteren Ersatzanspruch der Klägerin ausschließe. Dem kann der Senat nicht folgen:

Entscheidend ist die Verpflichtung des Leasingnehmers, Wartungs- und Reparaturarbeiten pünktlich und unverzüglich ausführen zu lassen. Dies haben die Parteien gemäß Nr. 12 Ziffer 1 Satz 1 der Leasingbedingungen in zulässiger Weise vereinbart. Diese Verpflichtung hat der Beklagte, wie das oben genannte Gutachten deutlich ausweist, in erheblichem Umfang verletzt. Seine Behauptung, es seien nur Gebrauchsspuren aufgrund vertragsgemäßen Gebrauchs entstanden, wird durch das Gutachten widerlegt, in dem unter anderem eine gerissene Windschutzscheibe, eingedrückte Teile (Tür, Heckblech, Dachrandprofile, Wartungsklappe, Abdeckbleche, Seitenwand, Rückwand), beschädigte Teile (Verkaufsklappe, Hecktürschloss, Türschweller, Türfeststeller, Fußschalter für Hygieneschrank, Umrissleuchte, Gehäuse der HQI-Strahler, Außenspiegel) und fehlende Teile (Scheiben für Grill, Abdeckung Hygieneschrank, Grillspieße, Begrenzungsleuchten) aufgeführt sind. Angesichts der detaillierten Ausführungen des Sachverständigen genügt das bloße Bestreiten des Beklagten nicht, um die gutachterlichen Feststellungen in Zweifel zu ziehen.

Bei dieser Sachlage versteht es sich von selbst, dass der vom Sachverständigen geschätzte Händlereinkaufswert ohne die dort festgestellten Mängel erheblich höher ausgefallen wäre. Die Höhe dieser Differenz schätzt der Senat gemäß § 287 ZPO auf die Höhe der vom Sachverständigen ermittelten Reparaturkosten.

Würde nun der Klägerin verweigert, die Differenz zwischen dem Händlereinkaufswert bei beschädigtem Zustand und dem erhöhten Händlereinkaufswert in unbeschädigtem Zustand gegenüber dem Beklagten geltend zu machen, so würde dieser erhebliche finanzielle Vorteile dadurch erlangen, dass er das Fahrzeug entgegen seinen Verpflichtungen, notwendige Reparaturen sogleich ausführen zu lassen, in erheblich beschädigtem Zustand zurückgegeben hat. Eine solche Besserstellung des Leasingnehmers trotz erheblicher Pflichtverletzungen ist aber weder aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Leasingvertrages einschließlich der Leasingbedingungen noch aufgrund der allgemeinen Grundsätze des Leasingrechts gerechtfertigt:

Der Grundsatz, dass der Leasinggeber je nach Gestaltung des Leasingvertrages im Wege der Voll- oder Teilarmortisation sein eingesetztes Kapital armortisiert zurückerhält, hat nicht zur Folge, dass er einen durch Vertragsverletzung des Leasingnehmers entstandenen finanziellen Nachteil gegenüber diesem nicht durchsetzen dürfte. Auch die Ausgestaltung des Leasingvertrages und der Leasingbedingungen zwischen den Parteien führt hier nicht zu einem anderen Ergebnis. Der hier gegebene Fall ist nicht ausdrücklich geregelt, so dass es – wie oben ausgeführt – bei dem allgemeinen Grundsatz verbleibt, dass dem Leasinggeber ein den Restwert übersteigernder Händlereinkaufswert gebührt. Die Geltendmachung eines weitergehenden Schadens ist durch die Leasingbedingungen nicht ausgeschlossen.

Zwar mögen die Vereinbarung eines verbindlichen Restwertes am Ende der Leasingzeit, das Andienungsrecht des Leasinggebers zum vereinbarten Restwert sowie die weiter vereinbarte Ausgleichsverpflichtung des Leasingnehmers bei Nichterreichen des Restwertes auf den ersten Blick den Eindruck erwecken, mehr als ein Ausgleich bis zum Restwert könne auf den Leasingnehmer am Ende der Vertragslaufzeit nicht zukommen. Diese Betrachtung ließe aber außer Acht, dass er selbstverständlich die ihm obliegenden Pflichten aus dem Leasingvertrag zu erfüllen und bei Verletzung dieser Pflichten für einen eventuellen Schaden einzustehen hat. Die Vertrags-

bedingungen geben keinen konkreten Anhaltspunkt dafür, dass diese sich aus dem allgemeinen Recht ergebende Rechtsfolge hier nicht eingreifen sollte.

2. Die Zinsentscheidung ergibt sich aus § 288 Abs. 2 BGB a. F. in Verbindung mit der Tatsache, dass die Klägerin die Inanspruchnahme von Bankkredit belegt hat, ab 1. Januar 2002 gilt § 288 Abs. 2 BGB in der Fassung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 26. November 2001.

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO).

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

### § 1004 BGB „Fremdbefüllung“ des Flüssiggastanks

**Stellt ein Lieferant von Flüssiggas Kunden im Rahmen eines Gaslieferungsvertrages, der die Kunden verpflichtet, ihren Bedarf an Flüssiggas allein bei ihm zu decken, gegen Nutzungsentschädigung Gasbehälter zur Verfügung, die nach den vertraglichen Vereinbarungen Eigentum des Lieferanten sind und bleiben, so erfüllt eine auf Veranlassung eines Kunden durch einen anderen Gaslieferanten ohne Einwilligung des Eigentümers vorgenommene Befüllung des Gasbehälters den Tatbestand einer Eigentumsbeeinträchtigung i. S. von § 1004 Abs. 1 BGB.**

**Der Eigentümer ist nicht gemäß § 1004 Abs. 2 BGB zur Duldung einer solchen „Fremdbefüllung“ verpflichtet, weil sie nach seinem Vertrag mit dem Kunden keine bestimmungsgemäße Nutzung des Gasbehälters ist.**

(BGH, Urteil vom 15. 9. 2003 – II ZR 367/02)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin macht gegen die Beklagte einen Unterlassungsanspruch wegen Verletzung ihres Eigentums an einem Flüssiggastank geltend.

Beide Parteien handeln mit Flüssiggas. Die von der Klägerin formularmäßig abgeschlossenen Lieferverträge verpflichten ihre Kunden, ihren Bedarf an Flüssiggas während der Vertragslaufzeit ausschließlich bei der Klägerin zu decken. Im Rahmen dieser Verträge stellt die Klägerin ihren Kunden gegen Nutzungsentschädigung Gasbehälter zur Verfügung, die nach den vertraglichen Vereinbarungen, da nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden, unpfändbares und freies Eigentum der Klägerin bleiben.

Auf Grund Liefervertrages vom 4./9. September 1996 stellte die Klägerin bei dem Landwirt J. K. einen oberirdischen, mit dem Firmenlogo der Klägerin versehenen Gastank auf. Die Laufzeit des Vertrages war mit 15 Jahren vereinbart. Am 13. Dezember 2000 befüllte die Beklagte im Auftrage K. diesen Tank. Hierin sieht die Klägerin eine Eigentumsbeeinträchtigung i. S. von § 1004 Abs. 1 BGB.

Landgericht Münster und Oberlandesgericht Hamm haben dem Begehren der Klägerin, die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen, im Eigentum der Klägerin stehende, mit deren Eigentumsaufklebern versehene Gastanks ohne Einwilligung der Klägerin zu befüllen bzw. befüllen zu lassen, stattgegeben. Mit ihrer – zugelassenen – Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter.

**Aus den Gründen:** Die Revision ist nicht begründet.

1. Entgegen der Ansicht der Revision wird die Anwendbarkeit von § 1004 Abs. 1 BGB im gegebenen Fall nicht durch die Regelungen des § 1 UWG ausgeschlossen.

Es kann dahinstehen, ob der Klägerin eine Berufung auf den durch § 1004 BGB eröffneten Eigentumsschutz nach Treu und Glauben zu versagen wäre, wenn es ihr ausschließlich da-

rum ginge, Besitzstände gegen eine sich verändernde Marktlage zu schützen. Allein das Bestehen einer Konkurrenzsituation der Parteien vermag eine solche Annahme nicht zu rechtfertigen und den von § 1004 BGB gewährten Schutz des Eigentums als eines absoluten Rechts nicht in Frage zu stellen.

2. Das Berufungsgericht hat dem Unterlassungsbegehren der Klägerin mit Recht aus dem Gesichtspunkt des § 1004 Abs. 1 BGB stattgegeben. Mit der Befüllung des bei dem Kunden K. aufgestellten Tanks hat die Beklagte Eigentum der Klägerin in anderer Weise als durch Besitzentziehung oder -vorenthaltung beeinträchtigt, ohne daß die Klägerin die Beeinträchtigung nach § 1004 Abs. 2 BGB hätte dulden müssen. Die Beklagte hat die aus ihrem Verstoß gegen § 1004 Abs. 1 BGB resultierende Wiederholungsfahrer nicht ausgeräumt.

a) Das Oberlandesgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß die Klägerin am 13. Dezember 2000 Eigentümerin des bei ihrem Kunden K. aufgestellten Gasbehälters war und das Eigentum daran auch in der Folgezeit nicht verloren hat.

Die für K. streitende Vermutung des § 1006 Abs. 1 BGB ist durch die unstrittigen Umstände widerlegt: Nach der – von der Revision nicht beanstandeten – Feststellung des Berufungsgerichts ist zwischen den Parteien unstrittig, daß der Tank ursprünglich jedenfalls im Eigentum der Klägerin stand. Aus dem Liefervertrag vom 4./9. September 1996 ergibt sich, daß die Klägerin das Eigentum daran bei Aufstellung des Behälters nicht auf K. übertragen hat. Nach Nr. 7 des Vertrages sollte der Tank, weil nur zu vorübergehendem Zweck mit Grund und Boden verbunden, unpfändbares und freies Eigentum der Klägerin bleiben. Die Beklagte trägt weder eine nachträgliche Änderung dieser Vereinbarung vor noch Umstände, die den Schluß auf einen dennoch erfolgten Übergang des Eigentums an dem Behälter auf K. rechtfertigen können, so daß das Berufungsgericht mit Recht die Eigentümerstellung der Klägerin als fortbestehend angesehen hat, ohne den Beweisangeboten der Beklagten nachzugehen.

Diese Beweisangebote waren entgegen der Ansicht der Revision unerheblich. Mit ihnen sollte die Behauptung der Beklagten bewiesen werden, K. habe ihr erklärt, nicht in Vertragsbeziehungen zu einem anderen Flüssiggaslieferanten zu stehen und Eigentümer des bei ihm aufgestellten Tanks zu sein. Für die Frage, ob die Klägerin am 13. Dezember 2000 Eigentümerin des Tanks war und weiterhin ist, kommt es jedoch nicht darauf an, ob K. sich der Beklagten gegenüber als Eigentümer bezeichnet hat. Maßgebend ist allein, ob die Klägerin das Eigentum an dem Gasbehälter, das ihr nach dem unstrittigen Parteivorbringen ursprünglich zustand, auf K. übertragen oder sonstwie an ihn verloren hat. Hierfür ergibt sich aus den unter Beweis gestellten Äußerungen K. nichts.

b) Da K. nach dem Liefervertrag mit der Klägerin nur berechtigt war, den Gasbehälter mit von der Klägerin geliefertem Flüssiggas befüllen zu lassen, hat das Berufungsgericht die von K. veranlaßte Tankbefüllung durch die Beklagte mit Recht als Beeinträchtigung des Eigentums der Klägerin i. S. von § 1004 Abs. 1 BGB gewertet.

Angesichts der vertraglich vereinbarten Beschränkung der Nutzung des Behälters nur zur Befüllung mit Flüssiggas der Klägerin war die Befüllung durch die Beklagte bestimmungswidrig. Weil K. nur das Recht zur Befüllung des Tanks mit von der Klägerin geliefertem Gas zustand, konnte er – entgegen der Ansicht der Revision – der Beklagten das Recht, den Behälter mit ihrem Gas zu befüllen, nicht wirksam einräumen. Die Befüllung durch die Beklagte mußte deshalb von der Klägerin nicht gemäß § 1004 Abs. 2 BGB geduldet werden. Der Auffassung der Revision, der Verstoß gegen die vertragliche Beschränkung der Behälternutzung könne nur zu

schuldrechtlichen Konsequenzen im Verhältnis der Klägerin zu K. führen, nicht aber dingliche Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte auslösen, kann nicht gefolgt werden.

Das gilt unabhängig davon, ob die Vereinbarung einer 15-jährigen Laufzeit für den Liefervertrag gegen § 9 AGB-Gesetz verstieß, weil ein Wegfall der Bezugsverpflichtung, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, den Kunden nicht zur Vornahme von Fremdbefüllungen berechtigte.

c) Die Beklagte ist unmittelbare (Handlung-)Störerin i. S. des § 1004 BGB, weil die Befüllung des Tanks der Klägerin auf ihre Willensbetätigung, nämlich die Erteilung einer entsprechenden Weisung an ihren Verkaufsfahrer, zurückgeht (vgl. BGH, Urt. v. 17. Dezember 1982 – V ZR 55/82, WPM 1983, 176, 177).

Auf die Frage, ob die Beklagte ihr zumutbare Maßnahmen getroffen hat, die eine Beeinträchtigung des Eigentums der Klägerin zu verhindern geeignet gewesen wären, kommt es nicht an. Der Unterlassungsanspruch setzt kein Verschulden voraus. Ein Zumutbarkeitskriterium besteht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur für den mittelbaren Störer (vgl. BGHZ 106, 229, 235; 148, 13, 17). Davon abgesehen könnte sich die Beklagte hier ohnehin nicht auf fehlende Zumutbarkeit berufen. Da die Klägerin die Unterlassung einer Befüllung ihrer Tanks ohne ihre Einwilligung nur insoweit verlangt, als diese Behälter mit ihren Eigentumsaufklebern versehen sind, kann die Beklagte ohne weiteres sicherstellen, daß sie nur Tanks befüllt, die nicht im Eigentum der Klägerin stehen.

d) Die festgestellte Beeinträchtigung des Eigentums der Klägerin begründet die tatsächliche Vermutung für eine Wiederholungsfahrer (BGHZ 140, 1, 10). Daß diese Gefahr weggefallen ist, hat die Beklagte, die insoweit darlegungs- und beweispflichtig ist, nicht bewiesen. Ihre im Rechtsstreit abgegebene Erklärung, sie werde keine Gasbehälter befüllen, hinsichtlich derer sie positiv wisse, daß sie Eigentum der Klägerin seien, ist – das verkennt die Revision – ersichtlich nicht geeignet, der Gefahr einer erneuten Eigentumsverletzung der Art entgegenzuwirken, wie sie durch die Befüllung des Tanks der Klägerin am 13. Dezember 2000 erfolgt ist. Das wäre nur durch die uneingeschränkte Zusage möglich, künftig keine Befüllung von Gasbehältern der Klägerin mehr vorzunehmen.

e) Entgegen der Ansicht der Revision vermag auch die sog. Öffnungsklausel unter Nr. 2 des Liefervertrages den Kunden der Klägerin kein Recht zur Fremdbefüllung der Tanks der Klägerin zu verschaffen. Wenn der Kunde der Klägerin ein günstigeres Angebot eines anderen Lieferanten nachweist, die Klägerin darin jedoch nicht eintritt, sondern den Kunden aus dem Vertrag entläßt, ist der Kunde zur Rückgabe des Gasbehälters an die Klägerin verpflichtet, aber nicht berechtigt, ihn von dem anderen Lieferanten befüllen zu lassen, so daß die von der Revision angestrebte Einschränkung des Unterlassungsgebots nicht in Betracht kommt.

