

Gewerbemiete Und Teileigentum

4-5/05

5. Jahrgang

Heft 22 · April/Mai 2005

S. 97-133

Erscheinungsort Bonn

Beiträge

W. E. Joachim:

**Risikoverteilung bei der Vermietung von
Gewerbeflächen in Einkaufszentren
bzw. Shoppingcentern – Teil 1 –**

Gewerbemiete

**Sachenrechtsbereinigung; Künstler als Pächter
(BGH)**

**Unternehmer; Verbraucher; Existenzgründer;
Freiberufler (BGH)**

**Mietausfall nach fristloser Kündigung;
Schadensminderungspflicht (BGH)**

**Stellplatzmiete auf dem Dauercampingplatz;
Schutzbereich des Vertrags (BGH)**

Mietgarantie (BGH)

Beschlagnahme des Untermietzinses (BGH)

Teileigentum

**Umwidmung von Teileigentum durch
Veräußerungszustimmung (KG)**

Wettbewerb

Besteuerung

Magazin

Politik und Recht

Inhalt

Beiträge

W. E. Joachim,
**Risikoverteilung bei der Vermietung von
Gewerbeflächen in Einkaufszentren = EKZ
bzw. Shoppingcentern = SC – Teil 1 –**

99

Gewerbemiete

Sachenrechtsbereinigung; Freiberufler oder
Künstler als Pächter; Atelier in denkmalgeschützter
Friedhofskapelle (BGH)

111

Enteignung; Wert eines Wasserstaurechts, das
gegen Entgelt nicht ausgeübt wird (BGH)

112

Unternehmer; Verbraucher; Existenzgründer;
Freiberufler (BGH)

113

Kündigungszugang innerhalb von Kündigungsfristen
(BGH – nur Leitsatz)

114

Mietausfallschaden;
entgangene Abschreibungsvorteile;
verspätete Gebäudefertigstellung (BGH)

114

Gewerberaumiete; Nachmieterklausel;
Mietausfall nach fristloser Kündigung;
Schadensminderungspflicht durch Neuvermietung
(BGH)

115

Stellplatzmiete auf dem Dauercampingplatz;
Schutzbereich des Vertrags; Feuerschaden (BGH)

118

Verzug mit der Mängelbeseitigung; Fortwirkung der
Verzugslage bei Grundstückserwerb
(BGH – nur Leitsatz)

119

Vertretung der BGB-Gesellschaft bei
Vertragsabschlüssen; Mietgarantie (BGH)

119

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

Beschlagnahme (ZVG) des Untermietzinses (BGH)	120
Beschränkung der Zwangsverwaltung auf Grundstücke des Vollstreckungsschuldners im verpachteten Hotelkomplex (BGH)	122
Kurzfassungen/Leitsätze Gewerbemiete etc.	124

Teileigentum

Umwidmung von Teileigentum durch Veräußerungszustimmung; Restaurant in Ladenräumen; Ladenöffnungszeiten (KG)	125
Kurzfassungen/Leitsätze Teileigentum etc.	127

Wettbewerb

Kurzfassungen/Leitsätze Wettbewerb etc.	127
---	-----

Besteuerung

BMF-Schreiben: Kontenabruf	128
Kurzfassungen/Leitsätze Steuerrecht etc.	128

Magazin

Politik und Recht	128
Zahlen und Statistik	132
Bücher und Veröffentlichungen	132

Vorläufiges Register Jahrgang 2004

Register (ohne Schlagwortregister) für die Hefte Nrn. 14–19.
Fordern Sie den kostenfreien Datensatz per e-mail an.

GuT-Einbanddecke

Jahrgänge 2001–2003, Hefte Nrn. 1–13.
9,50 EUR zzgl. MwSt und zzgl. Porto.

Nachbestellung lieferbarer Einzelhefte Nrn. 1–19

Preis je 4,00 EUR einschließlich Versand und MwSt.

Download Hefte Nrn. 1–19 und Register 2001–2003

kostenlos bei Besuch unserer Homepage möglich.

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH
Postfach 30 13 45, 53193 Bonn, Fax: 02 28 / 47 09 54
www.prewest.de info@prewest.de

Impressum

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

Verlag: Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Wolken-
burgweg 1, 53227 Bonn; Postfach 30 13 45, 53193 Bonn. Telefon 02 28 / 47
63 78, Telefax 02 28 / 47 09 54. Internet: <http://www.prewest.de>
e-mail: info@prewest.de

Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreisliste 1/2005.

Satz: Herbert Kluth Digitale Druckvorlagenherstellung, Am Quirinushof 20,
41542 Dormagen, Telefon 0 21 33 / 7 02 08, Mobil 01 73 / 5 21 90 54,
Telefax 0 21 33 / 22 04 29, ISDN 0 21 33 / 22 04 32, e-mail: kontakt@kluth-dtp.de,
Internet: www.kluth-dtp.de

Druck: Koch Druckerei & Verlags GmbH, Kaarster Straße 153,
41462 Neuss, Telefon 0 21 31 / 1 24 74-0, Telefax 0 21 31 / 1 24 74-20,
e-mail: koch-druckerei@t-online.de

Erscheinungsweise: monatlich, darin 2-Monats-Doppelhefte nach Bedarf.
Preise (unverbindlich empfohlen): Einzelheft 8,50 €, Doppelheft 15,00 €,
jew. zzgl. MwSt. und 1,50 € Versandpauschale. Abonnementpreis: 95,23 €
(einschl. 9,- € Versand und 6,23 € MwSt), zahlbar zu Beginn des Abon-
nementszeitraumes. Bei Neueinrichtung eines Abonnements wird eine an-
teilige Jahresrechnung erstellt. Abonnementkündigungen mit ordentlicher
Frist: 10 Wochen zum Ende des Kalenderjahres. Bankverbindung: Spar-
kasse KölnBonn (BLZ 380 500 00), Konto 36 207 645.

Die mit Namen gekennzeichneten Beiträge geben die Meinung des Ver-
fassers, 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 Ein-
speicherung in Datenbanken und zur Digitalisierung sowie das Recht wei-
terer Vervielfältigung und Verarbeitung zu gewerblichen Zwecken.

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

Für unaufgefordert eingesandte Manuskripte wird keine Haftung über-
nommen. 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 Aufnah-
me in Datenbanken, ähnliche Einrichtungen und auf Datenträger aller nicht
amtlichen, geschützten Werke sind nur mit vorheriger schriftlicher Geneh-
migung 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.

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

Risikoverteilung bei der Vermietung von Gewerbeflächen in Einkaufszentren = EKZ bzw. Shoppingcentern = SC*

– Teil 1 –

Teil 1 (GuT 2005, 99 ff.)

I. Einführung:

1. Risiko – Begriffsdefinition
2. Problemaufriss: Risikokonstellationen beim Shoppingcenter = SC

II. Erscheinungsformen und Rechtswirklichkeit im EKZ = SC

1. Shoppingcenter – Begriffsdefinition, kennzeichnende Elemente
2. Attraktive Architektur und professionelles Center-Management
3. „Knochen-Prinzip“ sowie „anchor tenants“
4. SC-(Ver)Marken(-Trends)
5. Charakteristika eines erfolgreichen SC

III. SC – als „lebendiger“ bzw. „mobiler“ Immobilien-Gesamt-Komplex“

1. Kommunikations-, Kommerz-Center sowie „Markt der Möglichkeiten“
2. Vertragsfreiheit
3. (Gesteigerte) Miete – Risiko(mit)Übernahme

IV. Tendenz zum Risikoverteilungs- und -tragungsrecht

1. Gesetzgebung
 - a) § 275, 280 BGB Leistungsstörungenrecht des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (SMG)
 - b) § 309 Nr. 12a BGB Beweislast für Umstände im Verantwortungsbereich des Verwenders
 - c) § 313 I BGB Störung der Geschäftsgrundlage
 - d) § 446 BGB Gefahr- und Lastenübergang
 - e) § 644 BGB Gefahrtragung, § 645 BGB Besteller-Verantwortlichkeit
 - f) Transportrecht: § 412 HGB Verladen und Entladen sowie § 425 HGB Haftung des Frachtführers für Güter- und Verspätungsschäden
2. Rechtsprechung
 - a) Pachtvertrag – Kiesausbeute
 - b) Hotelbetriebervertrag
 - c) Reisevertrag
 - d) Miet- bzw. Pachtvertrag und Betriebsübergang
 - e) SC-Vertrag

V. Mietrechtliche Risikozuweisungen

1. Vertragsgemäßer Gebrauch
2. Reichweite des mietrechtlichen Mangelbegriffs
 - a) Subjektiver Mangelbegriff
 - b) Unmittelbarkeits-Formel
 - c) Mangelhafte Verkehrsanbindung
 - d) Baubedingte Verkehrsunterbrechung bzw. Beeinträchtigung
3. Zugewiesene Eigenschaft
4. Schutz-, Fürsorgepflichten im SC
 - a) Bestandteile der Miete

- b) Schutz- und Fürsorgepflichten des SC-Betreibers

5. Betriebs-, Verwendungs-, Ertragsrisiko = wirtschaftliches bzw. unternehmerisches Risiko grundsätzlich beim SC-Mieter

a) Gesetzliche Risikoregelung

- aa) Entrichtung der Miete bei persönlicher Verhinderung

- bb) Abnutzung der Mietsache durch vertragsgemäßen Gebrauch, § 538 BGB

b) Vertragliche Risikoregelung

- aa) Behördliche Genehmigung
- bb) (Vertragsstrafenbewehrte) Betriebspflicht
- cc) Sonstige SC-Vertragsregelungen

6. Störung bzw. Wegfall der Geschäftsgrundlage

a) Verwendungsrisiko des SC-Mieters

- aa) BGH-Grundsatzurteil: „Ihme-Zentrum“ – Mangelnde Akzeptanz, veränderte Käuferschicht

- bb) OLG Koblenz – Ausnahmeentscheidung: Vollvermietung im SC

- cc) OLG München: Apotheke und Markthalle

- dd) OLG Naumburg: Fachmarkt-Konzept

- ee) BGH-Grundsatzurteil: „Dessous-Fall“ Verwendungsrisiko des SC-Mieters für seine Mietsache

- b) Präambel eines SC-Vertrags – Zustandsbeschreibung

- c) Störung der GG, Risikozuweisungen und Rechtsfolgen

7. Vertragliche Risikoübernahme, -verlagerung

8. Aufklärungspflichten gegenüber SC-Mietinteressenten

Teil 2 (GuT 2005, 135 ff.)

VI. Risikotragungs-, Risikozuweisungslehre, materielle Risikoregelungselemente, -topoi; nicht abschließender Topoikatalog

1. Sachverhaltsgestaltung

2. Auslegung des konkreten SC-Vertrags nebst Anlagen, Definitionen, „Standards“

3. (Räumliche) Bereichsvorstellungen, -einordnungen

4. Unmittelbarkeits-, Lehr- oder Leer-Formel“?

5. Risikobeeinflussung, -beherrschung, -erhöhung

6. Verantwortungsbereiche, -sphären

7. Vorhersehbarkeit, Vermeidbarkeit des Risikos

8. Verschuldensformen

*) Durchgesehene Ausarbeitung des Verf. zum Arbeitskreis 4 des Deutschen Mietgerichtstags 2005 in Dortmund am 25. 2. 2005. Prof. Dr. Joachim ist Mitglied der überörtlichen Anwaltssozietät Schlüter in Bielefeld.

9. „Verständiger“, „vernünftiger“ SC-Mieter bzw. -Betreiber als objektivierter Idealtypus
10. Verkehrsanschauung, Zeitgeist
11. Versicherbarkeit des Risikos
12. Schutzbedürftigkeit, -würdigkeit, Vertrauensschutz
13. Motivation, (unbeachtliche) innere Sphäre
14. Zumutbarkeit
15. Interessenabwägung
16. Regel-, Ausnahmefall („krasser Ausnahmefall“)
17. Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit
18. „Näher-dran-Test“
19. Relevante Einzelfallumstände, besondere Fallkonstellationen
20. „Folgenkontrolle“, Auswirkungen auf die Mietparteien; „billiges“, „(grob)unbilliges“ Ergebnis

VII. Risikoverteilung bei der zunehmenden „Verrechtlichung“ im SC-Bereich

1. SC – Magnet/Plattform/Garant des wirtschaftlichen (Auf)Schwungs
2. „Verrechtlichung“ des SC-Umfelds
 - a) Enttäuschte Ertragsersparungen im EKZ, Auslegung des SC-Vertrags (Präambel) – Entscheidungen des BGH, OLG Jena, OLG Rostock – Risikoübernahme?
 - b) „Schilderträger“-Entscheidung des BGH
 - c) Besonderheiten beim Konkurrenzschutz im SC
 - d) Unter-Vermietungen im SC – Entscheidung des OLG Dresden
3. Mehr „Risikoregelungs-Vertragsfreiheit wagen“
4. Individualvereinbarung

VIII. „Auftrüttelnder Aufruf“

I. Einführung:

1. Risiko – Begriffsdefinition

Risiko wird gemeinhin definiert als Wagnis bzw. Gefahr, die mit jeder wirtschaftlichen Betätigung und Unternehmung verbunden ist, mithin die Verlustgefahr, namentlich die konkrete Gefahr eines Schadenseintritts.¹ Kurz gefasst versteht man unter Risiko die Gefahr, das Wagnis oder die Möglichkeit eines Verlusts.

2. Problemaufriss: Risikokonstellationen beim Shoppingcenter = SC

Eine bekannte Sentenz lautet: Das Leben ist lebensgefährlich – und endet meistens tödlich.² Ganz so weit muss man nicht gehen; aber: das Risikopotential beim Planen, Bauen, Finanzieren, Betreiben, Umstrukturieren eines SC ist gewaltig und vielschichtig.

Wirtschaftliche und sonstige Risiken offenbaren sich beim Abschluß, beim Betrieb und bei der Beendigung von Vermietungen gewerblicher Flächen in Einkaufszentren bzw. Shoppingcentern. In einem solchen „kommerziellen Markt der Möglichkeiten“ ist seit Jahren eine Rechtsentwicklung hin zur Verrechtlichung in Shoppingcentern zu beobachten, welche zugleich die wirtschaftliche Entwicklung in Deutschland, Europa, bis hin zur globalisierten Welt „Stichwort Glokalisierung“ widerspiegelt. Zu Zeiten wirtschaftlicher Schwierigkeiten denken die Betreiber, insbesondere die Mieter, nach über ein sogenanntes Ausstiegsszenario aus dem bestehenden Mietvertrag, zumindest über eine Nach- bzw. Neuverhandlung der Vertragspflichten, insbesondere Belastung mit Mieten und Nebenkosten sowie Art und Umfang der benötigten Mietflächen. Für ein solches „Ausstiegsszenario“ werden Mängel der Mietsache und des Shoppingcenter-Umfelds angeführt, vor allem die mangelhafte Akzeptanz des EKZ, der Leerstand benachbarter Mietflächen, der mangelhafte Bran-

chenmix, unzureichende Verkehrsanbindung sowie Parkplatzmangel usw. Der Ladenbetreiber bzw. Mieter versucht mit seinen Rechtsberatern ein „Sanierungs-“, „Re-Organisations-“ bzw. „Ausstiegsszenario“ wirtschaftlich durch Umsatz- und Ertragsseinbußen darzutun und rechtlich zu fundieren, indem Mängel der Mietsache angeführt werden, welche eventuell zu einer Mietminderung führen, vielleicht zur Kündigung aus wichtigem Grund wegen Aufklärungspflichtverletzung des Vermieters, Störung bzw. Wegfall der Geschäftsgrundlage und so weiter. Die Rechtsprechung wird verstärkt mit diesen und anderen Fallgestaltungen aus der „Shoppingcenter-Szene“ befasst. Dabei stellen der BGH und die Obergerichte vermehrt Überlegungen zur Risikoverteilung und -zuweisung der SC-Parteien an; grundsätzlich wird hervorgehoben, dass das wirtschaftliche Risiko, mit der Mietsache Gewinn und/oder Verlust zu erzielen, mithin das sogenannte Verwendungsrisiko, nach der gesetzlichen und vertraglichen Risikoverteilung in der Regel stets beim Mieter anzusiedeln ist und dass nur in Ausnahmefällen die gesetzliche und vertragliche Risikozuweisung aufgrund eines – so die Rechtsprechung – „detaillierten Gesamtkonzepts“ vom Mieter auf den als für alle Mieter verantwortlichen SC-Betreiber (mit) übergehen kann.

Im Vordergrund steht dabei eine umfassende SC-Vertragsauslegung.³ Die verschiedenen Risiken im Shoppingcenter, insbesondere das Verwendungsrisiko bei der Anmietung und beim Betrieb von Ladenlokalen in einem Einkaufszentrum, können sich für die Mieter einerseits, für den Shoppingcenterbetreiber, Investoren und sonstige Beteiligten andererseits – gerade in Zeiten wirtschaftlicher Schwierigkeiten – zu einem (wirtschaftlichen) „(Über)Lebensrisiko“ ausweiten. Nachfolgend sollen Art und Umfang der in Betracht kommenden Risiken sowie deren Verteilung bei einem Shoppingcenter aufgezeigt werden.

II. Erscheinungsformen und Rechtswirklichkeit im EKZ = SC

1. Shoppingcenter – Begriffsdefinition, kennzeichnende Elemente

Die modernen Einkaufszentren sind als „kommerzielle Kulturerscheinungen“ in der „glokalen Welt“ überall anzutreffen. Bezeichnenderweise spricht der bekannte Gründer und Vorsitzende der „Foundation on Economic Trends“ in Washington/USA, Jeremy Rifkin von der „Kultur der Malls und Einkaufszentren“: „Ähnliche Prozesse wie in der Reise- und Tourismusbranche, die die kulturelle Landschaft fortgesetzt beschädigt (der teilnehmende Beobachter möchte hinzufügen: und auch bereichert!), in dem sie diese stückchenweise einzäunen lässt und zu eintrittspflichtigen Touristenarealen macht, finden auch im öffentlichen Raum statt. ... Die Mall of America in Minneapolis – das größte Einkaufszentrum in den Vereinigten Staaten – zieht jährlich mehr Touristen an als Disney World, Graceland und der Grand Canyon zusammen. Das Handelsministerium der USA hat ermittelt, dass 85% der internationalen Besucher während ihres Aufenthaltes in den USA das Einkaufen auf Rang 1 ihrer touristischen Aktivitäten setzen.“⁴ Die in den 60er Jahren des 20. Jahrhunderts in den USA ausgebildeten Einkaufszentren trifft der Kunde mittlerweile in der gesamten Welt, insbesondere auch in Europa

1) Der Brockhaus, Band III, 3. Aufl., Leipzig 2004, Seite 200; Meyers Konversationslexikon 14. Band, 5. Aufl. 1987, 776; Das große Fischer-Lexikon, 2. Aufl. 1976, 5059.
 2) Frei nach Erich Kästner.
 3) So aktuell BGH zur Präambel-Bedeutung für Mietvertragsauslegung im Zusammenhang mit der sogenannten Vollvermietung eines Einkaufszentrums, BGH, NZM 2004, 618 = GuT 2004, 164; zuvor BGH, NZM 2000, 492 = NJW 2000, 1714; eingehend OLG Rostock, NZM 2003, 282; NZM 2004, 460; Ostermann, GuT 2003, 39, 42; Heinz, GuT 2004, 79; Waas, MR 2001, 493; aktuell Joachim, GuT 2004, 207, 218; ders., NZM 2000, 785.

und vor allem in Deutschland an Einkaufszentren werden zu Orten, an denen man Zugang zu gelebten Erfahrungen jedweder Art, kommerzielle Güter und Dienstleistungen kaufen kann. Allein in den USA gibt es über 43 000 EKZ, davon allein 1800 abgeschlossene Mega-Malls. In Deutschland zählt man rund 300 Einkaufszentren. Zum Jahresbeginn 2004 hat das auf Forschung im Einzelhandel spezialisierte Euro-Handelsinstitut in Köln 352 solcher Zentren in Deutschland mit mehr als 10000 m² Fläche aufgelistet; in den nächsten drei bis vier Jahren sollen weitere 71 hinzukommen, welche sowohl „auf der grünen Wiese“ als auch – in deutlicher Tendenz – in Innenstadtlagen angesiedelt sind oder werden.⁵ Der Trend hin zum innerstädtischen Shoppingcenter und weg von der „grünen Wiese“ hält unvermindert an.⁶ Gemäß dem Motto: „In der Stadt findet es statt“ versuchen SC-Projektentwickler auf einer Grundstücksgröße von mindestens 5000 m² attraktive Einzelhandelsmietfleichen auf in der Regel zwei (manchmal auch drei und mehr) Geschossen ab ca. 6000 m² zu einem Konzept eines „lebendigen Marktplatzes“ als Kommunikationsforum und „Markt der Möglichkeiten“ zu formen, um damit dem negativen Trend der Aufgabe von mittelständischen Händlern, dem Entstehen von Monostrukturen und dem Verlust der Anziehungskraft der Städte entgegen zu treten.

2. Attraktive Architektur und professionelles Center-Management

Seit den 70er Jahren des letzten Jahrhunderts entstehen auch in Deutschland attraktive Einkaufsgalerien, die sich auszeichnen durch eine hohe Qualität in der Architektur des Gesamterscheinungsbilds, dem professionellen Center-Management und dem ausgefeilten sowie ständig anzupassenden Branchenmix der zahlreichen Shop-Betreiber. Die anziehende Architektur stellt einen ausschlaggebenden Erfolgsfaktor für ein SC dar, wobei der Standortfaktor nach wie vor richtungweisend ist. Eine derart attraktive Architektur ist regelmäßig charakterisiert durch Tageslichteinfall, überglaste Passagen, zum Teil mit Höfen und sonstigen Attraktionen mit „Anziehungs- und Verweilcharakter“. Erwähnt seien Lichteffekte, wie tages- und jahreszeitabhängige Lichtquellenregelungen nach dem Slogan: „Licht lockt Leute“, abgestimmte Beschallungen und Geruchsempfindungen. Shoppingcenter-typische Regel-Details finden sich bei der Gestaltung der Ladenstraße bis hin zu den Aufmachungen der einzelnen Shops, wie shoppingscentertypische Fliesen, Natursteine, Edelstahlprofile und sonstige Bauteile, die insgesamt zu einem „Gesamtensemble“ und gleichsam „Gesamtkunstwerk“ und einer markanten „Corporate Identity“ führen. Positiv gewendet können solche SC zu „Herzschrittmachern“ von Innenstadt(Teil)bereichen werden und nachhaltig Kaufkraft binden, bzw. rüchholen, wenn diese – Menschenmassen anlockenden – Frequenzimmobilien „in ihrem Gesamterscheinungsbild sauber, sicher, hell und freundlich auf den Kunden positiv einwirken“.⁷ Kann in diesem architektonischen, einheitlichen „Gesamterscheinungsbild“ eines EKZ bereits das vom BGH geforderte „unternehmerische Gesamtkonzept“ begründet liegen, welches den SC-Betreiber zur Risiko(mit)übernahme verpflichtet? Für sich allein betrachtet, wohl noch nicht; aber, der „Gesamtauftritt“ mag Indizwirkung entfalten. Weitere Umstände können hinzutreten, z. B. (Verkaufs)Prospekt, Werbeauftritte, umfangreiche Vertragsvorgaben usw. und letztendlich das „Gesamtkonzept“ formen.

3. „Knochen-Prinzip“ sowie „anchor tenants“

Ein EKZ ist grundsätzlich durch das sogenannte „Knochen-Prinzip“ gekennzeichnet. Frequenzbringer, auch sogenannte „anchor tenants“, werden als Magnetmieter traditionell am Anfang und Ende eines jeden EKZ platziert. Dazwischen werden kleinteiligere Läden mit umfangreichem Warensortiment in der Breite und Tiefe des Sortiments angesiedelt, und zwar

zu den Bereichen Mode, Schuhe, Parfümerien, Bücherbedarf usw. sowie Lebensmittel, Bäckereien, Fleischereien, Frischemärkte und sämtliche Geschmacks- und Moderichtungen der Gastronomie. Die modernen Center weisen eine Durchgangsbreite von 8–12 Metern auf, um einen – existentiell wichtigen – flüssigen Kundenstrom zu gewährleisten. Die Revitalisierung von Passagen in Deutschland, die zu geringe Durchgangsbreiten und Sackgassen in den Laufwegen aufweisen, werden an einer klaren und flüssigen Auflage der Kunden-Frequenzströme ausgerichtet. Die erwähnten Magnetbetriebe sollen an den Endpunkten der Ladenstraße jeweils auch zwei- bzw. mehrgeschossig dimensioniert sein und auf jeder Ebene Ein- und Ausgänge aufweisen, allerdings für den Kunden klar und einfach nachzuvollziehen, nicht zuletzt unter Realisierung eines eindeutigen Flucht- und Rettungsplanes in einem solchen SC. Ein klassisches SC enthält ca. 70–80, regelmäßig jedoch 100–120 Läden, bis hin zu 150 Mietern; es erstreckt sich auf einer Länge von ca. 300–500 Metern über regelmäßig zwei, mitunter auch drei und mehr Geschosse (mit den bekannten Problematiken beim erfolgreichen Betreiben eines SC über mehrere Geschosse). Zumeist sind die verschiedenen Stockwerke „themenorientiert“, d. h. die Mieter bzw. Nutzer werden branchenspezifisch zusammengefasst, um das attraktive Branchenmix zu gewährleisten. Getreu dem Motto „Konkurrenz hebt das Geschäft“, trifft der Kunde in den SC zahlreiche Branchen mehrfach belegt an, er erwartet das geradezu.

4. SC-(Ver)Marken(-Trends)

Ein starker Zukunftstrend geht hin zu „Frequenz“- sowie „Multifunktions-Immobilien“. Neben den diversen Formen des Einzelhandels mit ihren neuen Vermarktungstrends begegnet der Kunde dem – traditionell bekannten – Markthalencharakter, verweilt, kommuniziert und konsumiert in sogenannten „Food Courts“. Zukünftige Entwicklungen von SC lassen die Angebotspalette anwachsen; so werden Freizeit- und Unterhaltungseinrichtungen mitberücksichtigt, beispielsweise Großkinos, Musicals, Bowling- und Eisbahnen, Tanz- und Diskoeinrichtungen, Sportstätten, Fitness-, Wellness- und Gesundheitspraxen bzw. -oasen, Dienstleistungseinrichtungen über Ärzte, Apotheker, Anwälte, Architekten usw.; diverse Betriebsformen der Gastronomie und Hotellerie kommen hinzu, bsw. Event- bzw. Erlebnisgastronomie, Business- bzw. Budgethotels bis hin zu Boarding Houses. Zahlreiche Synergie-Effekte können genutzt werden, auch wenn mitunter bestimmte „Überschneidungs- bzw. Blockade-Effekte“ zwischen den einzelnen Nutzern nicht ganz von der Hand zu weisen sind. Für alle Betreiber und Mieter sind die klare Verkehrsanbindung sowie großzügig dimensionierter Parkraum,

4) So ausdrücklich Jeremy Rifkin, *Access – Das Verschwinden des Eigentums*, Frankfurt 2000, 204 und 207; International Council of ShoppingCenters, „ShoppingsCenters Rank high in US-Tourists Attractions“, in: ICSC News, 1999, <http://www.icsc.org/srch/impactsofshoppingcentres/shoppingsantersrank.html>.

5) Rifkin, 207; Kowinski, *The Mall of America, An Inside Look of the Great Consumer Paradise*, New York 1985, 349 f.; Crawford, *The World in a Shopping-Mall*, in: M. Sorkin, *Variations on a Theme Park, The American City and the End of Public Space*, New York 1992, 62; Stoffel, *Where America goes for entertainment*, in: *New York Times*, 7.8.1988, Teil 3, 11F; dazu im Überblick Joachim, *NZM* 2000, 785, 786 ff., aktuell Handelsblatt vom 17.-19.12.2004, 45.

6) Handelsblatt vom 17.-19.12.2004, 45; Joachim, *NZM* 2000, 785, 786-789.

7) Falk, *Fachlexikon Immobilienwirtschaft*, 2. Aufl. 2000, 695 ff.; zum Shoppingcenter allgemein und zur Projektentwicklung grundlegend Schnermann, in: Falk, *Gewerbe-Immobilien*, 7. Aufl. 1999, 20 Seiten; ders. *Projektentwicklung für Gewerbe-Immobilien*, in: Falk, *Gewerbe-Immobilien*, 6. Aufl. 1999, 359 ff.; Schneider, in: Usinger, *Immobilienrecht und -steuern*, 3. Aufl. 2004, 1103 ff.; Martens, in: Usinger, ebenda, 1167 ff.; Meyer, *Fachserie zum Shoppingcenter*, *Immobilienzeitung (IZ)* 1998, Nr.18, 7; 1999, Nr.14, 6; Kraft, *IZ* 1999, Nr.13, 7 und *IZ* 2000, Nr.8, 1, 2 und 7, 8; Joachim, *NZM* 2000, 785, 787 ff.; aus juristischer Sicht Jendrek, *NZM* 2000, 526, 527.

welcher unmittelbar an das Shoppingcenter bzw. das Urban Entertainment-Center bzw. die Frequenz-Immobilie heranreicht, von ausschlaggebender Bedeutung für ein erfolgreiches Betreiben ihres Geschäfts.⁸ Sie lehnen sich an die SC-„Adresse“, „Marke“ sowie „Vermarktungstrends“ und profitieren davon.

5. Charakteristika eines erfolgreichen SC

Aufgrund vorstehender Ausführungen zum SC lassen sich stichwortartig, im Kern folgende Kriterien für eine charakterisierende und erfolgreiche Betreibung eines SC benennen.⁹

- 1.) Standort, Nähe zum Kunden, bzw. Kaufkraftpotential;
- 2.) Durchführung von Markt-, Standort- und Wirtschaftlichkeitsanalysen;
- 3.) Gute Erreichbarkeit, Verkehrsanbindung;
- 4.) Marktgerechtes Nutzungskonzept;
- 5.) Standort- und marktgerechter Branchen- und Mietermix;
- 6.) Berücksichtigung marktstarker Magnetmieter;
- 7.) Durchdachter Kundenlauf;
- 8.) Professionelles Centermanagement;
- 9.) Professionelles Marketing, insbesondere gezielte, abgestimmte und gemeinsame Öffentlichkeitsarbeit, Werbung, Aktionen, auch und gerade im SC;
- 10.) Image und Corporate Identity des Centers;
- 11.) Vermietung nach einem festgelegten und ständig optimierten Mietermix im Rahmen eines Vermietermanagements;
- 12.) Adäquate Innen- und Außenarchitektur mit positivem Objektumfeld, Tageslichteinfall, Beleuchtung, Beschallung und Geruchsentwicklung;
- 13.) Ausreichende Anzahl von Parkplätzen, Qualität der Parkierungsflächen;
- 14.) Schaffung von Einkaufsatmosphäre und Erlebniseinkauf, Freizeit und Entertainment, „einzigartige Events“;
- 15.) Service und Beratung, Infostand im Center;
- 16.) Sicherheitseinrichtungen, „Security“ = Wachservice, Kunden- und Kinderservice;
- 17.) Schaffung, Hervorhebung und Aktualisierung eines Treffpunkts;
- 18.) Berücksichtigung von einzelhandels- und SC-spezifischen Besonderheiten in den Mietverträgen;
- 19.) Schaffung bzw. Verrechtlichung des SC-Bereichs;
- 20.) Professionelle Planung, Finanzierung, (Steuer-, Rechts-, Wirtschafts-)Beratung.

Unter Berücksichtigung der aktuellen wirtschaftlichen Lage ist ein weiterer Trend hin zur Konzentration auf Top-Lagen in den Stadtzentren und Einkaufsmeilen zu verzeichnen. Die Zahl der innerstädtischen Einkaufszentren wächst kontinuierlich. Eine gewisse „Marktsättigung“ zeichnet sich ab, ist allerdings noch nicht erreicht.¹⁰ Bei zahlreichen (Einzelhandels-)Immobilien und innerstädtischen Quartieren treten zukunftsweisende Projektentwicklungen hervor, die häufig Umnutzungen und Re-Vitalisierungen vorhandener Bauten und Ensembles bis hin zu Um- und Neubauten beinhalten.

III. SC – als „lebendiger“ bzw. „mobiler“ Immobilien-Gesamt-Komplex“

1. Kommunikations-, Kommerz-Center sowie „Markt der Möglichkeiten“

Aus der tatsächlichen Situation des SC als ein lebendiger und sich ständig fortentwickelnder Gesamtkomplex, der den Kundenwünschen und -erwartungen – auch zukünftig – gezielt und verstärkt Rechnung tragen muss, erwachsen zahlreiche Kommunikationspflichten der Vertragsparteien. Wäh-

rend der Dauer eines SC-Mietvertrags, erst recht während des Zustandekommens und der entsprechenden Vertragsverhandlungen bestehen umfangreiche Informations-, Hinweis- und Aufklärungspflichten der Vertragspartner. Der SMG-Gesetzgeber hat dies bereits durch Aufnahme in § 311 II, III i.V.m. § 241 II BGB dokumentiert. Bei einem Dauerschuldverhältnis, welches in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zahlreiche Vertragselemente enthält und umfangreiche Mietzahlungspflichten nach sich zieht, sind derartige Aufklärungs- und Informationspflichten besonders ausgeprägt. Hier besteht Handlungsbedarf für die Marktteilnehmer und deren Berater.

2. Vertragsfreiheit

Durch das SMG sollen die Vertragsparteien zu mehr Vertragsfreiheit angehalten werden. Dies gilt vornehmlich im Bereich des SC. Im Rahmen der „Verrechtlichung“ des EKZ sind Vertragsgestaltungen bei Festlegung des vertragsgemäßen Gebrauchs, des Nutzungszwecks und der – dokumentierten – Erwartungshaltungen der Parteien verstärkt anzutreffen.

3. (Gesteigerte) Miete – Risiko(mit)Übernahme

Bekanntlich entrichtet der SC-Mieter in einem attraktiven EKZ eine umfangreiche Grund-, Umsatzmiete sowie einen „Obolus“ für Centermanagement und Werbegemeinschaft. Der Mieter wird diesen umfangreichen Geldbetrag nur dann überweisen, wenn er – mit entsprechenden Erwartungen – in diesem SC mit seinem Laden vertreten sein will, wenn nicht gar „muss“. Die entsprechende Miete legt eine Risiko- bzw. Gefahren- bzw. Solidargemeinschaft der Vertragsparteien nahe. Aus diesem Gesichtspunkt kann eine Risikoübernahme, zumindest eine Risiko-Teiltragung der Parteien erfolgen. Falls im weiteren Verlauf des SC-Vertrags Störungen auftreten, sollte – ebenfalls unter Berücksichtigung von § 313 III 1 BGB – zunächst eine Anpassung des SC-Vertrags erfolgen. Erst wenn sämtliche Kommunikationsmöglichkeiten – fruchtlos – erschöpft sein sollten, kommt gegebenenfalls ein (Sonder)Kündigungsrecht in Betracht. Dies sollte bereits aus Gründen der Vorsorge im SC-Vertrag geregelt werden.

IV. Tendenz zum Risikoverteilungs- und -tragungsrecht

1. Gesetzgebung

In der modernen Gesetzgebung erkennt man bei vorsichtiger Beobachtung eine allgemeine Tendenz zur Risikoanalyse, -beherrschung und -verteilung. Dies soll an verschiedenen Bereichen des Schuldrechts exemplifiziert werden.

a) § 275, 280 BGB Leistungsstörungenrecht des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (SMG)

Nach § 275 I BGB ist der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. Als weitere zentrale Norm aufgrund des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (SMG) kommt im Leistungsstörungenrecht nach § 280 I BGB der Schadensersatz wegen Pflichtverletzung des Schuldners dann in Betracht, wenn der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt; sodann kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen, jedoch nur dann, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten hat (§ 280 I 1 und 2 BGB). In Befolgung des zentralen gesetzgeberischen Anliegens, für den Ausschluss der Leistungspflicht nach § 275 I BGB einerseits und für den Schadensersatzanspruch wegen Pflichtverletzung

8) Kraft, Meyer, Schnermann, jeweils a. a. O.; zusammenfassend Joachim, NZM 2000, 785, 788 f.

9) Falk, Fachlexikon Immobilienwirtschaft, 695, 698; Joachim, NZM 2000, 785, 790.

10) Nach Erhebungen der Shoppingcenter-Projektentwickler weist Spanien mit 180 m² Mietfläche auf 1000 Einwohner und Portugal mit 139 m² eine deutlich höhere Zahl auf als beispielsweise Deutschland, wo sie 118 m² Mietfläche auf 1000 Einwohner ausmacht, vgl. Handelsblatt vom 17.-19.12.2004, 45.

nach § 280 I BGB¹¹ andererseits, obliegt dem Rechtsanwender die hoch komplexe Dauer-Aufgabe, den generell typischen oder individuell vereinbarten Risikotragungs- bzw. Verantwortungsbereich des Schuldners gegenüber dem Gläubiger genau abzustecken. Dabei sind das gesetzliche und/oder vertragliche Pflichtenprogramm nach Art und Umfang genau zu erfassen. Die Risiko- bzw. Verantwortungssphäre des Schuldners ist aus dem Vertragsinhalt abzuleiten. Gewisse Störungsursachen zählen zum typischen Vertragsrisiko und bedingen – im Grundsatz durch eine ausgeprägte Kasuistik der Rechtsprechung – eine Typisierung der vom Schuldner zu verantwortenden Umstände. Darauf gründet die Zurechnung der vom Schuldner regelmäßig oder im Einzelfall beherrschbaren Risiken; so hat er stets für ein Verschulden einzustehen, § 280 I i.V.m. § 276 I bis III BGB. In der für eine Risikoanalyse und -zuweisung typischen Erfassung der räumlich-gegenständlichen Bereiche ist der Schuldner grundsätzlich zuständig für seine (Risiko-)Sphäre, d. h. sein Haus, Fabrik, Büroräume, Ladeneinrichtungen, Personal und sonstigen Bereiche, welche er mit zumutbaren Kontrollmaßnahmen zu steuern und zu beherrschen vermag; er ist zuständig und verantwortlich für Personen und Sachen, die zu seinem „Lager“ zählen, mithin ist von „Lagertheorie“ die Rede.

b) § 309 Nr. 12a BGB Beweislast für Umstände im Verantwortungsbereich des Verwenders

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat in § 309 Nr. 12a BGB¹² die bereits bestehende Risikoregelung übernommen, wonach in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Bestimmung unwirksam ist, durch die der Verwender dem Kunden die Beweislast für Umstände auferlegt, die im Verantwortungsbereich des Verwenders liegen. Hieraus erhellt der vom Gesetzgeber anerkannte Grundsatz für die Verantwortlichkeit der Einflussosphäre. Risikotragungs- und Risikozuweisungsüberlegungen werden des öfteren hergeleitet aus allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen und werden vom Rechtsanwender entsprechend zu begründen versucht, in etwa nach folgendem Gedankengang: „Was kann der Rechtsteilnehmer steuern und beeinflussen? Wofür ist er zuständig? Was hat er zu verantworten? Demzufolge ist es fair, dass er für diesen Verantwortungsbereich einsteht, also die Beweislast und die daran anknüpfenden Rechtsfolgen trägt“.

c) § 313 I BGB Störung der Geschäftsgrundlage

Aufgrund der Schuldrechtsmodernisierung ist die in Rechtsprechung und -lehre entwickelte Störung der Geschäftsgrundlage in Gesetzesform gegossen. Nach § 313 I BGB gilt: Haben sich Umstände, die Vertragsgrundlage geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, kann Vertragsanpassung verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Hier hat der Gesetzgeber sowohl die vertragliche als auch die gesetzliche Risikoverteilung ausdrücklich gesehen und als Fall der Störung der Geschäftsgrundlage anerkannt. Die Risikoverteilungslehre ist sowohl unter vertragsrechtlichen als auch gesetzesrechtlichen Gesichtspunkten nunmehr ausdrücklich anerkannt.

d) § 446 BGB Gefahr- und Lastenübergang

Den Gerechtigkeitsgedanken der Beeinflussung von und – folgerichtig – des Einstehens für Verantwortungssphären bringt der Gesetzgeber im Kaufrecht mit der Regelung des Gefahren- und Lastenübergangs in § 446 I BGB zum Ausdruck. Danach geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung mit der Übergabe der verkauften Sache auf den Käufer über. Von diesem Zeitpunkt an kann er die Sache regelmäßig untersuchen, kontrollieren und

beeinflussen. Er kann das Risiko des Untergangs oder der Verschlechterung besser beherrschen als der Verkäufer und trägt deshalb nach gesetzlicher Wertung dieses Risiko.¹³

e) § 644 BGB Gefahrtragung, § 645 BGB Besteller-Verantwortlichkeit

Im Werkvertragsrecht findet sich eine ähnliche typische Gerechtigkeitsregelung gemäß der räumlichen Zuständigkeit. Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werks, § 644 I 1 BGB. Anknüpfend an die Abnahme ist der Auftraggeber für die Erfüllung zahlreicher Pflichten im Werkvertrag zuständig, beispielsweise für die Erbringung des Werklohns, die Obhutnahme des Werks. Auch beginnt die wichtige Verjährung der Mängelansprüche regelmäßig mit der Abnahme, § 634a II BGB. Als Ausfluss der gesetzlichen Risikoverteilung nach Sphären- und Einflussbereichen hat der Besteller eines Werks für bestimmte Risiken und Gefahren einzustehen, die von der Judikatur fallgruppenweise (fort)entwickelt werden.¹⁴ In §§ 644, 645 BGB ist der (gesetzgeberische) „Billigkeitsgedanke“ bzw. „Risikozuweisungsgedanke“ verankert.¹⁵ Ihnen kommt „Maßstabsfunktion“ zu.

f) Transportrecht: § 412 HGB Verladen und Entladen sowie § 425 HGB Haftung des Frachtführers für Güter- und Verspätungsschäden

Wartet der Frachtführer auf Grund vertraglicher Vereinbarung oder aus Gründen, die nicht seinem Risikobereich zuzurechnen sind, über die Lade- und Entladezeit hinaus, hat er Anspruch auf eine angemessene Vergütung (Standgeld), § 412 Abs. 3 HGB. Der Gesetzgeber weist ausdrücklich auf Risikobereichseinteilungen hin.^{15a} Nach § 425 I HGB haftet der Frachtführer für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Guts in der Zeit von der Übernahme, während der Beförderung bis zur Ablieferung oder durch Überschreitung der Lieferfrist entsteht. Im Zug der Reform des Transportrechts, des 1998 in Kraft getretenen Transportrechtsreformgesetzes, knüpft die Frachtführerhaftung an Bereichs-, Zuständigkeits- und Verantwortungsvorstellungen an. Der Frachtführer soll für die Schäden am Gut einstehen, die er bei seinem Transport selbst oder durch seine Erfüllungsgehilfen steuern und beeinflussen kann. Konsequenterweise regelt § 425 II HGB, dass dann, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verhalten des Absenders oder des Empfängers oder ein besonderer Mangel des Guts mitgewirkt haben, die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes davon abhängen, inwieweit diese Umstände zu dem Schaden beigetragen haben. Der Gesetzgeber hat hier eine – für die Risikoeinteilung und -zuweisung typische – Einzelfallbeurteilung bzw. genaue Erfassung des relevanten Sachverhalts zugrundegelegt.¹⁶

2. Rechtsprechung

In der Rechtsprechung begegnet man zunehmend der Tendenz, Risikobereichseinteilungen und -zuweisungen zwischen

11) Vgl. dazu Palandt-Heinrichs, BGB, 63. Aufl. 2004, Vorb. v. § 275 Rn. 1; § 275 Rn. 3; § 280 Rn. 2; allgemein zur Tendenz zum Risikotragungsrecht: Joachim, BB 1988, 779, 782.
 12) Zur Klauselkontrolle in der Gewerberaummieta ausführlich Borutzki-Pasing, NZM 2004, 161, 162 ff; Palandt-Heinrichs, § 309 Rn. 99 „Ausdruck von sachlogikbedingten Gerechtigkeitsgeboten“, zuvor zu § 11 Nr. 15a AGBG a. F.; grundlegend Koller, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen 1979, 1 ff; Joachim, BB 1988, 779, 782.
 13) Jauernig-Berger, BGB, 11. Aufl. 2004, § 446 Rn 2. „Risiko des Untergangs oder der Verschlechterung“.
 14) BGH, NJW 1998, 457 „Schürmann-Bau“; BGHZ 60, 19; BGH, ZfBR 1982, 24 u. 7, Jauernig-Schlechtriem, §§ 644, 645, Rn. 9 f.
 15) So BGHZ 83, 203; Jauernig-Schlechtriem, §§ 644, 645, Rn. 1.
 15a) Dazu Heymann-Horn-Schlüter-Joachim, HGB, 3. Aufl. 2005, § 412 Rn. 7
 16) Zur Frachtführerhaftung Koller, Transportrecht, 5. Aufl. 2004, vor § 425 ff HGB Nr. 1 bis 3; § 425 HGB Rn. 4 ff; Joachim, in: Heymann-Horn, HGB, 3. Aufl. 2005, § 425 Rn. 1 ff.

den Parteien vorzunehmen und anhand einer wertenden Risikobetrachtung den anhängigen Rechtsstreit zu entscheiden. Unter rechtstheoretischem Blickwinkel konstatiert Esser in juristischen Argumentationen zunehmend Risikoverteilungen.¹⁷

a) Pachtvertrag – Kiesausbeute

Unter Zugrundelegung von Risikozuweisungen äußert sich der BGH zum Pächterisiko der Wirtschaftlichkeit einer Kiesausbeute wie folgt: „Bei einem Kiesabbauvertrag, der als Pachtvertrag einzuordnen ist, trägt, wenn nichts anderes vereinbart ist, der Pächter und nicht der Verpächter das Risiko dafür, daß der Abbau des vorhandenen Kieses rentabel ist“.¹⁸ Im Anschluss daran könnte der Rechtsbetrachter pointiert formulieren: Die Chance „Kies zu scheffeln“ und – spiegelbildlich gesprochen – das Risiko, Kies zu verlieren, trägt im Rahmen der wirtschaftlichen Entscheidungs- und Betätigungsfreiheit der Nutzer bzw. Mieter bzw. Verwender.

b) Hotelbetreibervertrag

Der Hotelier ist für seine Risikosphären gemäß räumlicher Einflussmöglichkeiten zuständig und verantwortlich. Auf der Basis eines Hotelpachtvertrags, Management- und/oder Franchisevertrags ist der Hotelbetreiber regelmäßig für das wirtschaftliche „Wohl und Wehe“ des Hotelbetriebs verantwortlich. Für den Betriebsgewinn = Gross Operating Profit (oder auch „Loss“) muss er einstehen.¹⁹

c) Reisevertrag

Die Risikoverteilung im Pauschalreisevertrag ist ein in Judikatur und Jurisprudenz seit langem behandeltes und in Fallgruppen aufbereitetes Thema.²⁰ Beim Reisevertrag i.V.m. § 651a BGB trägt der Reisende das sog. „allgemeine Lebensrisiko“. Terroristische Einzelakte, die nicht auf bürgerkriegsähnlichen Unruhen in einem Staat beruhen, sind Teil des von jedem Menschen selbst zu tragenden allgemeinen Lebensrisikos, und zwar auch dann, wenn hinter den Anschlügen Terrororganisationen stehen, die weltweit tätig sind. Nur bei besonderen, verdichteten Gefahren- und Risikolagen besteht eine Aufklärungs- und Hinweispflicht des Reiseveranstalters, z. B. bei Organisation und Durchführung von Ausflügen, deren schuldhaft Verletzung gem. § 280 I BGB zum Schadensersatz führen kann, und zwar als Nebenpflichtverletzung zu der reiserechtlichen Gewährleistungshaftung der §§ 651 cff BGB. Diese Sichtweise hat aktuell das LG Hannover im sog. TUI-Djerba-Fall (Terroranschlag auf jüdische Synagoge) bekräftigt.²¹

Die Risikozuweisung folgt wertend zwischen dem allgemeinen Lebensrisiko und der besonderen Gefahrenlage, welche aufgrund konkreter Vorfälle verdichtet ist und zur Risikoverlagerung auf den Reiseveranstalter aufgrund seines Informationsvorsprungs und seiner Organisationsmöglichkeiten führt.

d) Miet- bzw. Pachtvertrag und Betriebsübergang

Beim Abschluss von Miet- und Pachtverträgen ist mitunter bei einem bestehenden Betrieb darauf zu achten, das nach § 613a BGB die in dem bereits vorhandenen Betrieb tätigen Mitarbeiter durch den neuen Betreiber gegebenenfalls „mit übernommen“ werden, d. h. dass deren Arbeitsverhältnisse mit übergehen. In der aktuellen „Carlito Abler-Entscheidung“ des EuGH geht es um ein Krankenhaus in Wien, das die Versorgung seiner Patienten und seines Personals mit Essen und Getränken zunächst an die Firma Sanrest vergeben hatte und nun im Rahmen einer Neuausrichtung einen neuen Bewirtschaftungsvertrag mit der Firma Sodexo abgeschlossen hat; Sodexo führte die Tätigkeiten mit demselben Krankenhaus eigenen Betriebsmitteln (Kantine, Betriebsküche, Inventar) fort, übernahm jedoch weder das Personal noch die Betriebsmittel wie Warenlager, Rezepte, Kalkulationen usw.; den bisher in der Krankenhauskantine tätigen Arbeitnehmern wurde durch

Sanrest wegen des Auftragsverlusts betriebsbedingt gekündigt.²² Der EuGH stellt unter Zugrundelegung seiner bisherigen Rechtsprechung auf die Frage ab, ob eine „wirtschaftliche Einheit“, d. h. „eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung“ übertragen wurde. Ausschlaggebend ist, dass die wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität aufgrund vertraglicher Beziehungen übergegangen ist, wenn auch die vertragliche Übertragung des Betriebs unter Einschaltung eines Dritten erfolgt und die vertraglichen Beziehungen so über ein Dreieck verliefen. Im Rahmen einer Risikoanalyse sollten der ausscheidende Altmieter, der Neumieter und der Vermieter auch die Frage des Betriebsübergangs nach § 613a BGB erfassen: Wird das Objekt einer ähnlichen Nutzung wie zuvor zugeführt und werden dabei durch den Neumieter Personal, Inventar oder Warenbestände übernommen, droht diesem der Eintritt in die Rechte und Pflichten der im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse des Altmieters. Namentlich in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit wird oft diskutiert und versucht durchzusetzen, dass sich Mitarbeiter des Altmieters so beim Neumieter „einlagen“. Soweit die spätere Tätigkeit ohne zeitliche Unterbrechung (Richtschnur: mindestens ein halbes bis ein Jahr als „Betriebsab- bzw. Unterbrechung“) und ohne wesentliche inhaltliche Änderungen fortgeführt wird, ist regelmäßig ein Betriebsübergang zu diskutieren und im begründeten Einzelfall zu bejahen. Neben der „Krankenhauskantinen“-Entscheidung im Fall „Carlito Abler“ ist dies zu erörtern bei einer Gastwirtschaft, Diskothek, einem Hotel,²³ Kino, Bowling-Center, Fitness- und/oder Sonnenstudio, landwirtschaftlichem Betrieb, Tankstelle, KFZ-Reparaturwerkstatt, Malerfachbetrieb²⁴, Arzt- insbesondere Röntgen- oder Zahnarztpraxis.

Die Risikoanalyse hat sich auch auf den Tatbestand des Betriebsübergangs bei Fortführung eines bestehenden Betriebs zu erstrecken, vornehmlich bei der sogenannten Sanierung, Re-Organisation oder „Re-Vitalisierung“.

Für den Einzelhandel hat das BAG die Übernahme der Ladeneinrichtung eines Konditoreicafés²⁵ und eines Elektro-Einzelhandelsgeschäfts²⁶ als „kaum wesentlich“ bei der Beurteilung des Betriebsübergangs eingeordnet. Der Einzelhandel ist kein betriebsmittelintensives Dienstleistungsgewerbe, weil der Verkauf als solcher regelmäßig – mit Ausnahme der Kasse und sonstiger Einrichtungen – keine unverzichtbaren Betriebsmittel erfordert. Selbst der Warenbestandsübernahme wird kaum die für § 613a BGB erforderliche Bedeutung zu-

17) Esser, Argumentations- und Stielwandel in höchstgerichtlichen Zivilentscheidungen in: *Etudes de Logique Juridique* VI, 1976, 73; Koller, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen 1979, 1 ff.; Joachim, BB 1988, 779, 782.

18) BGH, NJW 1982, 2062, 2063 = BB 1982, 768 = MDR 1982, 925 = LM Nr. 46 zu §§ 581, 537 BGB.

19) So Joachim, GuT 2003, 166, 173 bei Risikozuweisungen durch Hotel-AGB und bei dem jeweiligen Hotel-Betreibervertrag, ders. NZM 2001, 162-167; ders., GuT 2003, 119-130.

20) Dazu eingehend Eckert, Die Risikoverteilung im Pauschalreiserecht, 2. Aufl. 1995, 66 ff. „Die Risiken einer Pauschalreise“, 72 ff. „Das Leistungsstörungsrisiko“, 198 ff. „Das Buchungsrisiko“, 241 ff. „Das Insolvenzrisiko“.

21) LG Hannover, RRA 2004, 261, 262 f.; vgl. dazu Anm. Schmid, RRA 2004, 242, 243 ff.; zuvor zu Klima-Katastrophen, z. B. „Hurrikan“, BGH, NJW 2002, 3700 = RRA 2002, 258, 260; zu Überfallen u. Kriminalität BGH, NJW 1982, 1521 („Jamaika“-Kriminalitätsrate).

22) EuGH, NJW 2004, 45; dazu Matthey/Kluth/Fröndhoff, NZM 2005, 1, 2 ff.

23) So das BAG, AZ 8 AZR 694/99, unveröffentlicht; zitiert nach Matthey/Kluth/Fröndhoff, NZM 2005, 1, 3 Rn 25.

24) BAG, NJW 2003, 2405 = NZA 2003, 318, 321.

25) BAG, NZA 1987, 589; in Anbetracht der erwähnten Carlito Abler-Entscheidung müsste bei der ebenfalls übertragenen Küche- bzw. Backstubeneinrichtung ggfls. anders entschieden werden; so auch Matthey/Kluth/Fröndhoff, NZM 2005, 1, 4.

26) BAG, NJW 2000, 3226.

gemessen, weil die langfristige Betriebsfortführung in der Zukunft davon eben gerade nicht abhängt.²⁷ Im Einzelhandel und namentlich im Shoppingcenter stehen der Erhalt der Lage der Geschäftsräume, der Attraktivität und Vitalität des Ladens und des EKZ, die Beibehaltung des typischen und attraktiven Warensortiments sowie die durch die Betriebsform geprägten Kundenbeziehungen im Vordergrund.²⁸ Sollten diese SC- bzw. einzelhandelscharakterisierenden Kriterien erfüllt sein, kann unabhängig von der Übertragung des Inventars ein Betriebsübergang nach § 613a BGB vorliegen. Die Risikoverteilung und -zuweisung bezieht sich auch auf den Schnittbereich Arbeitsrecht sowie Miet- und Pachtrecht.

e) SC-Vertrag

Das Betreiben der Shopping-Center erfolgt regelmäßig auf der Grundlage umfangreicher Vertragswerke; fast sind amerikanische Verhältnisse mit zahlreichen Dokumenten, allgemeinen und besonderen Vertragsbestimmungen, Zusatzvereinbarungen usw. anzutreffen, welche bisweilen (mehrere) hundert Seiten ausmachen. In dem SC-Gesamtvertrag werden wertende Betrachtungen angestellt bei Zuweisung von möglichst exakt definierten Risiken und Verantwortlichkeiten im Zuge der Betreibung eines SC. Wegen der möglichen und zumutbaren Beeinflussung sowie Beherrschung von Räumlichkeiten und Risikosphären, z. B. der Mietsache „Laden“, Außenanlagen, öffentlichen Flächen, benannten Verkehrsflächen in der Shoppingmall, Multifunktionsflächen, Anliefer- und Entsorgungsbereichen, sogenannten „Back of the House-Area“, werden Risikobereichsregelungen in den SC-Vertrag aufgenommen. Demzufolge kann der EKZ-Mieter für die von ihm tatsächlich beherrschbare Mietsache des Ladens eher eintreten als für die „Außenhaut“ der Mietsache, d. h. insbesondere für „Dach und Fach“, die allgemeinen Funktions- und Verkehrsflächen, An- und Ablieferbereiche, Parkplätze usw., wenn es sich um ein derart komplexes Gebäude handelt.²⁹

V. Mietrechtliche Risikozuweisungen

1. Vertragsgemäßer Gebrauch

Der Begriff des „vertragsgemäßen Gebrauchs“ der Mietsache im Sinne von § 535 I 2 BGB ist der Zentralbegriff, welcher für die Festlegung von Art und Umfang der beiderseitigen Rechte und Pflichten von Vermieter und Mieter richtungweisend ist. Der Mieter darf die Mietsache nur in dem Rahmen nutzen, der im Vertrag festgelegt ist und meist beim Zweck zum Ausdruck gelangt. Die Zweckbestimmung regelt die Ausgestaltung der Nutzungsmöglichkeiten des Mieters, zugleich den vom Vermieter zu erbringenden Leistungsumfang, z. B. hinsichtlich der baulichen und sonstigen Anforderungen beim EKZ, um zu gewährleisten, dass die vermietete Sache für den vertraglich vorgesehenen Gebrauch geeignet ist und – in die Zukunft gewendet – bleibt.³⁰ Die Vertragsparteien sind ausdrücklich aufgerufen, mehr Vertrags- und Gestaltungsfreiheit bei der Festlegung des vertragsgemäßen Gebrauchs sowie der – zumeist damit in Zusammenhang stehenden – Zweckbestimmung zu verwenden. Sie sollten die Beschreibung der Mietsache sowie das Pflichtenprogramm der Mietsache als integralen SC-Bestandteil detailliert regeln und aufnehmen. So können die Hauptpflichten im Hinblick auf Vertragserfüllung und gegebenenfalls daran anknüpfende Gewährleistungspflichten im jeweiligen Einzelfall besser erfasst werden. In der Praxis, auch im EKZ-Bereich, sind hier öfters Defizite zu beobachten. Die Mietsache und der vertragsgemäße Gebrauch werden oft einsilbig, standardmäßig beschrieben, z. B. „als Laden im Center ...“, ohne Art und Umfang, Nutzungskonzept, insbesondere Ortsgebundenheit, d. h. Gesamtzusammenhang im Shopping-Center, Voll-Vermietung usw. genau vorher festzulegen. Hier offenbart sich für die SC-Rechtsberater dringender Handlungsbedarf im Hin-

blick auf eine das jeweilige Pflichtenprogramm aufstellende Konkretisierung.

2. Reichweite des mietrechtlichen Mangelbegriffs

a) Subjektiver Mangelbegriff

Bekanntlich fasst man nach dem heute herrschenden subjektiven Mangelbegriff im Sinne von § 536 I 1 BGB unter Mangel jede negative Abweichung der Ist- von der durch den Vertrag festgelegten Soll-Beschaffenheit der Mietsache. Im Interesse eines weitgespannten Mieterschutzes wird dieser Mangelbegriff von der Rechtspraxis außerordentlich weit ausgelegt. Der damit verbundenen Gefahr, wonach der Mangelbegriff ins Uferlose ausgeweitet zu werden droht, tritt die Rechtsprechung in neuer Zeit entgegen. Der Gesetzgeber hat dies bereits durch § 536 I 3 BGB nahe gelegt, wonach eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit außer Betracht bleibt. In Verfolgung dieser einerseits ausdehnenden Handhabung, andererseits praktikablen Einschränkung des Mangelbegriffs können u. a.

- räumliche Bereichs- und Risikozustände um die Mietsache,
- tatsächliche Zustände,
- rechtliche Verhältnisse und
- öffentlich-rechtliche Beschränkungen

als Mangel der Mietsache angesehen werden, wenn sie mit der Mietsache zusammenhängen und nicht lediglich in dem weiteren Umfeld und/oder den persönlichen Verhältnissen des Mieters begründet liegen.³¹ Die spezialgesetzlichen Mängelregeln der §§ 536 ff BGB gehen den allgemeinen schuldrechtlichen Regeln regelmäßig dann vor, nachdem die Mietsache an den Mieter überlassen worden ist. Bezeichnenderweise gliedert Fritz die verschiedenen Sachmängel-Ausprägungen in Risikobereichen z. B. Mangelursache innerhalb oder außerhalb der Mietsache, wirtschaftliches Risiko; dabei konstatiert er zutreffend: Je genauer die Regelung des vertragsgemäßen Gebrauchs und die (Nutzungs)Zweckbestimmung im SC-Mietvertrag niedergelegt sind, um so mehr trägt der Vermieter das Risiko der Verwendbarkeit der Mietsache für den detaillierten bzw. konkretisierten Gebrauchszweck.³²

27) Vgl. BAG, NJW 2000, 3226.

28) BGA, NJW 2000, 3226; zuvor BAG, 8 AZR 732/97 unveröffentlicht, zitiert nach Matthey/Kluth/Fröndhoff, NZM 2005, 1, 4.

29) BGHZ 149, 89 = WuM 2002, 141 = GuT 2002, 45; eingehend zur Risikobeherrschung bei Großimmobilien, so beim EKZ, zur (eingeschränkten) Abwälzung der Erhaltungspflichten auf den SC-Mieter Borutski-Pasing, NZM 2004, 161, 167 ff.; Schmitz-Reichschauer, NZM 2002, 1019, 1020; Schlemminger/Tachezy, NZM 2000, 416; Ostermann, GuT 2003, 39; Heinz, GuT 2004, 79; Joachim, GuT 2003, 166; ders., ZGS 2003, 177; ders., NZM 2000, 785; ders., NZM 2003, 387.

30) Fritz, Gewerberaummietrecht, 4. Aufl. 2005, Rn. 71; Kraemer, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. 1999, III A Rn. 980; Blank, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl. 2003, vor § 535 Rn. 78; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, § 535 Rn. 179; Börstinghaus, NZM 2004, 801; Ostermann, GuT 2003, 39; Joachim, GuT 2004, 207, 209.

31) Zu Inhalt und Reichweite des Mangelbegriffs in der früheren Rechtsprechung bereits BGH, NJW 1981, 2405, 2406 = LM Nr. 27 zu § 537 BGB Bl. 2; BGH, WPM 1985, 419, 420; in der obergerichtlichen Rechtsprechung OLG Frankfurt, WuM 1984, 78; OLG Hamm, ZMR 1982, 206, 207; OLG Düsseldorf, BB 1991, 159, 160; aus der neueren Rechtsprechung: BGH, NZM 2000, 492 = NJW 2000, 1714 = WuM 2000, 593; OLG Rostock, NZM 2003, 282, 283; OLG Naumburg, NZM 1997, 373 = WuM 1997, 675; aus dem Schrifttum Stornel, Mietrecht, 3. Aufl. 1988, Rn. II 142 ff.; Staudinger/Emmerich, 13. Aufl. 2003, § 536 Rn. 4 ff.; Fritz, Rn. 268 ff.; aus der neueren Literatur die Besprechung zu BGH, NJW 2000, 1714 = WuM 2000, 593; Emmerich, LM Nr. 10 aus 2000 zu § 537 Nr. 51; Eckert, EWIR § 537 I aus 2000, 469; Leo, MDR 2000, 821; Kraemer, in: Bub/Treier, III. B Rn. 1328; ders., NZM 2000, 1121; Fritz, Rn. 266 ff.; Derleder, NZM 2002, 676; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer § 536 Rn. 16; König, Mietrecht mangellexikon, 2004, Rn. 3 ff, 178; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet- und Pachtrechts, 9. Aufl. 2004, Rn. 218 ff, 224 ff; Joachim, NZM 2000, 785, 793 ff.

32) So ausdrücklich Fritz, Rn. 268.

b) Unmittelbarkeits-Formel

Bei der Beurteilung von Art und Umfang des mietrechtlichen Mangels verwendet die höchstrichterliche Rechtsprechung regelmäßig die sogenannte „Unmittelbarkeits-Formel“. So befasst sich der BGH mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Mieter eines Ladenlokals die Herabsetzung der Miete begehren kann, wenn der Bereich, in dem das Geschäft liegt, nicht in dem Maße von kaufinteressiertem Publikum aufgesucht wird, wie beide Vertragspartner dies bei Vertragsschluss erwartet haben – ohne allerdings genaue Plan- bzw. Erwartungszahlen zu dokumentieren und zum vertragsgemäßen Gebrauch aufzunehmen. Nach dem BGH kann ein rechtlich relevanter Mangel nur dann vorliegen, wenn die tatsächlichen Umstände und die rechtlichen Verhältnisse die Tauglichkeit unmittelbar beeinträchtigen.³³ Unter Hervorhebung des zum Vertragsinhalt erhobenen Verwendungszwecks als maßgebliches Kriterium für die Bejahung einer derartigen unmittelbaren Beeinträchtigung der Mietsache erachtet der BGH als unmittelbar bestimmend für die Gebrauchstauglichkeit

- die Eignung der Räume in ihrer baulichen Ausgestaltung zum Betrieb des vorgesehenen Geschäfts;
- den ungehinderten Zutritt des Publikums zu diesem Geschäft;
- die nachhaltige Beeinträchtigung der beschwerde- und gefahrlosen sowie bequemen Zugangsmöglichkeit zum Geschäft durch bauplanerische bzw. bauausführende Maßnahmen in der näheren Umgebung

des Ladenlokals – wenn vorgenannte Umstände die „Wesentlichkeits-Schwelle“ überschritten haben.

In Abgrenzung dazu verneint er eine unmittelbare Beeinträchtigung, „wenn das kaufinteressierte Publikum ganz allgemein nicht im erwarteten Maße den Bereich, in dem sich das vermietete Ladenlokal befindet, „besucht“, gleichsam diesen Bereich nicht „als Einkaufszentrum annimmt“.³⁴ Die vom BGH verwendete „Unmittelbarkeitsformel“ scheint zunächst eine – auch allgemein räumlich nachvollziehbare – Griffigkeit für sich in Anspruch nehmen zu können. Allerdings beinhaltet diese Formel bei näherer Betrachtung keinerlei materiellen Gerechtigkeitsgehalt; vielmehr appelliert sie an das durch eine – vermeintliche – Räumlichkeit nachvollziehbare „Risikobereichs-Rechtsgefühl“.³⁵ Als Argumentationstopos ist das Kriterium grundsätzlich anwendbar, allerdings enthält es im Einzelfall kaum nachvollziehbare Aussagekraft.³⁶ Es handelt sich hierbei um eine – vermeintliche – Lehr-, wohl eher „Leer“-Formel, welche das billige Einzellergebnis (scheinbar?) rechtfertigt.

c) Mangelhafte Verkehrsanbindung

In der mietrechtlichen Praxis, insbesondere beim Betreiben von Supermärkten und Einkaufszentren, werden tatsächliche Begebenheiten untersucht und als Mangel diskutiert. So streicht das OLG Bamberg bei den mangelhaften Zu-, Abfahrts- und Parkmöglichkeiten die Risikoeinstandspflicht des Vermieters heraus. Hinsichtlich der mangelhaften Verkehrsanbindung des Supermarkts stellt der Senat Risikoerwägungen an und lässt den gewerblichen Vermieter grundsätzlich für die verkehrsmäßige Beschaffenheit der Mietsache einstehen: „Beiden geschäftserfahrenen Parteien war klar, dass Verbrauchermärkte, sollen sie wirtschaftlich erfolgreich und rentabel arbeiten, auf möglichst hohen Umsatz angewiesen sind und deshalb den Autokunden geeignete Park-, sowie Zu- und Abfahrtsmöglichkeiten bieten müssen“. Damit zieht das Gericht materielle Risikozurechnungskriterien der Vorhersehbarkeit und Beherrschbarkeit eines Risikos sowie der Professionalität der Parteien heran, aus welcher die Belastung mit dem Risiko infolge der unzureichenden verkehrsmäßigen Erschließung herrührt.³⁷

d) Baubedingte Verkehrsunterbrechung bzw. Beeinträchtigung

Eine jahrelange Großbaustelle einer Tiefgarage, die es mit sich bringt, dass die Kunden nur über Bretterstege in das Ladenlokal gelangen, führt zu einem wesentlichen Mangel der Mietsache und gewährt das Recht des Mieters auf fristlose Kündigung. Bei der Erfassung von Risikobereichszuweisungen und -einteilungen zieht die Rechtsprechung Überlegungen zum Umfang des Mangels im Hinblick auf die tatsächliche Beeinträchtigung, aber auch hinsichtlich der Dauer der Beeinträchtigung heran. Straßenbauarbeiten, die den Zugang zum Laden behindern, sind erst nach längerer Dauer als wesentlicher Mangel der Mietsache anzusehen. Hier wird eine Frist von mehreren Monaten, regelmäßig von mehr als rund einem halben Jahr als Richtgröße anzunehmen sein.³⁸

Im Rahmen der Risikoüberlegungen bietet die Judikatur kein einheitliches Bild. Eine U-Bahn-Baustelle führt nach dem OLG Köln auch dann zur Mangelhaftigkeit eines angemieteten Geschäftslokals, wenn der Vermieter diese Baustelle dulden muss. Demgegenüber gewährt das OLG Düsseldorf keine Ansprüche gegen den Vermieter, sondern nur Ansprüche gegen die Stadt auf Entschädigung für enteignungsgleichen Eingriff. In sämtlichen Fällen ist allerdings – darauf sei bereits an dieser Stelle aufmerksam gemacht – an eine Aufklärungspflicht des Vermieters bei Vertragsabschluss zu denken, wenn Baustellen sich abzeichnen, bereits vorhanden sind oder noch länger anzudauern drohen.³⁹ Zudem ist zu erwägen, dass der Mieter eines SC-Ladenlokals bei einem innerstädtischen Objekt regelmäßig mit Straßenbau rechnen muß;⁴⁰ er mag gezielt nachfragen.