Auch eine Einschränkung des Unterlassungsgebots auf den bei K. aufgestellten Behälter der Klägerin ist nicht geboten. Die durch die Eigentumsbeeinträchtigung vom 13. Dezember 2000 gerechtfertigte Besorgnis weiterer derartigen Störungen, die eine tatsächliche Vermutung für eine Wiederholungsfahrer begründet (vgl. BGHZ 140, 1, 10), betrifft alle im Eigentum der Klägerin stehenden Gastanks.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Anm. d. Red.:** In einem weiteren (Parallel-)Verfahren heißt es zu II. in den Gründen des § 91a ZPO-Beschlusses vom 20.10.2003 – II ZR 340/02 – u. a.:

„Das Verhalten der Beklagten in den Fällen J., D. H. und Dj. war rechtswidrig. Die Klägerin war zur Duldung dieser sog. „Fremdbefüllungen“ nicht gemäß § 1004 Abs. 2 BGB verpflichtet. Sie hat ihren Kunden kein umfassendes Nutzungs-

recht an den Gasbehältern eingeräumt, sondern sich ausdrücklich die Befüllung durch sie selbst oder von ihr Beauftragte vorbehalten. Soweit sie Kunden – wie im Fall J. – in einer Ergänzung zu den Liefervereinbarungen eine Fremdbefüllung für den Fall gestattet hatte, daß diese ihr durch Vorlage von zwei schriftlichen Wettbewerbsangeboten nachgewiesen hatten, ihren Flüssiggasbedarf anderweitig zu günstigeren Preisen decken zu können, sie selbst jedoch in den Wettbewerbspreis nicht durch schriftliche Erklärung eintrete, war dies nicht als generelle Übertragung der Nutzungsbestimmung auf den Kunden zu verstehen. Vielmehr waren auch danach Fremdbefüllungen nicht allgemein zulässig, sondern nur dann, wenn jeweils im Einzelfall die Voraussetzungen der ergänzenden Vereinbarung vorlagen. Daß letzteres bei der Befüllung des bei dem Kunden J. aufgestellten Gasbehälters der Klägerin der Fall war, ist nicht vorgetragen.

Die rechtswidrigen Eigentumsbeeinträchtigungen in den Fällen J., D. H. und Dj. begründeten die tatsächliche Vermutung für eine Wiederholungsgefahr (vgl. BGHZ 140, 1, 10). Die von der Beklagten in den Instanzen abgegebene Erklärung, sie werde jede Befüllung unterlassen, wenn ihr positiv bekannt sei, daß der Gastank im Eigentum der Klägerin stehe, war nicht geeignet, der Gefahr einer Eigentumsverletzung der Klägerin der hier in Rede stehenden Art entgegenzuwirken. Dem trägt die neue, ausschließlich auf die objektiv bestehende Befugnis des Kunden, Fremdbefüllungen vornehmen zu lassen, abstellende Unterlassungserklärung Rechnung. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts spielen Fragen der Zumutbarkeit insoweit keine Rolle. Der Unterlassungsanspruch setzt, wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang zutreffend ausgeführt hat, kein Verschulden voraus. Ein Zumutbarkeitskriterium besteht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allein für den mittelbaren Störer (vgl. BGHZ 106, 229, 235; 148, 13, 17). Die Beklagte ist jedoch – wie oben ausgeführt – unmittelbare Störerin.“

#### §§ 50, 167, 209 InsO

**Vermieterpfandrecht; Insolvenz des Mieters;  
Auskunftspflichten des Insolvenzverwalters;  
Möbelhaus**

**Verlangt der Vermieter des insolventen Mieters Auskunft über die seinem Vermieterpfandrecht unterliegenden Sachen, kann der Insolvenzverwalter dazu auch dann verpflichtet sein, wenn die Sachen unter der Verantwortung seines Amtsvorgängers von dem vermieteten Grundstück entfernt wurden.**

**Soweit der Insolvenzverwalter die Mietsache noch nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit nutzt, ist der Vermieter mit seiner Mietzinsforderung Neumassegläubiger.**

(BGH, Urteil vom 4.12.2003 – IX ZR 222/02)

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlicht in WM 2004, 222. Die vollständige (redigierte) Entscheidung steht für unsere Leser kostenfrei bereit unter [www.GuT.prewest.de/GuT1601](http://www.GuT.prewest.de/GuT1601)

**Art. 3, 20 GG; §§ 114, 574 ZPO  
PKH-Bewilligung und Zulassung der  
Rechtsbeschwerde; Feststellung des Bestehens eines  
Gewerberaummietvertrags**

**a) Ist das Beschwerdegericht in einem Prozeßkostenhilfverfahren der Ansicht, daß die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde vorliegen, so muß es bei Vorliegen der persönlichen Voraussetzungen Prozeßkostenhilfe bewilligen.**

**b) Hat das Beschwerdegericht den Antrag auf Prozeßkostenhilfe abgelehnt und dennoch die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluß zugelassen, so ist das Revisionsgericht zwar an die Zulassung gebunden (§ 574 Abs.1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO). Der Beschluß ist jedoch aufzuheben, weil er gegen das in Art. 3 Abs.1 i.V. mit Art. 20 Abs. 3 GG verbürgte Gebot der Rechtsschutzgleichheit verstößt.**

(BGH, Beschluss vom 17.3.2004 – XII ZB 192/02)

**Zum Sachverhalt:** Der Antragsteller begehrt Prozeßkostenhilfe für eine Klage auf Feststellung des Bestehens eines Gewerberaummietvertrages, hilfsweise Feststellung, daß das Mietverhältnis nicht durch die Kündigung der Antragsgegnerin zum 30. September 2001 beendet wurde und weiter hilfsweise Zahlung der Miete für die Zeit vom 1. Oktober 2001 bis einschließlich Februar 2002.

Mit schriftlichem Mietvertrag vom 21./28. Juni 1995 vermietete der Antragsteller an die Antragsgegnerin eine Gesamtfläche von 1450 m<sup>2</sup> bestehend aus Räumlichkeiten, Hofflächen und Überfahrtsflächen zum Betrieb eines Reifen-Service für die Dauer von fünfzehn Jahren. Wegen der Maße und Lage des Mietgegenstandes wurde auf einen als Anlage I bezeichneten Lageplan verwiesen, in dem die vermieteten Flächen schraffiert gekennzeichnet sein sollten. Dieser Lageplan lag unstreitig bei Vertragsabschluß nicht vor.

Mit Schreiben vom 20. Februar 2001 kündigte die Antragsgegnerin den Mietvertrag gemäß § 566 BGB in Verbindung mit § 565 Abs.1 a BGB a. F. zum 30. September 2001. Der Antragsteller ist der Ansicht, die Antragsgegnerin könne sich nach Treu und Glauben nicht auf einen etwaigen Formmangel des Mietvertrages berufen.

Der Antrag des Antragstellers auf Prozeßkostenhilfe ist vor dem Landgericht Zwickau und dem Oberlandesgericht Dresden ohne Erfolg geblieben. Mit der – zugelassenen – Rechtsbeschwerde verfolgt er seinen Antrag weiter.

**Aus den Gründen:** II. Das Beschwerdegericht hat angenommen, daß zwischen den Parteien trotz Unterzeichnung des schriftlichen Mietvertrages zunächst kein Mietvertrag zustande gekommen sei, weil sich die Parteien nicht über den Mietgegenstand geeinigt hätten. Es sei offen geblieben, welche Teile des noch zu errichtenden Gebäudes und des Grundstücks der Antragsgegnerin zur Nutzung hätten überlassen werden sollen. Soweit sich aus der jahrelangen Nutzung des Gebäudes und des Grundstücks eine Einigung über das Mietobjekt und damit der Abschluß eines Mietvertrages ergebe, fehle es an der Einhaltung der Schriftform des § 566 BGB a. F. Die Antragsgegnerin dürfe sich auch auf den Formmangel berufen, ohne gegen Treu und Glauben zu verstoßen. Die Rechtsbeschwerde hat es unter Hinweis auf § 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO wegen der Frage zugelassen, ob der Antragsgegnerin aus Treu und Glauben eine Geltendmachung der Formnichtigkeit verwehrt sei.

III. Die statthafte (§ 574 Abs.1 Nr. 2, Abs. 3 ZPO) Rechtsbeschwerde führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

Das Beschwerdegericht hätte, wenn es der Ansicht ist, daß die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, oder, daß die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung die Zulassung der Rechtsbeschwerde erfordert, bei Vorliegen der persönlichen Voraussetzungen, Prozeßkostenhilfe bewilligen müssen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 21. November 2002 – V ZB 40/02 – NJW 2003, 1126, 27. Februar 2003 – III ZB 29/02 – AGS 2003, 213). In diesem Fall gebietet nämlich die in Art. 3 Abs. 1 i.V. mit Art. 20 Abs. 3 GG verbürgte Rechtsschutzgleichheit, die Erfolgsaussicht zu bejahen und dem Antragsteller Prozeßkostenhilfe zu gewähren,

denn das Hauptverfahren eröffnet erheblich bessere Möglichkeiten der Entwicklung und Darstellung des eigenen Rechtsstandpunktes (BVerfGE 81, 347). Das nur einer summarischen Prüfung unterliegende Prozeßkostenhilfverfahren hat demgegenüber nicht den Zweck, über zweifelhafte Rechtsfragen vorweg zu entscheiden (BVerfG FamRZ 2002, 665).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 322 ZPO**  
**Präklusionswirkung der rechtskräftigen Entscheidung zur Schriftform des Mietvertrags**

**Zu den Auswirkungen der rechtskräftigen Feststellung des Fortbestehens des Mietverhältnisses auf die nachfolgende Leistungsklage auf Mietzins.**

(BGH, Urteil vom 24. 9. 2003 – XII ZR 70/02)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin macht rückständige und künftige Miete aus einem gewerblichen Mietverhältnis geltend.

Die Beklagte unterzeichnete am 11. September 1996 als Mieterin den ihr von der L. Grundbesitzverwertung GmbH (im folgenden: L.) als Vermieterin zugeleiteten Mietvertrag über gewerbliche Mieträume im Gewerbeobjekt M.-Straße 75 in C. Nach Gegenzeichnung am 15. November 1996 sandte die L. den Mietvertrag an die Beklagten zurück. Der Mietvertrag enthält u. a. folgende Regelungen:

„§ 1 - Mieträume

...

5. Dieser Mietvertrag wird unter der auflösenden Bedingung geschlossen, daß der erste Mietzins vor Übergabe der Mietsache vom Mieter an den Vermieter geleistet worden ist.

§ 2 – Mietzeit und Kündigung

1. Das Mietverhältnis beginnt bei Bezugsfertigkeit/Übergabe und ist fest auf zehn Jahre abgeschlossen. Die Übergabe erfolgt voraussichtlich bis Juni 97 und wird zwei Monate vorher angekündigt.

...

§ 21 – weitere Vereinbarungen

...

6. Die Wertsicherungsklausel gemäß Anlage 2 ist Bestandteil des Vertrages.

...“

Am 13. Dezember 1996 unterzeichnete die Beklagte folgende Wertsicherungsklausel:

„Wertsicherungsklausel

Für die ab Übergabe zu zahlende Miete gilt folgende Mietgleitklausel als vereinbart: Sollte sich der vom Statistischen Bundesamt ermittelte Lebenshaltungskostenindex für einen 4-Personen-Haushalt von Arbeitern und Angestellten mit mittlerem Einkommen in der Bundesrepublik Deutschland gegenüber dem Stand zum Mietbeginn oder der letzten Mietanrechnung (Basis 1985 = 100 Punkte) um 7 % oder mehr nach oben oder nach unten verändern, so ändert sich der Mietzins um 70 % der jeweiligen Indexänderung entsprechend.

...“

Die Klägerin erwarb durch notariellen Vertrag vom 21. November 1996 das Grundstück und wurde am 8. Januar 1998 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

Die Mietsache wurde am 10. oder 17. Juni 1997 an die Beklagte übergeben. Am 11. Juli 1997 zahlte die Beklagte erstmals die vereinbarte Miete. Mit Schreiben vom 17. und 21. September 1999 kündigte die Beklagte den Mietvertrag zum 31. März 2000.

In einem Vorprozeß, in dem die Klägerin die Feststellung des Fortbestehens des Mietverhältnisses begehrt hatte, hatte

die Beklagte das Zustandekommen eines Mietverhältnisses bestritten, den Eintritt einer auflösenden Bedingung geltend gemacht und sich darauf berufen, daß jedenfalls die ordentliche Kündigung zum 31. März 2000 wirksam sei, weil die Schriftform des § 566 BGB a. F. nicht eingehalten sei und der Vertrag deshalb als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen gelte. Das Landgericht war mit Urteil vom 22. März 2000 (2 O 5168/99 LG Chemnitz) vom Zustandekommen des Mietvertrages ausgegangen, hatte den Eintritt einer auflösenden Bedingung verneint und festgestellt, daß das Mietverhältnis ungeachtet der Kündigungserklärungen der Beklagten bis 17. Juni 2007 fortbestehe. Die Berufung war ohne Erfolg geblieben. Das Oberlandesgericht hatte ausgeführt, die Schriftform sei eingehalten. Deshalb sei der Mietvertrag durch die Kündigungen der Beklagten vom 17. und 21. September 1999 nicht beendet worden. Mit Beschluß vom 27. August 2003 hat der Senat die Annahme der Revision abgelehnt.

Im vorliegenden Verfahren hat das Landgericht [Chemnitz] im Urkundenprozeß mit Vorbehaltsurteil vom 9. November 2000 die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 12 064 DM (Monatsmieten für die Monate April bis Juli 2000) nebst Zinsen zu zahlen. Ferner wurde die Beklagte verurteilt, beginnend ab 3. August 2000 bis einschließlich Mai 2007 monatlich, spätestens bis zum 3. Werktag des jeweiligen Monats, 3.016 DM an die Klägerin zu zahlen. Mit Schlußurteil vom 22. Februar 2001 hat das Landgericht das Vorbehaltsurteil für vorbehaltlos erklärt.

Auf die Berufung der Beklagten gegen das Schlußurteil hat das Oberlandesgericht [Dresden] das Vorbehaltsurteil sowie das Schlußurteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision.

**Aus den Gründen:** Die Revision der Klägerin führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückweisung der Berufung.

1. Das Oberlandesgericht hat ausgeführt, doppelte Rechtshängigkeit liege nicht vor. Es handele sich um verschiedene Streitgegenstände. Die Feststellungsklage betreffe nur eine Vorfrage der Leistungsklage. Entgegen der im Vorprozeß vertretenen Auffassung sei davon auszugehen, daß die gesetzliche Schriftform nicht eingehalten sei und das Mietverhältnis auf die Kündigung der Beklagten zum 31. März 2000 geendet habe. Zwar werde an der Auffassung im Vorprozeß festgehalten, daß es nicht schon deshalb an der Schriftform mangle, weil Beginn und Ende des Mietverhältnisses nicht datumsmäßig erfaßt seien, sondern als Beginn in § 2 Nr. 1 lediglich die „Bezugsfertigkeit/Übergabe“ angegeben sei, die für voraussichtlich bis Juni 97 „ins Auge gefaßt“ sei. Weiter halte der Senat daran fest, daß der Mietvertrag nicht dadurch aufgelöst worden sei, daß der Beklagte nicht vor Übergabe der Räumlichkeiten den ersten Mietzins bezahlt habe. Die Regelung in § 1 Ziff. 5 sei nicht als Bedingung anzusehen, sondern enthalte lediglich ein den Anspruch der Beklagten auf Überlassung der Mieträume beschränkendes Zurückbehaltungsrecht des Vermieters. Die Schriftform sei aber deshalb nicht eingehalten, da nicht sämtliche wesentlichen Vereinbarungen in der von beiden Parteien unterzeichneten Urkunde enthalten seien. Nach § 21 Nr. 6 des Mietvertrages habe die Wertsicherungsklausel gemäß Anlage 2 Bestandteil des Vertrages sein sollen. Eine derartige Anlage sei aber bei Abschluß des Vertrages nicht vorhanden gewesen, nicht unterzeichnet und dem Vertrag auch nicht hinzugefügt worden. Damit sei hinsichtlich der Anpassung des vereinbarten Mietzinses, somit hinsichtlich eines wesentlichen Bestandteiles des Mietvertrages, die Schriftform nicht eingehalten. Die Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel sei auch nicht unwesentlich. Wer-

de – wie vorliegend – bei Abschluß des Vertrages die Anpassung des Mietzinses vereinbart, so könne dies erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen für beide Vertragsparteien haben.

2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält im Ergebnis einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Ohne Erfolg macht die Revision allerdings geltend, in der Berufungsinstanz sei der Rechtsstreit nicht von den gesetzlichen Richtern entschieden worden. Zur Begründung einer Verfahrensrüge nach § 547 Nr.1 ZPO ist die Angabe der Einzeltatsachen nötig, aus denen sich der Fehler, im vorliegenden Fall das angebliche Fehlen eines ordnungsgemäßen Geschäftsverteilungsplanes im Sinne des § 21g GVG bzw. die Entscheidung durch eine nach dem Geschäftsverteilungsplan nicht zuständige Spruchgruppe, ergibt. Wenn es sich um gerichtssinterne Vorgänge handelt, muß die Revision zumindest darlegen, daß sie zweckentsprechende Aufklärung gesucht hat; die Rüge darf nicht auf bloßen Verdacht hin erhoben werden (BGH, Urteil vom 20. Juni 1991 – VII ZR 11/91 – NJW 1992, 512). Diesen Voraussetzungen genügt der Vortrag der Revision nicht.

b) Zutreffend ist das Oberlandesgericht auch davon ausgegangen, daß dem neuen Verfahren der Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit nicht entgegensteht. Doppelte Rechtshängigkeit setzt voraus, daß aus demselben konkreten Lebenssachverhalt dieselbe Rechtsfolge abgeleitet, d. h. der nämliche Antrag gestellt wird (BGHZ 7, 271). Das ist hier nicht der Fall. Im Vorprozeß war Streitgegenstand die Feststellung, daß das Mietverhältnis ungeachtet der Kündigungserklärungen der Beklagten bis 17. Juni 2007 fortbesteht. Im vorliegenden Rechtsstreit macht die Vermieterin demgegenüber den Mietzins geltend. Im Vorprozeß war daher nur über die Frage zu entscheiden, ob das Mietverhältnis durch die Kündigung aufgelöst worden ist. Über diese kann das Gericht (des Zweitprozesses) solange frei entscheiden, als über sie nicht (im Erstprozeß) rechtskräftig entschieden ist (BGH, Urteil vom 22. Januar 1964 – V ZR 37/62 – NJW 1964, 1316, 1318).

c) Der angefochtenen Entscheidung des Berufungsgerichts steht aber nunmehr die inzwischen eingetretene Rechtskraft des Urteils im Vorprozeß entgegen. Mit Beschluß vom 27. August 2003 hat der erkennende Senat die Annahme der Revision im Vorprozeß abgelehnt. Damit ist das Urteil des Oberlandesgerichts Dresden vom 31. August 2000 rechtskräftig geworden (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juni 1980 – KZR 12/79 – NJW 1981, 55). Es steht fest, daß das zwischen den Parteien mit Vertrag vom 15. November 1996 begründete Mietverhältnis ungeachtet der Kündigungserklärungen der Beklagten bis 17. Juni 2007 fortbesteht. Damit kann der Beklagte nicht mehr mit Erfolg geltend machen, die ordentliche Kündigung vom 17. September 1999 habe das Mietverhältnis beendet, weil für die Anpassung des vereinbarten Mietzinses die Schriftform des § 566 BGB a. F. nicht eingehalten sei. Über die Frage, ob die ordentliche Kündigung vom 17. September 1999 das Mietverhältnis mangels Einhaltung der Schriftform beendet hat, hat das Oberlandesgericht bereits im Vorprozeß entschieden. Zwar hatte der Beklagte dort den Formmangel nicht mit der fehlenden Schriftform für die Anpassungsklausel begründet, sondern aus anderen Umständen hergeleitet. Gleichwohl kann der Beklagte diesen im Vorprozeß nicht erhobenen Einwand im jetzigen Verfahren nach Eintritt der Rechtskraft nicht mehr geltend machen. Das gebietet die der Rechtskraft innewohnende Präklusionswirkung (BGHZ 123, 137 ff.; Zöller/Vollkommer ZPO 23. Aufl. vor § 322 Rdn. 70). Sie bedeutet, daß die Parteien mit allem tatsächlichen Vorbringen ausgeschlossen sind, das im Widerspruch zu den Feststellungen des Urteils im Vorprozeß steht. Tatsachen, die im maßgebenden Zeitpunkt des Vorprozesses schon vorhanden waren, aber nicht vorgetragen wurden, sind mit dem Ziel, das „kontradiktorische Gegenteil“ der früher festgestellten oder

abgelehnten Rechtsfolge auszusprechen, insoweit ausgeschlossen, als sie bei natürlicher Anschauung zu dem im Vorprozeß vorgetragenen Lebensvorgang gehören (BGH a. a. O. 141; Zöller/Vollkommer a. a. O.).

Das ist hier der Fall. Der Beklagte hatte im Vorprozeß die Nichteinhaltung der Schriftform geltend gemacht und daraus das Recht zur ordentlichen Kündigung hergeleitet. Damit hatte das Gericht darüber zu entscheiden, ob die ordentliche Kündigung vom 17. September 1999 das Mietverhältnis beendet hatte. Es wäre Sache der Beklagten gewesen, alle für die Beendigung des Mietverhältnisses, nämlich für die Verletzung der Schriftform maßgebenden Tatsachen, vorzubringen. Soweit sie das nicht getan hat, ist sie durch die rechtskräftige Entscheidung, die Schriftform sei eingehalten und die ordentliche Kündigung daher unwirksam, mit dem betreffenden Vortrag ausgeschlossen.

3. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, da der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist. Die Beklagte schuldet die mit der Klage geltend gemachten Mieten für die Monate April bis Juli 2000 in Höhe von 12 064 DM nebst Zinsen. Da der Mietvertrag wirksam ist und bis zum 17. Juni 2007 fortbesteht, hat sie – wie von der Klägerin beantragt – bis einschließlich Mai 2007 monatlich jeweils bis spätestens zum dritten Werktag die vereinbarte Miete von 3016 DM zu bezahlen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

<b>Kurzfassungen / Leitsätze (KL)</b>
<b>Gewerbemiete etc.</b>

### §§ 138, 164, 607, 765 BGB – Unwirksamkeit eines Firmenkreditvertrages wegen finanzieller Überforderung nur in Ausnahmefällen

1. Wer einen Kredit für eine Firma oder Gesellschaft aufnimmt, an der er selbst beteiligt ist, haftet in der Regel auch bei krasser finanzieller Überforderung für die Rückzahlung. Das ist im Allgemeinen auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Kreditnehmer nur die Funktion eines Strohmannes hat.

2. Werden mit dem Kredit alte Verbindlichkeiten abgelöst, kommt eine Nichtigkeit wegen krasser finanzieller Überforderung nur in Betracht, wenn schon der Altvertrag aus diesem Grund unwirksam war.

(OLG Koblenz, Beschluss vom 13.1.2004 – 5 W 824/03)

**Hinw. d. Red.:** Das Urteil kann bis zum 30. 6. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### §§ 535, 536, 276, 254, 934 BGB – Finanzierungsleasing; Doppelverleasen; Gebrauchsüberlassung; Rechtsmangel der Sache; Übernahmebestätigung

1. Wird eine Sache zweimal zum Gegenstand von Leasingverträgen, so sind beide Verträge wirksam.

2. Der Leasinggeber genügt seiner Gebrauchsüberlassungspflicht, wenn er eine im Besitz des Leasingnehmers befindliche Sache dort belässt.

3. Tauscht der Leasingnehmer nach Abschluss des zweiten Leasingvertrages die Sache ohne Wissen des Leasinggebers beim Lieferanten aus, so bleibt er zur Zahlung der Leasingraten verpflichtet.

4. Ein Rechtsmangel der Leasing Sache liegt erst vor, wenn dem Leasingnehmer die vertragsgemäße Nutzung von einem Dritten (hier dem ersten Leasinggeber) streitig gemacht wird.

5. Durch Abtretung des Herausgabeanspruchs erwirbt der gutgläubige zweite Leasinggeber zu Lasten des ersten Lea-

singgebers vom Lieferanten Eigentum an der Leasingssache, wenn der Leasingnehmer nunmehr den Besitz nur noch für den zweiten Leasinggeber ausüben will.

6. Hat der Leasinggeber den Leasingnehmer deutlich auf die Notwendigkeit einer wahrheitsgemäßen Übernahmebestätigung hingewiesen, so ist dieser dem Leasinggeber für eine unrichtige Übernahmebestätigung verantwortlich.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 2.12.2003 – I-24 U 129/03)

**Hinw. d. Red.:** Das Urteil kann bis zum 30. 6. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### **§§ 127 a. F., 130 BGB – Mietvertrag; Kündigung per Telefax; Kündigung durch eingeschriebenen Brief; urlaubsbedingte Abwesenheit des Empfängers**

a) Zum Zugang einer per Telefax übermittelten empfangsbedürftigen Willenserklärung, deren Empfänger urlaubsbedingt abwesend ist.

b) Zum Bedeutungsgehalt einer Vereinbarung, nach der die Kündigung eines Mietvertrages durch eingeschriebenen Brief erfolgen soll.

(BGH, Urteil vom 21.1.2004 – XII ZR 214/00)

**Hinw. d. Red.:** Das Urteil ist in WM 2004, 269 auszugsweise veröffentlicht.

### **§ 130 BGB – Zugang einer Kündigung beim Vermieter; Einschreibübergabesendung; erforderliche Bürovertretung; Abholung innerhalb der Postlagerfrist**

1. Wenn der Vermieter mit dem Zugang einer Kündigung durch postalische Sendung zu rechnen hat, muss er für deren Empfang sorgen.

2. Dem Fall, dass ein misslungener Übermittlungsversuch zur Wahrung der eigenen Belange erfolgreich wiederholt wird (vgl. BGH NJW 1998, 976), steht es gleich, wenn der Empfänger die Sendung – verspätet – noch innerhalb der Lagerfrist bei der Post selbst abholt.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.11.2003 – I-24 U 143/03)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 30. 6. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden. Sie ist auch veröffentlicht in WM 2004, 270.

### **§§ 133, 157 BGB – Mieteinnahmen nach Besitzübergang bei Grundstückserwerb im Einzelfall; Verbrauchermarkt**

Zum Verständnis einer Vereinbarung, nach der Nutzen und Lasten mit Übergabe des bezugsfertigen Verbrauchermarktes auf den Erwerber übergehen.

(BGH, Urteil vom 26. 2. 2004 – VII ZR 8/03)

### **§ 571 BGB a. F. – Betriebskosten der Mieträume; Abrechnungspflichtiger nach einem Eigentumswechsel**

Nach einem Eigentumswechsel ist nicht der Erwerber, sondern der Veräußerer gegenüber dem Mieter bezüglich der zum Zeitpunkt des Wechsels im Grundstückseigentum abgelaufenen Abrechnungsperiode zur Abrechnung der Betriebskosten verpflichtet und zur Erhebung etwaiger Nachzahlungen berechtigt; es kommt nicht darauf an, wann der Zahlungsanspruch fällig geworden ist.

(BGH, Urteil vom 3.12.2003 – VIII ZR 168/03)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WM 2004, 94.

### **§§ 544 a. F., 578, 569 BGB – fristlose Kündigung des gewerblichen Zwischenvermieters wegen Gesundheitsgefährdung in der Eigentumswohnung**

Das Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung wegen gesundheitsgefährdender Beschaffenheit der Mieträume steht grundsätzlich auch dem (hier: gewerblichen) Zwischenmieter im Verhältnis zum Hauptvermieter zu.

(BGH, Urteil vom 17.12.2003 – XII ZR 308/00)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WM 2004, 206.

### **§ 544 BGB a. F. – Gesundheitsgefährdung; Schimmelpilze in den Mieträumen**

Ob Schimmelpilzbildung in Mieträumen eine Gesundheitsgefährdung i. S. d. § 544 BGB a. F. darstellt, ist nicht allgemein zu beantworten, sondern eine Frage des Einzelfalls; erforderlich ist eine erhebliche Gesundheitsgefahr für alle Bewohner oder Benutzer bzw. einzelne Gruppen von ihnen durch toxinbildende Pilzstämme.

Der dafür darlegungs- und beweisbelastete Mieter führt den Beweis dafür, dass festgestellte Schimmelpilze tatsächlich toxinbildend sind und zu einer Gesundheitsbeeinträchtigung seiner Mitarbeiter geführt haben, nicht schon durch Vorlage von ärztlichen Bescheinigungen, die ohne Laboruntersuchungen erstellt wurden.

(KG, Urteil vom 26. 2. 2004 – 12 U 1493/00)

### **§§ 276, 823, 847 BGB; §§ 33, 51 BO Rh.-Pf.; § 17 ArbStättV; §§ 1, 2, 11 VerkaufsStättV – Verkehrssicherungspflicht eines Geschäftsinhabers; Treppen zum Geschäftslokal**

1. Treppen zu einem Geschäftslokal sind grundsätzlich zu sichern. Bei Verkaufsstätten über 2000 Quadratmetern ist dies nach Maßgabe der Verkaufsstättenverordnung zwingend. Bei kleineren Verkaufsstätten kann hierauf bei kurzen Treppen bis zu 5 Stufen verzichtet werden, wenn sie verkehrssicher sind.

2. Ein fehlender Handlauf ist nicht ursächlich für einen Unfall, der sich außerhalb des durch einen Handlauf zu sichernden Treppenbereichs ereignet hat.

(OLG Koblenz, Urteil vom 15.1.2004 – 5 U 931/03)

**Hinw. d. Red.:** Das Urteil kann bis zum 30. 6. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### **§§ 57, 93 ZVG – Mietrecht des Grundstücksbesitzers nach dem Zuschlagsbeschluss**

Macht der Besitzer eines Grundstücks, gegen den aus dem Zuschlagsbeschluss die Zwangsvollstreckung auf Räumung und Herausgabe betrieben wird, ein durch den Zuschlag nicht erloschenes Recht (§ 93 Abs. 1 Satz 2 ZVG) geltend, hat er dem Vollstreckungsgericht zumindest Anhaltspunkte darzutun, die ein Besitzrecht zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung nahe legen.

(BGH, Beschluss vom 27. 2. 2004 – IXa ZB 269/03)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WM 2004, 297.

### **§ 100 GO LSA; § 322 ZPO – langfristiger Mietvertrag mit einer Gemeinde; Untersagungsverfügung zur Nutzung als Kindertagesstätte**

a) Zur Bindung der Zivilgerichte an bestandskräftige Entscheidungen der Verwaltungsbehörde (hier: Versagung der Genehmigung eines langfristigen Mietvertrages mit einer Gemeinde).

b) Auch langfristige Mietverträge sind keine kreditähnlichen Geschäfte i. S. von § 100 Abs. 5 der Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt.