Das OLG Naumburg hat eine mindestens fünfmonatige Beeinträchtigung des Ladens durch Sperrungen und Umleitungen auf der Straße, die den Zugang zum Laden nicht vollständig verhindert haben, nicht als Mangel der Mietsache angesehen und erst nach längerer Dauer der Beeinträchtigung einen Mangel angenommen, ohne im einzelnen exakt festzulegen, wie lange die Störung dafür dauern muss. Im innerstädtischen Bereich muss stets mit Straßenbauarbeiten gerechnet werden.⁴¹ Das Umstandsmoment („Schwere bzw. Wesentlichkeit der Beeinträchtigung) und das Zeitmoment (Grenze ca. 5–6 Monate) müssen im Fall erfüllt sein, um eine Risikoanweisung vom Mieter auf den Vermieter vornehmen und begründen zu können.

33) BGH, NJW 1981, 2405, 2406; dazu bereits Joachim, BB 1988, 779, 780.

34) BGH, a. a. O.; dazu Braxmaier, WPM 1982, 114, 117; Wolf/Eckert/Ball, Rn. 74 ff.

35) Zum Rechtsgefühl Joachim, Brauchen Juristen Rechtsgefühl, ZvgIRW 93, 1994, 343-351.

36) Kritisch bereits Koller, NJW 1982, 201; dagegen und dem BGH ausdrücklich zustimmend Braxmaier, WM 1982, 114, 117; Wolf/Eckert/Ball, Rn. 81; kritisch zur „Unmittelbarkeits-Formel“ auch Ostermann, GuT 2003, 39, 41; zuvor Joachim, BB 1988, 779, 780; ders., ZIP 1991, 966, 970; Borutski-Pasing, Beck'sches Formularbuch Mietrecht 2003, VI 2, Anm. 2 f.

37) OLG Bamberg, Urteil vom 20. 2. 1985, 3 U 246/82, nicht veröffentlicht, 20, 21; zu Risikoerwägungen und -zuweisungen bei Mängeln verkehrsmäßiger Erschließung der Mietsache, insbesondere in einem Einkaufszentrum, Koller, NJW 1982, 201, 204; Joachim, BB 1988, 779, 780; zur Entscheidung des OLG Bamberg Joachim, ZIP 1991, 966, 970.

38) OLG Dresden, NZM 1999, 317 = NJW-RR 1999, 448 = WuM 1999, 158; OLG Naumburg, GuT 2002, 14; Wolf/Eckert/Ball, Rn. 221 ff; Fritz, NJW 2004, 3390, 3393; ders. Rn. 272 Stichwort „Großbaustelle Zugangshindernis“.

39) OLG Köln, NJW 1972, 1814; OLG Düsseldorf, NZM 1998, 481 = NJW-RR 1990, 1236 = MDR 1998, 768; NJW 1994, 3173; Fritz, Rn. 272 Stichworte „U-Bahn-Baustelle“ und „Aufklärungspflicht“.

40) OLG Hamburg, WuM 2003, 146; Fritz, NJW 2004, 3390, 3393; ders. Rn. 272, Stichwort „Straßenbau“.

41) OLG Naumburg, GuT 2002, 14; Fritz, NJW 2004, 3390, 3393; ders. Rn. 272.

Im gewerblichen Mietrecht wird abgestellt auf die konkrete Situationsgebundenheit der Mietsache, namentlich auf die unmittelbare Nachbarschaft, in der das Ladenlokal belegen ist. Wenn bereits bei Vertragsschluss erkennbar ist, dass in der näheren und weiteren Umgebung der Mietsache mit Bautätigkeiten zu rechnen ist, tritt keine Mietminderung ein. Häufig wird ein bestimmtes Risiko, hier das Baulärmrisiko, bei der Mietpreisberechnung berücksichtigt. Selbst die Erfassung dieses Risikos spielt nach dem KG in einer aktuellen Entscheidung keine Rolle; entscheidend ist vielmehr, dass der Ladenmieter mit der Bautätigkeit in dem konkreten Umfeld rechnen musste, was insbesondere bei einer älteren Bausubstanz der Mietsache und bei Inaugenscheinnahme ihrer tatsächlichen Belegenheit und Umgebung nahe liegt. Abgesehen vom Mängelrechtsausschluss wegen Kenntnis des Mieters vom Mangel bei Vertragsschluss oder bei der Annahme der Mietsache, § 536b BGB, verneint das Gericht das Überschreiten der Wesentlichkeitsgrenze im Sinne von § 536 I 3 BGB durch die Störungen, weil diese vom Mieter im Fall nur subjektiv ohne Faktenfundierung wieder gegeben waren.⁴²

Am anderen Ende der „Wesentlichkeits-Skala der Risikobetrachtung“ gilt: Wird der innerstädtische Platz der Mietsache faktisch in eine „Baugrube“ verwandelt, können wesentlicher Mangel, Gewährleistungs- und Kündigungsrechte des Ladenmieters gegeben sein.⁴³ Bei der Risikobetrachtung sind vertragliche Mietminderungsausschlussklauseln bei SC-Mieträumen grundsätzlich wirksam. Die Grenze dürfte dann überschritten sein, wenn die Kardinalpflichten des Vermieters, hier im Hinblick auf die Gebrauchsgewährung und Erhaltung gem. § 535 I und II BGB, tiefgreifend angetastet oder aufgehoben sind. Demgemäß wird der Mietminderungsausschluss bei Störungen der Versorgung mit Wärme, Strom, Gas oder Wasser oder Störungen der Entwässerung, die nicht vom Vermieter zu vertreten sind, für grundsätzlich zulässig erachtet. So verneint das OLG Hamburg einen Verstoß gegen § 307 I BGB, der unangemessenen Benachteiligung bei einer vorformulierten Mietvertragsklausel, wonach eine Mietminderung ausgeschlossen ist, wenn durch Umstände, die der Vermieter nicht zu vertreten hat, die gewerbliche Nutzung der Mietsache beeinträchtigt wird und zum Beispiel zu Umsatz- und Geschäftsrückgang führt; das Gericht diskutiert ausdrücklich tatsächliche Beeinträchtigungen der Verkehrsleitung, Straßensperren, Bauarbeiten in der Nachbarschaft usw. und nimmt dementsprechende Risikobereichszuweisungen vor. Damit werden Überlegungen der Beherrschbarkeit von Mängeln, namentlich im Zusammenhang von Bauarbeiten, Ver- und Entsorgungsenpässen im Energiebereich angeführt.⁴⁴

3. Zugesicherte Eigenschaft

Gemäß § 536 II BGB greift das Mietminderungsrecht des Mieters auch, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder später wegfällt. Im Rahmen der Vertragsgestaltung sollten versierte SC-Betreiber und Mieter darauf abheben, bestimmte, für sie wichtige Umstände sich als Eigenschaft vertraglich zu sichern zu lassen, soweit die Verhandlungs- und Durchsetzungsmacht der Parteien dazu reicht. Dies kann sich beispielsweise auf sogenannte Altlasten bzw. bereits einen Altlastenverdacht erstrecken, wenn die Mietsache in einem SC-Objekt betrieben wird, welches auf einem Altlasten-Grundstück errichtet worden ist.⁴⁵

Angaben des SC-Vermieters vor Vermietung eines Ladenlokals über erzielbare Umsätze stellen grundsätzlich keine zugesicherte Eigenschaft der Mietsache dar, insbesondere dann nicht, wenn der SC-Vermieter darlegt, für die Umsatzangaben nicht einstehen zu können. Allerdings kann im Einzelfall eine arglistige Täuschung i. S. v. § 123 BGB des Mieters durch den SC-Vermieter oder seine Beauftragten anzunehmen sein, wenn sie bewusst falsche Angaben tätigen. Ergänzend sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass der Makler regelmäßig Erfüllungsgelhilfe des Vermieters ist, wenn diesem

die Vertragsverhandlung und -gestaltung bei der SC-Vollvermietung vom Vermieter an die Hand gegeben worden ist.⁴⁶ Hier finden Risikozuweisungen durch eine „Lagertheorie“ Ausdruck, d. h. durch Zurechnung von Verhalten bestimmter Personen, für welche der Vermieter einzustehen hat.

4. Schutz-, Fürsorgepflichten im SC

a) Bestandteile der Miete

Der SC-Betreiber handelt grundsätzlich eine optimierte, an den Marktgegebenheiten orientierte Miete aus. Diese gliedert sich regelmäßig in eine Festmiete, Basismiete und in eine umsatzorientierte, flexible Miete. Zusätzlich entrichtet der SC-Mieter häufig ein Entgelt für das Centermanagement, falls dies nicht bereits durch die zuvor erwähnten Mietkomponenten abgegolten ist. Überdies zahlt der SC-Nutzer ein Entgelt für die SC-Werbegemeinschaft, um durch Werbeaktionen und gemeinsame Auftritte zu einer Corporate Identity und einer verstärkten Attraktivität des SC beizutragen. Durch die zahlreichen Mietkomponenten erwartet der Mieter „mehr“ als die – bloße – Raumüberlassung. Er erwartet Aufnahme und Schutz im „SC-Verbund“. Dem Vermieter obliegen – zumindest: vor Vertragsschluss, ggf auch während der Vertragslaufzeit – Informations-, Hinweis- und Aufklärungspflichten. Diese Pflichten ergeben sich aus dem jeweiligen Mietvertrag. Darüber hinaus folgen sie aus §§ 311 II 1., 2., 241 II BGB.

b) Schutz- und Fürsorgepflichten des SC-Betreibers

Bei der SC-Vertragsgestaltung und den damit im Zusammenhang stehenden umfangreichen Vermieter- und Mieterpflichten ist angemessen zu berücksichtigen, dass dem SC-Betreiber Schutz- und Fürsorgepflichten gegenüber seinen Mietern zukommen. Durch die „gesteigerte“ Miete sind Art und Umfang der SC-Betreiber-Pflichten ebenfalls „gesteigert“. In einem Mietverhältnis kommen den Vertragsparteien bekanntlich gesteigerte Sorgfalts-, Obhuts- und Treuepflichten zu.⁴⁷ Es handelt sich um weitergehende Schutz- und Fürsorgepflichten als diejenigen, die der Gesetzgeber des SMG bereits bei der Aufnahme von Vertragsverhandlungen konkretisiert und fixiert hat, vgl. § 311 II, III i. V. m. § 241 II BGB, wonach das jeweilige Schuldverhältnis nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten kann. Dies gilt verstärkt im gewerblichen Mietrecht und dazu noch weiter ausgeprägt und manifestiert in dem „verdichteten Rechtsverhältnis“ eines SC-Mietvertrags. Hier können die – im Einzelfall darzulegenden – Sorgfalts-, Obhuts- und Treuepflichten des SC-Vermieters dazu führen, ein bestimmtes Risiko teilweise, überwiegend oder gemeinschaftlich zu tragen. Im SC treten Vermieter und Mieter als „Gefahren- bzw. Solidargemeinschaft“ – zumindest im gewissen Umfang – gemeinsam in Erscheinung. Hierauf gründen sich Überlegungen bei der Risikobereichseinteilung und -zuweisung im Hinblick auf ein „Risk & Burden Sharing“.

42) KG, NZM 2003, 718; dazu Joachim, GuT 2004, 207, 217.

43) So BGH, MDR 1982, 135; OLG Dresden, ZMR 1999, 241 = WuM 1999, 158; OLG Düsseldorf, OLGR 1998, 109; Kraemer, in: Bub/Treier, III B Rn. 1342; Borutzki-Pasing, Beck'sches Formularbuch Mietrecht, VI 2 Anm. 6 f; Fritz, Rn. 272 Stichworte „Baulärm, Verkehrsführung, Straßenbau“ usw.; Joachim, GuT 2004, 207, 217.

44) OLG Hamburg, GuT 2004, 168, 169; dazu Bub, in: Bub/Treier, II Rn. 518; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, § 536, Rn. 306; Borutzki-Pasing, a. a. O.; Joachim, GuT 2004, 207, 217.

45) OLG Hamm, WuM 1987, 248; OLG München, NJW 1995, 2566; LG Mannheim, WuM 1996, 338; Staudinger/Emmerich, § 536 Rn. 8; Fritz, Rn. 272 Stichwort „Altlasten bzw. Altlastenverdacht“.

46) OLG Hamburg, NZM 1998, 307 = NJW-RR 1998, 1091; OLG Düsseldorf, WuM 2003, 138 = GuT 2003, 59; KG, NJW-RR 2003, 1137; Fritz, Rn. 271a.

47) Vgl. dazu im Hinblick auf das Shoppingcenter Ostermann, GuT 2003, 39, 42.

5. Betriebs-, Verwendungs-, Ertragsrisiko = wirtschaftliches bzw. unternehmerisches Risiko grundsätzlich beim SC-Mieter

a) Gesetzliche Risikoregelung

Der Gesetzgeber weist im Mietrecht das wirtschaftliche bzw. unternehmerische Risiko grundsätzlich stets dem Mieter bzw. Pächter zu. Dies gilt auch im EKZ-Bereich.

aa) Entrichtung der Miete bei persönlicher Verhinderung des Mieters, § 537 BGB

Bekanntlich wird der Mieter von der Entrichtung der Miete nicht dadurch befreit, dass er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung seines Gebrauchsrechts gehindert wird, § 537 I 1 BGB. Die persönliche Verhinderung des Mieters wird als gesetzlich anerkannter Ausdruck der Risikobereichszuweisung angesehen. Diese Risikobereichszuteilung erstreckt sich auf den gesamten vom Mieter zu beeinflussenden und zu verantwortenden Raum. Wenn der SC-Mieter seine Mietsache nicht nutzt, entbindet ihn das regelmäßig nicht von der Entrichtung der Miete. Da allerdings die Attraktivität eines SC im wesentlichen von der nachhaltigen Gesamtbelegung des SC und vom Betreiben sämtlicher Ladeneinheiten lebt, werden regelmäßig in den SC-Verträgen mit Vertragsstrafen bewehrte Betriebspflichten der Mieter statuiert.⁴⁸

Eine vertraglich vereinbarte Betriebspflicht betreffend ein SC-Ladengeschäft kann durch den Erlass einer einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden.⁴⁹ So vermag der SC-Vermieter zeitnah die für alle SC-Mieter wichtige Betriebspflicht sämtlicher SC-Läden zügig unter Einschaltung von einstweiligem Rechtsschutz durchzusetzen.

bb) Abnutzung der Mietsache durch vertragsgemäßen Gebrauch, § 538 BGB

Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden, hat der Mieter nicht zu vertreten, § 538 BGB. Dieser Gesetzesgrundsatz beinhaltet eine weitere räumliche Risikotragungsregelung. Solange sich der Mieter an die im Mietvertrag festgelegte Nutzung der Mietsache im vertragsgemäßen Rahmen hält, hat er entsprechende Abnutzungen nicht zu tragen. Vertragliche Ergänzungen und teilweise Modifizierungen finden sich durch die auch im SC-Vertragswesen ausgeweiteten Regelungen hinsichtlich Schönheitsreparaturen sowie Instandhaltungsregelungen.⁵⁰

b) Vertragliche Risikoregelung

Im SC-Vertrag werden – je nach Markt- und Durchsetzungsmacht der Parteien – anderweitige Abmachungen zu den vorerwähnten §§ 537, 538 BGB getroffen.

aa) Behördliche Genehmigung

Das Risiko der Erteilung bzw. Nichterteilung einer behördlichen Genehmigung beim SC, z. B. einer Bau- oder Betreibergenehmigung, kann grundsätzlich nicht durch vorformulierte SC-Vertragsbestimmungen vom SC-Betreiber auf den SC-Mieter verlagert werden. Insoweit steht nämlich eine Kardinal- bzw. Hauptpflicht des Vermieters zur Gebrauchsgewährung bzw. -erhaltung der Mietsache im Sinne von § 535 I 1 u. 2 BGB in Rede.⁵¹ In diesem Zusammenhang ist für den SC-Mieter von Bedeutung, dass die Vereinbarung, wonach der Mieter die erforderlichen behördlichen Genehmigungen für das Betreiben seines SC-Shops auf seine Kosten einzuholen hat, grundsätzlich keinen Gewährleistungsausschluss darstellt. Bei einer solchen Vertragsgestaltung hat er sich nachhaltig um die Erteilung der erforderlichen behördlichen Genehmigungen für seinen SC-Laden zu bemühen und die dadurch verursachten Kosten zu tragen.⁵²

bb) (Vertragsstrafenbewehrte) Betriebspflicht

Eine vertragsstrafenbewehrte Betriebspflicht kann regelmäßig auch dann SC-Vertragsbestandteil werden, wenn der SC-Vermieter zugleich den Konkurrenzschutz für den Mieter

im SC ausschließt.⁵³ Die Attraktivität eines EKZ hängt maßgeblich davon ab, dass alle Geschäfte des Centers geöffnet sind. Jeder SC-Mieter achtet darauf, dass ebenso die anderen Geschäfte betrieben werden. Allenfalls im Einzelfall kann das Bestehen auf Einhaltung der Betriebspflicht rechtsmissbräuchlich sein. Die Kombination von SC-Mietvertragsklauseln hinsichtlich Betriebspflicht und Konkurrenzschutzabschluss benachteiligt den SC-Mieter nicht unangemessen im Sinne von § 307 I BGB.⁵⁴ Eine Betriebspflicht kann zwar auch konkludent⁵⁵ aus der Beschreibung des Zwecks angenommen werden, zu dem die Mieträume vermietet werden, regelmäßig „zum Betrieb eines/einer ...“. Dies sollte im SC-Vertrag jedoch aus Klarstellungs- und Rechtssicherheitsgründen ausdrücklich festgehalten werden.

cc) Sonstige SC-Vertragsregelungen

Bei den anderweitigen Vertragsregelungen sind dann, wenn bestimmte Risiken sich während des Betriebens des SC einstellen sollten, Rechte des Mieters im Hinblick auf Mietminderung, Kündigung denkbar, sogenannte Sonderkündigungsrechte. Andererseits kann der Vermieter bestimmte Risiken adressieren und die entsprechenden Mieterrechte ausdrücklich ausschließen. Dabei sind im Rahmen der vorformulierten Vertragsbedingungen die allgemeinen Grenzen zu beachten, insbesondere im Hinblick auf den nicht möglichen Ausschluss für Kardinalpflichtverletzungen sowie bei Verschuldensformen des Vermieters im Hinblick auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Bei Integritätsverletzungen und bei Kardinalpflichtverletzungen kommen durch vorformulierte Vertragsbedingungen keine Haftungsausschlüsse für – normale – Fahrlässigkeit in Betracht.⁵⁶ Im übrigen gilt: Durch Festlegung des vertragsgemäßen Gebrauchs, des Nutzungszwecks sowie der Regelung von Art und Umfang der mietrechtlichen Leistungsstörungenrechte können die SC-Vertragsbeteiligten „mehr Vertragsfreiheit“ wagen.

6. Störung bzw. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Enttäuschte Ertragserwartungen im EKZ haben häufig dazu geführt, dass die Vertragsbeteiligten ein „Re-Organisations-“ bzw. sogar ein „Ausstiegsszenario“ aus dem jeweiligen SC-Vertrag gesucht haben. Angesichts der schwierigen Wirtschaftslage werden solche Szenarien von den Vertragsparteien häufig diskutiert und immer wieder die Gerichte mit derartigen Fragestellungen konfrontiert. Zielgerichtet werden die mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften der §§ 536 ff. BGB sowie das Rechtsinstitut der Störung bzw. Wegfall der

48) OLG Rostock, NZM 2004, 460, wonach eine solche vertragsstrafenbewehrte Betriebspflicht auch dann nicht unangemessen ist, wenn der Vermieter zugleich den Konkurrenzschutz ausschließt.

49) LG Bamberg, ZMR 2004, 581.

50) Vgl. zur Instandhaltung als Oberbegriff sowie zu den Unterbegriffen: Wartung, Inspektion und Instandsetzung nach DIN 3151 Fritz, Rn. 229; zu Art und Umfang der Schönheitsreparaturen im Wohn- und Gewerberaumrecht zusammenfassend Joachim, GuT 2004, 207, 211 ff.

51) OLG Celle, NZM 2000, 621; KG, NZM 2000, 461; Kraemer, in: Bub/Treier, III B Rn. 1348; Jendrek, NZM 2000, 526, 527; Joachim, NZM 2000, 785, 795.

52) OLG München, ZMR 1995, 401; OLG Düsseldorf, ZMR 1992, 446; Kraemer, in: Bub/Treier, III B Rn. 1348; Joachim, NZM 2000, 785, 795.

53) OLG Rostock, NZM 2004, 460, 461; OLG Hamburg, ZMR 2003, 254 = GuT 2003, 57; Fritz, Rn. 234; Kraemer, in: Bub/Treier, III Rn. 1937.

54) OLG Rostock, NZM 2004, 460, 461; OLG Hamburg, ZMR 2003, 254 = GuT 2003, 57; OLG Schleswig, NZM 2000, 1008; OLG Düsseldorf, NZM 1999, 124; OLG Düsseldorf, ZMR 1992, 454; zuvor bereits grundsätzlich der BGH, NJW-RR 1992, 1032.

55) OLG Köln, NZM 2002, 345 mit abl. Anm. Wiek, NZM 2002, 327; unter Betonung des Ausnahmecharakters einer solchen konkludenten Vereinbarung Michalski, ZMR 1996, 527; Hamann, ZMR 2001, 581, 583; Fritz, Rn. 243 Stichwort: konkludente Vereinbarung.

56) Zur Haftungsbegrenzung im Mietrecht Fritz, Rn. 162 ff; Joachim, WuM 2003, 183; ders., NZM 2003, 387; ders., AIM 2003, 162; ders., GuT 2004, 201, 225; ders., AIM 2004, 142.

Geschäftsgrundlage bemüht, welches nunmehr durch das SMG in § 313 BGB seinen gesetzlichen Ausdruck erfahren hat.

Dabei ist maßgebend auf den SC-Vertrag, den Vertragszweck sowie den Nutzungsumfang abzustellen. Der Vermieter eines SC-Ladenlokals ist regelmäßig nicht verpflichtet, einer Sortimentsänderung durch den SC-Mieter zuzustimmen, auch wenn die Zusammensetzung der Kundschaft eines EKZ sich nachhaltig verändert hat.⁵⁷ Der SC-Mieter muß sich an dem SC-Mietvertrag festhalten lassen und kann die vertragliche Rechte- und Pflichten- sowie Risikoverteilung grundsätzlich nicht über Störung bzw. Wegfall der Geschäftsgrundlage gem. § 313 I BGB korrigieren.

Bei Anwendung des Instituts der Störung der Geschäftsgrundlage ist vorrangig auf die mietvertragliche Regelung abzustellen. Die §§ 536 ff. BGB des mietrechtlichen Gewährleistungsrechts greifen grundsätzlich ab Überlassung der Mietsache vorrangig ein. Allerdings können die vom SMG-Gesetzgeber in § 313 BGB niedergelegten Umstände auch bei einer vertraglichen Risikoanalyse und -verteilung Berücksichtigung finden. Losgelöst von der exakten, einzelfallorientierten Einordnung als Mietmangel und/oder Störung der Geschäftsgrundlage stellen sich die nachfolgenden, verallgemeinerungsfähigen Überlegungen.

a) Verwendungsrisiko des SC-Mieters

Der SC-Mieter trägt grundsätzlich das Verwendungsrisiko hinsichtlich seiner angemieteten Sache. Auf den Punkt gebracht: Er steht ein für seinen SC-Shop, sei er „top“ oder ein „Flop“. Das wirtschaftliche Risiko der Gewinnerzielung in dem angemieteten SC-Laden liegt regelmäßig allein beim Mieter.⁵⁸ Hierzu zählt auch das Risiko der Verlagerung von Kundenströmen, sogenannten Kundenfrequenzen. Das Hinzukommen eines Konkurrenzunternehmens in unmittelbarer Nachbarschaft, auch im selben SC, zählt ebenfalls dazu, es sei denn, es handelt sich um eine mietvertragliche und/oder gesetzliche Konkurrenzschutzverletzung des Vermieters.

aa) BGH-Grundsatzurteil: „Ihme-Zentrum“ – Mangelnde Akzeptanz, veränderte Käuferschicht

Grundsätzlich gehört die Erwartung, durch den Gebrauch der Mietsache als Unternehmer Gewinne und keine Verluste erwirtschaften zu können, zum Risikobereich des SC-Mieters; stellt sich diese Erwartung nicht ein, begründet dies regelmäßig keine Gewährleistungsansprüche gem. §§ 536 ff BGB. Diese sind dann im Ansatz anwendbar, wenn die Mietsache dem Mieter bereits übergeben worden ist; für die Zeit vor Übergabe verbleibt es bei den allgemeinen Regeln des Leistungsstörungenrechts, insbesondere hinsichtlich culpa in contrahendo bei Aufklärungspflichtverletzung, nunmehr geregelt in den §§ 311 II, III i.V.m. § 241 II BGB sowie der Störung der Geschäftsgrundlage im Sinne von § 313 I BGB. Auch berechtigt die frustrierte Vertragserwartung den SC-Mieter nicht zur fristlosen oder fristgemäßen Kündigung des Mietvertrags; es sei denn, er hat sich bei bestimmten Umsatz- und Ertrags-erwartungen und bei dem nachhaltigen Nichteintritt ein (Sonder-)Kündigungsrecht mietvertraglich ausbedungen. Festzuhalten ist: Nach ständiger und gefestigter Rechtsprechung und herrschender Lehre fallen enttäuschte Umsatz- und Gewinnerwartungen des Mieters, auch des SC-Mieters, in dessen Risikosphäre. Diesen Grundsatz hat der BGH im Falle eines Einkaufszentrums hervorgehoben, welches in ein sogenanntes „Billig-Zentrum“ umgewandelt wurde, wodurch eine andere Besucher- und Käuferschicht angezogen wurde.⁵⁹

bb) OLG Koblenz – Ausnahmeentscheidung: Vollvermietung im SC

Ausnahmsweise hat das OLG Koblenz eine fristlose Kündigung des Ladenmieters für wirksam erachtet, weil eine Vollvermietung des neu errichteten Einkaufszentrums und ein damit angezogener breiter Kundenstrom nicht erreicht wurden.⁶⁰

cc) OLG München: Apotheke und Markthalle

In einem Fall des OLG München hat der Mieter eine Ladenfläche in einem Shopping-Center zum Betrieb einer Apotheke angemietet. Auf derselben Ebene ist die Einrichtung einer Markthalle vorgesehen. Mietvertraglich vereinbart ist, dass der Mieter aus Änderungen des Branchen- und Mietermixes keinerlei Ansprüche herleiten kann. Der SC-Mietvertrag enthält den Hinweis darauf, dass ein Projektentwickler mit der Konzeptionierung der Markthalle beauftragt sei, der SC-Vermieter sich jedoch Änderungen vorbehält. Wegen der in der Folgezeit nicht eröffneten Markthalle auf der Ebene der vom Mieter angemieteten Apothekenräume mindert der Apotheken-Mieter die Miete zu Unrecht um 70%.⁶¹

dd) OLG Naumburg: Fachmarkt-Konzept

In einem anderen SC-Fall hat das OLG Naumburg ein Fachmarkt-Konzept zu beurteilen. Auch hier werden dem enttäuschten SC-Mieter keine Mieterrechte zugesprochen.⁶² Wer trägt das Risiko, wenn sich ein dem SC zugrundeliegendes Konzept nicht, nur teilweise oder nicht dauerhaft realisieren lässt? Hier manifestiert sich ein unternehmerisches Risiko. Dieses ist dergestalt zuzurechnen, dass der Vermieter das Risiko insoweit trägt, als es um die grundsätzliche Vermietbarkeit seiner Ladengeschäfte geht und der Mieter für das Risiko seiner Umsatz- und Gewinnerzielung in diesem gemieteten Geschäftslokal einzustehen hat. Wenn der Vermieter die Funktionsfähigkeit der Gesamtanlage zu seinem eigenen und ausschließlichen Risiko ausgestalten will, bedarf es einer entsprechenden mietvertraglichen Absprache.

ee) BGH-Grundsatzurteil: „Dessous-Fall“ Verwendungsrisiko des SC-Mieters für seine Mietsache

Vorstehende Grundsätze hat der BGH in dem sogenannten „Dessous-Fall“ in einem Einkaufszentrum bestätigt. In diesem Fall ist das Zentrum weniger gut gelaufen, als es sich der klagende Mieter vorgestellt hatte. Er führt folgende Umstände an: einen nicht überdachten Zugang, das Vorhandensein von nur 200 Parkplätzen, den halbleeren Gesamtzustand des SC. Der BGH betont in diesem Fall, dass die Mietsache selbst in Ordnung gewesen ist. Die hier im Raum stehenden Zusagen hätten sich nur auf die Gewinnchancen des Ladens bezogen, nicht hingegen auf die Eigenschaften der gemieteten Geschäftsräume.⁶³ Die erwähnten tatsächlichen Umstände sowie die fehlende Akzeptanz des EKZ beim Kunden und die nicht während der gesamten Laufzeit des Mietvertrags vorhandene Vollvermietung stellen weder einen Mangel nach § 536 I BGB noch eine zusicherungsfähige Eigenschaft im Sinne von § 536 II BGB dar. Die Grundsätze über den Wegfall bzw. die Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 I BGB greifen ebenfalls nicht ein, weil der Mieter regelmäßig das Verwendungsrisiko zu tragen hat.

57) OLG Hamburg, ZMR 2003, 180 = WuM 2003, 268 = GuT 2003, 91.

58) Ständige Rechtsprechung, so BGH, NJW 1981, 2405; NZM 2000, 492 = WuM 2000, 593; NZM 2004, 618 = GuT 2004, 164; OLG Düsseldorf, GuT 2003, 59; GuT 2004, 165; OLG Frankfurt, OLG Report 1995, 1; OLG Rostock, MDR 1999, 477; NZM 2003, 282; OLG Celle, MDR 1999, 799; OLG Naumburg, NZM 1998, 373 = WuM 1997, 675; Fritz, Rn. 271 wirtschaftliches Risiko; Joachim, NZM 2000, 785, 793; ders., GuT 2004, 207, 217.

59) BGH, NJW 1981, 2405; NZM 2000, 492 = WuM 2000, 593; dazu auch Jendrek, NZM 2000, 526, 527.

60) OLG Koblenz, NJW-RR 1989, 400; OLG Naumburg, NZM 1998, 373 = WuM 1997, 675; OLG Celle, NJW-RR 1996, 1099 mit Anm. Eckert, EWIR 1996, 975; allg. Reissenberger „Flaute im Center ist Risiko des Mieters“, in: Handelsblatt vom 10. 5. 2000, 47; Joachim, NZM 2000, 785, 794; ders., GuT 2004, 207, 217.

61) OLG München, NJWE-MietR 1996, 154 = ZMR 1996, 256; dazu Joachim, NZM 2000, 785, 794.

62) OLG Naumburg, NZM 1998, 373 = WuM 1997, 675.

63) BGH, NZM 2000, 492 = WuM 2000, 593; aktuell bestätigt vom BGH, NZM 2004, 618 = GuT 2004, 164.

b) Präambel eines SC-Vertrags – Zustandsbeschreibung

Einer aktuellen BGH-Entscheidung zufolge kann nicht von der Zusicherung der Vollvermietung eines SC ausgegangen werden, wenn die Parteien den gegenwärtigen Vermietungszustand in der Präambel des Mietvertrags aufgenommen haben. Weder in der Präambel noch sonst im Mietvertrag ist eine Vollvermietung über die gesamte Vertragslaufzeit zugesichert. Der XII. Senat des BGH billigt die Auslegung des OLG Jena, wonach die Parteien nur den Vermietungszustand zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses beschrieben – und eben nicht: zugesichert – haben. Eine Haftung des Vermieters wegen Verschuldens bei Vertragsschluss, nunmehr kodifiziert in § 311 II, III i. V. m. § 241 II BGB, scheidet im vorliegenden Fall ebenfalls aus. Unter Umständen könnte eine Aufklärungspflichtverletzung Grund für eine Kündigung nach § 543 BGB darstellen, wofür allerdings im konkreten Fall keine Anhaltspunkte bestehen. Die bloße Beschreibung der Mietsituation des Vertragsschlusses ohne jedwede Garantie, dass die Situation auf Dauer bestehen bleibt, ist dem BGH nach rechtlich möglich. Der SC-Mieter konnte unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben im Sinne von § 242 BGB nicht von einer Änderung der gesetzlichen Risikoverteilung ausgehen.⁶⁴ Gewerbliche Anpreisungen bei der Mietvertragsgestaltung vermögen in der Regel keinen Mangel der Mietsache darzustellen oder sonstige Rechtsbehelfe dem Mieter zu gewähren. Vollmundige Prospektangaben sind häufig anzutreffen und stellen regelmäßig keine zugesicherten Eigenschaften der Mietsache im Sinne von § 536 II BGB dar.⁶⁵

c) Störung der GG, Risikozuweisungen und Rechtsfolgen

Falls im Ausnahmefall die Störung der Geschäftsgrundlage im Sinne von § 313 I BGB angenommen werden sollte, sieht das gesetzliche Regelungsprogramm nach § 313 III 1 BGB vorrangig eine Vertragsanpassung vor. Sollte diese nicht möglich bzw. nicht zumutbar sein, kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten, § 313 III 1 BGB. Beim SC-Mietvertrag als Dauerschuldverhältnis tritt an die Stelle des Rücktrittsrechts das Recht zur Kündigung, § 313 III 2 BGB. Ein derartiges (Sonder-)Kündigungsrecht wird in manchen SC-Verträgen bei Nicht-Erreichen von bestimmten Parametern vereinbart, beispielsweise bei Vollvermietung, beim Vorhandensein bzw. Nichtvorhandensein bestimmter Mieter, beim Eintritt bzw. Nichteintritt bestimmter Umsatzzahlen im Quartal, Halbjahr und/oder im Geschäftsjahr. Wie in § 313 III BGB vorgesehen, sind zunächst Verhandlungen im Hinblick auf eine Vertragsanpassung und nur als „Ultima-Ratio“ das Kündigungsrecht vorgesehen. In Verfolgung dieses Gesetzgebungsprogramms sehen manche detaillierte SC-Verträge ein umfangreiches „Risk & Burden Sharing/Splitting-Programm“ vor.