(BGH, Urteil vom 4. 2. 2004 – XII ZR 301/01)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WM 2004, 298.

**Art. 14 GG; § 2 HPfIG – Kanalisation; Überschwemmung; Katastrophenregen**

Zur Haftung der Gemeinde für eine durch Überlauf eines offenen Regenrückhaltebeckens entstandene Überschwemmung.

(BGH, Urteil vom 11. 3. 2004 – III ZR 274/03)

**Anm. d. Red.:** Veröffentlichung in WM 2004, 300.

**§ 29a ZPO – Gerichtsstand; Mietsachen; Mietbürgschaftssachen**

Vom Gerichtsstand des § 29a ZPO werden Ansprüche des Vermieters aufgrund eines selbständigen Gewähr-, Garantie- oder Bürgschaftsvertrages gegen einen Dritten, der nicht Partei eines Miet- oder Pachtvertrages über Räume, dessen Anbahnung oder Abwicklung ist, nicht erfaßt.

(BGH, Beschluss vom 16. 12. 2003 – X ARZ 270/03)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung ist in WM 2004, 296 veröffentlicht.

**§ 91 ZPO – Reisekosten des Rechtsanwalts**

Die Reisekosten eines beim Prozeßgericht nicht zugelassenen und weder am Gerichtsort noch am Geschäfts- oder Wohnort der Prozeßpartei ansässigen Prozeßbevollmächtigten zur Terminwahrnehmung sind jedenfalls insoweit zu erstatten, als sie sich im Rahmen der erstattungsfähigen Reisekosten halten, die angefallen wären, wenn die Partei einen Prozeßbevollmächtigten entweder am Gerichtsort oder an ihrem Geschäfts- oder Wohnort beauftragt hätte.

(BGH, Beschluss vom 11. 3. 2004 – VII ZB 27/03)

**Anm. d. Red.:** Vgl. auch BGH, Beschl. v. 23. 3. 2004 – VIII ZB 145/03. Vgl. noch BGH – IZB 18/03 – GuT 2004, 104 KL.

**§§ 574, 91a ZPO – Rechtsbeschwerde gegen Kostenentscheidungen**

Die Rechtsbeschwerde gegen Kostenentscheidungen des Berufungsgerichts nach § 91a ZPO ist nicht geeignet, Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu klären oder das Recht fortzubilden, soweit es um Fragen des materiellen Rechts geht.

(BGH, Beschluss vom 17. 3. 2004 – IV ZB 21/02)

**§ 535 BGB; § 6 BRAGO – Mietvertrag mit den Miterben; Erhöhungsgebühr**

II. 3. a) Die Erbengemeinschaft besitzt keine eigene Rechtspersönlichkeit und ist auch sonst nicht rechtsfähig. Der Miet-

vertrag ist deshalb nicht mit der Erbengemeinschaft, sondern mit den Miterben zustande gekommen (vgl. BGH, Urteil vom 11. September 2002 – XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389 [=WM 2002, 601 = GuT 2003, 19 KL] unter II 1). Der Anspruch auf Räumung und Herausgabe der Wohnung konnte daher nur von allen Miterben geltend gemacht werden. Wenn sich diese, wie es hier im Vorprozeß der Fall war, durch ein Mitglied vertreten lassen, sind Auftraggeber des Rechtsanwalts alle Mitglieder der Erbengemeinschaft. Berechtigt und verpflichtet wird nicht das vertretende Mitglied der Erbengemeinschaft, sondern die Gesamtheit der Miterben. Für diese und nicht für den Vertreter wird der Rechtsanwalt tätig (vgl. zur vergleichbaren Tätigkeit eines Rechtsanwalts für eine Mehrheit von Wohnungseigentümern BGH, Urteil vom 12. Februar 1987 – III ZR 255/85, NJW 1987, 2240 unter III).

(BGH, Beschluss vom 16. 3. 2004 – VIII ZB 114/03)

**Anm. d. Red.:** Zu der Gebührenerhöhung nach § 6 Abs. 1 Satz 2 BRAGO siehe den vollständigen Entscheidungsabdruck in WM 2004, 298.

**§§ 3, 16 ZSEG; §§ 404a, 406, 407a ZPO; §§ 5, 8 GKG; § 276 BGB – Entschädigung eines wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnten Sachverständigen**

1. Führt ein Fehler des Sachverständigen bei der Erstattung seines Gutachtens zur erfolgreichen Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit, verwirkt er den Entschädigungsanspruch nur, wenn ihn der Vorwurf vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Fehlverhaltens trifft.

2. Ein erstmals für das Gericht tätiger Sachverständiger, der vom Gericht nicht auf seine Pflichten hingewiesen wurde, handelt nicht grob fahrlässig, wenn er es versäumt, zu einem zweiten Ortstermin für ein detailliertes Aufmaß den Prozessgegner zu laden.

3. Auch das gerichtliche Versäumnis ist nicht derart gravierend, dass von der Erhebung der Sachverständigenkosten wegen unrichtiger Sachbehandlung abgesehen werden muss.

(OLG Koblenz, Beschluss vom 17. 2. 2004 – 14 W 119/04)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 30. 6. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

**KL-Mitteleiter:** RiOLG Weller, Koblenz; VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf; RiBGH Wellner, Karlsruhe; VRiKG Griebel, Berlin.

# Wettbewerb

## Kurzfassungen/Leitsätze (KL) Wettbewerb etc.

**§ 661a BGB – Haftung aus Gewinnzusage**

Eine Zusendung ist eine Gewinnzusage oder vergleichbare Mitteilung im Sinne des § 661a BGB, wenn sie – nach Inhalt und Gestaltung – abstrakt geeignet ist, bei einem durchschnittlichen Verbraucher in der Lage des Empfängers den Eindruck zu erwecken, er werde einen – bereits gewonnenen – Preis erhalten; auf das subjektive Verständnis der Zusendung durch den konkreten Empfänger kommt es nicht an.

(BGH, Urteil vom 19. 2. 2004 – III ZR 226/03)

**Anm. d. Red.:** Vgl. grundlegend BGH GuT 2004, 20.

**§ 1 UWG – Wettbewerb; Telefonwerbung für Zusatzeintrag**

a) Das Einverständnis eines gewerblichen oder sonst selbständigen Anschlußinhabers mit einer Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich kann aufgrund der konkreten tatsächlichen Umstände auch dann zu vermuten sein, wenn die Werbung aus der Sicht des Anzurufenden ebensogut oder sogar besser auf schriftlichem Wege erfolgen könnte.

b) Wegen des geringen Maßes an Belästigung ist dies erfahrungsgemäß der Fall, wenn ein Telefonbuchverlag einen Telefonanruf, mit dem die Daten des kostenlosen Grundeintrages für einen Neudruck überprüft werden sollen, zur Werbung für eine entgeltpflichtige Erweiterung des Eintrags nutzt.

(BGH, Urteil vom 5. 2. 2004 – I ZR 87/02)

### §1 UWG – Wettbewerb; E-Mail-Werbung

a) Die Zusendung einer unverlangten E-Mail zu Werbezwecken verstößt grundsätzlich gegen die guten Sitten im Wettbewerb. Eine solche Werbung ist nur dann ausnahmsweise zulässig, wenn der Empfänger ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis erklärt hat, E-Mail-Werbung zu erhalten, oder wenn bei der Werbung gegenüber Gewerbetreibenden aufgrund konkreter tatsächlicher Umstände ein sachliches Interesse des Empfängers vermutet werden kann.

b) Ein die Wettbewerbswidrigkeit ausschließendes Einverständnis des Empfängers der E-Mail hat der Werbende darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen.

c) Der Werbende hat durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, daß es nicht zu einer fehlerhaften Zusendung einer E-Mail zu Werbezwecken aufgrund des Schreibversehens eines Dritten kommt.

(BGH, Urteil vom 11. 3. 2004 – I ZR 81/01)

### §1 UWG – Wettbewerb; Treue-Punkte

Die Werbung eines Einzelhandelsunternehmens, für jeden Einkauf in einem Warenwert von 10 DM Marken auszugeben, die zum Erwerb bestimmter Waren zu besonders günstig erscheinenden Preisen berechtigen, ist als solche nicht wettbewerbswidrig.

(BGH, Urteil vom 11.12. 2003 – I ZR 74/01)

### §1 RabattG; § 91a ZPO – Wettbewerb; Einkaufsgutschein; Rechtsprechungsänderung und Erledigung

a) Die Zuwendung von Einkaufsgutscheinen über 10 DM aus Anlaß des Geburtstags von Kunden ist kein Preisnachlaß i. S. des §1 RabattG (Ergänzung zu BGH, Ur. v. 22. 5. 2003 – I ZR 8/01, GRUR 2003, 1057 = WRP 2003, 1428 – Einkaufsgutschein I).

b) Die Änderung der Rechtsprechung stellt kein die Hauptsache erledigendes Ereignis dar.

(BGH, Urteil vom 18.12. 2003 – I ZR 84/01)

### §§1, 3 UWG – Wettbewerb; Werbeanzeige; Hinweis auf begrenzten Vorrat

Der Hinweis in einer Werbeanzeige, daß eine Abgabe nur in haushaltsüblichen Mengen, solange der Vorrat reicht“ erfolgt, begründet für sich allein nicht den Vorwurf sittenwidrigen Wettbewerbsverhaltens. Der Werbende folgt damit dem

Gebot, irreführende Angaben über die Vorratsmenge zu unterlassen.

(BGH, Urteil vom 11.12. 2003 – I ZR 83/01)

### §§1, 3 UWG; §1 PAngV – Wettbewerb; Klagefugnis des Verbraucherschutzes; Preisangaben bei Flugreisen

a) Bei der Beurteilung, ob eine von einem Verbraucherschutzesverein beanstandete Wettbewerbsmaßnahme eine Handlung betrifft, durch die wesentliche Belange der Verbraucher im Sinne des §13 Abs. 2 Nr. 3 UWG berührt werden, ist auf die beanstandete Handlung als solche abzustellen. Es genügt nicht, daß die Handlung ein Gesetz (hier: die Preisangabenverordnung) verletzt, das eine verbraucherschützende Zielrichtung hat.

b) Ein Verbraucherschutzesverein ist nach §13 Abs. 2 Nr. 3 UWG nicht befugt, Unterlassungsansprüche wegen Bagatellverstößen gegen ein verbraucherschützendes Gesetz geltend zu machen.

c) Zur Frage der Berührung wesentlicher Belange der Verbraucher im Sinne des §13 Abs. 2 Nr. 3 UWG bei einer Werbung für Flüge in einer übersichtlich gestalteten Anzeige, bei der interessierte Verbraucher die genannten Einzelpreise (die als „ab“-Preise genannten Flugpreise und die jeweils hinzukommenden Steuern) als Bestandteile der Endpreise ohne weiteres einander zuordnen und die Endpreise ohne Schwierigkeiten berechnen kann.

(BGH, Urteil vom 15.1. 2004 – I ZR 180/01)

### §91 ZPO – Auswärtiger Rechtsanwalt

Ein Verband zur Verfolgung gewerblicher Interessen i. S. von §13 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist in der Regel ebenso wie ein Unternehmen mit eigener Rechtsabteilung in der Lage, einen Prozeßbevollmächtigten am Sitz des Prozeßgerichts schriftlich zu instruieren. Beauftragt der Verband dennoch einen auswärtigen Rechtsanwalt mit der Prozeßführung, sind dessen im Zusammenhang mit der Reise zum Prozeßgericht entstandene Auslagen im allgemeinen keine notwendigen Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder -verteidigung.

(BGH, Beschluss vom 18.12. 2003 – I ZB 18/03)

**Ann. d. Red.:** Vgl. BGH – VIII ZB 27/03 – GuT 2004, 103 KL.

**KL-Mitteleiter:** RiBGH Wellner, Karlsruhe.

## Teileigentum

**§§ 535, 912, 1018 BGB**  
**Teileigentum; Supermarkt; Getränke- und Lager auf dem überbauten Nachbargrundstück; Überbau aufgrund Mietvertrags; Eigentum am Überbau; beendeter Mietvertrag**

a) War dem Eigentümer des Stammgrundstücks der Überbau aufgrund eines Mietvertrags über die überbaute Fläche gestattet, berührt der Ablauf des Vertrags sein Eigentum am Überbau nicht; er ist aber verpflichtet, dem Eigentümer des überbauten Grundstücks das Eigentum am Überbau zu verschaffen.

b) Dem Eigentümer des rechtmäßig überbauten Grundstücks kann das Eigentum am Überbau durch Bestellung einer Dienstbarkeit zu Lasten des Stammgrundstücks (Ausschluß der Ausübung des Überbaurechts) oder durch

**Aufhebung der Gestattung und Trennung des Überbaus vom übrigen Gebäude verschafft werden.**

c) Der Erwerb des Stammgrundstücks berechtigt den Erwerber nicht, den aufgrund eines von seinem Rechtsvorgänger abgeschlossenen Mietvertrags errichteten Überbau auf dem fremden Grundstück zu unterhalten.

(BGH, Urteil vom 16.1. 2004 – V ZR 243/03)

**Zum Sachverhalt:** Mit notariellem Vertrag vom 2. Februar 1998 kauften die Kläger von dem Voreigentümer Z. Teileigentum an dem Grundstück P. 95–97 (im folgenden: P.) in B. Die im Erdgeschoß gelegenen Räume des Sondereigentums erstrecken sich über die Grundstücksgrenze hinweg auf eine Teilfläche von 42 m<sup>2</sup> des Nachbargrundstücks, dessen Nießbraucher der Beklagte ist. Die Räume werden von der Firma P. zum Betrieb eines Supermarkts genutzt. Auf der

Teilfläche befindet sich das Getränkelager. Der Beklagte hatte die Teilfläche am 11. Januar 1973 an den damaligen Eigentümer des Grundstücks P. B. vermietet. Der Rechtsvorgänger im Teileigentum Z. war, anders als die Kläger, in den Vertrag eingetreten. Der Mietvertrag war auf 20 Jahre geschlossen und konnte vom Mieter um 10 Jahre verlängert werden.

Das Landgericht Bremen hat die Klage auf Rückzahlung geleisteten Mietzinses rechtskräftig abgewiesen, da die Zahlungen auf Rechnung des Mieters Z. erfolgt seien. Auf Widerklage hat es die Kläger zur Herausgabe der Teilfläche verurteilt. Die hiergegen gerichtete Berufung ist ohne Erfolg geblieben.

Mit der vom Oberlandesgericht Bremen zugelassenen Revision streben die Kläger weiterhin die Abweisung der Widerklage an.

**Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Räume auf der Teilfläche zu einem einheitlichen Gebäude gehören, das von dem Eigentümer des Grundstücks P. über dessen Grenze gebaut worden ist. § 912 BGB finde jedoch keine Anwendung, da der Überbau auf vertraglicher Grundlage beruhe. Mit dem inzwischen eingetretenen Ende des Mietvertrags sei die Duldungspflicht des Beklagten erloschen. Anderes gelte auch nicht deshalb, weil der Eigentümer des Grundstücks P. gewechselt habe.

Dies hält den Angriffen der Revision stand.

II. Der Beklagte kann nach § 985 i.V.m. § 1065 BGB Herausgabe der Teilfläche verlangen, denn sie ist Bestandteil des Grundstücks, auf dem der Nießbrauch lastet. Der Grenzüberbau, dessen tatsächliche Voraussetzungen die Revision nicht in Zweifel zieht, verschafft den Klägern kein Recht zum Besitz (§ 986 BGB).