7. Vertragliche Risikoübernahme, -verlagerung

Im Anschluss an die einschlägige Rechtsprechung gehen die umfangreichen SC-Mietvertragsregelungen dahin, die Risiko- und Verantwortungssphären der Vertragsparteien inhaltlich auszugestalten. Folgende EKZ-spezifische Bestimmungen stellen regelmäßig keine ungewöhnlichen Abmachungen dar, welche eine vertragliche Risikoverlagerung nach sich ziehen, d. h. es verbleibt regelmäßig dabei, dass der SC-Mieter das Geschäfts- bzw. Verwendungsrisiko für seine Mietsache trägt und beibehält:

- 1.) Sortimentsbeschränkung
- 2.) Betriebspflicht während der – üblichen – Ladenöffnungszeiten, gegebenenfalls auch vertragsstrafenbewehrt
- 3.) Pflichtmitgliedschaft in der SC-Werbegemeinschaft
- 4.) Nebenkostentragungspflicht auch für die SC-Gesamtanlage
- 5.) Verpflichtung zur Umsatzmitteilung
- 6.) Festlegung des SC-Mietzwecks
- 7.) eines Centermanagements.

Für den BGH kommt es entscheidend darauf an, ob der SC-Vermieter durch die Begründung eines Gesamtkonzepts, in das die einzelnen SC-Mieter finanziell und mit Betriebspflichten vertraglich eingebunden werden, eine Gesamtverkaufsstrategie entwickelt, mit der er über die übliche Verwaltung und Koordinierung eines EKZ hinaus ein als

– SC-Betreiber eigenes und unternehmerisches Risiko für alle Einzelgeschäfte übernimmt.

Diese – zusätzliche – unternehmerische Risikoübernahme kann äußerlich durch eine

– einheitliche Gestaltung der Geschäfte und unternehmerisch durch ein

– Gesamtmanagement der Anlage geschehen.⁶⁶

Mit den vorstehenden Vertragselementen geben der BGH und die Obergerichte dem SC-Kautelarjuristen verschiedene, wenn auch nicht in jedem Falle griffige Parameter zur anderweitigen vertraglichen Risikoverteilung im SC an die Hand. Darauf haben sich die SC-Praktiker und -Rechtsberater einzurichten. Namhafte Shoppingcentergesellschaften legen Wert darauf, unter einer einheitlichen „Corporate Identity“ ein mehr oder weniger straffes Gesamtmanagement ihres Centers werbewirksam zu implementieren. Hieraus kann eine entsprechende Risiko(mit)übernahme durch den Vermieter folgen, selbst wenn diese im Hinblick auf das wirtschaftliche Risiko auch regelmäßig nur im Ausnahmefall anzunehmen sein dürfte. Letztendlich wird es auf die – berühmten und bertüchtigten – relevanten Einzelfallumstände ankommen.

8. Aufklärungspflichten gegenüber SC-Mietinteressenten

Losgelöst von den Fragen, wer das wirtschaftliche Risiko der Mietsache trägt oder ob der Vermieter für Werbeaussagen und Prospektangaben im Rahmen der SC-Vermietung haftet, ist zu prüfen, ob der Vermieter seine Aufklärungspflicht verletzt hat, wenn der Mietinteressent eines SC ausdrücklich nach der Vermietungssituation in der projektierten oder bereits bestehenden EKZ-Immobilie fragt oder sonst zu erkennen gegeben hat, dass Art und Umfang der Belegung, insbesondere der typische Branchenmix, für ihn von ausschlaggebender Bedeutung für seine Disposition hinsichtlich der Anmietenscheidung sind. Zusätzlich kann eine Aufklärungspflicht daraus resultieren, wenn durch geplante Bauarbeiten sich die Kundenströme innerhalb des SC ändern, mit der Folge nachteiliger Auswirkung auf das in Rede stehende Geschäftslokal des SC-Mieters bzw. Mietinteressenten.⁶⁷ Der SC-Rechtsberater für Mieter und Vermieter wird bei Vertragsverhandlungen auf eine entsprechende Aufklärungspflichtensituation abheben und eine korrespondierende „Aktenlage“ schaffen, gegebenenfalls durch Art und Umfang eines entsprechenden – nachweisbaren – schriftlich detaillierten „Fragenkatalogs“. Aufklärungspflichten und deren Verletzung können im Einzelfall ein Druckmittel oder gar Ausstiegsszenario aus einem SC-Mietvertrag eröffnen.

(Teil 2 in GuT 2005, 135 ff.)

64) BGH, NZM 2004, 618, 619 = GuT 2004, 164; OLG Rostock, NZM 2004, 460, 461; NZM 2003, 282; Fritz, Rn. 271; ders., NJW 1996, 2068; Keckemeti, NZM 1999, 115; Borutzki-Pasing, VI 3 Anm. 10 ff; Leo, Anwalts-Handbuch Mietrecht, 2. Aufl. 2003, A Rn. 504 ff; Joachim, GuT 2004, 207, 217.

65) OLG München, ZMR 1995, 295; KG, GE 2002, 462; Fritz, Rn. 271, Stichwort Prospektangaben.

66) BGH, NZM 2004, 618 = GuT 2004, 164; NJW 2000, 1714 = WuM 2000, 593; NJW 1981, 2405; OLG Düsseldorf, GuT 2004, 165; OLG Rostock, NZM 2004, 460, 461; NZM 2003, 282, 283; Ostermann, GuT 2003, 39, 41 f; Fritz, Rn. 271 ff; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, § 535 Rn. 179 ff und § 536 Rn. 11 f; Joachim, NZM 2000, 785, 793 ff; ders., GuT 2004, 207, 218.

67) OLG Dresden, NZM 2001, 336 = NJW-RR 2001, 727 = GuT 2001, 11; Fritz, Rn. 271 d „Aufklärungspflicht“.

Gewerbemiete

§ 7 SachenRBERG Sachenrechtsbereinigung; Freiberufler oder Künstler als Pächter; Atelier in denkmalgeschützter Friedhofskapelle

Bauliche Investitionen, die ein freischaffender Künstler aufgrund eines Pachtvertrages auf einem volkseigenen Grundstück vorgenommen hat, werden von § 7 Abs.1 SachenRBERG nicht erfaßt.

(BGH, Urteil vom 4. 3. 2005 – V ZR 148/04)

Zum Sachverhalt: Mit Vertrag vom 23. Februar/16. März 1979 pachtete der frühere Kläger zu 2, der nach Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht verstorben ist und dessen Alleinerbin die Klägerin ist, von dem damaligen Rechtsträger, dem Rat der Stadt P., das seinerzeit volkseigene Grundstück H. in P., das mit einer unter Denkmalschutz stehenden Friedhofskapelle bebaut war. Der Pächter war nach dem Vertrag berechtigt, die stark geschädigte Kapelle instand zu setzen, auszubauen und für seine Zwecke zu nutzen. Näheres regelte eine Vereinbarung vom 2. Juli 1979.

Mit ergänzendem Vertrag vom 29. Januar/4. Februar 1980 trat die Klägerin dem Pachtvertrag auf seiten der Nutzer bei. Beide führten in den Jahren 1979 bis 1982 eine denkmalgerechte Sanierung durch und bauten die Kapelle in ein Atelier mit Ausstellungs- und Verkaufsräumen für ihre Werke als Grafiker, Maler und Bildhauer aus. Hierfür wandten sie etwa 255 000 Mark auf und wurden dabei in Höhe von 40 000 Mark vom Rat der Stadt aus Mitteln der Denkmalpflege unterstützt.

Nach einem mit der Stadt P. in einem Rechtsstreit am 4. August 1994 geschlossenen Vergleich wurde der Pachtvertrag bis Ende 2004 fortgesetzt. Die Beklagte ist aufgrund Rückübertragungsbescheides seit dem 20. August 1998 Eigentümerin des Grundstücks.

Die Kläger haben die Auffassung vertreten, ihnen stünden Ansprüche nach dem Sachenrechtsbereinigungsgesetz zu. Das Landgericht Potsdam hat ihrer auf Feststellung der Anspruchsberechtigung gerichteten Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht Brandenburg hat sie abgewiesen. Mit der für beide Kläger eingelegten, von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision wird die Wiederherstellung der landgerichtlichen Entscheidung angestrebt. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen: I. Das Berufungsgericht verneint eine Anspruchsberechtigung nach dem Sachenrechtsbereinigungsgesetz, weil die Kläger das Grundstück lediglich aufgrund Pachtvertrages genutzt hätten (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SachenRBERG) und eine nach § 7 SachenRBERG geschützte bauliche Investition nicht gegeben sei (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2a SachenRBERG). Zwar genüge die umfassende Renovierung der Friedhofskapelle den Anforderungen des § 12 Abs. 1 SachenRBERG; es fehle jedoch an den Voraussetzungen der von § 7 SachenRBERG geregelten Sachverhalte. Absatz 2 Nr. 6 der Norm greife nicht ein, weil die Kläger keiner gewerblichen oder handwerklichen Tätigkeit nachgegangen seien, sondern sich künstlerisch betätigt hätten. Auf § 7 Abs. 1 SachenRBERG könne nicht zurückgegriffen werden, da hiervon rein schuldrechtliche Nutzungsverhältnisse grundsätzlich nicht erfaßt würden. Erforderlich sei - und das fehle hier gerade -, daß nach dem Recht der DDR eine über die vertragliche Regelung hinausgehende Sicherung der Rechtsposition des Nutzers vorgesehen gewesen sei. Eine analoge Anwendung von § 7 Abs. 2 Nr. 6 SachenRBERG komme auch nicht in Betracht; private Handwerker und Gewerbetreibende seien vom Gesetzgeber bewußt

begünstigt worden, Künstler und freiberuflich Tätige nicht. Diese Differenzierung, der sachliche Erwägungen zugrunde lägen, könne nicht durch eine entsprechende Anwendung der Norm aufgehoben werden.

II. Die Revision, die allein für die Klägerin eingelegt gilt, ist zulässig. Dem steht nicht entgegen, daß sie noch den früheren Kläger zu 2 mit als Rechtsmittelführer angibt. Zwar ist ein Rechtsmittel, das für eine nicht existente Partei eingelegt worden ist, grundsätzlich unzulässig (vgl. BGHZ 146, 341, 357). Doch gilt es im Zweifel als für die Erben eingelegt (BGHZ 121, 263, 265), legitimiert durch die fortwirkende (§ 86 ZPO) vorinstanzliche Prozeßvollmacht, die auch die Bevollmächtigung des Revisionsanwalts deckt (vgl. BGH, Urt. v. 8. November 1993, II ZR 26/93, NJW 1994, 320 m.w.N.). So war es hier.

III. Das Rechtsmittel ist aber unbegründet.

Die Revision stellt nicht in Frage, daß die Voraussetzungen für eine unmittelbare Anwendung des § 7 Abs. 2 Nr. 6 SachenRBERG nicht gegeben sind. Sie hält jedoch im konkreten Fall eine entsprechende Anwendung der Norm für geboten. Dem folgt der Senat nicht.

1. Richtig ist, daß der Katalog des § 7 Abs. 2 SachenRBERG nicht erschöpfend ist. Er enthält lediglich Regelbeispiele für eine der Sachenrechtsbereinigung unterfallende bauliche Nutzung fremder Grundstücke und versperrt daher nicht die Erfassung auch anderer Sachverhalte, und zwar über die als Auffangtatbestand ausgestaltete Regelung des Absatzes 1 (vgl. Senat, BGHZ 134, 50, 53; Urt. v. 25. September 1998, V ZR 166/97, Umdruck S. 5, nicht veröffentlicht). Es bedarf dann keiner Analogie zu einem der Regelbeispiele des Absatzes 2; andererseits liegt eine Anwendung des Absatzes 1 um so näher, je ähnlicher der nicht expressis verbis geregelte Sachverhalt einem der Regelbeispiele ist.

2. Die Nutzung der Klägerin zu 1 und des verstorbenen früheren Klägers zu 2 wird von § 7 Abs. 1 SachenRBERG nicht geschützt.

a) Die Norm unterstellt der Sachenrechtsbereinigung bestimmte Rechtsverhältnisse in bezug auf Grundstücke, die für land- oder forstwirtschaftliche sowie für gewerbliche Zwecke baulich verwendet worden sind (vgl. Czub in Czub/Schmidt-Räntsch/Frenz, SachenRBERG, § 7 Rdn. 33). Sie setzt grundsätzlich eine bauliche Investition des Nutzers voraus, die nach dem Boden- und dem Wirtschaftsrecht der DDR durch Verleihung eines Nutzungsrechts hätte abgesichert werden können, mag es auch im Einzelfall hierzu nicht gekommen sein (Senat, BGHZ 134, 50, 53 f.). Daran fehlt es im vorliegenden Fall.

b) Diesem Gedanken sind auch die Regelbeispiele des Absatzes 2 verhaftet, in Nr. 6 allerdings nur ansatzweise. Die Nutzung volkseigener Grundstücke für privatwirtschaftliche Zwecke war zwar nicht verboten, genoß aber, da sie den Grundsätzen einer sozialistischen Wirtschaftsordnung nicht entsprach, keinen Schutz. Es gab daher bis März 1990 keine Rechtsvorschriften, die Möglichkeiten einer quasi dinglichen Absicherung einer solchen Nutzung boten oder die Entstehung von Privateigentum an gewerblich genutzten Gebäuden auf volkseigenen Grundstücken zuließen (Czub a. a. O. Rdn. 194). Wie das Berufungsgericht im einzelnen dargelegt hat, hat aber noch der DDR-Gesetzgeber der Wendezeit Vorschriften erlassen, die darauf abzielten, ideologisch begründete Benachteiligungen von Gewerbetreibenden in der DDR zu korrigieren. Wengleich dies nicht mehr den Erfolg hatte, daß Gewerbetreibenden zur Errichtung eines gewerblichen Zwecken dienenden Gebäudes ein Nutzungsrecht verliehen

werden konnte, so hat diese Entwicklung doch den Gesetzgeber des Sachenrechtsbereinigungsgesetzes veranlaßt, die bauliche Nutzung volkseigener Grundstücke durch Gewerbetreibende in den Katalog des § 7 SachenRBERG mit aufzunehmen (vgl. Czub a. a. O. Rdn. 195 f.; Rothe in Eickmann, SachenRBERG, § 7 SachenRBERG Rdn. 54).

Diese Entwicklung blieb aber auf Gewerbetreibende beschränkt. Nur insoweit bestand daher eine Grundlage für eine Nachzeichnung durch Aufnahme dieser Sachverhalte in das Regelungskonzept des Sachenrechtsbereinigungsgesetzes. Darauf hat sich der Gesetzgeber konsequenterweise beschränkt. Eine Ausweitung auf andere private Nutzer war weder angezeigt, noch ist sie ohne Verstoß gegen die Grundgedanken der Sachenrechtsbereinigung möglich. Eine Anwendung des § 7 Abs. 1 SachenRBERG verbietet sich daher.

Soweit die Revision darauf hinweist, daß freischaffende Künstler denselben Einschränkungen in der DDR ausgesetzt gewesen seien wie Gewerbetreibende, verkennt sie, daß dies kein Anknüpfungspunkt für eine Gleichstellung sein kann. Anders als Gewerbetreibende sind sie von den in der Wendezeit eingeleiteten Privatisierungen nicht erfaßt worden. Für einen sachenrechtlich ausgerichteten Schutz im Wege der Nachzeichnung besteht daher keine Grundlage.

Daß diese Differenzierung weder willkürlich ist, noch die Nutzer vollkommen schutzlos läßt, hat das Berufungsgericht im einzelnen zutreffend dargelegt. Hierauf kann Bezug genommen werden.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 33, 55 Nds. WasserG; § 15 WHG
Enteignung; Wert eines Wasser-Staurechts,
das gegen Entgelt nicht ausgeübt wird**

Im Falle des Widerrufs eines alten Rechts (hier: Staurecht zum Betrieb einer Mühle) durch die Wasserbehörde gegen Entschädigung hat die zu leistende Entschädigung den (Verkehrs-)Wert der Nutzung dieses Rechts auszugleichen, nicht jedoch einen „Ertragswert“ im Hinblick auf Einkünfte, die der Inhaber des Rechts als Gegenleistung dafür erzielte, daß er das Recht nicht ausübt.

(BGH, Beschluss vom 24. 2. 2005 – III ZR 341/04)

Zum Sachverhalt: Die Kläger waren als Erben des am 25. Dezember 1987 verstorbenen W. W. sen. Inhaber eines in das Wasserbuch eingetragenen alten Rechts, das Wasser der H. zum Betrieb einer Mühle anzustauen. Der Erblasser hatte das Staurecht seit mehreren Jahrzehnten nicht mehr ausgenutzt, sondern es mit Vertrag vom 5. Dezember 1958 langfristige gegen Gewährung eines zinslosen Darlehens von 120 000 DM an den beklagten Wasser- und Bodenverband „verpachtet“. Der Beklagte bezweckte mit diesem Vertrag – erklärtermaßen –, die Ausübung des Staurechts über einen längeren Zeitraum zu verhindern, um in seinem Gebiet Entwässerungsmaßnahmen mit dem Ziel der besseren landwirtschaftlichen Nutzung der Grundstücke seiner Mitglieder durchführen zu können. Durch bestandskräftigen Bescheid vom 22. November 1990 widerrief der Landkreis S. das alte Recht gemäß § 33 Abs. 1 des Niedersächsischen Wassergesetzes (NWG) gegen Entschädigung, deren Höhe in einem gesonderten Verfahren ermittelt werden sollte.

Mit Bescheid vom 7. September 2000 hat der Landkreis die – u. a. von dem Beklagten als dem durch den Widerruf unmittelbar Begünstigten zu zahlende – Entschädigung auf 45 000 DM nebst Zinsen seit dem 23. November 1990 festgesetzt. Im vorliegenden Prozeß haben – soweit hier von Interesse – die Kläger eine höhere Entschädigung (als Teilbetrag geltend gemachte 150 000 DM) verlangt, wogegen der Beklagte mit der Widerklage die Verurteilung der Kläger zur

Zahlung von Darlehensraten aus dem 1958 gewährten Darlehen beantragt hat. Das Landgericht Stade hat den Entschädigungsbetrag um 12 666,44 € (= 24 773,40 DM) angehoben, das Oberlandesgericht Celle hat ihn nochmals – um insgesamt 39 705,92 € (= 77 658,03 DM) – erhöht. Der Widerklage des Beklagten haben das Landgericht in Höhe von 61 35 € (= 12 000 DM) und das Oberlandesgericht in Höhe von 12 271,01 € (= 24 000 DM) nebst Zinsen stattgegeben, unter Zurückweisung einer hilfsweise geltend gemachten Aufrechnungsforderung der Kläger wegen Unterlassung vertraglich übernommener Unterhaltungsarbeiten.

Aus den Gründen: II. Die Beschwerde der Kläger gegen die Nichtzulassung der Revision durch das Berufungsgericht ist unbegründet. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO).

1. In bezug auf die Klageforderung (Entschädigungsanspruch) ist auszuführen:

a) Gemäß § 33 Abs. 1 Satz 1 NWG kann die Wasserbehörde alte Rechte und alte Befugnisse gegen Entschädigung widerrufen, soweit von der Fortsetzung der Benutzung eine erhebliche Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit zu erwarten ist. Daß den Klägern eine solche Entschädigung – dem Grunde nach – zu gewähren ist, ergibt sich aus dem bestandskräftigen Bescheid des Landkreises vom 23. November 1990. Bei diesem Akt handelt es sich um eine Enteignung (vgl. BVerfGE 101, 239, 259; 102, 1, 15 f.), nämlich die Entziehung einer konkreten subjektiven, durch Art. 14 Abs. 1 GG gewährleisteten Rechtsposition zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben (vgl. auch Czychowski/Reinhardt WHG 8. Aufl. § 15 Rn. 13; Breuer, Öffentliches und privates Wasserrecht 3. Aufl. Rn. 339; Dahme, in Zeitler WHG § 15 Rn. 26). Jedenfalls ist der Entschädigungsanspruch im Gesetz (§ 55 Abs. 1 Satz 1 NWG) wie eine Enteignungsentschädigung konzipiert; die Entschädigung hat „den eintretenden Vermögensschaden angemessen auszugleichen“. Bei Anlegung enteignungsrechtlicher Grundsätze heißt dies, daß beim Entzug einer wasserrechtlichen Befugnis zum Wohl der Allgemeinheit die Entschädigung sich nach der „Substanz“ des Genommenen zu richten hat, also nach dem Verkehrswert dieses Rechts (vgl. § 95 Abs. 1, § 194 BauGB). Der Verkehrswert wird durch den Preis bestimmt, der zum Stichtag im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach den rechtlichen Gegebenheiten und tatsächlichen Eigenschaften, der sonstigen Beschaffenheit und der Lage des Gegenstandes, jedoch ohne Rücksicht auf ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse, zu erzielen wäre.

b) Im Streitfall war danach der Verkehrswert des Rechts, das Wasser der H. zum Betrieb einer Mühle anzustauen, zu ermitteln, mithin derjenige Wert, der sich aus der Nutzung bzw. aus den naheliegenden – sich nicht nur als Chancen darstellenden – Nutzungsmöglichkeiten ergab. Zur „Nutzung“ des Anstaurechts gehörte aber (nur) der Gebrauch dieses Rechts, die Abflußverhältnisse zum Betrieb einer Mühle zu regulieren. Nicht gehörten dazu Einkünfte oder Einkunfts-möglichkeiten, die sich für den Inhaber des Rechts nur daraus ergaben, daß er die Ausübung des Staurechts – gegen Entgelt – unterließ. Derartige Geldzahlungen, die zum Hintergrund hatten, daß die Landwirte in der Umgebung die Beeinträchtigung der Abflußverhältnisse ihrer Ländereien durch das Anstauen der H. vermeiden wollten, gehörten nicht zur „Substanz“ des Staurechts. Es handelte sich um Gegenleistungen aus ganz besonderen persönlichen Interessen der Betroffenen, also gerade nicht um solche Gegenleistungen, die „jedermann“ für das Staurecht als Vermögenswert zu zahlen bereit war.

Ausgehend hiervon erweist sich der Standpunkt der Tatsacheninstanzen, als „Nutzung“ des alten Staurechts sei der Vermögensvorteil zu bewerten, den der Rechtsvorgänger der

Kläger dadurch erlangt hat, daß ihm für die Nichtausübung ein Darlehen in Höhe von 120 000 DM zinslos zur Verfügung gestellt wurde, als nicht richtig. Da andererseits die Kläger sich eine Entschädigung im Sinne eines Ausgleichs für entgangene (positive) Nutzung des Staurechts selbst nicht ausrechnen (wie sich insbesondere aus dem von ihnen vorgelegten Gutachten ergibt), haben sie jedenfalls keine höhere Entschädigung zu beanspruchen als den Betrag, der ihnen bereits zugesprochen worden ist.

2. Von einer weiteren Begründung wird abgesehen (§ 544 Abs. 4 Satz 2 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 13, 14 BGB; § 1031 ZPO
Unternehmer; Verbraucher; Existenzgründer;
Freiberufler**

Unternehmer- (§ 14 BGB) und nicht Verbraucherhandeln (§ 1031 Abs. 5 Satz 1 ZPO i.V.m. § 13 BGB) liegt schon dann vor, wenn das betreffende Geschäft im Zuge der Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit (sogenannte Existenzgründung) geschlossen wird.

(BGH, Beschluss vom 24. 2. 2005 – III ZB 36/04)

Zum Sachverhalt: Die Antragstellerin war angestellte Ärztin an einem Krankenhaus. Sie wollte sich als Fachärztin für Frauenheilkunde und Geburtshilfe selbständig machen. Zu diesem Zweck erwarb sie am 23. April 2002 einen Praxisanteil von Dr. K., der zusammen mit dem Antragsgegner eine Gemeinschaftspraxis betrieb. Ferner schloß sie am 29. Mai 2002 einen Gemeinschaftspraxisvertrag mit dem Antragsgegner. Die Antragstellerin war damals – bis zum 30. Juni 2002 – noch angestellte Assistenzärztin; sie wurde zum 1. Juli 2002 als Vertragsärztin zugelassen.

Im Juni 2003 kündigte der Antragsgegner den mit der Antragstellerin bestehenden Gemeinschaftspraxisvertrag und verlangte die Zahlung einer Abfindung. Die Antragstellerin war dazu nicht bereit. Der Antragsgegner leitete wegen dieser Streitigkeit ein Schiedsverfahren ein. Er stützt sich auf § 29 des Gemeinschaftspraxisvertrages, wonach alle Streitigkeiten aus dem Vertrag unter Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges von einem Schiedsgericht entschieden werden. Die Antragstellerin hält das Schiedsverfahren für unzulässig. Die Schiedsklausel im Gemeinschaftspraxisvertrag sei unwirksam. Sie, die Antragstellerin, sei bei Abschluß des Gemeinschaftspraxisvertrages Verbraucherin gewesen. Der Schiedsvertrag habe deshalb nicht – wie hier – in einer Klausel in einem Vertrag, sondern in einer besonderen, von den Parteien eigenhändig unterzeichneten Urkunde, die nur sich auf das schiedsrichterliche Verfahren bezogene Vereinbarungen habe enthalten dürfen, getroffen werden können.

Die Antragstellerin hat beantragt festzustellen, daß das von dem Antragsgegner nach § 29 des Gemeinschaftspraxisvertrages eingeleitete Schiedsverfahren unzulässig ist. Das Oberlandesgericht [Düsseldorf, 26. ZS] hat diesen Antrag zurückgewiesen und – auf Antrag des Antragsgegners – festgestellt, daß die zwischen den Parteien mit Gemeinschaftspraxisvertrag vom 29. Mai 2002 unter § 29 vereinbarte Schiedsklausel wirksam ist. Mit der Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragstellerin ihren Antrag weiter.

Aus den Gründen: II. 1. Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 1065 Abs. 1 Satz 1, § 1062 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist auch im übrigen zulässig. Denn die Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung (§ 574 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).

2. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Das Oberlandesgericht (veröffentlicht in NJW 2004, 3192) hat ohne Rechtsfehler die Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens festgestellt (§ 1032 Abs. 2 ZPO). Die Parteien haben in § 29 des – beiderseits unterzeichneten, schriftlichen – Gemeinschaftspraxisvertrages vom 29. Mai 2002 eine formwirksame Schiedsvereinbarung in Gestalt einer Schiedsklausel getroffen (§ 1029 Abs. 1, 2 Fall 2, § 1031 Abs. 1 Fall 1 ZPO). Die bei Beteiligung eines Verbrauchers geltenden strengeren Formvorschriften (vgl. § 1031 Abs. 5 ZPO) – die hier unstreitig nicht erfüllt sind – greifen nicht Platz. Denn die Antragstellerin war bei Abschluß des Gemeinschaftspraxisvertrages nicht Verbraucher im Sinne des § 1031 Abs. 5 Satz 1 ZPO; für den Antragsgegner ist dies ohnehin außer Streit.

a) Verbraucher im Sinne des § 1031 Abs. 5 Satz 1 ZPO (geltender Fassung) i.V.m. § 13 BGB ist eine natürliche Person, die bei dem Geschäft, das Gegenstand der Streitigkeit ist, zu einem Zweck handelt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. So lautete auch die ursprünglich in § 1031 Abs. 5 Satz 3 ZPO – in der Neufassung durch das am 1. Januar 1998 in Kraft getretene Gesetz zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts (Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz) vom 22. Dezember 1997 (BGBl. I S. 3224) – bestimmte Legaldefinition. Der Wortlaut ging auf einen Vorschlag des Bundesrates zurück, der sich seinerseits an dem Verbraucherbegriff des Art. 2 lit. b der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABIEG Nr. L 95 vom 21. April 1993 S. 29: „Verbraucher: Eine natürliche Person, die bei Verträgen, die unter diese Richtlinie fallen, zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“) orientierte (vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts BT-Drucks. 13/5274 S. 73 <Stellungnahme des Bundesrates> und S. 76 <Gegenäußerung der Bundesregierung>).

§ 1031 Abs. 5 Satz 3 ZPO in der Fassung des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes wurde zwar durch Art. 9 Nr. 7 des Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro vom 27. Juni 2000 (BGBl. I S. 897) mit Wirkung vom 30. Juni 2000 aufgehoben. Die Vorschrift wurde zugunsten der durch dieses Gesetz (Art. 2 Abs. 1 Nr. 1) neu in das BGB eingefügten Verbraucherdefinition (§ 13 BGB), die grundsätzlich Gültigkeit für das gesamte Zivil- und Zivilverfahrensrecht haben sollte (vgl. Schmidt-Räntsch in Bamberger/Roth, BGB 2003 § 13 Rn. 12), aufgegeben (vgl. Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro BT-Drucks. 14/2658 S. 29, 47 f <zu § 361 a BGB-E>; Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem vorgenannten Gesetzentwurf BT-Drucks. 14/3195 S. 27 f, 37). Inhaltliche Änderungen sollten sich dadurch aber nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers nicht ergeben (vgl. BT-Drucks. 14/3195 S. 37).

b) Unternehmer- (§ 14 BGB) und nicht Verbraucherhandeln (§ 1031 Abs. 5 Satz 1 ZPO i.V.m. § 13 BGB) liegt schon dann vor, wenn das Geschäft, das Gegenstand der Streitigkeit ist, im Zuge der Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit (sogenannte Existenzgründung) geschlossen wird (h.M.: OLG Rostock OLGR 2003, 505, 506 ff. <zu § 13 BGB, §§ 24, 24a AGBG> [= GuT 2003, 191 KL]; OLG Oldenburg NJW-RR 2002, 641 f. <zu § 24 AGBG und zu der oben genannten Richtlinie 93/13/EWG>; s. auch BGH, Urteil vom 4. Mai 1994 – XII ZR 24/93 – NJW 1994, 2759 f. <zu § 6 Nr. 1 Alt. 1 HWiG>; Staudinger/Weick, BGB Neubearb. 2004 § 13 Rn. 55 ff. <60>; Soergel/Pfeiffer, BGB 13. Aufl. 2002 § 13 Rn. 35; Erman/Saenger, BGB 11. Aufl. 2004 § 13

Rn.16 und § 14 Rn.14; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz 9. Aufl. 2001 § 24a Rn. 25; in diesem Sinne auch MünchKommZPO/Münch 2. Aufl. 2001 § 1031 Rn. 23; a.A. OLG Koblenz NJW 1987, 74 <zu § 24 AGBG>; OLG Nürnberg OLGR 2003, 335 f. <zu § 13 BGB, § 24a AGBG>; s. auch OLG München NJW-RR 2004, 913, 914 <zu § 312c Abs.1 Satz 1 Nr.1 BGB>; Münch-KommBGB/Micklitz 4. Aufl. 2001 § 13 Rn. 38 ff. und § 14 Rn. 22; Palandt/Heinrichs, BGB 64. Aufl. 2005 § 13 Rn. 3; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz 4. Aufl. 1999 Art. 2 RiLi Rn. 7).

aa) Nach dem Wortlaut der Verbraucherdefinition des § 13 BGB (i.V.m. § 1031 Abs.5 Satz 1 ZPO) ist die – objektiv zu bestimmende – Zweckrichtung des Verhaltens entscheidend. Das Gesetz stellt nicht auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein geschäftlicher Erfahrung, etwa aufgrund einer bereits ausgeübten gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit, ab (vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai 1994 a. a. O. S. 2760; OLG Rostock a. a. O. S. 506 f.; abweichend OLG Koblenz a. a. O.). Es kommt vielmehr darauf an, ob das Verhalten der Sache nach dem privaten – dann Verbraucherhandeln – oder dem gewerblich-beruflichen Bereich – dann Unternehmertum – zuzuordnen ist (vgl. Schmidt-Räntsch in Bamberger/Roth a. a. O. § 13 Rn. 9 und § 14 Rn. 10). Rechtsgeschäfte im Zuge einer Existenzgründung, z. B. die Miete von Geschäftsräumen, der Abschluß eines Franchisevertrags oder der Kauf eines Anteils an einer freiberuflichen Gemeinschaftspraxis, wie er hier vorlag, sind nach den objektiven Umständen klar auf unternehmerisches Handeln ausgerichtet.

bb) Es besteht ferner kein Anlaß, demjenigen Verbraucherschutz zu gewähren, der sich für eine bestimmte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit entschieden hat und diese vorbereitende oder unmittelbar eröffnende Geschäfte abschließt. Denn er begibt sich damit in den unternehmerischen Geschäftsverkehr. Ein Existenzgründer agiert nicht mehr „von seiner Rolle als Verbraucher her“ (so aber MünchKommBGB/Micklitz a. a. O. § 13 Rn. 41). Er gibt dem Rechtsverkehr zu erkennen, daß er sich nunmehr dem Recht für Unternehmer unterwerfen und dieses seinerseits auch in Anspruch nehmen will (vgl. Staudinger/Weick a. a. O. Rn. 60; OLG Oldenburg a. a. O. S. 642).

cc) § 507 BGB bestimmt, daß die Vorschriften über Verbraucherdarlehen usw. auch für entsprechende Geschäfte zum Zweck der Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit gelten, allerdings nur bis zur Höhe von 50 000 €. Damit werden die Existenzgründer in dieser Beziehung und innerhalb dieser Begrenzung Verbrauchern gleichgestellt. Daraus ergibt sich im Umkehrschluß, daß der Gesetzgeber den Existenzgründer grundsätzlich nicht als Verbraucher ansieht (vgl. Soergel/Pfeiffer a. a. O. § 13 Rn. 35 unter Hinweis auf die Materialien zur Schuldrechtsreform 2001 BT-Drucks. 14/6857 S. 32 f. <Stellungnahme des Bundesrats> und 64 f. <Gegenäußerung der Bundesregierung>; Erman/Saenger a. a. O. § 13 Rn. 16 und § 14 Rn. 14; OLG Rostock a. a. O. S. 507 f.; s. auch BGHZ 128, 156, 163 <zu § 1 Abs. 1 VerbrKrG einerseits, § 6 Nr. 1 Alt. 1 HWiG andererseits>; AnwKomm-BGB-Reiff, 2001 § 507 Rn. 1 f.; a.A. Palandt/Heinrichs a. a. O.; vgl. zudem Staudinger/Weick a. a. O. Rn. 59).

dd) Die Auffassung, daß Existenzgründer nicht Verbraucher im Sinne des § 1031 Abs. 5 Satz 1 ZPO sind, steht schließlich in Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zu vergleichbaren europarechtlichen Vorschriften. Dieser hat entschieden, daß die Art. 13 Abs. 1 und 14 Abs. 1 des Übereinkommens vom 27. September 1968 (BGBl. 1972 II S. 773) über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ) in der Fassung des Übereinkommens vom 9. Oktober 1978 (BGBl. 1983 II S. 802) dahin auszulegen sind, daß ein Kläger, der einen Vertrag zum Zweck der Ausübung einer nicht gegenwärtigen, son-

dern zukünftigen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit geschlossen hat, nicht als Verbraucher angesehen werden kann (Urteil vom 3. Juli 1997 – C 269/95 Benincasa/Dentalkrit Srl. – JZ 1998, 896, 897 m. Anm. Mankowski). Das europarechtliche Verständnis des Verbraucherbegriffs kann für die Auslegung des § 1031 Abs. 5 Satz 1 ZPO herangezogen werden, weil diese Bestimmung – wie schon dargelegt – eine gemeinschaftsrechtliche Vorschrift zum Vorbild hatte (vgl. Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit 6. Aufl. 2000 Kap. 5 Rn. 16; s. auch OLG Rostock a. a. O. S. 506 f. und OLG Oldenburg a. a. O. S. 641).

c) Die Antragstellerin war Existenzgründerin im vorbeschriebenen Sinn. Mit Vertrag vom 23. April 2002 hatte sie den „Praxisanteil“ von Dr. K., des früheren Sozius des Antragsgegners, erworben und sich damit entschieden, selbständig tätig zu sein. Der dann mit dem Antragsgegner geschlossene Gemeinschaftspraxisvertrag vom 29. Mai 2002 eröffnete der Antragstellerin die bald darauf begonnene freiberufliche – und damit unternehmerische (§ 14 BGB) – Tätigkeit als Ärztin. Sie kann daher bereits bei Abschluß dieses Vertrags nicht mehr als Verbraucherin angesehen werden; die Schiedsklausel in § 29 des Gemeinschaftspraxisvertrags unterlag nicht den verbrauchererschützenden Formerfordernissen des § 1031 Abs. 5 ZPO.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Anm. d. Red.: Vgl. OLG Düsseldorf GuT 2005, 53.

§ 193 BGB

Kündigungszugang innerhalb von Kündigungsfristen

§ 193 BGB ist auf Kündigungsfristen weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar (Fortführung von BGHZ 59, 265).

(BGH, Urteil vom 17. 2. 2005 – III ZR 172/04)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in Wohnungswirtschaft und Mietrecht (WuM) 2005, 247.

§ 254 BGB

Mietausfallschaden; entgangene Abschreibungsvorteile; verspätete Gebäudfertigstellung

Der Besteller ist nicht gehalten, eine von ihm genutzte Wochenend- und Ferienwohnung zum Zweck der Schadensminderung zu vermieten, wenn der Unternehmer mit der Erstellung einer weiteren Wochenend- und Ferienwohnung in Verzug gerät.

(BGH, Urteil vom 27. 1. 2005 – VII ZR 276/03)

Zum Sachverhalt: Die Kläger fordern Schadensersatz wegen verzögerter Fertigstellung einer Eigentumswohnung.

Den Klägern, die in L. wohnen, gehört in der S.-Straße in P. eine Eigentumswohnung, die sie als Wochenend- und Ferienwohnung nutzen. Sie schlossen im September 1997 mit dem Beklagten einen Vertrag über den Erwerb einer noch fertigzustellenden Eigentumswohnung in P. in der H.-Straße. Der Beklagte verpflichtete sich, diese Wohnung bis zum 23. Dezember 1997 bezugsfertig zu übergeben. Nach dem Vortrag der Kläger wollten sie diese Wohnung als neue Wochenend- und Ferienwohnung in P. nutzen und ihre Wohnung in der S.-Straße ab Januar 1998 für 800 DM monatlich vermieten. Zu einem Umzug der Kläger kam es in der Folgezeit aus zwischen den Parteien streitigen Gründen nicht.

Die Kläger haben Schadensersatz wegen verzögerter Fertigstellung in Höhe von 17 600 DM geltend gemacht, und zwar 8000 DM als entgangene Eigenheimzulage für das Jahr 1997 und 9600 DM als Mietausfall für das Jahr 1998. Hilfsweise

haben sie weitere 8000 DM als entgangene Eigenheimzulage für das Jahr 1998, Finanzierungskosten für den Erwerb der neuen Wohnung sowie je 4567,27 DM für die Jahre 1997 und 1998 wegen entgangener steuerlicher Abschreibungsvorteile für die Wohnung in der S.-Straße gefordert. Der Beklagte hat widerklagend Erstattung von Sachverständigenkosten verlangt. Klage und Widerklage sind in beiden Instanzen [LG/OLG Koblenz] erfolglos geblieben. Das Berufungsgericht hat die Revision mit der Begründung zugelassen, die Sache werfe Fragen aus dem Bereich des Schadensersatzrechts auf, die über den Fall hinausreichende Bedeutung hätten. Die Kläger haben Revision eingelegt, mit der sie ihr Klagebegehren wegen Mietausfalls und des Verlustes steuerlicher Abschreibungsmöglichkeiten weiterverfolgen.

Aus den Gründen: Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur teilweisen Aufhebung des angefochtenen Urteils und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Die Beurteilung des Schuldverhältnisses richtet sich nach dem bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Recht (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I. Das Berufungsgericht führt aus, die Kläger könnten dem Grunde nach von dem Beklagten Schadensersatz nach § 286 BGB wegen nicht fristgerechter Fertigstellung der Wohnung in der H.-Straße verlangen. Die Wohnung sei jedenfalls bis Ende 1998 nicht bezugsfertig gewesen.

Ein ersatzfähiger Schaden sei den Klägern allerdings nicht entstanden. Sie hätten keinen Anspruch auf Ersatz entgangener Eigenheimzulage, da sie die staatliche Förderung in den Jahren 1997 und 1998 für die Wohnung in der S.-Straße erhalten hätten.

Des weiteren stehe ihnen kein Anspruch auf Ersatz wegen entgangener Miete und entgangener Abschreibungsmöglichkeiten hinsichtlich der Wohnung in der S.-Straße zu. Insoweit fehle es an dem erforderlichen Zurechnungszusammenhang. Diese Schadenspositionen beruhten in erster Linie auf der eigenverantwortlichen Entscheidung der Kläger hinsichtlich ihrer Lebensgestaltung und der Nutzung der Wohnung in der S.-Straße. Diese Wohnung sei nicht die Hauptwohnung der Kläger, sondern nur eine zu Wochenend- oder Ferienaufenthalten genutzte Zweitwohnung, auf die sie vorübergehend hätten verzichten können. Es sei ihre eigene Entscheidung gewesen, in P. am Wochenende eine eigene Wohnung zu nutzen und dafür auf erzielbare Einkünfte sowie auf steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten zu verzichten. Schließlich sei der Anspruch unter dem Gesichtspunkt eines vorübergehenden Ausfalls der Nutzungsmöglichkeit der erst noch fertigzustellenden Wohnung in der H.-Straße nicht begründet. Darin liege kein ersatzfähiger Vermögensschaden.

II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten hinsichtlich des Mietausfalls und der entgangenen Abschreibungsmöglichkeiten einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO nicht hinreichend dargelegt. Nicht jeder vermeintlich über den Sachverhalt hinausgehenden Frage kommt als Rechtssache grundsätzliche Bedeutung zu. Der Senat ist jedoch an die Zulassung gebunden, § 543 Abs. 2 Satz 2 ZPO.

2. Das Klagebegehren ist entgegen der Rüge in der Revisionserwiderung hinreichend bestimmt. Die Kläger haben in ihrer Berufungsbegründung und mit nachgelassenem Schriftsatz vom 28. Juni 2003 die Reihenfolge ihrer einzelnen Schadenspositionen aufgeführt. In ihrer Revisionsbegründung haben sie dargelegt, den ursprünglich in erster Linie geforderten Schaden wegen Verlustes der Eigenheimzulage nicht weiter geltend zu machen. Sie wenden sich allein gegen die Ab-

weisung der Ansprüche auf Ersatz des Mietausfalls (9600 DM) und ihres hilfswise geltend gemachten Anspruchs auf Ersatz entgangener Abschreibungsvorteile (insgesamt: 9134,54 DM).

3. a) Das Berufungsgericht bejaht dem Grunde nach eine Schadensersatzpflicht des Beklagten aus Verzug mit der Übergabe der Wohnung in der H.-Straße nach § 286 BGB. Das läßt Rechtsfehler nicht erkennen.

b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts scheitern die Ansprüche der Kläger nicht an einem fehlenden Zurechnungszusammenhang. Bei rechtzeitiger Fertigstellung der Wohnung in der H.-Straße hätten die Kläger nach ihrem Vortrag, von dem in der Revision auszugehen ist, die Wohnung in der S.-Straße ab Januar 1998 für monatlich 800 DM und damit für 9600 DM jährlich vermieten können. Ferner hätten sie für die Jahre 1997 und 1998 insgesamt Abschreibungsvorteile von 9134,54 DM erzielt. Damit haben die Kläger die Kausalität des Verzugs des Beklagten für die von ihnen geltend gemachten Schadenspositionen schlüssig dargelegt. Der Zurechnungszusammenhang wird nicht durch die Entscheidung der Kläger beseitigt, Ende 1997 aus der Wohnung in der S.-Straße nicht auszuziehen, um diese sofort zu vermieten, sondern mit dem Umzug bis zur Fertigstellung der Wohnung in der H.-Straße zu warten. Das Verhalten der Kläger stellt nach den bisherigen Feststellungen auch keinen Verstoß gegen ihre Schadensminderungspflicht gemäß § 254 Abs. 2 BGB dar. Die durch die Vertragsuntreue des Beklagten geschädigten Kläger waren nicht gehalten, ab Ende 1997 auf die Wochenend- und Ferienwohnung in der S.-Straße auf ungewisse Dauer zu verzichten.

Das Argument des Berufungsgerichts, der geltend gemachte Schaden sei nicht zu ersetzen, weil lediglich eine vorübergehende Gebrauchsbeeinträchtigung der von den Klägern selbst zu nutzenden Wohnung in der H.-Straße vorliege, überzeugt schon im Ansatz nicht. Die Kläger fordern keine abstrakte Nutzungsentschädigung für den vorübergehenden Ausfall des Eigengebrauchs dieser Wohnung. Sie machen vielmehr einen konkret berechneten Vermögensschaden infolge der nicht rechtzeitigen Erfüllung des Beklagten geltend.

III. Danach kann das Urteil in bezug auf den Mietausfallschaden und den Verlust steuerlicher Abschreibungsvorteile nicht bestehenbleiben. Es ist insoweit aufzuheben. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um die erforderlichen Feststellungen zur Schadenshöhe zu treffen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 133, 157, 254, 314, 535 a. F., 549 a. F., 566 a. F. BGB
Gewerbemiete; Nachmieterklausel;
Mietausfall nach fristloser Kündigung;
Schadensminderungspflicht durch Neuvermietung**

a) Zur Auslegung einer Klausel, die den Mieter berechtigt, die Rechte und Pflichten aus einem langfristigen Mietvertrag auf einen Nachmieter zu übertragen, und zu den sich daraus ergebenden Voraussetzungen eines Mieterwechsels.

b) Zur Beweislast für eine Verletzung der Pflicht des Vermieters, den Kündigungsschaden (hier: Mietausfall) abzuwenden oder zu mindern.

(BGH, Urteil vom 16. 2. 2005 – XII ZR 162/01)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten im Umfang der Annahme der Revision noch über Mietzins und Nutzungsentschädigung (jeweils einschließlich Mehrwertsteuer) für die Monate Januar bis Juni 1998 sowie Mietausfallentschädigung (ohne Mehrwertsteuer) für die Zeit vom 1. Juli 1998 bis 15.

März 1999. Hinsichtlich der geltend gemachten Nebenkosten sowie der Mehrwertsteuer auf die Mietausfallentschädigung hat der Senat die Revision der Klägerin nicht angenommen.

Mit schriftlichem Vertrag vom 23. Februar/3. März 1994 vermietete die Klägerin dem Beklagten als Inhaber der Firma B. und W. R. gewerbliche Lager- und Arbeitsflächen für die Zeit bis zum 31. März 2000 gegen ein monatliches, zum 15. eines jeden Monats im Voraus zu zahlendes Entgelt von 16 234,40 DM Mietzins + 1440 DM Heiz- und Warmwasserkostenvorauszahlung, jeweils zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer.

Im November 1996 erklärte sich die Klägerin auf Bitten des Beklagten mit der Zahlung einer auf 13 789,65 DM reduzierten Nettomiete einverstanden. Nur diesen Betrag zuzüglich 15% (ab April 1998: 16%) Mehrwertsteuer macht die Klägerin als Mietzins geltend, nachdem der Beklagte ab Januar 1998 keine Zahlungen mehr leistete.

§ 7 des Mietvertrages lautet:

„Der Mieter ist berechtigt, die Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag auf einen Nachmieter zu übertragen, sofern in der Person oder in dem Geschäftszweck des Nachmieters kein wichtiger Grund zur Ablehnung vorliegt.“

Nach § 10 bedürfen Änderungen des Vertrages der Schriftform.

Mit Schreiben vom 12. September 1997 erklärte der Beklagte, der zugleich Geschäftsführer der B. B. und M. GmbH (nachfolgend: B. GmbH) ist, er „beabsichtige“, die Rechte und Pflichten gemäß § 7 des Mietvertrages mit Wirkung zum 1. Oktober 1997 auf die B. GmbH zu übertragen. Darauf antwortete die Klägerin mit Schreiben vom 15. September 1997, sie habe die „gewünschte Änderung per 01.10.1997 vorge-merkt“.

Ab Januar 1998 erbrachten weder der Beklagte noch die B. GmbH Mietzahlungen. Mit Schreiben vom 11. Mai 1998 erklärte die Klägerin daher sowohl dem Beklagten als auch der B. GmbH gegenüber die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzuges. Diese Schreiben gingen ihnen am 13. Mai 1998 zu. Das Mietobjekt wurde im Juni 1998 geräumt. Die Klägerin vermietete es ab 16. März 1999 zu einem geringeren Mietzins weiter.

Das Landgericht Berlin wies die auf Zahlung von 127 408,05 DM für die Monate Januar bis Juli 1998 gerichtete Klage mit der Begründung ab, der Beklagte sei nicht passiv legitimiert. Gemäß § 7 des Mietvertrages seien er ab 1. Oktober 1997 als Mieter ausgeschieden und die B. GmbH als neue Mieterin in den Mietvertrag eingetreten.

Das Oberlandesgericht wies die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin, mit der sie zugleich ihre Klage um den Zeitraum bis 15. März 1999 auf insgesamt 255 705,79 DM nebst Zinsen erweiterte, zurück.

Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin, die der Senat hinsichtlich eines Teilbetrages von 212 774,30 DM nebst Zinsen angenommen hat.

Aus den Gründen: Die Revision hat im Umfang der Annahme Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und – unter Teilabänderung des landgerichtlichen Urteils – zur Verurteilung der Beklagten, soweit die Klägerin Mietzins (bzw. ab 13. Mai 1998 Nutzungsentuschädigung) für Januar bis Juni 1998 sowie Mietausfallentschädigung für die Zeit vom 1. Juli 1998 bis 15. März 1999 – ohne Mehrwertsteuer – verlangt.

I. Das Berufungsgericht folgt der Auffassung des Landgerichts, der Beklagte sei ab 1. Oktober 1997 nicht mehr Mieter der Klägerin gewesen. An seiner Stelle sei die B. GmbH in das Mietverhältnis eingetreten. Dies ergebe sich aus den Schreiben des Beklagten vom 12. September 1997 und der Klägerin vom 15. September 1997. Danach hätten alle Rechte und Pflichten gemäß § 7 des Mietvertrages auf die B. GmbH übertragen werden sollen, was nichts anderes bedeuten könne, als daß der Beklagte aus dem Mietverhältnis ausscheiden und die B. GmbH in dieses eintreten sollte.

Ferner verneint das Berufungsgericht die Voraussetzungen einer Anfechtung der Vereinbarung über den Mieterwechsel wegen arglistiger Täuschung, einer Durchgriffshaftung des Beklagten aus § 826 BGB sowie eines Schadensersatzanspruchs gegen den Beklagten wegen verspäteter Konkursanmeldung. Der Beklagte sei nicht verpflichtet gewesen, der Klägerin die Vermögenslage der B. GmbH ungefragt zu offenbaren. Die von der Klägerin behauptete Kapitalunterdeckung dieser GmbH reiche für eine Durchgriffshaftung nicht aus. Eine verspätete Konkursantragstellung habe die Klägerin angesichts des Umstandes, daß die B. GmbH noch bis Ende 1997 Mietzins gezahlt habe, nicht dargelegt.

II. Soweit das Berufungsgericht vertragliche Ansprüche gegen den Beklagten verneint, weil dieser zum 1. Oktober 1997 aus dem Mietvertrag ausgeschieden sei, hält dies den Angriffen der Revision nicht stand. Auf die weiteren Ausführungen zur Durchgriffshaftung und zu Schadensersatzansprüchen der Klägerin kommt es nicht an, weil die Klägerin mehr, als ihr bereits aus dem Mietvertrag zusteht, auch unter diesen Gesichtspunkten nicht verlangen kann.

1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der Beklagte auch über den 1. Oktober 1997 hinaus Mieter der Beklagten geblieben.

a) Das Berufungsgericht sieht einen vereinbarten Mieterwechsel in den Erklärungen der Parteien in ihrem Schriftwechsel vom 12./15. September 1997. Es hat diese Erklärungen indes nicht ausgelegt, sondern deren Auslegungsfähigkeit verneint, indem es die wechselseitigen Erklärungen ausdrücklich als eindeutig bezeichnet und gemeint hat, deutlicher habe der vereinbarte Eintritt der B. GmbH nicht formuliert werden können.

Ob dies zutrifft, ist eine Rechtsfrage, die der uneingeschränkten Prüfung des Revisionsgerichts unterliegt (vgl. BGHZ 32, 60, 63). Die Prüfung ergibt, daß die vom Berufungsgericht angenommene Eindeutigkeit nicht besteht, so daß die Erklärungen der Parteien vom Revisionsgericht selbst auszulegen sind.

b) Mit Schreiben vom 12. September 1997 erklärte der Beklagte, der zugleich Geschäftsführer der B. GmbH ist, er „beabsichtige“, die Rechte und Pflichten gemäß § 7 des Mietvertrages mit Wirkung zum 1. Oktober 1997 auf die B. GmbH zu übertragen. Seine nachfolgende Bitte, die Klägerin möge sich „in dieser Sache ... erklären“, ist daher nicht als Aufforderung zu verstehen, eine bereits erfolgte Übertragung der Rechte und Pflichten auf die B. GmbH zu genehmigen.

Vor diesem Hintergrund konnte und mußte die Klägerin die Mitteilung, daß der Beklagte eine solche Übertragung beabsichtige, als bloße Ankündigung verstehen, verbunden mit der Bitte, vorab zu bestätigen, daß aus der Sicht der Klägerin keine Bedenken hiergegen bestanden. Dies legt die weitere Aus-

Prewest Versandantiquariat

Unsere Kataloge im Netz unter www.zvab.com

Pfad: Antiquariate–Antiquariatsname→Prewest

Telefax: 02 28 / 47 09 54,

e-mail: antiquariat@prewest.de

legung nahe, daß der Beklagte erst die Reaktion der Klägerin abwarten wollte, ehe er sein Vorhaben verwirklichte. Dafür spricht auch seine Bitte, sich bis zum 22. September 1997 zu erklären, also bis zu einem Zeitpunkt, in dem die beabsichtigte Übertragung zum 1. Oktober 1997 noch ohne Zeitnot vorgenommen werden konnte.

Dem entspricht das Antwortschreiben der Klägerin vom 15. September 1997, in dem sie mitteilte, die „gewünschte Änderung per 01.10.1997 vorgemerkt“ zu haben. Dem ist zu entnehmen, daß die Klägerin vorab ihr Einverständnis mit der bislang nur beabsichtigten Änderung erklärte – sofern diese auch wirklich vorgenommen wurde. War dies der Fall, erweist sich der nachfolgende Satz, daß sämtliche Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Mietvertrag „mithin“ zum genannten Termin auf die B. GmbH übergehen, als Klarstellung der Rechtsfolgen, die unter der Voraussetzung eintreten, daß die beabsichtigte Übertragung auch tatsächlich stattfindet. Denn um eine Bestätigung einer bereits eingetretenen Rechtsfolge kann es sich schon deshalb nicht handeln, weil diese Aussage auf einen künftigen Termin, nämlich den 1. Oktober 1997, bezogen ist und trotz Verwendung der Gegenwartsform („gehen ... über“) als Aussage in der Zukunftsform „werden... übergehen“ zu lesen ist.

Dies gilt um so mehr, als der Beklagte zu keinem Zeitpunkt vorgetragen hat, seine Absicht dadurch verwirklicht zu haben, daß er eine entsprechende Vereinbarung mit der B. GmbH traf.

Selbst wenn der Umstand, daß die B. GmbH in der Folgezeit die Mieträume nutzte und den Mietzins an die Klägerin zahlte, als konkludente Zustimmung zu ihrem vom Beklagten beabsichtigten Eintritt in den Mietvertrag anzusehen wäre, hätte dies nicht dazu geführt, daß der Beklagte von der Haftung für die Ansprüche der Klägerin aus dem Mietvertrag frei wurde.

Dies folgt aus der Auslegung des § 7 des Mietvertrages, die der Senat selbst vornehmen kann, weil das Berufungsgericht sie nicht vorgenommen hat. Das Berufungsgericht legt diese Klausel zwar insoweit aus, als es ausführt, die Übertragung der Rechte und Pflichten auf einen Nachmieter könne nichts anderes heißen, als daß der Beklagte aus dem Mietverhältnis ausscheiden und der Nachmieter eintreten solle. Diese Auslegung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Es bedarf jedoch einer ergänzenden Auslegung, zu der sich das Berufungsgericht nicht veranlaßt gesehen hat.

Der Interessenlage der Parteien, insbesondere der Klägerin, entsprach ein Mieterwechsel nämlich nur, wenn sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag auf den Nachmieter übergangen, mithin auch die Bindung an die feste Mietzeit bis zum 31. März 2000. Dies wiederum setzte voraus, daß der Beklagte mit dem Nachmieter eine Mieteintrittsvereinbarung traf, die der Schriftform des § 566 BGB a. F. genügte, weil andernfalls nur ein Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit zwischen der Vermieterin und dem Nachmieter zustande gekommen wäre. Ein solches wäre mit dem ursprünglichen nicht mehr inhaltsgleich und von § 7 des Mietvertrages, der dem Mieter nur das Recht einräumt, einen Mieterwechsel herbeizuführen, nicht mehr gedeckt.

Eine dem Schriftformerfordernis des § 566 BGB a. F. genügende Mieteintrittsvereinbarung zwischen dem Beklagten und der B. GmbH ist jedoch nicht vorgetragen noch sonst ersichtlich. Hierfür wäre zumindest erforderlich gewesen, daß der Beklagte oder die B. GmbH deren Eintritt in die Mieterstellung durch eine Urkunde belegen kann, die ausdrücklich auf den Ursprungsmietvertrag Bezug nimmt (vgl. Senatsbeschuß vom 17. September 1997 – XII ZR 296/95 – NZM 1998, 29). Die vertragliche Auswechslung des Mieters muß darin zur Wahrung der Schriftform dergestalt beurkundet sein, daß sich die vertragliche Stellung des neuen Mieters im Zusammenhang mit dem zwischen dem vorherigen Mieter und

dem Vermieter geschlossenen Mietvertrag ergibt (vgl. Senatsbeschuß vom 30. Januar 2002 – XII ZR 106/99 – NZM 2002, 291; Gerber/Eckert Gewerbliches Miet- und Pachtrecht 5. Aufl. Rdn. 65 f.). Daran fehlt es hier.

2. Der Senat kann – da insoweit die Feststellungen des Berufungsgerichts ausreichend sind und erheblicher Parteivortrag nicht mehr zu erwarten ist – in der Sache selbst entscheiden und der Klage insoweit stattgeben.

a) Hinsichtlich der geschuldeten Miete und des Nutzungsausfalls errechnet sich die Verurteilung des Beklagten unter Berücksichtigung der ab 1. April 1998 von 15% auf 16% angestiegenen Umsatzsteuer (§ 12 Abs. 1 UStG), ausgehend von einer Grundmiete von 13 789,65 DM, wie folgt:

Januar bis März 1998 (13 789,65 DM + 15% MWSt =) 15 858,10 DM × 3 = 47 574,30 DM

April bis Juni 1998 (13 789,65 DM + 16% MWSt =) 15 995,99 DM × 3 = 47 987,97 DM

Zusammen: 95 562,27 DM = 48 860,21 €.

Da der Mietzins nach § 3 des Mietvertrages jeweils am 15. eines Monats fällig war, sind die Monatsbeträge jeweils vom 16. eines Monats an zu verzinsen (§ 284 Abs. 2 BGB in der bis zum Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 geltenden Fassung).

b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht der Klägerin als zu ersetzender Kündigungsschaden auch der Nettobetrag des Mietzinses für die Zeit vom 1. Juli 1998 bis 15. März 1999 = 8,5 × 13 789,65 DM = 117 212,02 DM = 59 929,55 € nebst Zinsen seit Rechtshängigkeit zu.

Endet ein befristetes Mietverhältnis – wie hier – vorzeitig durch fristlose Kündigung des Mietverhältnisses aus vom Mieter zu vertretenden Gründen (hier: am 13. Mai 1998 durch fristlose Kündigung der Klägerin wegen Zahlungsverzuges), hat der Mieter dem Vermieter grundsätzlich den Schaden zu ersetzen, der die diesem in Gestalt der bis zum Ablauf der fest vereinbarten Vertragsdauer entgehenden Miete entsteht (vgl. Emmerich in Emmerich/Sonnenschein Miete 8. Aufl. § 543 Rdn. 27). Hier verlangt die Klägerin den Mietausfallschaden für die Zeit vom 1. Juli 1998 (Wegfall des Anspruchs auf Nutzungsentschädigung nach Räumung im Juni 1998) bis zur Neuvermietung am 16. März 1999.

Zwar muß der Vermieter sich nach § 254 BGB darum bemühen, den Schaden, gegebenenfalls durch anderweitige Vermietung, gering zu halten. Daraus folgt aber nicht die Verpflichtung, sofort um jeden Preis zu vermieten. Die Beweislast für einen Verstoß des Vermieters gegen seine Schadensminderungspflicht trägt der Mieter (vgl. Emmerich a. a. O. § 543 Rdn. 28).

Diese Darlegungs- und Beweislast hat das Berufungsgericht verkannt, indem es darauf abgestellt hat, die Klägerin habe nicht dargelegt, das Mietobjekt bereits frühzeitig zur Vermietung angeboten zu haben, und der Beklagte habe mit Nichtwissen bestritten, daß die Räume nicht vor März 1999 hätten vermietet werden können. Dabei hat es, wie die Revision zu Recht rügt, wesentlichen Vortrag der Klägerin übergangen.

Die Klägerin hatte nämlich vorgetragen, es sei ihr erst nach vielen Mühen gelungen, die Räumlichkeiten im Keller und im Erdgeschoß ab 16. März 1999 an zwei andere Mieter weiterzuvermieten, und auch dies nur zu einem deutlich reduzierten Mietpreis, und hierfür Zeugenbeweis angeboten. Soweit der Beklagte demgegenüber lediglich mit Nichtwissen bestritten hat, daß es der Klägerin nicht möglich gewesen sei, die Räumlichkeiten zu einem früheren Zeitpunkt weiterzuvermieten, reicht dies nicht aus, seiner Darlegungs- und Beweislast für einen Verstoß der Klägerin gegen ihre Schadensminderungspflicht zu genügen.

Der Beklagte hat damit nämlich sowohl unbestritten gelassen, daß die Klägerin sich um eine Neuvermietung bemüht hat, als auch, daß eine Miete in bisheriger Höhe nicht zu erzielen war. Soweit dem Bestreiten des Beklagten die positive Behauptung zu entnehmen ist, zu dem geringeren Mietzins hätte die Klägerin die Räumlichkeiten schon früher vermieten können, ist diese Behauptung unsubstantiiert. Der Beklagte hat weder dargelegt, weshalb die Bemühungen der Klägerin nicht ausreichend gewesen sein sollen (vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 1983 – VIII ZR 206/82 – WPM 1984, 171, 172), noch dargetan, daß für vergleichbare Mietobjekte zu dem ursprünglichen Preis, dessen Angemessenheit er nicht in Frage gestellt hat, ausreichende Nachfrage bestand.

Abgesehen davon war die Klägerin nicht verpflichtet, das Objekt sogleich zu dem verminderten Mietzins anzubieten, zu dem sie es letztlich weitervermietet hat. Auch darauf, die in verschiedenen Stockwerken gelegenen Räumlichkeiten an unterschiedliche Mieter weiterzuvermieten, brauchte sie sich erst einzulassen, wenn absehbar war, daß eine – wie zuvor – einheitliche Vermietung aussichtslos sein würde. Der Beklagte hat jedenfalls nicht dargelegt, daß die Klägerin die Überlegungszeit, die ihr zuzubilligen ist, wenn eine Vermietung zum ursprünglichen Mietzins nicht gelingt, überschritten habe. Der Ansicht des Berufungsgerichts, für eine Neuvermietung sei der Klägerin lediglich eine „Karenzzeit“ von zwei Monaten zuzubilligen, vermag der Senat nicht zu folgen. Allein aus dem Zeitraum von 8 1/2 Monaten zwischen Räumung und separater Neuvermietung zu einem geringeren Mietzins läßt sich eine Vermutung, die Klägerin habe gegen ihre Schadensminderungspflicht verstoßen, nicht herleiten.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 535 BGB

Stellplatzmiete auf dem Dauercampingplatz; Schutzbereich des Vertrags; Feuerschaden

Der Schutzbereich des Mietvertrags über einen Stellplatz auf einem Dauercampingplatz erstreckt sich auf andere Stellplatzmieter, wenn der Vertrag die Haftung des Mieters für von ihm verursachte Schäden auf dem Campingplatz bestimmt.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 16. 2. 2005 – XII ZR 216/02)

Zum Sachverhalt: Der Kläger verlangt von dem Beklagten Ersatz des Schadens, den er durch den Brand des Wohnwagens des Beklagten erlitten hat.

Die Parteien waren benachbarte Mieter von Stellplätzen auf einem Dauercampingplatz, auf denen sie jeweils ihren Wohnwagen abgestellt hatten. Am 24. April 1999 gegen 3 Uhr nachts brach in dem Wohnwagen des Beklagten Feuer aus. Der Kläger versuchte den um Hilfe rufenden Beklagten zu retten. Dabei erlitt er Verletzungen und verlor Brille und Gebiß. Darüber hinaus wurden sein Wohnwagen und andere ihm gehörende Campinggegenstände beschädigt.

Das Landgericht hat der auf Zahlung von 27 826,11 DM nebst Zinsen gerichteten Klage in Höhe von 19 735,11 DM nebst Zinsen stattgegeben. Das Oberlandesgericht Hamburg hat auf die Berufung des Beklagten das Urteil aufgehoben, soweit dem Kläger Schmerzensgeld (500 DM) zuerkannt wurde. Im übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klagabweisungsantrag weiter, soweit er zur Zahlung eines 598,34 € nebst Zinsen übersteigenden Betrages verurteilt worden ist.

Aus den Gründen: Die Revision hat keinen Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat einen Aufwendungsersatzanspruch des Klägers wegen des Verlusts von Brille und Gebiß (598,34 €) – insoweit mit der Revision nicht angegriffen – und einen Schadensersatzanspruch wegen Beschädigung seines Wohnwagens und anderer Campinggegenstände aus positiver Vertragsverletzung des Mietvertrages zwischen dem Beklagten und dem Campingplatzbetreiber bejaht. Es ist der Ansicht, dieser Mietvertrag entfalte eine Schutzwirkung zugunsten der übrigen Stellplatzmieter, also auch zugunsten des Klägers. Zwar lehne die Rechtsprechung die Einbeziehung von Mitmietern in den Schutzbereich eines Raummietvertrages ab, da ein Vermieter in der Regel für das Wohl und Wehe der Mieter nicht verantwortlich sei und deshalb auch kein erkennbares Interesse daran habe, die vertragliche Schutzwirkung auf die übrigen Mieter zu erstrecken. Das gelte jedoch nicht für Mieter auf Campingplätzen. Diese seien erheblich schutzwürdiger als Mieter von Wohnungen und anderen Räumen. Denn sie seien nicht durch Mauern voneinander räumlich getrennt und deshalb den Beeinträchtigungen durch Mitmieter stärker ausgesetzt. Deshalb sei in diesen Fällen die Verantwortung des Vermieters und damit sein Interesse an der Einbeziehung der Mitmieter in den Schutzbereich der einzelnen Verträge größer. Dieses Interesse sei für die einzelnen Mieter auch erkennbar.

Die Einbeziehung von Dritten in den Schutzbereich des Mietvertrages ergebe sich im vorliegenden Fall auch aus Abschnitt VI des zwischen dem Beklagten und dem Vermieter abgeschlossenen Mietvertrages, wonach der Mieter für alle Schäden hafte, die von ihm auf dem Campingplatz einschließlich seiner Einrichtungen verursacht würden. Diese Formulierung sei dahingehend zu verstehen, daß der Mieter nicht nur für Schäden an dem Campingplatz mit seinen Einrichtungen hafte, sondern auch für andere Schäden, die auf dem Gelände entstünden.