1. Der Ausgangspunkt des Berufungsurteils, der Mietvertrag vom 11. Januar 1973 habe dem Überbau nur eine Grundlage auf Zeit verschafft, ist nicht zu beanstanden.

a) Ohne Erfolg rügt die Revision, der Mietvertrag beschränke sich darauf, in Abweichung von den Rechtsfolgen der §§ 912 ff. BGB, das Entgelt für die Benutzung des Nießbrauchsgrundstücks festzulegen, die Gestattung des Überbaus selbst sei dagegen außerhalb des Vertrags erfolgt. Dies ist ungeeignet, einen Auslegungsfehler des Berufungsgerichts (§§ 133, 157 BGB) aufzuzeigen. Die Rüge geht am Wortlaut und am inneren Zusammenhang des Vertrags vorbei. Danach war der Mieter, der die Teilfläche in ihrem bestehenden Zustand übernahm, berechtigt, die erforderlichen Baumaßnahmen (auf eigene Kosten) vorzunehmen. Zu äußerlichen Veränderungen bedurfte er allerdings der vorherigen Zustimmung des Vermieters. Diese hatte jedoch, soweit sie erforderlich geworden sein sollte, ihre Grundlage im Mietvertrag.

b) Die Zweifel der Revision an der Möglichkeit, den Überbau befristet zu gestatten, sind, was die dinglichen Wirkungen der Grenzüberschreitung anbelangt, dagegen begründet. Für die Entscheidung über den Herausgabeanspruch des Beklagten kommt es aber nicht hierauf, sondern darauf an, ob die Kläger berechtigt sind, den in ihrem Eigentum stehenden Überbau auf dem fremden Grundstück zu unterhalten.

aa) Die Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Überbauung seines Grundstücks (rechtmäßiger Überbau) führt nach der ständigen Rechtsprechung des Senats dazu, daß der Überbauende entgegen der Grundregel der §§ 946, 94 Abs. 1 BGB Eigentümer des auf dem Nachbargrundstück stehenden Gebäudeteils wird (§ 95 Abs. 1 Satz 2 BGB entspr.). Die Gebäudeeinheit erweist sich unter dieser Voraussetzung, wie in den Fällen des gutgläubigen Überbaus (§ 912 BGB), gegenüber der Einheit von Boden und Gebäude als das stärkere Band (Senat, BGHZ 62, 141, 144, 110, 298, 300 f.; Urt. v. 3. Dezember 1954, V ZR 93/53, LM BGB § 912 Nr. 1; Urt. v. 21.

Januar 1983, V ZR 154/81, NJW 1983, 1112; vgl. bereits RGZ 109, 107, 110). Die dinglichen Wirkungen folgen beim rechtmäßigen Überbau aus dem rechtsgeschäftlichen Willen der Beteiligten, im Falle des § 912 BGB aus den Willensmomenten des Tatbestands (Fehlen von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, Ausbleiben des Widerspruchs; Senat, Urt. v. 18. Dezember 1970, V ZR 73/68, NJW 1971, 426, 428; Staudinger/Roth, BGB <2002>, § 912 Rdn. 67). Hinzu tritt jeweils der aus dem Überbautatbestand (Gebäudeeinheit, Zuordnung des einheitlichen Gebäudes zu einem Stammgrundstück) folgende Schutzgedanke, Wertvernichtungen zu vermeiden. Er findet in § 912 BGB unmittelbar Ausdruck (Motive III 43; Senat BGHZ 53, 5, 11; 102, 311, 314) und bestimmt auch die Eigentumslage beim rechtmäßigen Überbau. Insoweit besteht zwischen dem rechtmäßigen und dem gesetzlich geregelten gutgläubigen Überbau kein Unterschied (klarstellend Senat BGHZ 62, 141, 144 gegenüber Urt. v. 13. Juli 1966, V ZR 8/64, WPM 1966, 1185, wo es der Senat offengelassen hatte, ob die dinglichen Wirkungen des gestatteten Überbaus § 912 BGB folgen).

bb) Damit ist die rechtliche Bedeutung der (hier im Mietvertrag erteilten) Zustimmung aber nicht erschöpft. Wie § 912 BGB beim gutgläubigen Überbau schafft sie bei der rechtmäßigen Grenzüberbauung den Rechtsgrund dafür, daß der Nachbar den fremden Gebäudeteil auf seinem Grundstück dulden muß. Die auf dem Willen der Beteiligten beruhende Legitimation der Überbauung begrenzt zugleich deren Umfang und Bestand. Dies hat der Senat wiederholt ausgesprochen (Urt. v. 13. Juli 1966, V ZR 8/64, a. a. O. für die Grundstücksleihe zum Zweck des Überbaus; Urteil vom 18. Dezember 1970, V ZR 73/68, NJW 1971, 426, 428 für die räumliche Überschreitung der Gestattung). Freilich bedeutet dies nicht, daß mit dem Ende der Gestattung, hier mit dem Ablauf des Mietvertrags vom 11. Januar 1973, der Überbau ohne weiteres Bestandteil des überbauten Grundstücks und damit zum Gegenstand des Nießbrauchs des Beklagten geworden wäre. Bei der Errichtung eines Gebäudes auf einem fremden Grundstück zu einem nur vorübergehenden Zweck (§ 95 Abs. 1 Satz 1 BGB) ist für die Eigentumslage die Zwecksetzung im Zeitpunkt der Verbindung mit dem Grund und Boden maßgeblich (Senat, Urt. v. 16. Mai 1956, V ZR 146/54, LM Preisstopp VO Nr. 7; BGHZ 23, 57, 59). Eine nachträgliche Änderung der Zweckbestimmung durch den Eigentümer des Gebäudes berührt dessen Eigenschaft als vom Grundstück gesonderte, bewegliche Sache nicht. Zur Zurückführung in den Bestandteilsverband des Grundstücks ist eine dingliche Einigung der beiden Eigentümer erforderlich (Senat in den vorstehenden Entscheidungen; ferner Urt. v. 19. September 1979, V ZR 41/77, NJW 1980, 771; v. 31. Oktober 1986, V ZR 168/85, NJW 1987, 774; vgl. auch Urt. v. 25. Mai 1959, V ZR 173/57, NJW 1959, 1487). Entsprechendes gilt, wenn die befristete Zweckbestimmung mit Ablauf der vereinbarten Zeit entfällt. Denn das Merkmal der Verbindung zu einem nur vorübergehenden Zweck besteht gerade darin, daß der Verbindende bei der Errichtung des Bauwerks den Willen hat, dieses bei Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht „in das Eigentum seines Vertragspartners übergehen zu lassen“ (Senat, BGHZ 8, 1, 6; 104, 298, 301; Urt. v. 22. Dezember 1995, V ZR 334/94, NJW 1996, 916 f., in BGHZ 131, 368, 370 nicht ausgeführt; Urt. v. 15. Mai 1998, V ZR 83/97, WPM 1998, 1633). Für die Beendigung der Berechtigung zum Überbau sind diese Gesichtspunkte in gleicher Weise maßgeblich. Der kraft Gestattung auf Zeit Überbauende hat sich die Befugnis, sein Eigentum auf dem fremden Grundstück zu unterhalten, zwar nur auf Zeit gesichert. Seiner Eigentümerrechte am Überbau, etwa des Rechts, für dessen Übertragung auf den Grundstückseigentümer, je nach den Umständen, ein Entgelt zu verlangen oder den Gebäudeteil, je nach Bauweise, insgesamt oder zu Teilen anderweit zu nutzen, hat er sich nicht begeben. Im Unterschied zu dem Gebäude, das einen Scheinbestandteil auf

dem fremden Grundstück bildet, liefe ein Eigentumswechsel am Überbau kraft Fristablaufs ohnehin sachenrechtlichen Grundsätzen zuwider. Immobiliareigentum, zu dem der Überbau zählt (Senat BGHZ 62, 141, 145; 110, 298, 300), ist auf Zeit im Sachenrecht nicht vorgesehen (vgl. § 925 Abs. 2 BGB).

cc) Wie eine Übertragung des Eigentums am Überbau auf den Eigentümer des überbauten Grundstücks rechtlich vor sich geht, hat der Senat noch nicht abschließend entschieden. Soll ein Eingriff in die Gebäudesubstanz unterbleiben, kommt die Belastung des Stammgrundstücks mit einer Dienstbarkeit in Betracht, die die Ausführung des Überbaurechts abschließt (§ 1018 BGB, 3. Alt.; Senat, Urt. v. 26. April 1961, V ZR 203/59, LM BGB § 912 Nr. 9). Der Senat hält dies aber nicht für die einzige Möglichkeit, den Überbau in den Bestandteilsverband des überbauten Grundstücks zurückzuführen. In Frage kommt auch ein der Begründung des Eigentums am Überbau gegenläufiges Geschäft. In diesem Falle muß mit der erforderlichen Einigung über die Beendigung des Überbaurechts (vgl. RGRK/Augustin, BGB, 12. Aufl., § 921 Rn. 21) die Beseitigung der Gebäudeeinheit einhergehen, die den Überbau zum Bestandteil des Stammgrundstücks macht. Dies kann durch baulichen Abschluß des Überbaus von dem übrigen Gebäude erfolgen. Eine rechtsbegründende Dokumentation im Grundbuch ist nicht möglich, da der Überbau als Grundstücksbelastung nicht eintragungsfähig ist (vgl. Senat, Urt. v. 3. Dezember 1954, V ZR 93/53, LM BGB § 912 Nr. 1) und die Bestandsverzeichnisse der Grundbücher von der Änderung unberührt bleiben (§ 2 GBO in Verbindung mit dem Liegenschaftskataster). Die Diskontinuität gegenüber den allgemeinen Regeln der rechtsgeschäftlichen Begründung und Aufhebung dinglicher Rechte (§ 873 BGB) ist in der Eigenart des gestatteten Überbaus begründet, die den rechtsgeschäftlichen Willen der Beteiligten mit der gesetzlichen Anordnung des § 912 BGB verbindet (oben aa). Die Aufgabe des Besitzes an der Teilfläche, die Gegenstand des Herausgabeanspruchs ist, kann durch die vom Berufungsgericht aufgezeigten Maßnahmen (Abriß des Anbaues; baulicher Abschluß des Getränkelagers vom Supermarkt im übrigen, gegebenenfalls mit Eröffnung eines Zutritts vom Grundstück des Beklagten aus) erfolgen.

2. Nicht zu beanstanden ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts, diese Rechtslage erfahre durch den Wechsel des Eigentums an dem Grundstück, von dem aus der Überbau erfolgt (Stammgrundstück), keine Änderung.

a) Die Rechtsnachfolge im Eigentum am Stammgrundstück berührt die dingliche Rechtslage, das Eigentum am Überbau, ebensowenig wie der Ablauf der Zeit, für die der Überbau gestattet war. Die dem Rechtsvorgänger schuldrechtlich, hier durch Mietvertrag, erteilte Gestattung, die Grenze mit dem Bau zu überschreiten, bietet allerdings für den Rechtsnachfolger, der in den Mietvertrag nicht eingetreten ist, keine Grundlage dafür, den Überbau beizubehalten. Unzutreffend ist aber die Folgerung der Revision, wegen der nur schuldrechtlichen Wirkung der rechtsgeschäftlichen Gestattung rücke zugunsten des Rechtsnachfolgers im Eigentum am Stammgrundstück die gesetzliche Regelung des § 912 BGB an die Stelle des vom Rechtsvorgänger abgeschlossenen Vertrages. Die gesetzliche Duldungspflicht des Eigentümers des überbauten Grundstücks beruht auf dem nachbarrechtlichen Tatbestand der rechtswidrigen, aber gutgläubigen Überbauung und dem Ausbleiben des Widerspruchs hiergegen (oben zu 1 b). Ihr Gegenstand, das fremde Eigentum am Überbau, ist, insoweit vergleichbar der gutgläubig erworbenen fremden Sache (§ 932 BGB) oder dem aufgrund Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung erworbenen Eigentum (§§ 946 ff., 951 BGB), einem Herausgabeanspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung entzogen. Wer immer der Eigentümer des Überbaus ist, hat diesen gegenüber dem Grundstückseigentümer mit Rechtsgrund inne. Von der gleichen Rechts-

stellung des Eigentümers am Überbau ist der Senat, worauf die Revision abhebt, allerdings auch in Fällen der gestatteten, mithin rechtmäßigen Überbauung der Grenze ausgegangen (Urt. v. 21. Januar 1983, V ZR 154/81, NJW 1983, 1112; v. 25. Februar 1983, V ZR 299/81, NJW 1983, 2022). Gegenstand dieser Rechtsprechung waren Überbauungen, die auf eine rechtsgeschäftliche Gestattung zurückgingen, die, wie die Duldung kraft gesetzlicher Anordnung im Falle des § 912 BGB, auf Dauer erfolgt war. Die Sachlage war zwar mit dem versehentlichen Überbau nach § 912 BGB insofern nicht vergleichbar, als den Beteiligten im Gestattungsfall die Überbauung der Grundstücksgrenze bewußt ist, sie mithin die Möglichkeit haben, das Eigentum am Überbau durch Bestellung einer Grunddienstbarkeit rechtlich zu sichern (§§ 1018, 95 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das Interesse an der Erhaltung des mit dem Überbau geschaffenen Wertes, das der Duldungspflicht nach § 912 BGB zugrunde liegt (oben 1 b), bietet aber eine hinreichende Grundlage, dem Gestattungswillen, auch wenn er sich nicht in einer Dienstbarkeit niedergeschlagen hat, wohl aber wie im Falle des § 912 BGB auf Dauer angelegt ist, Bestand zu verleihen („Verdinglichung der Zustimmung“; vgl. Staudinger/Roth, a. a. O., § 912 Rdn. 69). Den „Erst recht“-Schluß vom Fortbestand des rechtswidrigen auf den des rechtmäßigen Überbaus beim Eigentumswechsel hat der Senat mit Tatbestandselementen des § 912 BGB, nämlich damit begründet, im Hinblick auf die dem Rechtsvorgänger am Stammgrundstück erteilte Gestattung falle dem Rechtsnachfolger weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit zur Last.