Zwar stehe nicht fest, ob der Brand durch eine Pflichtverletzung des Beklagten, nämlich durch einen fahrlässigen Umgang mit einer Zigarette, oder durch eine andere Ursache ausgelöst worden sei. Nach der Beweislastregel des § 282 BGB, die für die positive Forderungsverletzung analog anzuwenden sei, habe der Beklagte aber für die verursachten Vermögensschäden einzustehen, da sie seinem Verantwortungsbereich zuzurechnen seien. Denn der Wohnwagen, durch dessen Brand die Schäden verursacht worden seien, unterliege allein dem Verantwortungsbereich des Beklagten. In solchen Fällen könne aus der Schädigung auf eine Pflichtverletzung geschlossen werden, so daß der Beklagte sich entlasten müsse, um eine Haftung auszuschließen. Diesen Beweis habe er jedoch nicht geführt. Er habe infolge seiner starken Alkoholisierung keine Angaben dazu machen können, wo der Brandherd gelegen und wie sich das Feuer entwickelt habe. Er habe deshalb seine Schuldlosigkeit bezüglich der möglichen Verursachung des Brandes durch fahrlässigen Umgang mit der Zigarette nicht bewiesen.

Demgegenüber scheidet eine Haftung des Beklagten nach § 823 BGB und damit ein Anspruch des Klägers auf Zahlung von Schmerzensgeld aus, da die Beweislastregel des § 282 BGB im Deliktsrecht nicht gelte und es dem Kläger nicht ge-

Wer weiß?

Die Frage an viertausendfünfhundert Fachleute.

Geben Sie die Antworten:

in Aufsätzen, Urteilsmitteilungen,
Anmerkungen.

Unsere Adressen? Stehen im Impressum.

lungen sei, eine schuldhafte Schadensverursachung durch den Beklagten zu beweisen. Nach dem Gutachten des Brand-sachverständigen könne zwar die unstreitig vor Ausbruch des Brandes von dem stark alkoholisierten Beklagten angezündete Zigarette zu dem Feuer geführt haben. Der Sachverständige habe aber nicht ausschließen können, daß auch ein Fehler an der Elektrik, für den der Beklagte nicht verantwortlich sei, das Feuer verursacht haben könne.

II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung stand.

1. Es kann dahingestellt bleiben, ob ein Mietvertrag über einen Stellplatz auf einem Campingplatz wegen der besonderen Umstände auf einem Campingplatz generell vertragliche Schutzpflichten des Mieters zugunsten der anderen Mieter begründet. Im vorliegenden Fall ergibt sich jedenfalls ein vertraglicher Schadensersatzanspruch des Klägers gegen den Beklagten aus Abschnitt VI des zwischen dem Beklagten und dem Campingplatzbetreiber abgeschlossenen Mietvertrages.

Das Berufungsgericht ist in revisionsrechtlich nicht zu be-standender Weise davon ausgegangen, daß die in Abschnitt VI des Mietvertrages getroffene Vereinbarung, wonach der Mieter für die Schäden haftet, die auf dem Campingplatz einschließlich seiner Einrichtungen von ihm verursacht werden, eine Einbeziehung der Mitmieter und damit des Klägers in den Schutzbereich des Mietvertrages zwischen dem Beklagten und dem Campingplatzbetreiber enthält. Die Auslegung von Verträgen ist grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten. Sie kann deshalb vom Revisionsgericht grundsätzlich nur darauf überprüft werden, ob der Auslegungstoff vollständig berücksichtigt worden ist, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder ob die Auslegung auf einem im Revisionsverfahren gerügten Verfahrensfehler beruht (BGH Urteil vom 13. März 2003 – IX ZR 199/00 – NJW 2003, 2235, 2236 m.w.N. [= GuT 2003, 141]). Solche revisionsrechtlich relevanten Auslegungsfehler vermag die Revision nicht aufzuzeigen. Sie liegen auch nicht vor. Sowohl der Wortlaut als auch der Sinn und Zweck der Vereinbarung in Abschnitt VI lassen eine Auslegung dahin zu, daß der Beklagte als Mieter für alle von ihm schuldhaft verursachten Schäden an Gegenständen, die sich auf dem Campingplatz befinden, auch soweit sie nicht dem Vermieter, sondern Dritten gehören, diesen gegenüber direkt haften soll. Mit dieser Vereinbarung soll dem für den Beklagten erkennbaren Interesse des Campingplatzbetreibers und der anderen Mieter an einem störungsfreien Zusammenleben auf engem Raum Rechnung getragen werden.

2. Die Revision rügt auch ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe die Beweislastverteilung (§ 282 BGB a. F.) verkannt.

Steht nämlich fest, daß als Schadensursache nur eine solche aus dem Obhuts- und Gefahrenbereich des Schuldners in Betracht kommt, muß sich der Schuldner nicht nur hinsichtlich der subjektiven Seite, sondern auch hinsichtlich der objektiven Pflichtwidrigkeit entlasten (BGHZ 131, 95, 103; 126, 124, 127 [= WuM 1994, 466]; 27, 236).

Diesen Entlastungsbeweis hat der Beklagte nicht geführt. Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist der Brand entweder durch einen fahrlässigen Umgang des Beklagten mit der Zigarette oder durch einen Fehler in der Elektrik des Wohnwagens verursacht worden. Beide möglichen Schadensursachen liegen damit im Gefahrenbereich des Beklagten. Der Beklagte hat, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, nicht bewiesen, daß der Brand durch einen von ihm nicht zu vertretenden Fehler in der Elektrik verursacht worden ist.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 566 BGB Verzug mit der Mängelbeseitigung; Fortwirkung der Verzugslage bei Grundstückserwerb

Befindet sich der Vermieter von Wohnraum dem Mieter gegenüber mit der Beseitigung eines Mangels im Verzug, so wirkt im Fall der Grundstücksübereignung die einmal eingetretene Verzugslage nach dem Eigentumsübergang in der Person des Erwerbers fort. Tritt der Schaden in diesem Fall nach dem Eigentumsübergang ein, so richten sich die Ansprüche des Mieters nicht gegen den Grundstücksveräußerer, sondern gegen den Grundstückserwerber.

(BGH, Urteil vom 9. 2. 2005 – VIII ZR 22/04)

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Vollständige Veröffentlichung in WuM 2005, 201.

§§ 714, 709, 167 BGB Vertretung der BGB-Gesellschaft bei Vertragsabschlüssen; Mietgarantie

Ein Gesellschafter ist kraft einer konkludent erteilten Vollmacht zur Vertretung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ermächtigt, wenn der andere Gesellschafter ihm gestattet, nahezu sämtliche Verträge (hier: 95%) allein namens der Gesellschaft abzuschließen.

(BGH, Urteil vom 14. 2. 2005 – II ZR 11/03)

Zum Sachverhalt: Die Beklagte und M. R. sind paritätische Gesellschafter der inzwischen aufgelösten „Re. T. & M. R. GbR“ (nachfolgend: GbR), die sich mit der Vermittlung und Verwaltung von Wohnungen befaßte. Die Geschäftsführung der GbR nahmen beide Gesellschafter gemeinsam wahr; eine besondere Regelung über die Vertretung der Gesellschaft ist nicht getroffen worden.

Die Klägerin und die S. Beteiligungsgesellschaft B. mbH & Co. OHG (nachfolgend: Beteiligungsgesellschaft) errichteten in B. eine seit Ende des Jahres 1999 bezugsfertige größere Wohnanlage, mit deren Erstvermietung sie die GbR betrauten. Die GbR übernahm der Klägerin und der Beteiligungsgesellschaft gegenüber durch einen allein seitens des Gesellschafters R. unterzeichneten Vertrag vom 6. August 1999 eine – im Gegenzug mit 295 000,00 DM zu vergütende – Mietgarantie für einen Zeitraum von 53 Monaten. Zur Sicherung der Ansprüche aus der Mietgarantie verpflichtete sich die GbR, einen Betrag in Höhe von 105 000,00 DM auf ein von der Beteiligungsgesellschaft einzurichtendes Treuhandkonto zu zahlen.

Die von der Beteiligungsgesellschaft zur alleinigen Prozeßführung ermächtigte Klägerin hat – neben dem gesondert verklagten Gesellschafter R. – die Beklagte als Gesellschafterin der GbR aus der – unbeglichenen – Mietgarantie auf Zahlung von 53 685,65 € (105 000,00 DM) in Anspruch genommen. Das Landgericht Potsdam hat der Klage entsprochen. Im Berufungsrechtszug [OLG Brandenburg] ist die Klägerin mit ihrem – im Hinblick auf Zahlungen des Gesellschafters R. um 2229,25 € ermäßigten – Antrag abgewiesen worden. Mit ihrer von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren nunmehr nur noch auf Zahlung von 51 456,40 € gerichteten Antrag weiter.

Aus den Gründen: Die Revision ist begründet und führt nach Maßgabe des Berufungsantrags der Klägerin zur Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Bei Abschluß des Vertrages mit der Klägerin sei die GbR durch den Gesell-

schafter R. mangels Mitwirkung der Beklagten nicht wirksam vertreten worden. Eine Alleinvertretungsbefugnis des Gesellschafters R. könne nicht aus seiner Zeugenaussage, die Verträge der GbR in einem Umfang von 95% der Fälle ohne Einbeziehung der Beklagten abgeschlossen zu haben, hergeleitet werden. Diese Übung gestatte nicht den sicheren Schluß auf eine unbeschränkte Vertretungsmacht.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung nicht stand. Die Beklagte, die als Gesellschafterin für Verbindlichkeiten der GbR persönlich einzustehen hat (BGHZ 146, 341, 358 [= WuM 2001, 134]; 142, 315, 318 f. [= WuM 1999, 703]; BGH, Sen. Urt. v. 7. April 2003 – II ZR 56/02, NJW 2003, 1803; BGH, Sen. Urt. v. 24. Februar 2003 – II ZR 385/99, NJW 2003, 1445), ist der Klägerin auf der Grundlage der berufsgerichtlichen Feststellungen zur Zahlung von 51 456,40 € verpflichtet. Der Gesellschafter R. war kraft einer ihm von der Beklagten stillschweigend erteilten Vollmacht berechtigt, namens der GbR gegenüber der Klägerin und der Beteiligungsgesellschaft die Mietgarantie zu übernehmen.

1. Organschaftlicher (vgl. MünchKommBGB/Ulmer 4. Aufl. § 714 Rdn. 16) Vertreter der GbR war R. allerdings nicht. Der Umfang der Vertretungsmacht entspricht, sofern der Gesellschaftsvertrag – wie hier – keine besondere Regelung trifft, der Reichweite der Geschäftsführungsbefugnis (§§ 714, 709 BGB). Im Falle gemeinschaftlicher Geschäftsführungsbefugnis sind die Gesellschafter danach als Gesamtvertreter befugt, Verbindlichkeiten zu Lasten der Gesellschaft zu begründen.

2. Der Grundsatz der Gesamtvertretung gilt aber nicht ausnahmslos, vielmehr kann auch einer der Mitgesellschafter mit der alleinigen Vertretung der Gesellschaft betraut werden (MünchKommBGB/Ulmer a. a. O., § 714 Rdn. 22). Das muß nicht ausdrücklich, sondern kann auch in konkludenter Form (vgl. nur BGH, Urt. v. 5. November 1962 – VII ZR 65/61, LM § 167 BGB Nr. 13 Bl. 2; BGH, Urt. v. 17. Januar 1968 – VIII ZR 240/66, LM § 167 Nr. 15 Bl. 2; Soergel/Leptien, BGB 13. Aufl. § 167 Rdn. 15; RGRK/Steffen, BGB 12. Aufl. § 167 Rdn. 6; Bamberger/Roth/Habermeier, BGB 2003, § 167 Rdn. 15) geschehen und einzelne Fälle betreffen oder generell gelten. An eine derartige Bevollmächtigung sind, wenn – wie hier – der Gesellschaftsvertrag formlos geschlossen wurde, keine besonderen Anforderungen zu stellen (BGHZ 16, 394, 396 f.; MünchKommBGB/Ulmer a. a. O., § 714 Rdn. 22; Staudinger/Habermeier, BGB 2002, § 714 Rdn. 2; zur KG: Sen. Urt. v. 13. März 1972 – II ZR 164/69, WPM 1972, 615 f.; zur Bevollmächtigung eines Angestellten vgl. RG Gruchot 52, 937, 940). Das rechtsgeschäftliche Handeln für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts vollzieht sich insbesondere dann auf der Grundlage einer konkludent erteilten Vollmacht, wenn ein geschäftsführender Gesellschafter, indem er etwa seinen Wirkungskreis auf die internen Verhältnisse der Gesellschaft beschränkt, dem anderen geschäftsführenden Gesellschafter bei der Vertretung der Gesellschaft im Außenverhältnis freie Hand gewährt.

3. In Übereinstimmung mit diesen Grundsätzen hat hier die Beklagte den Gesellschafter R. stillschweigend zum Abschluß des Mietgarantievertrages bevollmächtigt.

a) Die Gesellschafter haben ihre Tätigkeitsfelder in der Weise aufgeteilt, daß die Beklagte sich vornehmlich der Bürotätigkeit gewidmet, während der Gesellschafter R. nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die geschäftlichen Kontakte hergestellt und in 95% der Fälle die Verträge für die Gesellschaft allein geschlossen hat. Obwohl ihr durch die Wahrnehmung der Büroverwaltung ohne weiteres eine Einflußnahme auf den schriftlichen Geschäftsverkehr eröffnet war, hat es die Beklagte gebilligt, daß der Gesellschafter R. nahezu sämtliche Verträge ohne ihre Gegenzeichnung namens der GbR unterschrieben hat (vgl. RGZ 100, 48 f.). Diese während der gesamten Dauer des Gesellschaftsverhältnisses prak-

tizierte einvernehmliche Arbeitsteilung rechtfertigt die Folgerung, daß die Beklagte den Gesellschafter R. stillschweigend bevollmächtigt hat, die Gesellschaft allein zu vertreten.

b) Dieser Würdigung steht – anders als das Berufungsgericht, das zu Unrecht eine organschaftliche Vertretungsregelung mit einer Vollmachterteilung neben dem Gesellschaftsvertrag gleichsetzt, meint – nicht der Umstand entgegen, daß der Gesellschafter R. „nur“ 95% der Verträge ohne Mitwirkung der Beklagten geschlossen hat. Die Mitwirkungsquote von 5% ist nicht Ausdruck einer dem Gesellschafter R. erteilten, nach Art oder Größenordnung bestimmter Verträge beschränkten Vollmacht. Die Mitwirkung der weiter vertretungsberechtigten Beklagten an einzelnen Vertragsschlüssen ist kein Beleg dafür, daß sie ihren Mitgesellschafter nicht in der beschriebenen Weise bevollmächtigt hat (vgl. BGHZ 16, 394, 397).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 21, 148 ZVG
Beschlagnahme des Untermietzins**

Die Beschlagnahme durch Anordnung der Zwangsvollstreckung erfaßt auch Forderungen aus einem Untermiet- oder Unterpachtverhältnis, wenn der Hauptmiet- oder Hauptpachtvertrag wegen Vereitelung der Gläubigerrechte nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist.

(BGH, Urteil vom 4. 2. 2005 – V ZR 294/03)

Zum Sachverhalt: Die Tochter der Klägerin, P. B., kaufte im Jahre 1992 landwirtschaftliche Nutzflächen mit Gutshaus in S./E. Am 17. März 1992 wurde sie als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen. Am 18. Mai 1994 gab sie die eidesstattliche Versicherung ab.

P. B. lebte seit 1993 mit dem Studenten U. K. zusammen, dem sie mit Mietvertrag vom 10. Dezember 1993 Wohnräume des Speicherhauses zu einem monatlichen Mietzins von 200 DM überließ. In diesem Vertrag heißt es, der Mietzins sei auf einen erbrachten Baukostenzuschuß von 100 000 DM zu verrechnen. Ferner ist in einem Anhang eine – so bezeichnete – mietweise Überlassung von landwirtschaftlichen und von Waldflächen zu einem jährlichen Mietzins von 10 000 DM vereinbart, von denen 8000 DM jährlich auf den genannten Baukostenzuschuß verrechnet werden sollten. Mit Pachtvertrag vom 1. September 1996 überließ P. B. weitere landwirtschaftliche Flächen an U. K., und zwar für zehn Jahre und zu einem jährlichen Pachtzins von 2000 DM. Der relativ niedrige Pachtzins beruhte, wie im Vertrag festgehalten wurde, auf dem bereits erwähnten Baukostenzuschuß, der in Form von Werkleistungen erbracht worden sein soll. U. K. war in beiden Miet/Pachtverträgen zur Unterverpachtung berechtigt.

U. K. verpachtete die Flächen mit Vertrag vom 1. Oktober 1996 für zehn Jahre und zu einem jährlichen Pachtzins von 18 000 DM an den Beklagten. Nach ihrer Behauptung ließ sich die Klägerin später die Ansprüche aus dem Unterpachtverhältnis mit Wirkung ab 1. April 1998 von U. K. abtreten.

Zwischenzeitlich war mit Beschluß vom 16. Februar 1998 über die unterverpachteten Flächen die Zwangsverwaltung angeordnet worden. Im Juli 1998 wurde dem Beklagten hinsichtlich der Miet- und Pachtzinsen ein Zahlungsverbot auferlegt. Nach seiner Behauptung hat er in der Folgezeit die Pachtzahlungen an den Zwangsverwalter erbracht.

Die Klägerin kündigte das Unterpachtverhältnis wegen Zahlungsverzugs. Sie verlangt Zahlung der ihrer Auffassung nach noch ausstehenden Pacht in Höhe von jetzt 46 016,27 € nebst Zinsen und Herausgabe der Pachtflächen. Das Landgericht Lüneburg hat die Klage abgewiesen. Die dieses Urteil bestätigende Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle hat

der Senat mit Urteil vom 8. November 2002 (V ZR 244/01) aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückverwiesen. Dieses hat nach Durchführung einer Beweisaufnahme die Berufung der Klägerin erneut zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt sie ihre Klageanträge weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen: I. Das Berufungsgericht geht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon aus, daß etwaige Pachtansprüche aus dem Unterpachtverhältnis infolge Abtretung der Klägerin zustanden. Es hält jedoch die Zahlungsklage wie auch die auf die Kündigung wegen Zahlungsverzugs gestützte Herausgabeklage für unbegründet, weil keine Pacht rückstände in dem hier streitigen Zeitraum bestanden hätten. Der Beklagte habe nämlich – so das Ergebnis der Beweisaufnahme – an den Zwangsverwalter gezahlt, und dieser Zahlung komme Erfüllungswirkung zu. Zwar erfasse die Beschlagnahme von Grundstücken in der Zwangsverwaltung grundsätzlich nicht Forderungen aus Untermiet- und Unterpachtverhältnissen, weil diese nicht dem Schuldner zustünden. Etwas anderes gelte aber dann, wenn das Hauptmiet- oder -pachtverhältnis nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sei, weil es allein dazu diene, die Pachtforderungen dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen. In diesem Fall sei ein Durchgriff auf die Forderungen aus dem Unterpachtverhältnis bzw. Untermietverhältnis gerechtfertigt. So liege es hier. Die Schuldnerin, P. B., sei vermögenslos gewesen. Der Pächter, U. K., sei zur Zahlung der vereinbarten Pacht von vornherein nicht in der Lage gewesen. Die Verrechnung mit einem angeblichen Baukostenzuschuß von 100 000 DM habe keinen realen Hintergrund gehabt. U. K. habe die überlassenen Flächen auch nicht bewirtschaften können und wollen. Das gesamte Vertragswerk habe daher ausschließlich dem Zweck gedient, durch die letztlich nahezu unentgeltliche Nutzung der Flächen das Objekt für einen Kaufinteressenten oder Ersteigerer uninteressant zu machen.

II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision stand.

1. Das Berufungsgericht ist in rechtsfehlerfreier Würdigung des festgestellten Sachverhalts zu dem Ergebnis gelangt, daß der Pachtvertrag zwischen P. B. und U. K. nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig ist, weil er allein den Zweck hatte, verwertbares Vermögen von P. B. dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen.

a) Allerdings ist der Revision zuzugeben, daß nicht jede rechtsgeschäftliche Vermögensdisposition des Schuldners, die den Zweck verfolgt, Gläubigerrechte zu vereiteln, die Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB erfüllt. Solche Sachverhalte werden im allgemeinen vom Institut der Gläubigeranfechtung erfaßt (§§ 1 ff. AnfG, §§ 129 ff. InsO), das die Wirksamkeit der anfechtbaren Rechtshandlung gerade voraussetzt (vgl. BGHZ 130, 314, 331). Dies verkennt das Berufungsgericht aber auch nicht, sondern fordert für die Annahme der Sittenwidrigkeit ein Mehr, nämlich, im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 130, 314, 331 m.w.N.), ein planmäßiges Zusammenarbeiten mit eingeweihten Helfern, um das wesentliche pfändbare Vermögen vor dem Zugriff von Gläubigern zu retten.

b) Die Annahme des Berufungsgerichts, daß diese Voraussetzungen hier gegeben sind, begegnet keinen rechtlichen Bedenken und wird auch von den Verfahrensrügen der Revision nicht in Frage gestellt.

Entscheidend für die Bejahung der Sittenwidrigkeit ist, daß sich P. B. in, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, desolaten Vermögensverhältnissen befand, daß sie sich Forderungen der den Kauf des landwirtschaftlichen Besitzes finanzierenden Bank ausgesetzt sah und daß sie Pachtverträge mit

U. K. abschloß, aus denen nach der vertraglichen Gestaltung und dem planmäßigen Vorgehen von P. B. und U. K. keine werthaltigen Forderungen hervorgingen. Damit sollte, wie das Berufungsgericht in rechtsfehlerfreier tatrichterlicher Würdigung angenommen hat, der einzige Vermögensgegenstand für Gläubiger nicht verwertbar gemacht werden. Dabei begnügt sich das Berufungsgericht nicht – weil auch nicht ausreichend (BGHZ 130, 314, 331) – mit der Feststellung, daß der Vertragspartner K. die Absichten der Schuldnerin kannte, sondern es stellt fest, daß er aktiv an der Vertragsgestaltung mitgewirkt hat und durch die Verrechnungsabreden auf gar nicht, jedenfalls nicht annähernd in dieser Höhe, erbrachte „Baukostenzuschüsse“ den Vertragszweck erst ermöglicht hat.

Soweit die Revision rügt, der Feststellung, P. B. habe die eidesstattliche Versicherung abgegeben oder kurz davor gestanden, fehlten die tatsächlichen Grundlagen, verkennt sie, daß der Tatbestand nach § 314 ZPO Beweis für das mündliche Parteivorbringen liefert. Dieser Beweis kann nur durch das Sitzungsprotokoll, nicht durch den Inhalt der Schriftsätze entkräftet werden (BGHZ 140, 335, 339). Selbst bei einem etwaigen Widerspruch zwischen ausdrücklichen Feststellungen im Tatbestand und in Bezug genommenen schriftsätzlichem Vorbringen geht der Tatbestand vor (BGH a. a. O.). Einen Tatbestandsberichtigungsantrag hat die Klägerin nicht gestellt. Die Feststellungen des Berufungsgerichts sind daher für den Senat bindend (§ 559 Abs. 1 ZPO).

Dasselbe gilt für die Rüge, das Berufungsgericht habe fehlerhaft angenommen, P. B. habe zu keinem Zeitpunkt Zahlungen an die den Grundstückskauf finanzierende Bank erbracht; richtig sei demgegenüber, sie habe kaum Zahlungen erbracht. Auch insoweit ist der von dem Berufungsgericht festgestellte Sachverhalt mangels Tatbestandsberichtigungsantrag für den Senat bindend. Im übrigen spielt es für die Entscheidung auch keine Rolle, ob P. B. kaum oder überhaupt keine Zahlungen erbracht hat. Entscheidend ist, daß sie in ganz wesentlichem Umfang Vollstreckungsmaßnahmen gegen sich vereiteln wollte. Dies durfte das Berufungsgericht schon aus den Eigenarten des Vertragswerks sowie aus dem Umstand schließen, daß P. B. nur fünf Monate nach Abschluß des ersten Pachtvertrages in ihrer eidesstattlichen Versicherung angegeben hat, über keinerlei Einkünfte zu verfügen, und daß in einem Beschluß des Amtsgerichts Spandau vom 23. November 1994 festgehalten ist, daß die Zahlungsunwilligkeit von P. B. „seit Jahren gerichtsbekannt“ sei.

Aus diesen Umständen durfte das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Revision auch schließen, daß für P. B. im Zeitpunkt des Vertragsschlusses klar war, daß Vollstreckungsversuche über kurz oder lang drohten. Auch die Revision verweist nicht auf Vortrag, wie man sich die Bedienung eines Darlehens von – wie P. B. angegeben hat – 3,5 Mio. DM bei Fehlen jeglicher Einkünfte vorstellen soll.

Schließlich ist auch die Rüge unberechtigt, die Annahme des Berufungsgerichts, P. B. und U. K. hätten zur Vereitelung der Rechte Dritter bewußt und gewollt zusammengewirkt, entbehre einer tragfähigen Grundlage. Diese tatrichterliche Würdigung der Umstände ist nicht nur möglich; sie drängt sich angesichts dessen, daß U. K. keinerlei Bezug zur Landwirtschaft hatte und die übernommenen Zahlungsverpflichtungen weder erfüllen konnte noch sollte (entsprechend verzichtete er später auch ohne Gegenleistung auf den Rest des angeblichen Baukostenzuschusses), geradezu auf.

2. Zu Recht nimmt das Berufungsgericht an, daß die an die Klägerin abgetretenen Forderungen aus den Unterpachtverträgen gegen den Beklagten von der Beschlagnahme erfaßt sind, so daß der Beklagte mit befreiender Wirkung an den Zwangsverwalter zahlen konnte.

a) Allerdings besteht grundsätzlich Einigkeit darüber, daß die Beschlagnahme durch Anordnung der Zwangsverwaltung

nur die Forderungen aus dem Hauptpacht (-Miet-) Vertrag erfaßt (§§ 148 Abs. 1 Satz 1, 21 Abs. 2 ZVG), nicht aber Forderungen aus einem Unterpacht- oder Untermietvertrag (vgl. LG Bonn, ZIP 1981, 730 <zu § 1123 BGB>; Stöber, ZVG, 17. Aufl., § 148 Rdn. 2 unter 2. 3 f.; Steiner/Hagemann, ZVG, 9. Aufl., § 148 Rdn. 36; Dassler/Muth, ZVG, 12. Aufl., § 148 Rdn. 11). Andererseits wird allgemein die Auffassung vertreten, daß Forderungen aus dem Hauptpacht (-Miet-) Vertrag unabhängig davon haften, wer das Grundstück vermietet (verpachtet) hat (RGZ 68, 10, 13; 81, 146, 149 <allerdings Sonderfall>; MünchKomm-BGB/Eickmann, 4. Aufl., § 1123 Rdn. 10; Enneccerus/Wolff/Raiser, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. III, 10. Aufl., § 135 V; BGB-RGRK/Mattern, 12. Aufl., § 1123 Rdn. 4).

b) Beide Grundsätze stehen, worauf Wolfsteiner aufmerksam gemacht hat (Staudinger/Wolfsteiner, BGB <2002>, § 1123 Rdn. 8), in einem gewissen Widerspruch zueinander. Wenn es nicht darauf ankommen soll, ob der Eigentümer selbst oder ein Dritter das Grundstück verpachtet oder vermietet und in jedem Fall die Forderungen aus dem Überlassungsvertrag von der Beschlagnahme nach §§ 148 Abs. 1, 21 Abs. 2 ZVG bzw. von der Hypothekenhaftung nach § 1123 Abs. 1 BGB erfaßt werden, so müßten an sich auch Forderungen aus einem Untermiet- bzw. Unterpachtverhältnis in den Haftungsverband fallen (Staudinger/Wolfsteiner a. a. O.).

c) Richtigerweise ist danach zu differenzieren, wem die jeweilige Forderung gebührt, dem Eigentümer und Schuldner oder einem davon zu unterscheidenden Dritten. Nur im ersten Fall ist es gerechtfertigt, dem Gläubiger den Zugriff auf die Forderung zu gewähren.

Ist der Mieter oder Pächter zur weiteren entgeltlichen Überlassung der Miet (Pacht-) Sache berechtigt, so stehen grundsätzlich ihm die Erträge aus dem Untermiet (-Pacht-) Verhältnis zu, nicht dem Eigentümer. Eine Beschlagnahme des Grundstücks kann daher diese Forderungen nicht erfassen. Gläubiger des Eigentümers haben keinen Anspruch darauf, sich aus schuldnerfremdem Vermögen zu befriedigen. Anders ist es aber, wenn die Miet- bzw. Pachterträge nur formell dem Hauptmieter (-Pächter) zugeordnet sind, wirtschaftlich hingegen dem Eigentümer zustehen. So liegt es, wenn – wie hier – der Hauptmiet (-Pacht-) Vertrag wegen Vereitelung der Gläubigerrechte nichtig ist. Denn dann gibt es keine Erträge, die dem Eigentümer nach dem Vertragswerk rechtlich zustehen und auf die dessen Gläubiger zugreifen könnten. Die Erträge sind auf den Mieter/Pächter als Untervermieter (-verpächter) verlagert, gerade um sie dem Zugriff zu entziehen. Der Untervermieter (-verpächter) ist in einem solchen Fall nicht schutzwürdig, da er an der sittenwidrigen Manipulation mitgewirkt hat. Seine Mitwirkung ist Voraussetzung für die Einordnung des Vertragswerks als sittenwidrig. Seine nur formale Stellung als Forderungsinhaber zeigt sich vorliegend zudem anschaulich daran, daß die Forderungen, sobald sie der Beschlagnahme – vermeintlich – entzogen waren, an die Klägerin (anstelle deren Tochter und Schuldnerin, mit der er im Unfrieden auseinander gegangen war) abgetreten wurden, ohne daß ihm hierfür ein werthaltiger Ausgleich geleistet worden wäre.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Berücksichtigung von Mietverträgen, die der Nießbraucher abschließt, steht hierzu nicht im Gegensatz. Das Reichsgericht hat angenommen, die Beschlagnahme eines Grundstücks im Wege der Zwangsverwaltung wie auch die „Beschlagnahme“ durch eine Hypothek erfasse auch die Forderungen aus Miet- oder Pachtverträgen, die ein Nießbraucher abgeschlossen hat, obwohl das Fruchtziehungsrecht dem Nießbraucher zusteht (RGZ 81, 146; zustimmend BGB-RGRK/Mattern a. a. O., Rdn. 4; Palandt/Bassenge, BGB, 63. Aufl., § 1123 Rdn. 1). Dies gilt nämlich nur für den Fall, daß der Nießbrauch den schlechteren Rang hat. Hier gebühren ihm im Verhältnis zum

Hypothekengläubiger nach § 879 BGB nicht die Erträge (vgl. RGZ 81, 146, 150; Palandt/Bassenge a. a. O.). Auf sie kann der Hypothekengläubiger daher zugreifen. Entsprechendes gilt für die Beschlagnahme nach § 148 ZVG.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Ann. d. Red.: Vgl. LG Kassel/BVerfG WuM 1990, 138 zur Vermietung vor der Beschlagnahme (ZVG) entgegen ordnungsgemäßer Wirtschaft.

§ 152 ZVG

Beschränkung der Zwangsverwaltung auf Grundstücke des Vollstreckungsschuldners im verpachteten Hotelkomplex

Zum Umfang der Prozeßführungsbefugnis und der Aktivlegitimation eines Zwangsverwalters von im Eigentum des Vollstreckungsschuldners stehenden Grundstücken, die dieser zusammen mit anderen, von einem Dritten hinzugepachteten Grundstücken zu einem einheitlichen Pachtzins (unter-)verpachtet hat.

(BGH, Versäumnisurteil vom 8. 12. 2004 – XII ZR 96/01)

Zum Sachverhalt: Der Kläger wurde mit Beschluß des Amtsgerichts N. vom 25. April 1995 zum Zwangsverwalter für acht Grundstücke der N. T. GmbH & Co. Betriebs KG (nachfolgend: Vollstreckungsschuldnerin) bestellt. Die Vollstreckungsschuldnerin betrieb auf diesen und auf benachbarten Grundstücken, die sie von Dritten hinzugepachtet hatte (nachfolgend: Fremdflächen), vom 1. Januar bis 31. Oktober 1995 einen Hotel- und Bungalowkomplex mit angeschlossenem Spaßbad, Gastronomie und Sporteinrichtungen.

Ende 1994 hatte die Beklagte wegen der langfristigen Anpachtung der Anlage Vertragsverhandlungen mit der Vollstreckungsschuldnerin aufgenommen, die damals von den beiden je alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführern F. und G. vertreten wurde.

Am 4. Januar 1995 unterzeichnete für die Beklagte als Pächterin deren Geschäftsführer F. einen Pachtvertrag mit der Vollstreckungsschuldnerin. Die Parteien stellten die Wirksamkeit des Pachtvertrages unter den Vorbehalt der Unterschrift des zweiten Geschäftsführers G. Zu dessen Unterschriftsleistung kam es unstreitig nicht.

Der Pachtvertrag stand darüber hinaus nach seiner Präambel unter der aufschiebenden Bedingung, daß die Vollstreckungsschuldnerin als Verpächterin bis zum 31. März 1995 noch im einzelnen bezeichnete Umbauarbeiten vornimmt. § 1 Nr. 5 des Vertrages sah ferner vor, daß die Verpächterin den Übergang aller Miet- und Pachtverträge für die Fremdflächen auf die Beklagte sicherstellt. Zu einem solchen Übergang der Miet- und Pachtverträge kam es in der Folgezeit nicht.

Als Pachtzins war gemäß § 3 des Vertrages u. a. eine Staffelfahrtspacht zu zahlen. Weiter enthält der Pachtvertrag eine Regelung über Ersatzbeschaffungen nach Übernahme des Inventars sowie über den Eigentumsübergang von ersatzweise angeschafften Einrichtungsgegenständen oder Inventarstücken auf die Verpächterin.

Der Kläger begehrte für den Zeitraum Januar bis September 1995 rückständigen Pachtzins in Höhe von 1779 927,75 DM. Ferner begehrte er festzustellen, daß die von der Beklagten zum 31. Oktober 1995 ausgesprochene außerordentliche Kündigung unwirksam sei und die Beklagte ihm den aus der vorzeitigen Beendigung des Pachtverhältnisses resultierenden Schaden zu ersetzen habe.

Unter Verwerfung der Feststellungsklage als unzulässig und Teilabweisung der Zahlungsklage verurteilte das Landgericht Oldenburg die Beklagte, an den Kläger 834 100,27 DM nebst Zinsen zu zahlen. Auf die Berufung der Beklagten hat das

Oberlandesgericht Oldenburg das Urteil des Landgerichts dahingehend abgeändert, daß die Beklagte nur noch zur Zahlung von 470 300,55 DM nebst Zinsen verurteilt wurde. Gegen dieses Urteil richtet sich die vom Senat angenommene Revision der Beklagten, mit der sie die Aufhebung der bisherigen Verurteilung und Klageabweisung begehrt.

Aus den Gründen: Aufgrund der Säumnis des Revisionsbeklagten ist durch Versäumnisurteil zu erkennen, obwohl die Entscheidung inhaltlich nicht auf einer Säumnisfolge beruht (BGHZ 37, 79, 82).

Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. 1. Das Berufungsgericht hält den Kläger auch insoweit für prozeßführungsbefugt und aktivlegitimiert, als Teile des Pachtobjektes (99 Wohneinheiten „Fremdappartements“ und 312 Wohneinheiten „WEG II“) auf Grundstücken stehen, die seiner Zwangsverwaltung nicht unterliegen. Dies folge aus der einheitlichen Überlassung des gesamten Pachtobjektes. Im Hinblick darauf sei auch ohne förmliche Einverständniserklärung der jeweiligen Dritteigentümer die Prozeßführungsbefugnis des Klägers gegeben. Entscheidend sei, daß Besitz und Nutzung der Gesamtanlage gegen Zahlung eines auf das Gesamtobjekt bezogenen Pachtzinses überlassen worden seien.

2. Das Berufungsgericht geht ferner davon aus, daß zwar kein schriftlicher Pachtvertrag zustande gekommen sei, wohl aber ein mündlicher Pachtvertrag, dessen Inhalt zumindest in den wesentlichen Punkten sinngemäß den schriftlich niedergelegten Vereinbarungen entspreche. Dies folge daraus, daß die Beklagte das Objekt zum vorgesehenen Zeitpunkt so übernommen habe, wie es zuvor von der Vollstreckungsschuldnerin betrieben worden sei, beide den Vertrag also zumindest in den wesentlichen Punkten als wirksam behandelt hätten.

[3.–5. Das Berufungsgericht ist zu der Urteilssumme von 470 300,55 DM gelangt.]

II. Dies hält den Angriffen der Revision in mehreren Punkten nicht stand.

1. Mit Erfolg rügt die Revision die fehlende Aktivlegitimation des Klägers, soweit er Pachtzins auch für auf nicht seiner Verwaltung unterliegende, auf Fremdgrundstücken befindliche Teile des Pachtobjekts verlangt. Insoweit fehlt es bereits an der Prozeßführungsbefugnis des Klägers.

Der Bundesgerichtshof hat zu der Frage, ob ein Zwangsverwalter Ansprüche aus einem einheitlichem Pachtvertrag auch dann in vollem Umfang geltend machen kann, wenn nur ein Teil der verpachteten Fläche beschlagnahmt und der Zwangsverwaltung unterworfen ist, bislang – soweit ersichtlich – nicht Stellung genommen.

a) In der Kommentarliteratur werden lediglich Schwierigkeiten bei der Zuordnung von Vermögenspositionen zur beschlagnahmten Zwangsverwaltungsmasse behandelt (vgl. Stöber, ZVG 17. Aufl. § 152 Rdn. 7; ferner Staudinger/Wolfsteiner BGB <2002> § 1123 Rdn. 6 f. und Soergel/Konzen BGB 13. Aufl. § 1123 Rdn. 2, jeweils unter Hinweis auf LG Bonn NJW 1964, 52 f. sowie LG Karlsruhe Rpfleger 1975, 175).

Ein anderer Teilaspekt des vorliegenden Rechtsproblems ist die Besitzsituation eines Schuldners im Zwangsverwaltungsverfahren, vgl. BGHZ 96, 61 f. Der IX. Zivilsenat tritt in diesem Urteil die Auffassung, daß der Besitz eines Dritten die Zwangsverwaltung rechtlich undurchführbar macht, wenn es dem Verwalter nicht gelingt, den Dritten zur freiwilligen Besitzaufgabe zu veranlassen. Begründet wird diese Rechtsauffassung unter anderem damit, daß sich der das Zwangsvollstreckungsverfahren ermöglichende Vollstreckungstitel eben nur gegen den Schuldner richte.

b) Soweit die vorstehend angeführten Auffassungen auf dem Grundsatz beruhen, daß die Befugnisse eines Zwangsverwalters nicht über den Zweck seiner Bestellung hinausgehen können, tritt der Senat dem bei.

Die Zwangsverwaltung ist dinglich orientiert und gewährt grundbuchmäßig gesicherten und wegen Lasten des Grundstücks in das Verfahren einzubeziehenden Gläubigern den Zugriff auf eine gesonderte Vollstreckungsmasse (§§ 9 ff., 155 ff. ZVG).

Demgegenüber erfaßt die Insolvenzordnung gem. § 1 InsO das gesamte sonstige Vermögen eines Schuldners (vgl. für Nutzungsentgelt aus einem Unternehmenskaufvertrag OLG Brandenburg ZInsO 2004, 443), also auch schuldrechtliche Ansprüche aus Untermietverhältnissen. Allerdings werden von der Insolvenzordnung alle – also auch die nicht grundbuchmäßig gesicherten Gläubiger – in den Kreis der Gläubigergemeinschaft, die sich aus der Insolvenzmasse eine Befriedigung erhoffen darf, einbezogen.

Mit diesem vom Gesetzgeber vorgegebenen Haftungssystem ist die Annahme des Berufungsgerichts, wegen eines einheitlichen Pachtvertrages sei der Kläger auch hinsichtlich der Fremdflächen aktivlegitimiert, nicht zu vereinbaren. Der Zwangsverwalter kann nicht eigenmächtig seine Aufgaben erweitern und Ansprüche aus Unterpachtverhältnissen geltend machen, die ein Entgelt für die Gebrauchsüberlassung und Fruchtziehung aus Grundstücksbestandteilen darstellen, die nicht im Eigentum der Vollstreckungsschuldnerin stehen. Insoweit fehlt es an der Legitimation des Zwangsverwalters sowohl im Rechtsverhältnis zur Vollstreckungsschuldnerin als auch gegenüber den Eigentümern der Fremdflächen und gegenüber den sonstigen Gläubigern der Vollstreckungsschuldnerin.

c) Soweit der Kläger danach prozeßführungsbefugt ist, nämlich allein hinsichtlich des auf die Grundstücke der Vollstreckungsschuldnerin entfallenden anteiligen Pachtzinses, ist er allerdings gemäß § 1123 Abs. 2 BGB berechtigt, auch solche Pachtzinsansprüche geltend zu machen, die innerhalb eines Jahres vor der Anordnung der Zwangsverwaltung am 25. April 1995 fällig wurden (vgl. Palandt/Bassenge BGB 63. Aufl. § 1123 Rdn. 3; Dassler ZVG 12. Aufl. § 21 Rdn. 4).

2. Die Revision rügt auch zu Recht die Annahme des Berufungsgerichts, es sei ein mündlicher Pachtvertrag weitgehend mit dem Inhalt des schriftlichen Vertragsentwurfs zustande gekommen.

Es ist mit den Denkgesetzen (vgl. BGH Urteile vom 25. Februar 1992 – X ZR 88/90 – VersR 1993, 593 f., vom 13. Dezember 1990 – IX ZR 33/90 – WPM 1991, 495 ff. und vom 8. Dezember 1989 – V ZR 53/88 – ZIP 1990, 857 f.) schwerlich zu vereinbaren, wenn das Berufungsgericht annimmt, aus der Geschäftsaufnahme und dem Betrieb des Pachtobjektes zum vorgesehenen Zeitpunkt auf der vorgesehenen Fläche sei der Abschluß eines mündlichen Pachtvertrages zu folgern. Wenn – wie vorliegend zwischen den Parteien unstreitig – der Abschluß des schriftlichen Pachtvertrages unter dem Vorbehalt der Zustimmung des zweiten Geschäftsführers stehen sollte und dieser – wie ebenfalls unstreitig – dem detaillierten Vertragsentwurf nicht zugestimmt hat, erscheint der Abschluß eines letztlich inhaltsgleichen mündlichen Pachtvertrages lebensfremd.

Sowohl nach der Präambel des Pachtvertrages als auch der Bestimmung der Pachtzinshöhe waren noch wesentliche Vertragspunkte wie Investitionspflichten der Verpächterin und Überleitung von Pachtverträgen hinsichtlich der Fremdflächen zwischen den Vertragsparteien zu klären. Zudem wäre die Beklagte in Anbetracht ihrer auf längerfristigen Betrieb ausgerichteten Investitionen ein erhebliches wirtschaftliches Risiko

ko eingegangen, weil die Vollstreckungsschuldnerin einen mündlichen Pachtvertrag mangels Schriftform gemäß § 566 BGB a. F. mit gesetzlicher Frist hätte kündigen können.

Das Berufungsgericht hätte daher nähere Feststellungen zum Zustandekommen und zum Inhalt einer pachtvertraglichen Einigung treffen und dazu die von den Parteien bereits erstinstanzlich angebotenen Zeugen hören müssen.

3. Aus den vorstehend zu 1. und 2. dargestellten Gründen kann die Berechnung der Klageforderung durch das Berufungsgericht keinen Bestand haben:

Wenn sich der Zwangsverwalter und die Vollstreckungsschuldnerin bzw. ein über deren Vermögen eingesetzter Konkurs- oder Insolvenzverwalter nicht auf eine quotenmäßige Verteilung der Pachtzinsen oder – im Falle vertragsloser Nutzung – des objektiven Nutzungswertes der beschlagnahmten Grundstücke einerseits und der Fremdflächen andererseits einigen können, wird das Berufungsgericht das auf die beschlagnahmten Grundstücke entfallende Entgelt ermitteln oder notfalls schätzen müssen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Gewerbemiete etc.

§ 9a FStrG; § 839 BGB – Baugenehmigung; Grundstück im späteren Planungsgebiet; Fernstraßenplanung; Hinweispflichten auf drohende Veränderungssperre

Die Bediensteten einer kreisfreien Stadt haben den Inhaber einer Baugenehmigung für ein in einem potentiellen Planungsgebiet gelegenes Grundstück auf den drohenden Eintritt einer Veränderungssperre gemäß § 9a Abs. 3 Satz 4 i. V. m. Abs. 1 FStrG hinzuweisen, wenn die Stadt nach § 9a Abs. 3 Satz 2 FStrG gehört wird und mit der Baumaßnahme noch nicht begonnen worden ist.

(BGH, Urteil vom 3. 3. 2005 – III ZR 186/04)

§ 21b InVorG – Rückübertragung im vereinfachten Verfahren schließt Herausgabe gezogener Nutzungen vom Verfügungsberechtigten nicht aus

Die Rückübertragung eines Grundstücks auf einen berechtigten Anmeldeur gemäß § 21b Abs. 1 InVorG führt in entsprechender Anwendung von § 7 Abs. 7 Satz 2 VermG zu einem Anspruch auf Herausgabe der von dem Verfügungsberechtigten seit dem 1. Juli 1994 gezogenen Nutzungen des Grundstücks.

Der Anspruch entsteht mit der bestandskräftigen Feststellung der Berechtigung des Anmelders in dem Verfahren nach dem Vermögensgesetz.

(BGH, Urteil vom 25. 2. 2005 – V ZR 105/04)

§ 315 BGB – Bestimmung und Billigkeit der Wassertarife des Versorgungsunternehmens

§ 315 Abs. 3 BGB ist auf die Vertragsverhältnisse zwischen den Berliner Wasserbetriebe und ihren Kunden anwendbar, da auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe vom 17. Mai 1999 (Teil-PrivG) mit Wirkung zum 1. Januar 2000 in Kraft eine einseitige Leistungsbestimmung durch die Berliner Wasserbetriebe erfolgt.

Die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit ihrer Tarife liegt zwar bei der Klägerin. Wenn die Klägerin ihrer Darlegungs- und Beweislast aber entsprochen hat, genügt es nicht,

dass der Beklagte die Billigkeit der Tarife schlicht bestreitet. Der Beklagte muss sich vielmehr substantiiert zu den Tatsachen erklären, die seinen Bereich betreffen.

(KG, Urteil vom 15. 2. 2005 – 7 U 140/04)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 24. 6. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden. – Veröffentlichung auch in WM 2005, 257.

§§ 535, 543 BGB – Gewerberaummiete; fristlose Kündigung; zugesagter Fertigstellungstermin; Beginn der Mietzahlungspflicht; Eröffnungstermin des Restaurants

1. Der fristlos kündigende Mieter muss ungeachtet des Umstands, dass den Vermieter die Beweislast für die rechtzeitige Gebrauchsgewährung trifft, substantiiert darlegen, dass im Zeitpunkt der Kündigung die Nichteinhaltung des zugesagten Fertigstellungstermins festgestanden hat.

2. Zu dem Erfordernis einer Abmahnung, wenn der Mieter bereits mehrfach eine Verschiebung des Fertigstellungstermins akzeptiert hat.

3. Ohne abweichende Vereinbarung beginnt die Mietzahlungspflicht mit Übergabe des Mietobjekts (hier: Restaurant) in vertragsgemäßem Zustand und nicht erst mit dessen für einen späteren Zeitpunkt vorgesehenen Eröffnung.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 17. 2. 2005 – I-10 U 111/04)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 24. 6. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 305, 305c BGB; §§ 2, 3, 5 AGBG – Kfz-Miete; Allgemeine Vermietbedingungen; Anforderungen an AGB; Vollkasko-Schutz; Haftungsfreistellung

a) Eine formularmäßig getroffene Vereinbarung über die Haftungsbefreiung des Mieters eines Kraftfahrzeugs gegen zusätzliches Entgelt ist objektiv nach dem Willen verständiger und redlicher Vertragspartner unter Abwägung der Interessen der normalerweise an solchen Geschäften beteiligten Kreise auszulegen.

b) Die dem Mieter eines Kraftfahrzeugs gegen Zahlung eines zusätzlichen Entgelts gewährte Haftungsfreistellung erfasst auch bei einem allgemeinen Hinweis auf die Grundsätze einer Vollkaskoversicherung Schäden durch unsachgemäße Behandlung des Fahrzeugs, insbesondere durch einen Schaltfehler.

(BGH, Urteil vom 19. 1. 2005 – XII ZR 107/01)

Hinw. d. Red.: Zu Haftungsbeschränkungen bei Kfz-Miete vgl. auch OLG Düsseldorf GuT 2002, 38; GuT 2002, 103; GuT 2003, 85; GuT 2004, 125 L m.w. Hinw.; OLG Rostock GuT 2004, 187 KL; GuT 2003, 219.

§ 249 BGB – Mietwagenkosten zum sog. Unfallersatztarif

a) Mietet nach einem Verkehrsunfall der Geschädigte ein Ersatzfahrzeug zu einem sogenannten Unfallersatztarif an, kann er Erstattung dieser Kosten vom Schädiger nur insoweit verlangen, als sie gemäß § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB erforderlich waren (Bestätigung der Senatsurteile vom 12. Oktober 2004 – VI ZR 151/03 [= GuT 2005, 26 KL] und vom 26. Oktober 2004 – VI ZR 300/03 [= GuT 2005, 26 KL]).

b) In dem Verhältnis zwischen Geschädigtem und Schädiger kommt es nicht darauf an, ob dem Geschädigten gegenüber dem Vermieter des Ersatzfahrzeugs Ansprüche im Zusammenhang mit der Tarifgestaltung zustehen.

(BGH, Urteil vom 15. 2. 2005 – VI ZR 160/04)

§ 249 BGB; § 287 ZPO – Mietwagenkosten zum sog. Unfallersatztarif; Vollkasko des Mietwagens

a) Mietet nach einem Verkehrsunfall der Geschädigte ein Ersatzfahrzeug zu einem sogenannten Unfallersatztarif an, kann er Erstattung dieser Kosten vom Schädiger nur insoweit ersetzt verlangen, als sie gemäß § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB erforderlich waren (Bestätigung der Senatsurteile vom 12. Oktober 2004 – VI ZR 151/03 [= GuT 2005, 26 KL]) und vom 26. Oktober 2004 – VI ZR 300/03 [= GuT 2005, 26 KL]).

b) Wird für ein bei einem Verkehrsunfall beschädigtes Kraftfahrzeug ein Ersatzfahrzeug angemietet und dabei Vollkaskoschutz vereinbart, sind die hierfür erforderlichen Mehraufwendungen in der Regel als adäquate Schadensfolge anzusehen. Ob im Einzelfall Abzüge unter dem Gesichtspunkt eines Vorteilsausgleichs in Betracht kommen, unterliegt der tatrichterlichen Beurteilung gemäß § 287 ZPO.

(BGH, Urteil vom 15. 2. 2005 – VI ZR 74/04)

§ 91 ZPO – Kosten des ausländischen Verkehrsanwaltes

Kosten eines ausländischen Verkehrsanwaltes, dessen Hinzuziehung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung geboten war, sind nur in Höhe der Gebühren eines deutschen Rechtsanwalts erstattungsfähig.

(BGH, Beschluss vom 8. 3. 2005 – VIII ZB 55/04)

§ 104 ZPO – Umsatzsteuer bei der Kostenfestsetzung

1. Einer Nachliquidation von Umsatzsteuer steht die Rechtskraft eines Kostenfestsetzungsbeschlusses nur entgegen, wenn darin auch über die Frage der Umsatzsteuerfestsetzung entschieden worden ist.

2. Für die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die Umsatzsteuer bei der Kostenfestsetzung zu berücksichtigen ist, ist der steuerliche Anknüpfungspunkt der Zeitpunkt der Fälligkeit der anwaltlichen Vergütung nach § 16 BRAGO.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. 3. 2005 – I-10 W 144/04)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 24. 6. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 485 ZPO – Rechtliches Interesse an einer Beweissicherung

Zur Vermeidung eines Rechtsstreits kann ein selbständiges Beweisverfahren auch dann dienen, wenn der Antragsgegner eine gütliche Streitbeilegung bereits bestimmt und scheinbar endgültig abgelehnt hat.

(OLG Koblenz, Beschluss vom 4. 4. 2005 – 5 W 159/05)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 24. 6. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 355, 404, 490, 492, 567 ZPO – unstatthafte Beschwerde gegen die Auswahl des Sachverständigen

Zumindest für den Antragsgegner ist auch im selbständigen Beweisverfahren die in das freie Ermessen des Gerichts gestellte Auswahl des Sachverständigen unanfechtbar.

(KG, Beschluss vom 31. 3. 2005 – 24 W 170/04)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 24. 6. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

KL-Mitteleiter: RiBGH Wellner, Karlsruhe; RiKG Renner, Berlin; RiOLG Geldmacher, Düsseldorf; RiOLG Weller, Koblenz; VRiKG Dr. Briesemeister, Berlin.

Teileigentum

§§ 12, 15 WEG Umwidmung von Teileigentum durch Veräußerungszustimmung; Restaurant in Ladenräumen; Ladenöffnungszeiten

Die durch den Verwalter erteilte Veräußerungszustimmung gemäß § 12 WEG besagt nur, dass aus der Person des Erwerbers keine wichtigen Gründe gegen den Eintritt in die Gemeinschaft hergeleitet werden, nicht aber, dass die aus dem genehmigten Kaufvertrag ersichtliche Absicht einer bestimmten künftigen Nutzung (Restaurant in Ladenräumen) gebilligt wird, was der Verwalter zu Lasten der Gemeinschaft ohnehin nicht wirksam genehmigen könnte.

(KG, Beschluss vom 7. 2. 2005 – 24 W 135/04)

Zum Sachverhalt: Die Antragsgegnerin ist Teileigentümerin der im Erdgeschoss gelegenen Einheiten Nr. 31 und 32 sowie der darunter im Keller liegenden Einheiten Nr. 29 und 30, die jeweils durch eine Wendeltreppe miteinander verbunden sind. Die übrigen Wohnungseigentümer (Antragsteller) verlangen von der Antragsgegnerin die Unterlassung der Nutzung der Räume Nr. 29 bis 32 als Restaurant. Die Antragsgegnerin hat mit notariellem Vertrag vom 15. Januar 2002 die Einheiten verkauft. Nach dem Kaufvertrag beabsichtigt der Käufer ebenfalls die Nutzung für gastronomische Zwecke. Die Ver-

walterin stimmte dem Kaufvertrag zu, die Umschreibung des Eigentums ist jedoch noch nicht erfolgt. Mit Schreiben vom 3. April 2003 beantragte die Antragsgegnerin bei der Verwalterin die Genehmigung für den Betrieb eines Restaurants in den Einheiten Nr. 29 bis 32. Der Betrieb erfolgt bereits in der Art, dass sich im Erdgeschoss die Gasträume befinden, während im Kellergeschoss die Sanitäreinrichtungen sind. Das Restaurant wird als sogenannte Vollküche betrieben. Der durch den Restaurantbetrieb entstehende Müll wird in einem separaten Raum neben dem Durchgang zum Hof gesammelt. Eine ausdrückliche Zustimmung zu der Nutzung in den Einheiten Nr. 29 bis 32 erfolgte weder seitens der Verwalterin noch seitens der Gemeinschaft. Die Bewohner der Wohnanlage klagen über Lärm aus dem Restaurant, starke Küchengerüche und unzureichende Beseitigung des Mülls aus dem Restaurant. Die Antragsgegnerin hat die Störungen bestritten und darauf hingewiesen, dass durch die Veräußerungszustimmung der Verwalterin auch der aus dem Kaufvertrag ersichtliche Nutzungszweck als Restaurant genehmigt worden sei.

Das Amtsgericht Charlottenburg hat mit Beschluss vom 10. April 2003 die Antragsgegnerin verpflichtet, die Nutzung der Einheiten Nr. 29 bis 32 für den Betrieb eines Restaurants zu unterlassen. Das Landgericht Berlin hat mit Beschluss vom 26. Mai 2003 die Erstbeschwerde der Antragsgegnerin zurückgewiesen. Deren sofortige weitere Beschwerde bleibt erfolglos.

Aus den Gründen: II.1. Zutreffend bejaht das Landgericht die Aktivlegitimation der Antragsteller und deren Verfahrensvertretung durch die Verwalterin. Hiergegen wendet sich die Rechtsbeschwerdebegründung auch nicht. Als weiterhin eingetragene Eigentümerin der Einheiten Nr. 29 bis 32 ist die Antragsgegnerin auch passiv legitimiert. Die Aussetzung des vorliegenden Verfahrens wegen des Parallelverfahrens, in dem die Änderung der Teilungserklärung betrieben wird, hat das Landgericht rechtsfehlerfrei abgelehnt.

2. Ohne Rechtsirrtum nimmt das Landgericht einen Unterlassungsanspruch der Antragsteller gegen die Antragsgegnerin aus § 1004 BGB i.V.m. § 15 Abs. 3 WEG sowie Teil I § 7 der Teilungserklärung an. Nach den verfahrensfehlerfreien Feststellungen des Landgerichts wird in den Einheiten Nr. 29 bis 32 derzeit ein Restaurant mit einer sogenannten Vollküche mindestens vom Nachmittag bis in den Abend betrieben. Anhand einer typisierenden Betrachtung kann davon ausgegangen werden, dass der Restaurantbetrieb die übrigen Wohnungseigentümer stärker als eine Ladennutzung und damit über das in § 14 Nr. 1 WEG zulässige Maß hinaus beeinträchtigt, wenn der Restaurantbetrieb nicht von der Teilungserklärung oder Gemeinschaftsordnung gedeckt ist.

3. Nach der Teilungserklärung i.V.m. den Aufteilungsplänen ist das Landgericht zutreffend davon ausgegangen, dass hinsichtlich der Einheiten Nr. 29 bis 32 die Zweckbestimmung „Laden“ vorliegt. Gemäß § 7 Abs. 3 WEG kann zur näheren Bezeichnung des Gegenstandes und des Inhalts des Sondereigentums auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden, der wiederum als Anlagen u. a. der Aufteilungsplan beizufügen ist (§ 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG). Demzufolge ist nicht entscheidend, dass nach der Teilungserklärung I. § 1 die Einheiten Nr. 29 bis 32 lediglich als Teileigentum (TE) bezeichnet sind, das sich nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 3 WEG allgemein auf die nicht zu Wohnzwecken dienenden Räume eines Gebäudes bezieht. Die Zweckbestimmung in den Aufteilungsplänen hat Vereinbarungscharakter i. S. d. § 15 Abs. 1 WEG (BayObLG NZM 2000, 868 = ZMR 2000, 775 [= WuM 2000, 438 KL]). Die Aufteilungspläne, die über die Eintragungsbewilligung Gegenstand der Grundbucheintragung geworden sind, enthalten für die Einheiten Nr. 31 und 32 jeweils die eindeutige Bezeichnung „Laden“ und für die im Kellergeschoss gelegenen Einheiten Nr. 29 und 30 die eindeutige Bezeichnung „Lager“. Wenn die jeweiligen Wendeltreppen von den Einheiten Nr. 29 zu 31 bzw. 30 zu 32 zusätzlich die Erklärung haben „Treppe nur wenn Lager mit Erdgeschoss Gewerbe zusammengehört“, kann aus dem Bedingungssatz mit dem Wort „Gewerbe“ nicht hergeleitet werden, dass entgegen der jeweiligen Bezeichnung als Laden/Lager nunmehr in diesen Räumen jedes Gewerbe erlaubt ist. Demgemäß ist die Entscheidung des Senats in NZM 2000, 387 = ZMR 2000, 250 = GE 2000, 477 [= WuM 2000, 333 KL] hier nicht einschlägig, weil dort die Räume nebeneinander mit Laden/Gewerbeladen/Gewerbe bezeichnet waren, was hier nicht der Fall ist. Der Begriff „Gewerbe“ in dem Bedingungssatz ist eine völlig untergeordnete Bezeichnung, die im Verhältnis zu den Begriffen Laden bzw. Lager nicht erweiternd auszulegen ist. Bei der gebotenen typisierenden Betrachtungsweise stört der Betrieb einer Gaststätte außerhalb der herkömmlichen Ladenöffnungszeiten wegen der mit ihm verbundenen Lärm- und Geruchsentwicklung mehr als ein Laden und hält sich deshalb nicht im Rahmen der Zweckbestimmung (BayObLG NJW-RR 2000, 1465 [= WuM 2000, 438 KL]). Auch die zu erwartende Ausdehnung der Ladenöffnungszeiten ändert nichts an der typischerweise stärkeren Beeinträchtigung der Umgebung durch einen Gaststättenbetrieb. Eine Änderung der Teilungserklärung betreffend die Zweckbestimmung für die Einheiten Nr. 29 bis 32 ist bisher mangels allseitiger Zustimmung noch nicht wirksam erfolgt.

4. Rechtlich einwandfrei hat das Landgericht in der Veräußerungszustimmung gemäß § 12 WEG i.V.m. der Teilungserklärung keine Billigung der Restaurantnutzung gesehen, mag auch eine derartige Nutzungsabsicht des Käufers aus dem vorgelegten notariellen Kaufvertrag ersichtlich sein. Die in dem Kaufvertrag verlautbarte Nutzungsabsicht des Käufers kann eine schuldrechtliche Regelung im Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer sein, ist aber für die übrigen Wohnungseigentümer weder positiv noch negativ von Bedeutung. Die Veräußerungszustimmung gemäß § 12 WEG bzw. deren Versagung in Gestalt eines konkreten Veräußerungsverbotes ist zwar ein Instrument, um persönlich oder finanziell ungeeignete Erwerber von der Eigentümergemeinschaft fernzuhalten. Die Erteilung der Veräußerungszustimmung bedeutet aber nicht umgekehrt, dass die Gemeinschaft sich mit einer angekündigten unzulässigen Nutzungsabsicht des Käufers abfindet oder diese gar billigt, egal ob die Veräußerungszustimmung durch Eigentümerbeschluss oder vom Verwalter als Treuhänder der Gemeinschaft erteilt wird. Da die Veräußerungszustimmung gemäß § 12 Abs. 2 WEG nur aus wichtigem Grund verweigert werden darf, ist es in zweifelhaften Fällen sowohl für den WEG-Verwalter wie auch für die Gemeinschaft riskant, die Zustimmung zu verweigern, weil ihnen evtl. ein gerichtliches Verfahren des Verkäufers auf Erteilung der Zustimmung bevorsteht. Immerhin kann der Verkäufer darauf verweisen, dass der Käufer das Teileigentum ggf. auch anders nutzen kann und wird bzw. nicht ohne Genehmigung den unzulässigen Geschäftsbetrieb aufnehmen wird. Unter diesen Umständen stellt die Veräußerungszustimmung nur die Aufhebung eines vereinbarten Veräußerungsverbotes dar und darf nicht als Zustimmung zu einer nach der Teilungserklärung unzulässigen Nutzung der gekauften Räume verstanden werden. Mangels Ermächtigung der Gemeinschaft hätte der Verwalter im Übrigen erkennbar auch nicht die Rechtsmacht, eine unzulässige Nutzung der gekauften Räume durch den Erwerber zu genehmigen.

5. Nach den verfahrensfehlerfreien Feststellungen des Landgerichts liegt auch kein den Restaurantbetrieb genehmigender Eigentümerbeschluss vor. Nach den erörternden Regelungen der Teilungserklärung ist auch ein Anspruch des Teileigentümers gegen die Gemeinschaft auf Erteilung der zweckbestimmungswidrigen Nutzung ausgeschlossen. Als derzeitige Teileigentümerin haftet die Antragsgegnerin auch für die von dem Käufer der Einheiten Nr. 29 bis 32 vorgenommene zweckbestimmungswidrige Nutzung nach § 14 Nr. 2 WEG. Die für den Unterlassungsanspruch nach § 1004 BGB erforderliche Wiederholungsgefahr hat das Landgericht verfahrensfehlerfrei festgestellt. Rechtlich einwandfrei hat das Landgericht den Unterlassungsanspruch auch nicht als verwirkt angesehen.

Mitgeteilt von Frau RiKG S. Kingreen, Berlin

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

Kurzfassungen/Leitsätze (KL)
Teileigentum etc.

§ 16 WEG – Beschlusskompetenz für Umlegung der Kabelgebühren

1. Die Wohnungseigentümergeinschaft hat die Beschlusskompetenz, bei Abschluss eines gemeinschaftlichen Kabelvertrages oder auch später den internen Umlageschlüssel, etwa nach den für die nutzungswilligen Wohnungs- und Teileigentümer bereitgestellten Anschlussdosen, festzulegen.

2. Bis zur bestandskräftigen Festlegung eines besonderen Umlageschlüssels für die Kabelgebühren, sind diese Kosten nach dem gesetzlichen oder dem davon abweichend vereinbarten, für Betriebskosten vorgesehenen Verteilungsschlüssel der Gemeinschaft umzulegen (Abweichung von OLG Hamm ZMR 2004, 774).

(KG, Beschluss vom 6. 4. 2005 – 24 W 13/03)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 24. 6. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 16 WEG; § 29 GBO; § 891 BGB; § 435 ZPO – Ausscheiden des BGB-Gesellschafters; GbR als Wohnungseigentümerin; Haftung für Wohngeldpflichten; Kopievorlage statt Originals

1. Zur Widerlegung der Vermutung des § 891 BGB genügt es, wenn der Bucheigentümer mit allen im WEG-Verfahren zulässigen Beweismitteln den vollen Beweis seines Aus-

scheidens aus der Gesellschaft bürgerlichen Rechts erbringt, als deren Gesellschafter er im Wohnungsgrundbuch eingetragen ist. Er ist nicht auf einen Nachweis in der Form des § 29 GBO beschränkt (abw. zu OLG Hamm NJW-RR 1989, 655).

2. Im WEG-Verfahren kann davon ausgegangen werden, dass die in Ablichtung vorgelegten notariellen Urkunden existieren und die Ablichtung mit dem Original übereinstimmt, wenn die anderen Beteiligten die Vorlage der Kopie nicht rügen.

(OLG Stuttgart, Beschluss vom 8. 3. 2005 – 8 W 39/05)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 24. 6. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 47 WEG; §§ 675, 276 – Verfahrenskosten aufgrund Verwalterverschuldens

Leitet der Wohnungseigentumsverwalter ein gerichtliches Wohngeldverfahren gegen einen Wohnungseigentümer ein und teilt er dem Gericht im Verhandlungstermin nicht die sechs Wochen zuvor erfolgte Zahlung des Wohngelds mit und erklärt er auch nicht das Verfahren wegen des Wohngelds in der Hauptsache für erledigt, hat der Verwalter die vermeidbaren Mehrkosten des weiteren Verfahrens zu tragen.

(KG, Beschluss vom 14. 1. 2005 – 24 W 77/04)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 24. 6. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

KL-Mitteleiter: Frau RiKG Z. Hinrichs, Berlin; Frau RiKG S. Kingreen, Berlin.

Wettbewerb

Kurzfassungen/Leitsätze (KL)
Wettbewerb etc.

§§ 3, 4 UWG; §§ 2, 5, 64 StBerG; §§ 4, 13, 21 StBGebV; § 45 Berufsordnung der Bundessteuerberaterkammer (BOSTB) – Steuerberater-Hotline

a) Der durch den Anruf bei einer Steuerberater-Hotline zustande kommende Beratungsvertrag wird im Zweifel mit dem den Anruf entgegennehmenden Steuerberater geschlossen und nicht mit dem – zur Steuerberatung nicht befugten – Unternehmen, das den Beratungsdienst organisiert und bewirbt.

b) Der Steuerberater, der sich an einer Steuerberater-Hotline beteiligt, verstößt damit nicht gegen berufsrechtliche Verbote. Insbesondere verstößt es nicht gegen § 13 Nr. 2 StBGebV, wenn ein Steuerberater, der von einem ihm nicht näher bekannten Mandanten um telefonische Beratung gebeten wird, hierfür eine im Minutentakt berechnete Zeitgebühr vereinbart.

(BGH, Urteil vom 30. 9. 2004 – I ZR 89/02)

§§ 3, 4, 5 UWG; § 49b BRAO; § 4 RVG, VV 2100 zu § 2 RVG – Telekanzlei

Ein Rechtsanwalt, der für eine telefonische Rechtsberatung einen Minutenpreis vereinbart, verstößt damit nicht notwendig gegen das Verbot der Gebührenunter- oder -überschreitung (im Anschluß an BGHZ 152, 153 – Anwalts-Hotline). Er muß jedoch in der Werbung für die telefonische Rechtsberatung auf nicht selbstverständliche Einschränkungen und

Besonderheiten der Berechnung hinweisen (hier: Streitwertgrenze für Minutenpreis; Berechnung des Minutenpreises auch für Gesprächsunterbrechungen zum Zwecke des Recherchierens).

(BGH, Urteil vom 30. 9. 2004 – I ZR 261/02)

§§ 3, 5, 8 UWG – Wettbewerb; Bevorratung der Aktionsware

1. Die Verkehrserwartung bezüglich der Vorrätigkeit einer Ware bestimmt sich nicht nur nach den in § 5 Abs. 1 S. 1 UWG ausdrücklich genannten Kriterien – Art der Ware sowie Gestaltung und Verbreitung der Werbung –, sondern es können mit der bisherigen Rechtsprechung auch weitere Umstände berücksichtigt werden, z. B. Attraktivität des Angebots und Größe und Bedeutung des werbenden Unternehmens.