Dies schafft indessen keine Grundlage dafür, den Eigentümer, der die Inanspruchnahme seines Grundstücks für einen fremden Überbau auf bestimmte Zeit gestattet hat, auch nach deren Ende zu binden. Die Bindung widerspräche seiner autonomen Befugnis als Teilnehmer am Rechtsverkehr, schuldrechtliche Rechtsverhältnisse im Rahmen zwingender Vorschriften mit beliebigem Inhalt einzugehen. Der Eigentümer, der auf die Ausübung eines Teiles seiner Rechte am Grundstück (§ 903 BGB) auf Zeit verzichtet, behält sich vor, nach deren Ablauf von seinem Eigentum wieder in vollem Umfang Gebrauch zu machen, mithin den Überbau zu gleichen oder veränderten Bedingungen weiterhin zu dulden oder Herausgabe der überbauten Fläche zu verlangen. Verfehlt ist es, worauf das Berufungsgericht zu Recht hinweist, den Grundstückseigentümer nach Erlöschen des Mietzinsanspruchs auf die gesetzliche Überbaurente zu verweisen, die auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Grenzüberbaus abstellt (§ 912 Abs. 2 Satz 2 BGB). An die Stelle der mit Ablauf der schuldrechtlichen Bindung eröffneten Möglichkeit, frei die Nutzungen (§ 100 BGB) des Grundstücks zu ziehen, träte der „versteinerte“ (Staudinger/Roth, a. a. O., Rdn. 47), einer Anpassung etwa nach § 323 ZPO entzogene, Rentenanspruch. Der Gesichtspunkt der Erhaltung des mit dem Überbau geschaffenen Wertes tritt demgegenüber zurück. Die Laufzeit von Mietverträgen, die der Gebäudeerrichtung und -nutzung dienen, ist im Rechtsverkehr regelmäßig so bemessen, daß die Kosten der Gebäudeerrichtung, der mit der Nutzung erzielte Gewinn und die Abschreibung der Substanz in einem kalkulierten Verhältnis stehen. In dieses, von den Beteiligten verantwortete Wertverhältnis unter dem Gesichtspunkt der Wertverhaltung einzugreifen, besteht kein Anlaß. Der Eingriff ließe eher eine Wertvernichtung durch Fixierung überholter Verhältnisse befürchten.

b) Praktische Probleme treten, wenn der Überbau nach dem Wechsel des Eigentums am Stammgrundstück seine Rechtsgrundlage behalten soll, nicht auf. Herrscht unter den Beteiligten Einverständnis, kann der neue Eigentümer anstelle seines Rechtsvorgängers durch dreiseitigen Vertrag Mieter werden. Läßt der Mietvertrag eine Untervermietung zu, kann sich der Rechtsnachfolger hierdurch eines Herausgabeanspruchs

erwehren (§ 986 Abs. 1 Satz 1 BGB). Im Falle des Eigentumswechsels am überbauten Grundstück tritt der Erwerber nach Maßgabe der §§ 578, 566 ff. BGB in den Mietvertrag ein.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 675 BGB; § 27 WEG  
Olympiadorf München**

**a) Sind in einem städtebaulichen Areal (Olympiadorf) gemeinschaftliche Versorgungs- und Infrastruktureinrichtungen vorhanden, welche teilweise grundstücksübergreifend, teilweise nur auf einzelnen privaten Grundstücken errichtet sind, können auch Wohnungseigentümergeinschaften, vertreten durch die jeweiligen Verwalter, einen Dritten langfristig mit der Unterhaltung und Instandsetzung der Anlagen sowie der Umlage der Aufwendungen beauftragen, ohne daß § 27 WEG dem entgegensteht.**

**b) Ist in einem solchen Vertrag festgelegt, daß Gewährleistungsansprüche für Baumängel – im Gegensatz zu üblichen Instandsetzungsarbeiten – vom jeweiligen Auftraggeber der Bauleistung geltend zu machen sind, kommt diese Einschränkung nicht mehr in Betracht, wenn über 25 Jahre seit der Abnahme der Bauarbeiten wegen des Ablaufs der Verjährungsfristen solche Ansprüche nicht mehr durchsetzbar sind.**

(BGH, Urteil vom 9. 2. 2004 – II ZR 218/01)

**Zum Sachverhalt:** In der klagenden Gesellschaft (im folgenden: Klägerin) haben sich eine Reihe von Grundstückseigentümern und Wohnungseigentümergeinschaften des O. D. für Männer (im folgenden: OD) in M. zusammengeschlossen. Die Klägerin verfolgt den Zweck, bestimmte übergeordnete Aufgaben und Tätigkeiten wahrzunehmen, die sich auf den Betrieb gemeinschaftlicher Einrichtungen des OD beziehen. Zu diesen Aufgaben gehört auch, notwendige Erhaltungsmaßnahmen und Erneuerungen dieser Einrichtungen zu veranlassen; denn zahlreiche Einrichtungen und Anlagen des ehemaligen OD überschreiten die Grenzen der einzelnen Grundstücke. Da nach den Vorstellungen der ursprünglichen Eigentümer des OD eine ordnungsgemäße Unterhaltung der Anlagen nur durch eine übergeordnete Verwaltung gewährleistet war, schlossen nahezu alle Eigentümer und Eigentümergeinschaften bzw. Erbbauberechtigten der zum OD gehörenden Grundstücke unter dem 22. Dezember 1975 einen mit „Vereinbarungen über gemeinschaftliche Versorgungsanlagen und Einrichtungen im O. M.“ überschriebenen Vertrag, der Regelungen über die Nutzung und Unterhaltung der genannten grundstücksübergreifenden Einrichtungen enthält. Zu der in den Vereinbarungen vorgesehenen Bestellung und Eintragung von Reallasten und Grunddienstbarkeiten durch die jeweiligen Eigentümer kam es in der Folgezeit aus grundbuchrechtlichen Gründen nicht.

Beklagt sind die durch ihren Verwalter vertretenen Wohnungseigentümer der Wohnungseigentümergeinschaft „H.“ (im folgenden: Beklagte), deren Gebäude auf dem Gelände des OD liegen. Diese Gebäude waren unter der Bezeichnung „G 3“ von der KG B. H. GmbH & Co (im folgenden: BHG) errichtet und mit Teilungserklärung vom 21. Mai 1974 gem. § 8 WEG in Wohnungseigentum bzw. Miteigentumsanteile aufgeteilt worden. Der Teilungserklärung ist jeweils eine Gemeinschaftsordnung (GO) beigelegt, in der es unter Nr. 6 der Allgemeinen Bestimmungen u. a. heißt:

„Die Bauanlage ist Teil des O. D. der Männer ... Aufgrund dessen wurde eine Reihe von Baumaßnahmen durchgeführt und Einrichtungen und Anlagen geschaffen, die eine enge und in manchen Bereichen unauflösbare Verbindung mit den übrigen Grundstücken bzw. deren Eigentümern und eine zentra-

le Verwaltungsstelle im O. D. der Männer bedingen. ... Zur Sicherstellung der behördlichen Auflagen und eines ordnungsgemäßen gemeinschaftlichen Betriebes und Unterhalts werden im Grundbuch entsprechende Rechte bzw. Belastungen eingetragen, in denen auch die Kostenregelung enthalten ist.“

Ferner wurde in einem ebenfalls der Teilungserklärung beigefügten „Anstellungsvertrag“ die BHG für die Dauer von fünf Jahren mit der Verwaltung des Anwesens beauftragt und ihr zugleich Vollmacht erteilt zur Vertretung der Wohnungseigentümer beim Abschluß von Verträgen und zur Vornahme von Rechtsgeschäften im Rahmen der dem Verwalter nach dem WEG und der GO obliegenden Aufgaben. Insoweit ist in § 10 GO bestimmt:

„In Erweiterung der ihm nach dem Gesetz übertragenen Aufgaben hat der Verwalter folgende Befugnisse:

ba) mit Wirkung für die E(igentümer) im Rahmen seiner ihm nach dem WEG und dieser GO obliegenden Verwaltungsaufgaben Verträge abzuschließen und sonstige Rechtsgeschäfte vorzunehmen ...

bk) die E gegenüber der zentralen Verwaltungsstelle des OD zu vertreten und auch in diesem Zusammenhang Dienstleistungs-, Lieferungs- und Verwaltungsverträge abzuschließen bzw. in Verträge, die von dieser Stelle abgeschlossen werden, einzutreten;“

Gestützt auf diese Vollmacht schloß die BHG als Vertreterin der Wohnungseigentümergeinschaft mit der Klägerin am 22. September 1976 einen sog. „Individualvertrag“. Inhaltsgleiche Verträge kamen zur gleichen Zeit auch mit anderen Eigentümern oder Wohnungseigentümergeinschaften des OD und der Klägerin zustande. In diesem Vertrag werden der Klägerin die Pflege und Wartung, der Betrieb sowie die Erneuerung von gemeinsamen Anlagen und Anlagenteilen, die sich auf dem Grundstück des jeweiligen Vertragspartners befinden, übertragen. Die durch diese Tätigkeit entstehenden Kosten aus diesem und allen anderen „Individualverträgen“ hat die Klägerin, die nicht mit Gewinn arbeiten darf, nach den Vertragsbedingungen zu einer Auftragssumme zusammenzufassen. Die jeweils von den Vertragspartnern zu tragenden Prozentanteile ergeben sich aus den Einzelbestimmungen der „Individualverträge“, die u. a. folgende Regelungen enthalten:

§ 1 Abs. 3:

„Der Auftrag versteht sich nicht auf Baumängeln und Folgeschäden. Deren Behebung verbleibt im Bereich der Bauträger bzw. der jeweiligen Grundstückseigentümer. ...“

§ 1 Abs. 4:

„Der Auftrag versteht sich weiterhin auf alle gemeinsamen Anlagen und Einrichtungen im OD zugunsten sämtlicher Dorfbewohner wie z. B. die Grünanlagen und gemeinsamen Außenanlagen, die öffentliche Fußgängerebene ...“

§ 2

„Der Auftragsumfang umfaßt die nachfolgenden Leistungen:

1. Die regelmäßige Wartung und Pflege und Kontrolle aller Anlagen und Anlagenteile gemäß § 1.

2. ...

3. Die Reparatur und Wiederinstandsetzung beschädigter oder zerstörter Anlagen oder Anlagenteile ...“

Anders als in den zurückliegenden Jahren weigerte sich die Beklagte ab August 1999, die durch die Klägerin festgelegten monatlichen Vorauszahlungen für die Sanierungs- und Unterhaltungskosten der gemeinschaftlichen Einrichtungen des OD zu entrichten. Sie hält sich nicht für zahlungspflichtig, weil sie nicht an den „Individualvertrag“ gebunden sei und die Klägerin nach den Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes für die Instandhaltung und Instandsetzung des ge-

meinschaftlichen Eigentums der Wohnungseigentümer unzuständig sei. Ferner wendet sie sich gegen die Höhe der ihr abgeforderten Vorauszahlungen.

Die Klägerin, die die ausstehenden Zahlungen für die Monate August bis Dezember 1999 (insgesamt 133 632,94 DM) geltend macht, blieb vor dem Landgericht München I und dem Oberlandesgericht München erfolglos. Mit ihrer Revision verfolgt sie ihr Klagebegehren weiter.

**Aus den Gründen:** Die Revision der Klägerin führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung, wobei der Senat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 S. 2 ZPO Gebrauch macht.

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Beklagte sei schon wegen § 10 Abs. 2 WEG weder an die Vereinbarung vom 22. Dezember 1975 noch an den Individualvertrag vom 22. September 1976 gebunden, weil die heutigen Eigentümer der beklagten Wohnungseigentümergeinschaft bei Abschluß der „Individualvereinbarung“ nicht zum Kreis der (ursprünglichen) Eigentümer gehört hätten und keine der Vereinbarungen im Grundbuch eingetragen worden sei. Der Verwaltung durch die Klägerin – das gelte vor allem für die Sanierung der im gemeinschaftlichen Eigentum der Beklagten stehenden grenzüberschreitenden Anlagen – stünden außerdem die zwingenden Vorschriften der §§ 21 Abs. 1 und 27 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 WEG entgegen.

Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

II. 1. Aus der Eigentümervereinbarung vom 22. Dezember 1975 kann die Klägerin allerdings für sich nichts herleiten, weil sie an ihr nicht als Vertragspartnerin beteiligt ist.

2. Die BHG konnte jedoch aufgrund der ihr erteilten Verwaltervollmacht als Vertreterin der Wohnungseigentümer den „Individualvertrag“ wirksam mit der Klägerin schließen. § 27 WEG begrenzt die Verwalterbefugnis nur hinsichtlich der gesetzlichen Aufgaben des Verwalters; durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer (Bärmann/Pick/Merle, WEG 9. Aufl. § 27 Rdn. 192) wie durch Regelungen schon in der Teilungsordnung (OLG Frankfurt OLGZ 1986, 45 f.; OLG Karlsruhe MittRhNotK 1980, 111; s. ferner BGHZ 88, 302, 304 f.) können die Befugnisse erweitert werden. Letzteres ist in § 10 der Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümergeinschaft H. geschehen. Die BHG hat sich im Rahmen ihrer Vertretungsmacht gehalten, als sie den „Individualvertrag“ geschlossen hat. Ihre in § 10 a. O. umschriebene, das Ziel von Nr. 6 der Allgemeinen Bestimmungen GO konkretisierende Aufgabe war es, die Wohnungseigentümer gegenüber der zentralen Verwaltungsstelle des OD zu vertreten und in diesem Zusammenhang die erforderlichen Dienstleistungs-, Lieferungs- und Verwaltungsverträge zu schließen. Zumindest diejenigen Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft, die bei Vertragsschluß am 22. September 1976 bereits Wohnungseigentümer waren, sind danach aufgrund des „Individualvertrages“ verpflichtet, die anteiligen Kosten für Betrieb, Unterhaltung, Erneuerung und Verwaltung der gemeinschaftlichen grenzüberschreitenden Anlagen und Einrichtungen zu tragen.

3. Klärungsbedürftig ist demgegenüber, ob etwaige Sondernachfolger, die erst nach Abschluß des genannten Vertrages Wohnungseigentum durch Rechtsgeschäft oder auf dem Wege der Zwangsversteigerung erlangt haben, dieselbe Verpflichtung trifft.

Anders als die Klägerin meint, ist dieser Personenkreis nicht automatisch an den „Individualvertrag“ gebunden. Aus der Teilungserklärung samt Anhängen konnten diese hinzugetretenen Wohnungseigentümer nicht ersehen, welche Verpflichtungen in der Vergangenheit eingegangen worden waren und welche Belastungen damit auf sie zukamen (vgl. BGHZ 88,

302, 306). Das Bestehen einer über den gesetzlichen Rahmen hinausgehenden Verwaltervollmacht und die Regelung Nr. 6 der Allgemeinen Bestimmungen GO mußte bei ihnen eher die Vorstellung wecken, daß etwa eingegangene Verpflichtungen als Belastungen im Grundbuch eingetragen waren.

Eine Bindung dieser Sondernachfolger an die Regelungen des „Individualvertrages“ kommt jedoch dann in Betracht, wenn sie die entsprechenden Verpflichtungen beim Erwerb ausdrücklich oder in der Folgezeit durch konkludentes Verhalten übernommen haben. Im Zusammenhang mit dem zuletzt genannten Umstand ist zu würdigen, daß die Wohnungseigentümer rund 23 Jahre anstandslos die von der Klägerin geforderten Zahlungen erbracht haben und – nach dem bisherigen Sachvortrag – nicht ersichtlich ist, daß der jeweilige Verwalter eigenmächtig und ohne hierzu von der informierten Wohnungseigentümerversammlung mit den dafür erforderlichen Mitteln versehen worden zu sein, gehandelt hat.

III. 1. Der Rechtsstreit bedarf der Zurückverweisung an das Berufungsgericht, damit dieses die fehlenden Feststellungen dazu treffen kann, welche Wohnungseigentümer von Anfang an an den „Individualvertrag“ gebunden waren und ob bzw. welche Sondernachfolger ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten die Verpflichtungen aus diesem Vertrag übernommen haben.

2. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht ferner die Gelegenheit, die bisher – von dem bislang eingenommenen Standpunkt aus folgerichtig – nicht getroffenen Feststellungen zur Höhe der von der Klägerin geltend gemachten Forderung nachzuholen. Dies betrifft nicht nur den Verteilungsschlüssel, sondern ebenso die Frage, ob nach dem Vertrag ein Anspruch auf Rücklagenbildung für erst künftig vorzunehmende Arbeiten besteht, sowie die Berechtigung der von den Beklagten erklärten Aufrechnung.

3. Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, daß die nach dem „Individualvertrag“ bestehende Pflicht zur anteiligen Kostenübernahme auch solche Aufwendungen betrifft, die für die Sanierung von Baumängeln und Folgeschäden anfallen. § 1 Abs. 3 des „Individualvertrages“, den das Berufungsgericht nicht, wie geboten, beiderseits interessengerecht ausgelegt hat, steht dem – anders als die Beklagten meinen – nicht entgegen. Die Bestimmung beansprucht Geltung allein für die Zeit unmittelbar nach Errichtung der Anlagen; Gewährleistungsansprüche für Baumängel sind von den jeweiligen Auftraggebern der Bauleistung geltend zu machen. Sind aber derartige Ansprüche nicht mehr durchsetzbar – nach über 25 Jahren seit der Abnahme der Bauarbeiten liegt diese Voraussetzung schon wegen des Ablaufs der Verjährungsfristen vor – sind auch Reparaturmaßnahmen oder notwendige Sanierungsmaßnahmen Instandsetzungsarbeiten im Sinne des „Individualvertrages“, unabhängig davon, worauf die Schäden zurückgehen, insbesondere ob sie auf Baumängeln beruhen oder erst später entstanden sind.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### **Kurzfassungen / Leitsätze (KL) Teileigentum etc.**

#### **§ 675 BGB – Immobilienfonds; Prospekthaftung; Innenprovision und Werthaltigkeit der Anlage; Verkehrswertüberschreitung**

Zur Frage der Verpflichtung des Vermittlers einer prospektierten Kapitalanlage zur Offenlegung von an ihn für den Vertrieb gezahlten „Innenprovisionen“.

(BGH, Urteil vom 12. 2. 2004 – III ZR 359/02)

**Anm. d. Red.:** Zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen. Vergleichbares Verfahren: BGH III ZR 355/02.

## §§ 631, 133, 157, 166 BGB – Wohnfläche der Eigentumswohnung bei Kauf vom Bauträger; Erwerbvertrag; Hilfsperson des Bauträgers

Die Wohnflächen gehören zu den zentralen Beschaffenheitsmerkmalen des vom Bauträger geschuldeten Objektes. Fehlen in einem Erwerbvertrag Angaben hierzu, sind die einseitigen Vorstellungen des Erwerbers für den Inhalt des Vertrages maßgeblich, wenn der Bauträger in eigener oder zu-rechenbarer Kenntnis des Willens des Erwerbers den Vertrag abschließt.

Beauftragt der Bauträger eine Hilfsperson mit der Anwerbung der Kunden und mit den Vertragsanbahnungsgesprächen und schaltet der Verhandlungsgehilfe einen selbständigen Vermittler ein, sind dessen Kenntnisse über die einseitigen Vorstellungen des Erwerbers dem Bauträger zuzurechnen, wenn dieser mit der Einschaltung des Untervermittlers rechnen mußte.

(BGH, Urteil vom 8.1.2004 – VII ZR 181/02)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WM 2004, 302.

## § 17 BeurkG; § 14 BNotO – Wohnungseigentum; Nutzungsbeschränkung als Studentenwohnung; Belehrungspflicht des Notars gegenüber dem Anleger

Bei der sukzessiv erfolgenden Beurkundung von Vertragsangebot und -annahme kann dem sogenannten Zentralnotar,

der nur die Vertragsannahme beurkundet, gegenüber dem Anbietenden eine betreuende Belehrungspflicht bezüglich zwischenzeitlich eingetragener Belastungen obliegen.

(BGH, Urteil vom 4.3.2004 – III ZR 72/03)

## § 23 WEG – Öffnungsklausel in der TE; Betriebskostenumlage; Änderungsbeschluss; eindeutiger Maßstab

1. Beabsichtigen die Wohnungseigentümer eine an sich nur im Wege der Vereinbarung zu treffende generalisierende Regelung mit Zukunftsgeltung (hier: Betriebskostenumlage nach einer Wohnflächenvorgabe) unter Ausnutzung einer in der Teilungserklärung enthaltenen Öffnungsklausel wirksam zu beschließen, so müssen sie dies deutlich zum Ausdruck bringen. Dazu reicht es insbesondere nicht aus, wenn dieser wichtige Regelungsgegenstand ohne auf die beabsichtigte Änderung der Teilungserklärung hinzuweisen in einem ansonsten überwiegend punktuellen Klärungen dienenden Beschlusregelungswerk „versteckt“ wird.

2. Ein Eigentümerbeschluss über die Abrechnung von Betriebskosten nach den vom Bauträger angegebenen Wohnflächen ist nichtig, wenn Letztere weder feststehen noch mit zulässigen Mitteln der Beschlusauslegung festgestellt werden können.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.3.2004 – I-3 Wx 344/03)

**KL-Mitteleiter:** RiBGH Wellner, Karlsruhe; RiOLG Dr. Schütz, Hünxe.

# Besteuerung

## BMF-Schreiben vom 25. Februar 2004 (IV A 6 – S 2183b – 1/04), BStBl I S. 337

### Zweifelsfragen zu Ansparrabschreibungen nach § 7g Abs. 3 ff. EStG

TOP 6 der Sitzung ESt I/2004

(64) Die Grundsätze dieses Schreibens sind vorbehaltlich Randnummer 65 in allen offenen Fällen anzuwenden. Die BMF-Schreiben vom 12. Dezember 1996 (BStBl I S. 1441), vom 8. Juni 1999 (BStBl I S. 547) und vom 1. Februar 2001 (BStBl I S. 170) werden aufgehoben.

(65) Soweit die Regelungen dieses Schreibens hinsichtlich der Berücksichtigung des Gewinnes aus der Rücklagenauflösung als Veräußerungsgewinn (Randnummer 30) von der Textziffer 9 des o. g. BMF-Schreibens vom 12. Dezember 1996 abweichen, sind die o. g. Grundsätze erstmals für Rücklagen nach § 7g Abs. 3 ff. EStG anzuwenden, die in Wirtschaftsjahren gebildet werden, die nach dem 31. Dezember 2003 beginnen.

Dieses Schreiben steht auf den Internet-Seiten des Bundesministeriums der Finanzen unter der Rubrik Steuern und Zölle – Steuern – Veröffentlichungen zu Steuerarten – Einkommensteuer – <http://www.bundesfinanzministerium.de/Einkommensteuer-.479.htm> zum Download bereit.

## BMF-Schreiben vom 29. Januar 2004 (IV B 7 – S 7280 – 19/04), BStBl I S. 258

**Umsatzsteuer; Umsetzung der Richtlinie 2001/115/EG (Rechnungsrichtlinie) und der Rechtsprechung des EuGH und des BFH zum unrichtigen und unberechtigten Steuerausweis durch das Zweite Gesetz zur Änderung steuerlicher Vorschriften (Steueränderungsgesetz 2003 – StÄndG 2003)**

Dieses Schreiben tritt mit Wirkung ab 1. Januar 2004 an die Stelle der BMF-Schreiben vom 25. Mai 1992 – IV A 2 – S 7280 – 8/92 – BStBl I S. 376) und vom 28. Juni 2002 – IV B 7 – S 7280 – 151/02 – (BStBl I S. 660).

Dieses Schreiben steht ab sofort für eine Übergangszeit auf den Internet-Seiten des Bundesministeriums der Finanzen unter der Rubrik Steuern und Zölle – Steuern – Veröffentlichung zu Steuerarten – Umsatzsteuer –

(<http://www.bundesfinanzministerium.de/Umsatzsteuer-.478.htm>) zum Download bereit.

## Kurzfassungen / Leitsätze (KL) Steuerrecht etc.

### § 7g EStG – Ansparrücklage

Zwischen der Bildung einer Rücklage nach § 7g Abs. 3 EStG und der Investition muss ein Finanzierungszusammenhang bestehen. Dieser ist nicht gewahrt, wenn die Rücklage erst später als zwei Jahre nach Anschaffung des Wirtschaftsguts gebildet wird.

(BFH, Urteil vom 14.8.2001 – XI R 18/01)

Vorinstanz: Sächsisches FG

– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 181 –

### § 7g EStG – Ansparrücklage

Die Bildung einer Ansparrücklage gemäß § 7g Abs. 3 EStG setzt für einen erst zu eröffnenden Betrieb voraus, dass die Investitionsentscheidung hinsichtlich der wesentlichen Betriebsgrundlagen ausreichend konkretisiert ist. Sollen die wesentlichen Betriebsgrundlagen angeschafft werden, setzt das ihre verbindliche Bestellung voraus.

(BFH, Urteil vom 25.4.2002 – IV R 30/00)

Vorinstanz: Schleswig-Holsteinisches FG (EFG 2000, 1059)

– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 182 –

### § 7g EStG – Ansparrücklage

Die für die Ansparrücklage nach § 7g Abs. 3 Satz 2 EStG erforderliche „voraussichtliche“ Anschaffung oder Herstellung eines Wirtschaftsguts setzt eine hinreichende Konkretisierung der geplanten Investition voraus. Die insoweit zu treffende Prognose ist bei Steuerpflichtigen, die ihren Gewinn nach § 4 Abs. 3 EStG ermitteln, aus der Sicht am Ende des jeweiligen Gewinnermittlungszeitraums vorzunehmen.

(BFH, Urteil vom 19. 9. 2002 – X R 51/00)

Vorinstanz: FG Köln (EFG 2000, 1309)

– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 184 –

### § 7g EStG – Ansparrücklage

Ermittelt der Steuerpflichtige seinen Gewinn nach § 4 Abs. 3 EStG, kann er eine Ansparrücklage für die künftige Anschaffung oder Herstellung eines begünstigten Wirtschaftsguts nur dann als Betriebsausgabe abziehen, wenn er die voraussichtliche Investition zumindest binnen des Investitions-

zeitraums von zwei Jahren hinreichend konkretisiert und buchungsmäßig (hier: in der Gewinnermittlung) nachweist.

(BFH, Urteil vom 6. 3. 2003 – IV R 23/01)

Vorinstanz: FG München (EFG 2001, 735)

– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 187 –

### § 675 BGB; § 68 StBerG; § 8 SGB V; § 28 SGB IV – Beratungspflicht des Steuerberaters; Lohnbuchführung; Schadensersatzansprüche; Verjährung

Zur Beratungspflicht eines Steuerberaters, der die Lohnbuchführung seines Auftraggebers übernommen hat und Beschäftigte des Auftraggebers als „rankenversicherungsfrei“ einschließt.

Zum Beginn der Verjährungsfrist von Schadensersatzansprüchen gegen Steuerberater wegen Pflichtverletzungen bei der Prüfung der Beitragspflicht eines Beschäftigten zur gesetzlichen Krankenversicherung.

(BGH, Urteil vom 12. 2. 2004 – IX ZR 246/02)

**KL-Mitteleiter:** RiBGH Wellner, Karlsruhe.

## Magazin

### Politik und Recht

#### Schriftliche Fragen mit den in der Woche vom 17. November 2003 eingegangenen Antworten der Bundesregierung (BT-Drs. 15/2064)

12. Abgeordnete Dr. Martina Krogmann (CDU/CSU):

Unterliegen nach Auffassung der Bundesregierung Unternehmen im Ausland, die ohne vorherige Einwilligung der Adressaten **Telefonmarketing** in der Bundesrepublik Deutschland betreiben, bezüglich der Zulässigkeit ihrer Werbemaßnahme deutschem Recht oder dem Recht des Herkunftslandes?

Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Alfred Hartenbach vom 14. November 2003:

Die Zulässigkeit von Telefonwerbung richtet sich nach den Regelungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Im Bereich des Wettbewerbsrechts gilt im deutschen internationalen Privatrecht das Marktortprinzip, das sich aus den Artikeln 40, 41 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) herleitet. Dies bedeutet, dass sich die Zulässigkeit der Werbung nach dem Recht an dem Ort, an dem die wettbewerblichen Interessen der Mitbewerber aufeinandertreffen, richtet. Bei der Telefonwerbung ist dies der Ort, an dem der Werbeanruf entgegengenommen wird. Die Zulässigkeit von aus dem Ausland an in Deutschland befindliche Adressaten gerichteter Telefonwerbung richtet sich demnach ausschließlich nach deutschem Recht.

#### BMJ-Newsletter vom 21. April 2004

#### Vollstreckung unbestrittener Forderungen in Europa wird erleichtert

Am 21. April 2004 ist die Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines Europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen endgültig angenommen worden. Die Bundesjustizministerin Brigitte Zypries führt dazu aus:

„Mit dem Erlass der Verordnung zur Einführung eines Europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen haben wir einen weiteren Schritt auf dem Weg zur Schaffung eines einheitlichen Rechtsraums in Europa getan. Dieser Rechtsakt nützt den Bürgerinnen und Bürgern sowie den Unternehmen, weil er die Durchsetzung von unbestrittenen For-

derungen gemeinschaftsweit erleichtert. Zukünftig kann beispielsweise aus einem deutschen Vollstreckungsbescheid, der hier als Europäischer Vollstreckungstitel bestätigt worden ist, in den Niederlanden ohne weiteren Zwischenschritt in dortiges Schuldnervermögen vollstreckt werden. Das dürfte auch die Zahlungsmoral von Schuldnern verbessern und die finanzielle Liquidität gerade von kleinen und mittleren Betrieben mit grenzüberschreitendem Geschäftsradius sichern.“

Die Verordnung über den Europäischen Vollstreckungstitel schafft das Zwischenverfahren zur Anerkennung und Vollstreckbarerklärung einer gerichtlichen Entscheidung ab, das der Gläubiger bisher im Vollstreckungsstaat zunächst durchlaufen musste. Die Verordnung erfasst vorerst nur Entscheidungen über Geldforderungen, die vom Schuldner anerkannt oder nicht bestritten worden sind, vor Gericht geschlossene Vergleiche und öffentliche Urkunden, in denen sich der Schuldner einer Zahlungspflicht unterwirft. Sie werden auf Antrag des Gläubigers im Gerichtsstaat auf einem vereinheitlichten Formblatt als Europäische Vollstreckungstitel bestätigt. Der notwendige Schuldnerschutz wird im Gerichtsstaat und nicht wie bisher im Vollstreckungsstaat geleistet.

Die Verordnung über den Europäischen Vollstreckungstitel wird in vollem Umfang in den Mitgliedstaaten ab dem 21. Oktober 2005 gelten. Das Bundesministerium der Justiz bereitet die Gesetzgebung vor, mit der die unmittelbar anwendbaren Vorschriften der Verordnung national zur Durchführung gebracht werden sollen.

#### BGH-Pressemitteilung Nr. 32/2004 vom 16. 3. 2004

#### Präsident des Bundesgerichtshofs zum Vizepräsidenten der Vereinigung der Präsidenten der obersten Gerichte der Europäischen Union gewählt

Am 8. März 2004 wurde in Paris die Vereinigung der Präsidenten der obersten Gerichte der Europäischen Union gegründet. Aufgabe dieses Netzwerkes der Chefs der obersten ordentlichen Gerichtsbarkeiten in der Union ist es, den Gedanken- und Erfahrungsaustausch und die Zusammenarbeit zwischen den ordentlichen Gerichten in der Europäischen Union zu organisieren und zu verstärken. In Zukunft wird die Dritte Gewalt in Europa mit einer Stimme ihre Belange und Interessen gegenüber den europäischen Institutionen und den Mitgliedstaaten vertreten.

Zum ersten Präsidenten der Vereinigung wurde der Präsident des obersten französischen Gerichts gewählt, zum Vizepräsident der Präsident des Bundesgerichtshofes, Prof. Dr. Hirsch.

### Die BGH-Pressemitteilung

Nr. 36/2004 vom 31. 3. 2004

(RiBGH Dr. Gerbert Hübsch im Ruhestand, VIII. ZS)

steht in redigierter Fassung für unsere Leser kostenfrei bereit unter [www.GuT.prewest.de/GuT1608](http://www.GuT.prewest.de/GuT1608)

### BGH-Pressemitteilung Nr. 31/2004 vom 12. 3. 2004

#### Internet-Auktionshaus haftet auch bei Fremdversteigerungen für Markenverletzung

Der u. a. für das Markenrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat entschieden, daß der Betreiber einer Plattform für Versteigerungen im Internet auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann, wenn Anbieter auf dieser Plattform gefälschte Markenprodukte anbieten (Urteil vom 11. März 2004 – I ZR 304/01).