2. Auch wenn bei einem von mehreren Aktionsangeboten eines Lebensmittelfilialisten – hier: Weihnachts-Kerzenleuchter zu € 9,99 – der Hinweis angebracht ist „Bei diesem Artikel besteht die Möglichkeit, dass er trotz sorgfältiger Bevorratung kurzfristig ausverkauft ist“, kann der Verkehr eine Verfügbarkeit dieses Artikels jedenfalls am ersten in der Werbung angegebenen Verkaufstag erwarten.

(OLG Hamburg, Beschluss vom 7. 3. 2005 – 5 U 99/04)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 24. 6. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

KL-Mitteleiter: RiBGH Wellner, Karlsruhe; die Mitglieder des 5. ZS des OLG Hamburg.

Besteuerung

BMF-Schreiben vom 10. März 2005 (IV A 4 – S 0062 – 1/05), BStBl I S. 422

Anwendungserlass zur Abgabenordnung (AEAO); Regelungen zu §§ 92 und 93 AO (Auskunftersuchen; Kontenabruf)

TOP 9 der Sitzung AO I/2005

Dieses Schreiben steht ab sofort bis auf weiteres auf den Internet-Seiten des Bundesministeriums der Finanzen unter der Rubrik Steuern – Veröffentlichungen zu Steuerarten – Abgabenordnung – AO-Anwendungserlass (AEAO – (http://www.bundesfinanzministerium.de/cln_03/nn_314/DE/Aktuelles/BMF_Schreiben/30154.html)) zum Download bereit.

Kurzfassungen / Leitsätze (KL) Steuerrecht etc.

§§ 171, 175 AO; §§ 82g, 82i EStDV; §§ 7h, 51, 52 EStG; § 43 StBauFG; § 177 BauGB – Steuerbegünstigte Sanierung; Prüfungskompe- tenz der Gemeinde; Gebäude mit Ladeneinheiten

1. Nach § 82g Abs. 1 Satz 1 EStDV prüft allein die bescheinigende Gemeinde, ob – nach Art und Umfang – Baumaßnahmen im Sinne der Vorschrift durchgeführt wurden.

2. Im Gegensatz zu den nach § 82i EStDV geförderten Baumaßnahmen an Baudenkmälern ist bei Maßnahmen i. S. des

§ 82g EStDV nicht vorgeschrieben, dass sich aus der Bescheinigung auch die Höhe der begünstigten Herstellungskosten ergibt (gegen Abschn. 159 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStR 1990).

(BFH, Urteil vom 4. 5. 2004 – XI R 38/01)

Vorinstanz: FG Rheinland-Pfalz

– Veröffentlichung in BStBl II 2005, 171 –

§§ 8, 9 GewStG; § 174 AO – Gewerbesteuer; Abgabenordnung; Kürzung von Miet- oder Pachtzinsen; Tank- und Raststätte

Unterbleibt beim Vermieter/Verpächter die materiell-rechtlich gebotene Kürzung von Miet- oder Pachtzinsen (§ 9 Nr. 4 GewStG), kann der Mieter/Pächter keine Korrektur der bei ihm nach § 8 Nr. 7 GewStG vorgenommenen und bestandskräftig gewordenen Hinzurechnung zum Gewerbeertrag verlangen.

(BFH, Urteil vom 7. 7. 2004 – X R 26/01)

Vorinstanz: Schleswig-Holsteinisches FG (EFG 2001, 647)

– Veröffentlichung in BStBl II 2005, 145 –

§§ 3, 12 KraftStG – Kfz-Steuerbefreiung; Wohnwagen zum Kirmesbetrieb

Auch selbstfahrende Wohnwagen im Gewerbe nach Schau-stellerart sind von der Steuer befreit, solange sie ausschließ-lich dem Schau-stellergewerbe dienen.

(BFH, Urteil vom 16. 11. 2004 – VII R 16/04)

Vorinstanz: FG Münster

– Veröffentlichung in BStBl II 2005, 186 –

Magazin

Politik und Recht

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 21. 3. 2005

Tag des Waldes: Wachstum und Waldgesundheit sicherstellen

Zum heutigen Tag des Waldes erklärt die zuständige Be-richter-statterin der Arbeitsgruppe Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft der SPD-Bundestagsfraktion Gabriele Hiller-Ohm:

Deutschland gehoert zu den waldreichsten Laendern in Eu-ropa. Die letzte Bundeswaldinventur verzeichnete eine deut-liche Zunahme des Waldbestandes. Das sind gute Vorausset-zungen fuer unser Land. Denn die Waelder sind wichtige Le-bensgrundlage, bieten Raum fuer Artenvielfalt und Erholung und haben zudem eine grosse wirtschaftliche Bedeutung.

Rund eine Million Arbeitsplaetze haengen an der Wald-, Holz- und Papierwirtschaft. Dieses Potenzial wurde in der Vergangenheit nicht ausreichend erkannt. Die Wald- und Holzwirtschaft fuehrte in der wirtschaftspolitischen Diskus-sion eher ein Schattendasein. Um das zu aendern hat die rot-gruene Bundesregierung mit der „Charta fuer Holz“ die Wei-chen richtig gestellt. Noch in diesem Jahr wird eine bundes-weite Studie das Potenzial dieses wichtigen Wirtschaftszwei-ges herausarbeiten und Wege eines besseren Managements aufzeigen. Darueber hinaus soll der Holzabsatz in Deutsch-

land in den naechsten zehn Jahren um 20 Prozent gesteigert werden. Das kann zum Beispiel im Baubereich erreicht wer-den, indem mehr Holz anstelle von Beton und Stahl eingesetzt wird.

Ziel der SPD-Bundestagsfraktion ist es, die Rahmenbe-dingungen fuer Wachstum und Waldgesundheit sicherzustel-len. Leider hat der juengste Waldzustandsbericht gezeigt, dass unsere Waelder zwar wachsen aber gleichzeitig immer kraen-ker werden. Deshalb muessen wir die unter rot-gruen begon-nene Klimaschutz- und Luftreinhaltepolitik konsequent wei-ter betreiben. Wir brauchen darueber hinaus bundeseinheitli-che Standards in der Waldbewirtschaftung, die im Bundes-waldgesetz verankert werden sollen.

Klar ist aber auch: Die Politik kann eine dauerhafte Ver-besserung des Waldzustandes auf Dauer nicht alleine errei-chen. Das oeffentliche Bewusstsein fuer die schlechte Lage des Waldes, fuer deren Ursachen und seine gesellschaftlichen und oekologischen Folgen muessen noch deutlicher werden. Eine mobilisierte Oeffentlichkeit kann der Politik den Ruecken staerken, auch unpopulaere Massnahmen fuer den Wald durchzusetzen. Sie kann aber auch „im Kleinen“ ihren Bei-trag leisten zu einer Verbesserung des gegenwaertigen Zu-standes.

Fruerer hiess es in einem deutschlandweit bekannten Hit: „Mein Freund der Baum ist tot“ und die ganze Nation war be-troffen. Heute wird der Zustand des Waldes eher mit einem Achselzucken wahrgenommen. Es liegt daher auch in der Ver-

antwortung der Öffentlichkeit, dem Thema Wald wieder mehr Aufmerksamkeit zu schenken. Der Tag des Waldes bietet hierfür eine gute Gelegenheit.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN Pressemitteilung Nr. 320 vom 21. 4. 2005

Postversorgung im Dorf sichern

Zum gestrigen Fachgespräch im Ausschuss für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft zur Versorgung mit Postdienstleistungen im ländlichen Raum, erklärt Friedrich Ostendorff, Obmann im Ausschuss:

Wir sind mit den Ausführungen des Vertreters der Deutschen Post AG nicht zufrieden, insbesondere nicht mit der Behauptung, dass die Versorgung mit Postdienstleistungen ein von Abgeordneten und Postkunden „gefühlter Wert“ sein soll. Diesen Ausführungen widersprechen wir sehr deutlich und weisen darauf hin, dass die Post die Aussagen ihrer Kunden ernst zu nehmen hat.

Die rot-grüne Bundesregierung hat zu Beginn des Privatisierungsprozesses mit der Post eine Post-Universaldienstleistungsverordnung (PUDLV) vereinbart, in der die Versorgung mit Universaldienstleistungen geregelt ist. So ist ein Postbetrieb pro 4000 Einwohner in größeren Gemeinden oder pro 2000 Einwohner in kleineren Gemeinden bereitzustellen. Die tatsächliche Situation führt immer wieder zu größerer Kritik, weil die PUDLV häufig nur mangelhaft von der Deutschen Post AG umgesetzt wird. Nach wie vor hat die Deutsche Post AG das Briefmonopol.

Wir kritisieren insbesondere den Umgang der Deutschen Post AG mit den Postagenturen. Die Postagenturen, die die früheren Postfilialen ersetzen, leiden unter stark eingeschränkten Verträgen der Post AG und durch ihren relativ rechtlosen Status als Handelsvertreter im Nebenberuf, der sie mit Haustürverkäufern gleichsetzt. Die Postagenturunternehmer, die auch für Bankgeschäfte zuständig sind, kämpfen mit erheblichen Inventurdifferenzen, die scheinbar eingesetzt werden, um Postagenturunternehmer zur Betriebsaufgabe zu zwingen. Außerdem scheinen neben tendenzieller Rechtlosigkeit und Ausbeutung, auch die mangelnde Ausbildung eine Rolle zu spielen.

In jeder vierten Agentur in NRW wird mindestens einmal eingebrochen. Jede 10. Postagentur in NRW wurde mindestens einmal überfallen. Die Sicherheitsstandards für Postagenturen entsprechen nicht den Anforderungen, die sonst für Bankgeschäfte gelten.

All dies kann uns nicht zufrieden stellen. Die Deutsche Post AG scheint sich auf dem Rücken kleiner mittelständischer Betriebe fit für den Weltmarkt zu machen. Der Rückzug aus der Grundversorgung und die Schließung von Postagenturen ist in vielen Orten das Ende des Dorflebens.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 1. 3. 2005

Hessen handelt uebereilt – REITS haben noch zu viele steuerliche Unbekannte

Zum Antrag des Landes Hessen, die Bundesregierung möge umgehend einen Gesetzentwurf zur Einführung so genannten REITS vorlegen, erklärt der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion, Joachim Poss:

Kraeftige Schlagworte allein machen noch keine serioese Politik. Finanzpolitische Schnellschuesse sind nicht gefragt. Hessen will offenbar mit dem Argument der Staerkung des Finanzplatzes Deutschlands und mit dem Hinweis auf international akzeptierte Produkte Druck auf die Bundesregierung fuer die Einfuehrung der Real Estate Investments Trusts (REITS) auch in Deutschland ausueben.

Der Zweck heiligt aber nicht jedes Mittel. Die offenen steuerlichen Fragen, die mit einer Einfuehrung von REITS ein-

hergehen und die dem Land Hessen auch bekannt sind, muessen geklaert sein, bevor ueber die Frage des Ob und des Wie eines Gesetzentwurfs verantwortlich entschieden werden kann. Eine solche Pruefung schliesst nicht nur die finanzwirtschaftlichen Fragen insbesondere diejenigen moeglicher Steuerminder- oder Mehreinnahmen, sondern auch Fragen moeglicher steuerlicher Gestaltungsmoeglichkeiten ein, die weit in das Aussensteuerrecht hinein reichen. Auch sollten die volkswirtschaftlichen Auswirkungen einer Einfuehrung von REITS abschliessend geklaert sein, bevor die Vorlage eines Gesetzentwurf in Betracht gezogen werden kann.

Wer, wie Hessen das jetzt tut, den letzten Schritt, vor dem ersten, zweiten oder dritten Schritt gehen will, verdeutlicht, dass es ihm in erster Linie um Aktionismus geht und nicht um serioese Sachpolitik. Die SPD-Bundestagsfraktion wird sich mit den vielfaeltigen Fragestellungen, die eine Einfuehrung von REITS hervorrufen, intensiv befassen und dann innerhalb der Koalition entscheiden, ob diese Form der Immobilienanlage fuer Deutschland in Betracht kommt.

Schriftliche Fragen mit den in der Woche vom 13. Dezember 2004 eingegangenen Antworten der Bundesregierung (BT-Drs. 15/4574)

36. Abgeordneter Stefan Müller (Erlangen) (CDU/CSU)

Welche Maßnahmen hält die Bundesregierung für geeignet, den **Handel mit geschlossenen Immobilienfonds** zu erleichtern, und sieht die Bundesregierung die Notwendigkeit, diesen Zweitmarkt zu regulieren?

Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Karl Diller vom 10. Dezember 2004

Die Bundesregierung hat durch die Einführung einer Prospektpflicht für nicht in Wertpapieren verbriefte Vermögensanlagen durch Artikel 2 des am 30. Oktober 2004 in Kraft getretenen Anlegerschutzverbesserungsgesetzes (AnSVG) klare Regelungen für das öffentliche Angebot von Vermögensanlagen geschaffen. Es wird festgelegt, dass diese Vermögensanlagen, zu denen auch geschlossene Immobilienfonds gehören, nur dann öffentlich angeboten werden dürfen, wenn der BaFin zuvor ein Prospekt vorgelegt wurde, und sie die Veröffentlichung gestattet. Auf der Grundlage der entsprechenden Ermächtigung im AnSVG ist eine Verordnung erarbeitet worden, die in Kürze zur Verabschiedung ansteht und Mindestangaben für den Prospektinhalt festlegt. Diese orientieren sich, wie in dem Gesetzgebungsverfahren zugesagt, soweit möglich und sinnvoll an den IDW-Standards der Wirtschaftsprüfer zur ordnungsgemäßen Beurteilung von Prospekten über öffentlich angebotene Kapitalanlagen.

Die Mindestangaben sind im Rahmen der Abwägung zwischen der notwendigen Flexibilität für die Wirtschaft und dem Anlegerschutz auf das notwendige Mindestmaß beschränkt worden.

Genauere Erkenntnisse über den Umfang des Sekundär- oder Zweitmarktes für geschlossene Immobilienfonds, das heißt den Handel mit bereits ausgegebenen Vermögensanlagen, lie-

Neu:

Stellenanzeigen

Wortanzeigen

Werbeanzeigen

Unsere Anzeigenpreisliste 1/2005

im Internet: www.prewest.de
oder gemailt: info@prewest.de
oder geschrieben: Fax 02 28 / 47 09 54

gen der Bundesregierung nicht vor. Sofern im Rahmen des Sekundärmarktes ein öffentliches Angebot im Sinne des Gesetzes vorliegt, dürfte ein solches Angebot auf Grund der verschiedenen Ausnahmegesetze des Artikels 2 § 8 f. Abs. 2 des AnSVG in der Regel nicht von der Prospektspflicht erfasst werden: Eine Prospektspflicht besteht nicht, wenn für dieses Angebot bei gleich bleibenden Konditionen bereits ein Prospekt nach den Vorschriften des AnSVG veröffentlicht wurde, das Angebot sich nur an einen begrenzten Personenkreis richtet oder aber die Bagatellgrenzen des Artikels 2 § 8 f. Abs. 2 Nr. 3 AnSVG greifen. Handelt es sich bei dem Angebot auf dem Sekundärmarkt dagegen um ein öffentliches Angebot und greifen die Ausnahmegesetze nicht, ist eine Prospektspflicht sinnvoll und gewollt, auch um eine Umgehung der Prospektspflicht zu vermeiden.

Darüber hinausgehende Maßnahmen oder Regulierungen des Sekundärmarktes für Immobilienfonds sind gegenwärtig nicht geplant.

97. Abgeordneter Wilhelm Josef Sebastian (CDU/CSU)

Wie beurteilt die Bundesregierung die Problematik der Erhebung der **LKW-Maut bei vermieteten LKW**, deren Mautpflicht entgegen dem Prinzip der tatsächlichen Streckennutzung beim Vermieter und nicht beim Mieter liegt, und wie will die Bundesregierung die Kontrolle durch den Mautbetreiber Toll Collect, dass Mieter zur Registrierung eines Fahrzeuges zwecks Einbau einer On-Board-Unit (OBU) berechtigt sind, sicherstellen?

Antwort der Parlamentarischen Staatssekretärin Angelika Mertens vom 13. Dezember 2004

Nach § 1 Autobahnmautgesetz für schwere Nutzfahrzeuge (ABMG) unterliegen Nutzfahrzeuge ab 12 t zulässigem Gesamtgewicht bei der Benutzung einer Bundesautobahn der Mautpflicht. Unabhängig davon, wer die mautpflichtige Fahrt durchführt, sind nach § 2 ABMG Halter, Eigentümer, Fahrer und derjenige, der über den Gebrauch des Fahrzeuges bestimmt, gesamtschuldnerisch zur Zahlung der Maut verpflichtet.

Der Mieter eines Fahrzeuges kann sich zum Zwecke der Teilnahme am automatischen System über eine auf ihn personalisierte On-Board-Unit (OBU) bei der Toll Collect GmbH als Nutzer registrieren lassen. Entsprechend der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Toll Collect GmbH ist dies möglich, wenn er als Mieter zugleich auch Halter ist.

98. Abgeordneter Wilhelm Josef Sebastian (CDU/CSU)

Wie schätzt die Bundesregierung die wirtschaftlichen **Auswirkungen dieser Probleme der LKW-Vermieter** im Bereich der Mautpflicht sowie die volkswirtschaftlichen Auswirkungen ein?

Antwort der Parlamentarischen Staatssekretärin Angelika Mertens vom 13. Dezember 2004

In den Fällen, in denen der Vermieter alle Mietfahrzeuge mit einer auf seinen Namen personalisierten OBU ausstattet, kann die Refinanzierung der zu zahlenden Maut durch geeignete vertragliche Regelungen mit dem Mieter abgesichert werden. Mit Hilfe der Fakturierung auf der Basis von Einzelfahrtennachweisen ist den Vermietern eine verursachungsgerechte Aufschlüsselung der erhobenen Maut auf die jeweiligen Fahrzeuge und gegenüber ihren Mietern möglich. Die Bundesregierung sieht deshalb keine negativen wirtschaftlichen oder volkswirtschaftlichen Auswirkungen bei der Vermietung von mautpflichtigen Nutzfahrzeugen.

99. Abgeordneter Wilhelm Josef Sebastian (CDU/CSU)

Welche **Planungen** hat die Bundesregierung, in Zukunft eine vollständig **halterunabhängige Abrechnung der LKW-Maut** über den konkreten Nutzer des Fahrzeuges technisch zu

ermöglichen, und wie beurteilt die Bundesregierung die Forderung, zukünftig die Mautpflicht dem wirtschaftlichen Nutzer des LKW und nicht dem Halter aufzuerlegen?

Antwort der Parlamentarischen Staatssekretärin Angelika Mertens vom 13. Dezember 2004

Eine halter- bzw. eigentümerunabhängige Abrechnung der Maut ist dann möglich, wenn der Mieter eines mautpflichtigen Fahrzeuges seiner Mautpflicht durch Einbuchung über das manuelle System (Mautstellenterminals oder Internet) nachkommt. Die für die Teilnahme an der automatischen Mauterhebung erforderlichen OBUs können nur einem Eigentümer oder Halter zugeordnet werden. Das bedeutet, dass OBUs, die auf das LKW-Verleihunternehmen registriert sind, aus technischen Gründen nicht ohne OBU-Wechsel und Neupersonalisierung für die Mietdauer auf den Entleiher „umgeschrieben“ werden können.

Die Bundesregierung beabsichtigt nicht, eine Änderung der nach § 2 ABMG zur Zahlung der Mautschuld Verpflichteten vorzunehmen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass durch die in § 2 ABMG angeordnete gesamtschuldnerische Haftung der Mautpflichtigen noch keine Entscheidung über die Betätigung des Auswahlmehrs des Bundesamtes für Güterverkehr bei unterbliebener Mautentrichtung im konkreten Einzelfall getroffen ist.

100. Abgeordneter Wilhelm Josef Sebastian (CDU/CSU)

Welche Planungen hat die Bundesregierung, Vermietern von mautpflichtigen LKW im Bereich der Halterhaftung **Rechtssicherheit hinsichtlich der von Mietern des LKW geschuldeten Maut** zu verschaffen, und wie will die Bundesregierung durch Zuweisung weiterer Zuordnungskriterien des Fahrzeuges bei der Mauterhebung Irrtümer, die sich etwa bei Ummeldungen oder Halterwechseln ergeben können, vermeiden?

Antwort der Parlamentarischen Staatssekretärin Angelika Mertens vom 13. Dezember 2004

Die Bundesregierung ist der Auffassung, dass der Vermieter eines mautpflichtigen Nutzfahrzeuges zahlreiche Optionen hat, das Vertragsverhältnis zwischen LKW-Verleihunternehmen und dem Mieter mit Blick auf die Mautpflicht rechtssicher zu gestalten. Im Übrigen wird auf die Antwort zu der Frage 99 verwiesen.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN Pressemitteilung Nr. 318 vom 21. 4. 2005

Mittelstandsprogramm Materialeffizienz kann starten

Anlässlich der gestrigen Freigabe der Mittel für ein Förderprogramm Materialeffizienz durch den Haushaltsausschuss erklären Werner Schulz, wirtschaftspolitischer Sprecher und Anja Hajduk, haushaltspolitische Sprecherin:

Durch die schnellere Umsetzung von Innovationen zum effizienteren Einsatz von Material können die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen in Deutschland verbessert und Arbeitsplätze geschaffen werden. Deshalb ist es gut, dass der Haushaltsausschuss gestern die Mittel für ein Beratungsprogramm für kleine und mittlere Unternehmen mit einem Volumen von 18 Millionen Euro für 2006 und 2007 freigegeben hat. Die Ausschreibung eines Projektträgers durch das Bundeswirtschaftsministerium kann jetzt beginnen.

Mit modernen Managementmethoden, bei denen die Materialflüsse in den Unternehmen genau analysiert werden, lassen sich häufig in den Unternehmen des produzierenden Gewerbes erhebliche Einsparungen bei den Materialkosten realisieren.

Die öffentliche Debatte war in der Vergangenheit auf die Reduktion der Personalkosten reduziert. Die Potentiale zur Senkung der Materialkosten, die oft bei 10 Prozent liegen, wurden bisher nicht ausgeschöpft.

Hier setzt das Impulsprogramm Materialeffizienz des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit an. Durch die gezielte Information und Beratung sollen kleine und mittlere Unternehmen dabei unterstützt werden, die Materialkosten zu senken. Neben der Beratungsförderung von KMU soll die Bildung von branchenorientierten und regionalen Unternehmensnetzwerken, die gemeinsam die Effizienz steigern wollen, eine Anschubfinanzierung erhalten.

Vor dem Hintergrund steigender Rohstoffpreise wird sich die globale Wettbewerbsposition von denen, die zuerst Effizienzinnovationen umsetzen, entscheidend verbessern. Deshalb unterstützen wir den Mittelstand in Deutschland mit diesem Programm.

Zugleich bedeutet jede Tonne weniger Materialverbrauch weniger Umweltbelastung.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 23. 3. 2005

Opposition steht gegen deutsche Interessen

Zu der massiven Ablehnung der Einigung über die Weiterentwicklung des Europäischen Stabilitäts- und Wachstumspaktes durch die deutschen Oppositionsparteien erklärt der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion, Joachim Poss:

Auch wenn die deutsche Opposition und Kritiker, wie zum Beispiel die Deutsche Bundesbank, etwas anderes herbeireden wollen:

Die in Brüssel zu Stande gekommene Einigung über die Weiterentwicklung des Europäischen Stabilitäts- und Wachstumspaktes ist gut für Deutschland, weil endlich der hohe solidarische Einsatz Deutschlands für Europa und die zentrale Politikherausforderung der Verwirklichung der Deutschen Einheit angemessen bewertet werden. Für Deutschland – wie für alle anderen europäischen Partner auch – ist endlich klargestellt, dass eine Haushaltskonsolidierungspolitik, sofern sie Konjunktur und Wachstum schädigt, auch dem Europäischen Stabilitäts- und Wachstumspakt widerspricht.

Die massive Ablehnung der europäischen Einigung zur Weiterentwicklung des Stabilitätspaktes durch die deutschen Oppositionsparteien zeugt nicht nur von ökonomischer Ignoranz, sondern ist damit auch ein Hintertreiben wichtiger deutscher Interessen.

Bei der CDU/CSU zählt eben nur noch eines: Alles Vernünftige und jeden Schritt nach vorne klein oder schlecht reden, um so vermeintlich einen parteipolitischen Vorteil zu erlangen. Patriotisch ist das mit Sicherheit nicht.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 26. 4. 2005

Hände weg von den IHKs Die SPD darf hier nicht die Axt anlegen

Zu Forderungen aus Teilen der SPD-Bundestagsfraktion, die IHK-Pflichtmitgliedschaft abzuschaffen, erklärt der 1. Stellv. Vorsitzende der Mittelstandsabgeordneten der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Ernst Hinsken MdB (CSU):

Gerade für den Mittelstand sind die IHKs als Körperschaften des Öffentlichen Rechts unverzichtbar. Die Mitgliedschaft in diesen Selbstverwaltungsgremien hat sich seit Jahrzehnten bewährt und ist eine Erfolgsgeschichte. Die IHKs leisten insbesondere bei der Beratung junger Unternehmensgründer und bei der Abnahme hunderttausender Prüfungen Vorbildliches. Zudem erbringen sie über die Außenhandelskammern Hervorragendes für die wirtschaftliche Zusammenarbeit und den Export mit anderen Ländern.

Die SPD darf hier nicht die Axt anlegen. Eine Verlagerung dieser Aufgaben auf den Staat führt nur zu mehr Bürokratie und höheren Kosten.

Bundesminister Clement kann es nicht bei einem Lippenbekenntnis belassen, sondern muss die eigenen Reihen auf Linie bringen, damit die Pflichtmitgliedschaft in den IHKs erhalten bleibt.

Nicht die Abschaffung der Pflichtmitgliedschaft ist das Gebot der Stunde, sondern das Schaffen von neuen Arbeitsplätzen. Dazu braucht der Mittelstand endlich bessere Rahmenbedingungen, um wieder investieren und neue Jobs schaffen zu können. Darauf muss sich Rot/Grün jetzt konzentrieren und nicht wieder einen neuen Feldzug gegen die Institutionen der Wirtschaft führen.

BMJ-Newsletter vom 29. 4. 2005

GmbH-Gründungen werden erleichtert

Das Bundesministerium der Justiz hat heute den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Mindestkapitals im GmbH-Recht (MindestKapG) den Ländern und Verbänden zur Stellungnahme zugeleitet. Nach dem Gesetzentwurf wird das Mindeststammkapital der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ab dem 1. Januar 2006 von derzeit 25 000 € auf 10 000 € abgesenkt.

„Durch die Absenkung des Mindeststammkapitals wird es insbesondere für Unternehmensgründerinnen und Unternehmensgründer aus dem Dienstleistungsbereich erheblich einfacher, unternehmerisch tätig zu werden. Dies erhöht die Attraktivität der Rechtsform der GmbH für den deutschen Mittelstand und stärkt den Wirtschaftsstandort Deutschland insgesamt“, sagte Bundesjustizministerin Brigitte Zypries.

Der Gesetzentwurf ist Teil des 20-Punkte Programms zur Fortsetzung der Agenda 2010, das Bundeskanzler Gerhard Schröder in seiner Regierungserklärung am 17. März 2005 vorgestellt hat. Mit diesem ersten Schritt zur Reform des GmbH-Rechts wird das Mindeststammkapital der GmbH deutlich abgesenkt. Dies geschieht auch mit Blick auf den zunehmenden Wettbewerb der Rechtsformen von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union: Die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen GmbH soll auch im europäischen Vergleich erhalten und gestärkt werden, ohne die Vorteile des deutschen GmbH-Rechts aufzugeben. Die Absenkung des Mindeststammkapitals wird flankiert durch eine verstärkte Transparenz gegenüber Dritten, insbesondere den Geschäftspartnern: Die Haftkapitalausstattung der Gesellschaft muss künftig offen gelegt werden, indem die Gesellschaft die Höhe des gezeichneten Stammkapitals auf ihren Geschäftsbriefen angibt.

In einem zweiten Gesetz wird es vor allem um die Problematik der missbräuchlichen Verwendung der GmbH in der Krise gehen. Der Schwerpunkt wird darin liegen, Verbesserungen für die sogenannten Bestattungsfälle zu schaffen, in denen die GmbH zum Schaden ihrer Gläubiger einer ordentlichen Liquidation oder Insolvenz entzogen wird. Zudem soll verhindert werden, dass Gesellschafter und Geschäftsführer sich ihrer Verantwortung entziehen, indem die GmbH entweder gar keine Geschäftsführer mehr hat oder diese nur noch im Ausland schwer erreichbar sind.

„Netzwerk GuT“

Anfragen: info@prewest.de

GuT

G 58438
GmbH

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur

Postfach 30 13 45, 53193 Bonn

Zahlen und Statistik

Statistisches Bundesamt:

Die Baufertigstellungen für Nichtwohngebäude im Jahr 2004

Der umbaute Raum der fertig gestellten neuen Nichtwohngebäude ging gegenüber dem Jahr 2003 von 178,9 Mio. m³ auf 175,2 Mio. m³ zurück (-2,1%). Dieser Rückgang spiegelt sich sowohl bei den nichtöffentlichen Bauherren (-2,1%) als auch bei den öffentlichen Bauherren (-1,8%) wider.

Neubau von Nichtwohngebäuden nach Gebäudearten und Bauherren (1000 m³ Rauminhalt)

Gebäudeart	Baufertigstellungen			
	Jahr		Veränderung 2004 gegenüber 2003	
	2004	2003	absolut	in %
Nichtwohngebäude	175 193	178 901	-3 708	- 2,1
davon:				
Anstaltsgebäude	6 642	7 017	- 375	- 5,3
Büro- und Verwaltungsgebäude	18 444	22 951	-4 507	-19,6
Landwirtschaftliche Betriebsgebäude	25 940	25 686	254	1,0
Nichtlandwirtschaftliche Betriebsgebäude	111 466	109 831	1 635	1,5
darunter:				
Fabrik- und Werkstattgebäude	36 421	37 169	- 748	- 2,0
Handels- und Lagergebäude	62 232	63 062	- 830	- 1,3
Hotels und Gaststätten	2 518	1 743	775	44,5
Sonstige Nichtwohngebäude	12 702	13 415	- 713	- 5,3
davon:				
Öffentliche Bauherren	19 277	19 638	- 361	- 1,8
Nichtöffentliche Bauherren	155 916	159 263	-3 347	- 2,1

Quelle: BAnz. v. 2. 4. 2005

Hinw. d. Red.: Die Angaben für 2003 stehen für unsere Leser bereit unter www.GuT.prewest.de/GuT1629 mit Hinw. auf frühere Zeiträume.

Bücher und Veröffentlichungen

Miet- und Pachtrecht (MietR) Ergänzbare Kommentar mit weiterführenden Vorschriften. Herausgegeben von *Claus Müller* und *Dr. Richard Walther*; bearbeitet von *Rudolf Kellendorfer*, RiAG Nürnberg, *Dr. Helmut Krenek*, VRiLG München, *Claus Müller*, VRiOLG a. D., *Thomas Spielbauer*, VPräsLG München I, *Dr. Richard Walther*, VRiOLG Nürnberg, *Axel Wetekamp*, RiAG München, und *Joachim Schneider*, RiAG Nürnberg. Berlin 2003. Loseblattwerk Stand 2005. Einschl. 5. Erg.-Lfg. 1804 Seiten, DIN A5, einschließlich Ord-

ner EUR (D) 68,-. Das Werk wird mit Folgelieferungen aufgebaut und auf dem aktuellen Stand der Entwicklung gehalten. ISBN 3-503-06665-9. Erich Schmidt Verlag, Berlin Bielefeld München.

Das Grundwerk wurde in GuT 2004, 147, die 1. und 2. Erg.-Lfg. wurden in GuT 2005, 95 vorgestellt, heute liegen die 3. bis 5. Erg.-Lfg. vor. Der Aufbau des empfehlenswerten Kommentars geht also weiter voran.

Schwerpunkte der drei Ergänzungslieferungen (Preise zwischen 34,80 EUR und 38,60 EUR) sind das Leasingrecht und der Franchisevertrag, die Kleingartenpacht und die Landpacht, die Pacht und die (Wohnraum-)Miete in weiten Bereichen. Die Überlassungsverträge, insbesondere die Miete in den betrieblichen Belangen sollten nicht in die Gefahr geraten, einen geringeren Stellenwert im Kommentar zu erhalten. Der Kommentar sollte hier Stärke zeigen, pointiert auftreten, Akzente setzen und die Chance einer neuen Zielgruppenansprache nutzen. Dies schließt selbstverständlich die Rechtsprechungs- und Literaturauswertung auch z. B. aus der GuT ein. (vS)

Kleines Lexikon der Völker Von Aborigines bis Zapoteken. Von *Harald Haarmann*, München 2004. Rd. 380 Seiten, Taschenbuch-Fomat, 14,90 EUR, ISBN 3-406-51100-7, Verlag C. H. Beck, München.

Dieses Buch enthält keinen Knigge für Akteure in der Globalisierung abdriftender Weltwirtschaftler, nennt nicht die Tiefen des Bücklings, die das weltmeisterliche Handelsexportgespräch in Antipodien nach Landessitte eröffnen sollten. Mit seinem Autor *Harald Haarmann*, von Haus aus einem Sprachwissenschaftler, der auch der Ethnologie verbunden ist, verfolgt der Verlag Beck vielmehr die Ziele jeder kulturwissenschaftlichen Forschung: Das Verstehen des Eigenen und des Anderen, den Respekt vor der Vielfalt der Schöpfung resp. Entwicklungen – zum Wohl der Völker und der Individuen, zum Wohl der Prosperität. So kann der (in Geschäften) Reisende in ersten Schritten, wie es die Lektüre eines Lexikons vermag, beginnen, sich auf das Neue einzustimmen. Auch in Deutschland (z. B. Sorben) und selbstverständlich in der Europäischen Union (z. B. Baskenland) sind die Fortwirkungen der Völkerschaften präsent. Zuwanderungen bergen zusätzliche Chancen und fordern uns auf, offen – nicht kenntnisfrei! – zu sein. Dieses preiswerte Buch bietet (unbeschadet fachwissenschaftlicher Streitpunkte) eine Grundlage zur Orientierung in der Welt des Wandels. (vS)



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