Die Klägerinnen stellen Uhren der Marke „ROLEX“ her und sind Inhaberinnen entsprechender Marken. Die Beklagte betreibt unter „ricardo.de“ ein Internet-Auktionshaus und veranstaltet auch Fremdversteigerungen, bei denen Dritte ihre Waren im Internet zur Auktion stellen. Im Falle des Verkaufs erhält sie eine Provision. Auf dieser Plattform wurden in der Vergangenheit gefälschte ROLEX-Uhren angeboten, die ausdrücklich als Plagiate („Edelreplika“, „perfekt geklont“, „Imitat“, „Nachbildung ... vom Original nicht zu unterscheiden“, „ohne Echtheitszertifikat“) bezeichnet waren und deren Preise – die Mindestgebote lagen zwischen 60 und 399 DM – weit unterhalb der Preise für echte Rolex-Uhren lagen. Die Klägerinnen haben die Beklagte auf Unterlassung in Anspruch genommen und Feststellung der Schadensersatzverpflichtung begehrt. Das Landgericht Köln hatte der Klage im wesentlichen stattgegeben (LG Köln CR 2001, 417), das Oberlandesgericht Köln hatte sie abgewiesen (OLG Köln CR 2002, 50).

Der Bundesgerichtshof hat klargestellt, daß die Regelungen des Teledienstgesetzes (TDG), die für Dienste ein Haftungsprivileg vorsehen, bei denen der Betreiber Dritten die Speicherung fremder Inhalte erlaubt („Hosting“), für den Schadensersatzanspruch, nicht aber für den Unterlassungsanspruch gelten. Damit komme eine Haftung der Beklagten als Störerin in Betracht. Ein solcher Anspruch setze zweierlei voraus: Zum einen müßten die Anbieter der gefälschten Rolex-Uhren im geschäftlichen Verkehr gehandelt haben, weil nur die Benutzung einer fremden Marke im geschäftlichen Verkehr eine Markenverletzung darstelle. Zum anderen müßten für die Beklagte zumutbare Kontrollmöglichkeiten bestanden haben, um eine derartige Markenverletzung zu unterbinden. Ihr sei nicht zuzumuten, jedes Angebot, das in einem automatischen Verfahren unmittelbar vom Anbieter ins Internet gestellt wird, darauf zu überprüfen, ob Schutzrechte Dritter verletzt würden. Werde ihr aber ein Fall einer Markenverletzung bekannt, müsse sie nicht nur das konkrete Angebot unverzüglich sperren, sondern grundsätzlich auch Vorsorge dafür treffen, daß es nicht zu weiteren entsprechenden Markenverletzungen komme. Dagegen hat der Bundesgerichtshof einen Schadensersatzanspruch der Klägerinnen schon deshalb verneint, weil die Beklagte mit der Eröffnung des Internet-Marktplatzes selbst keine Markenverletzung begangen und sich auch nicht an der Markenverletzung des Verkäufers beteiligt habe.

Der Bundesgerichtshof hat das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an das Oberlandesgericht zurückverwiesen. Zwar lag es im Streitfall nahe, daß die Anbieter der gefälschten Uhren im geschäftlichen Verkehr gehandelt hatten und zumutbare Möglichkeiten bestanden, derartige Angebote

in Zukunft herauszufiltern. Entsprechende Feststellungen hatte das Oberlandesgericht aber noch nicht getroffen.

### OLG Köln – Pressemitteilung vom 23.1.2004

#### Kein außerordentliches Kündigungsrecht für einen Rechtsanwalt, wenn die Staatsanwaltschaft Mieträume im selben Gebäude bezieht

Das OLG Köln hat entschieden: Ein Rechtsanwalt kann den Mietvertrag für seine Kanzleiräume nicht aus wichtigem Grund kündigen, wenn der Vermieter andere Räume im selben Objekt an die Staatsanwaltschaft vermietet (Urteil vom 13. 1. 2004 - 22 U 125/03):

Der beklagte Aachener Rechtsanwalt hatte 1998 von der Klägerin Büroräume im 4. OG eines Gebäudes in der Nähe des dortigen Landgerichts angemietet. Der Vertrag läuft noch bis Ende 2004. Im November 2002 erklärte der Beklagte die außerordentliche Kündigung des Mietvertrages, weil die Klägerin Räume im 1. OG des Gebäudes an die Staatsanwaltschaft vermietet habe und die Führung seiner Anwaltskanzlei dadurch erheblich beeinträchtigt werde. Er bezog neue Räume, in denen er seither eine von ihm gegründete Sozietät mit mehreren Anwälten betreibt. Im Januar 2003 zog die Wirtschaftsabteilung der Staatsanwaltschaft Aachen in das 1. OG ein. Der in erster Instanz erfolglosen Klage der Vermieterin auf Zahlung rückständiger Mieten sowie auf Feststellung der Fortdauer des Mietverhältnisses bis zum vertraglich vorgesehenen Ablauf hat das OLG Köln als Berufungsgericht antragsgemäß stattgegeben:

Der Beklagte habe kein Recht zur außerordentlichen Kündigung des Mietvertrages aus wichtigem Grunde gehabt. Dass die Klägerin Büroräume im selben Gebäude an die Staatsanwaltschaft vermietet habe stelle keinen Sachmangel der vom Beklagten angemieteten Kanzleiräume dar und führe auch nicht zur Unzumutbarkeit der weiteren Fortsetzung des Mietverhältnisses. Weder gebe es eine allgemeine „Unverträglichkeit“ zwischen der Staatsanwaltschaft und einem Rechtsanwalt als Mietparteien im selben Gebäude – beide seien Organe der Rechtspflege – noch habe diese Tatsache konkret unzumutbare Auswirkungen auf die vertragliche Nutzung der Büroräume als Anwaltskanzlei. Die Unterstellung, gegenwärtige oder potentielle Mandanten des Beklagten könnten meinen, ihr Anwalt lasse sich in seiner Arbeit davon beeinflussen, dass unter demselben Dach auch Teile der Staatsanwaltschaft untergebracht seien, habe keine tatsächliche Grundlage. Es sei schon kein allgemeiner Erfahrungssatz ersichtlich, dass Mandanten abgehalten werden, einen Anwalt zu kontaktieren, der seine Kanzlei im selben Gebäude habe wie eine Abteilung der Staatsanwaltschaft. Jedenfalls würde er nicht für den Beklagten gelten, dessen Tätigkeitsschwerpunkt so stark zivilrechtlich ausgerichtet sei, dass bereits deshalb seine Mandantschaft keinen Anlass habe, Anstoß an der Anwesenheit der Staatsanwaltschaft im selben Haus zu nehmen. Die Revision zum Bundesgerichtshof ist nicht zugelassen worden.

### ZEMA in Uelzen (Niedersachsen)

Im niedersächsischen Uelzen hat das neue Zentrale Mahngericht (ZEMA) seinen Betrieb aufgenommen. Im Vollbetrieb sollen dort jährlich etwa 550 000 Mahnverfahren automatisiert bearbeitet werden. Bislang wurden der Oberlandesgerichtsbezirk Braunschweig und der Landgerichtsbezirk Hannover für alle Antragsteller auf das automatisierte Verfahren umgestellt. Ab 1. 9. 2004 folgen die übrigen Gerichte des Oberlandesgerichtsbezirks Celle und ein Jahr später der Bezirk des Oberlandesgerichts Oldenburg. Die Mahnanträge müssen beim ZEMA elektronisch oder auf besonderen maschinenlesbaren Formularen eingereicht werden. Im Gegensatz zum herkömmlichen Verfahren werden die Mahnsachen beim ZEMA vollständig automatisiert und damit erheblich schneller als bisher bearbeitet.

Quelle: Behörden Spiegel Online vom 20. 4. 2004  
Der E-Government Newsletter für Deutschland

# GuT

G 58438

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

## Zahlen und Statistik

### Die Meldungen des Statistischen Bundesamts

- Die Zahl der Eheschließungen, der Geburten und der Sterbefälle im Jahr 2003
- Die Zahl der Schüler an beruflichen Schulen im Schuljahr 2003/2004
- Die Zahl der Abiturienten am Ende des Schuljahres 2002/2003
- Beschäftigte und Umsatz im Handwerk im Jahr 2003
- Die Zahl der Insolvenzen im Jahr 2003
- Baugenehmigungen für Nichtwohngebäude im Jahr 2003
- Baufertigstellungen für Nichtwohngebäude im Jahr 2003
- Die Finanzen der öffentlichen Haushalte im Jahr 2003

stehen in redigierter Fassung für unsere Leser kostenfrei bereit unter [www.GuT.prewest.de/GuT1629](http://www.GuT.prewest.de/GuT1629)

### Mehr Call Center in Berlin

Die Call Center Branche gehört weiterhin zu einem der wichtigsten Wachstumsfelder in Berlin. Das ist das Ergebnis der diesjährigen Erhebung der Wirtschaftsförderung Berlin International zum Call Center Standort Berlin. Die Anzahl der in Berlin ansässigen Call Center ist 2004 weiter angestiegen. Rund 11 000 Beschäftigte sind in 142 Call Centern tätig. Das sind 12 Center und 2200 Beschäftigte mehr als im Vorjahr. Die meisten Call Center sind in den Bereichen Finanzdienstleistungen, Telekommunikation und Handel tätig. Den größten Zuwachs verzeichneten die Branchen Verkehr und Logistik sowie Medien und Verlage. Die Call Center Branche in Berlin besteht zu 43 Prozent aus Call Center Agenturen/Dienstleistern, zu 51 Prozent aus In-house Call Centern und zu sechs Prozent aus Inhouse Call Centern, die sich zusätzlich dem Drittkundengeschäft widmen.

Quelle: „Nachrichten aus Berlin“ v. 13. 2. 2004 (Hrsg.: Partner für Berlin)

## Bücher und Veröffentlichungen

**Wohnungsgenossenschaften richtig finanzieren – neue Wege und vertraute Pfade in der genossenschaftlichen Finanzverfassung.** Von Prof. Dr. *Jürgen Kessler* (Hrsg.), Hamburg 2004. 166 Seiten, € 22,00, ISBN 3-87292-177-0. Hammonia-Verlag GmbH, Hamburg.

Die aktuelle Finanzierungssituation gibt aus der Sicht der Wohnungsgenossenschaften in ihrer Gesamtheit zu gewisser Besorgnis Anlass. Der steigende Wohnungsleerstand nicht nur in den neuen Bundesländern und die damit einhergehende Verschlechterung der Ertragssituation sind das Erste. Darüber hinaus sah die Branche spürbare Anzeichen, dass die genossenschaftlich verfassten Wohnungsunternehmen mit den kreditpolitischen Restriktionen, die sich schon im Vorfeld von „Basel II“ andeuteten, möglicherweise zusätzliche Liquiditätspässe zu gewärtigen haben. Fragen der Finanzierung beherrschen folglich zunehmend die genossenschaftliche Diskussion.

Die Berlin-Brandenburgische Akademie der Wohnungswirtschaft e.V. (BBA) und die Fachhochschule für Technik und Wirtschaft - Berlin (FHTW) haben am 1. und 2. Oktober 2003 ihren dritten Genossenschaftskongress unter das Thema der Finanzierung genossenschaftlicher Unternehmen gestellt. Die Tagungsbeiträge sind in diesem Sammelband vereinigt. (vS)

**Die Rechnungslegung nach internationalen Standards – wesentliche Bestimmungen und Auswirkungen auf die Wohnungswirtschaft.** Hrsgg.vom GdW Bundesverband deutscher

Wohnungsunternehmen e.V., Hamburg 2004. 172 Seiten, € 35,00, Reihe Fachbuch für die Wohnungswirtschaft, ISBN 3-87292-168-1. Hammonia Verlag GmbH, Hamburg.

Mit diesem Fachbuch wollen der GdW und seine regionalen Prüfungsverbände den Wohnungs- und Immobilienunternehmen einen praxisorientierten Ratgeber zu der neuen, ab 2005 beachtlichen Thematik zur Verfügung stellen. Das Buch enthält daher die grundlegenden Informationen zur Rechnungslegung nach internationalen Standards. Der Aufbau und die Bestandteile des Jahresabschlusses sowie allgemeine Grundsätze der Rechnungslegung nach IAS/IFRS werden erläutert.

Der deutsche Gesetzgeber hat ein Wahlrecht, die internationalen Vorschriften auch für Konzernabschlüsse nicht börsennotierter Unternehmen und sogar für den Einzelabschluss zuzulassen. Auch wenn der deutsche Gesetzgeber das Wahlrecht für die Einzelabschlüsse zunächst nicht nutzen wird, werden nach Einschätzung des GdW die IAS/IFRS mittelfristig an Bedeutung gewinnen. Die in Deutschland bisher übliche Rechnungslegung nach HGB wird sich desweiteren mit der Einführung der IAS/IFRS in einigen Bereichen grundlegend ändern und damit auch erhebliche Auswirkungen auf die Rechnungslegung von Wohnungs- und Immobilienunternehmen haben. (vS)

### Bund Heimat und Umwelt in Deutschland (BHU) Pressemittelung vom 7. 4. 2004

#### Der Brunnen ist Kulturdenkmal des Jahres 2004

Ein Brunnen ist vielfach kunstvoll gestaltet. Er legt Zeugnis von der Baukunst ab. Viele Brunnen sind als Denkmal eingetragen. Der Brunnen ist oft im Mittelpunkt eines Dorfes, an Marktplätzen oder in Zentren von Städten anzutreffen. Dem Brunnen wird eine heilende und wunderbare Kraft zugeschrieben, sein Wasser reinigt und erfrischt. Dem Brunnen haftet auch manch Geheimnisvolles an, und der Glaube an dort waltende Wesen ist weit verbreitet. Umwelteinflüsse, Baumaßnahmen oder auch Verkehrsunfälle gefährden seinen Bestand. Die vielfältige Bedeutung des Brunnens und leider auch seine Gefährdung veranlassen deshalb den BHU, ihn zum Kulturdenkmal des Jahres 2004 auszurufen.

Der Bund Heimat und Umwelt in Deutschland (BHU) ist der Bundesverband der Bürger- und Heimatvereine in Deutschland. Er ist einer der ältesten Naturschutzverbände Deutschlands, zu dessen Aufgabenbereich auch die Denkmalpflege gehört. Der anerkannte Bundesverband vertritt die Interessen von rund 500 000 Mitgliedern vor Ort und wurde am 30. März 1904 als Bund Heimatschutz gegründet. Im Jahr seines 100-jährigen Bestehens in 2004 wird von ihm erstmals als Jahresaktion das Kulturdenkmal des Jahres ausgerufen.

Auf unsere Kulturlandschaft und deren Erhalt soll mit der Vergabe dieses Merkmals aufmerksam gemacht werden. Nur was man kennt und schätzt, kann man auch schützen. Merkmale für die Vergabe können die Gefährdung der Kulturlandschaft oder auch die Bedeutung bzw. deren Symbolcharakter für unsere Kulturlandschaft und Umwelt sein.

## GuT-Einbanddecke

(Jahrgänge 2001–2003, Hefte 1–13)

(9,50 EUR zzgl. MwSt und Porto)

**Nachbestellung lieferbarer Einzelhefte**

(je 1,50 EUR zzgl. 2,- EUR Versandpauschale zzgl. MwSt)