

Gewerbemiete Und Teileigentum

8–9/05

5. Jahrgang

Heft 24 · August/September 2005

S. 197–236

Erscheinungsort Bonn

Beiträge

**Deutsches Institut für Urbanistik:
Stadtmarketing heute**

K.-J. Neuhaus:

Die Umsatzmiete im gewerblichen Mietrecht

K. H. Schumann:

**Die Rechtsprechung des BGH zum Gesamtmietenprinzip
und ihre Folgen**

Gewerbemiete

Miete eines Messestands (OLG Düsseldorf)

Baubeschreibung zum Mietvertrag (BGH)

**Gewerberaummierte; unbestimmter Vertragsbeginn
(LG Braunschweig)**

**Langfristiger Mietvertrag; Schuldbeitritt
(OLG Naumburg – mit Anm. Wiek)**

Flächenabweichung vom Mietvertrag (KG)

Mietzinsanspruch im Urkundenprozess (LG Karlsruhe)

Pflichten des Mieters im Einkaufszentrum (BGH)

**Gaststättenpacht; Schönheitsreparaturen bei Rückgabe
(OLG München – mit Anm. Fellner)**

**Gaststätte; Unterbrechung der Wasserversorgung
(OLG Saarbrücken)**

Maklervertrag (BGH)

**Fortführung des Hotelbetriebs durch den
Zwangsverwalter (BGH)**

Teileigentum

**Vermietetes Teileigentum; Mietzinsanspruch nach
Beschlagnahme (BGH)**

Wettbewerb

Besteuerung

Magazin

Inhalt

Beiträge

Deutsches Institut für Urbanistik,
**Stadtmarketing heute – professioneller und
umsetzungsorientierter** 199

K.-J. Neuhaus,
Die Umsatzmiete im gewerblichen Mietrecht 200

K. H. Schumann,
**Die Rechtsprechung des BGH zum
Gesamtmietenprinzip und ihre Folgen** 201

Gewerbemiete

Miete eines Messestands; Vertragsangebotannahme
mit Änderungen; Verjährung von Mietzinsansprüchen
(OLG Düsseldorf) 205

Baubeschreibung zum Mietvertrag; Zustandekommen
des Mietvertrags; Kasernenumbau zum privaten
Miet-Schulgebäude (BGH) 206

Gewerberaumiete; Schriftform; unbestimmter
Vertragsbeginn; Vertretungsmachtbegrenzung im
Handelsregister (LG Braunschweig) 208

Langfristiger Mietvertrag; Schuldbeitritt; Schriftform
(OLG Naumburg – mit Anm. Wiek) 209

Mängel; Flächenabweichung vom Mietvertrag (KG) 211

Mietzinsanspruch im Urkundenprozess; Mängel der
Mietsache (LG Karlsruhe) 211

Instandhaltungs- und Instandsetzungspflichten des
Mieters im Einkaufszentrum; Umlage einzelner
Betriebskosten; Transparenzgebot (BGH) 213

Gaststättenpacht; Schönheitsreparaturen bei
Rückgabe; Verjährung des Ersatzanspruchs;
Verhandlungen; Anwaltshaftung und Belehrungs-
pflicht (OLG München – mit Anm. Fellner) 215

Fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs;
über Jahre hingezogener Mietzinsstreit (BGH) 217

Gewerberaumiete; Gaststätte; Zahlungsverzug;
fristlose Kündigung; Unterbrechung der
Wasserversorgung (OLG Saarbrücken) 218

Maklervertrag und Hauptvertrag;
Geschäftsgrundlage; Gebäudefertigstellung;
Mieträume für eine Tierarztpraxis (BGH) 220

Maklervertrag; Provisionsanspruch; Treuepflicht-
verletzung; positive Forderungsverletzung (BGH) 222

Makler; Provisionsanspruch; Kreditvermittlung;
Bereicherungsanspruch bei Fehlen wirksamen
Maklervertrags (BGH) 223

Zwangsverwaltung; Fortführung des Hotelbetriebs
durch den Zwangsverwalter (BGH) 224

Gerichtliches Geständnis (BGH) 227

Kurzfassungen/Leitsätze Gewerbemiete etc. 227

Teileigentum

Wohnungseigentümergeinschaft;
Teilrechtsfähigkeit; rechtsfähiger Verband
sui generis; Beschluss von Wirtschaftsplan und
Einzelwirtschaftsplan (BGH – nur Leitsatz) 229

Vermietetes Teileigentum; Mietzinsanspruch nach
Beschlagnahmeerwirkung eines Grundpfandrechts-
gläubigers; Vorausverfügung (BGH) 229

Kurzfassungen/Leitsätze Teileigentum etc. 232

Wettbewerb

Kurzfassungen/Leitsätze Wettbewerb etc. 232

Besteuerung

Kurzfassungen/Leitsätze Steuerrecht etc. 233

Magazin

Politik und Recht 235

Bücher und Veröffentlichungen 236

Bezugsänderungen für unsere Abonnenten

1. Die Freiabonnements für die Bibliotheken der Amtsgerichte und der Landgerichte werden ab Heft 25 durch eine Bildschirmversion fortgeführt. Die pdf muss hierfür beim Verlag (info@prewest.de) angefordert werden.
2. Die Sonderkonditionen des Abonnements 2005 für WM-Bezieher laufen zum 31. Dezember 2005 aus.
3. Das GuT-Abonnement 2006 kostet einheitlich 95,23 EUR (s. Impressum). Es schließt auf Anforderung die Zusendung einer Bildschirmversion ein.

Bonn, im September 2005

Herausgeber und Verlag

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 2/2005.

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.

Deutsches Institut für Urbanistik, Berlin

Stadtmarketing heute – professioneller und umsetzungsorientierter

Neue Difu-Umfrage informiert über Ziele, Erfolge und Probleme des Stadtmarketing

„Stadtmarketing“ ist inzwischen fast 20 Jahre alt: Dennoch ist die Aktualität des Themas ungebrochen – wie die Vielzahl von kommunalen Aktivitäten in diesem Handlungsfeld zeigt. In 80 Prozent aller Städte und Gemeinden mit mehr als 10 000 Einwohnern wird Stadtmarketing heute umgesetzt oder man hat bereits Erfahrungen gewonnen. In den Großstädten ist das sogar durchgängig der Fall.

Interessant sind vor allem die inhaltlichen Veränderungen, die Stadtmarketing in den letzten zehn Jahren vollzogen hat. Die Rahmenbedingungen für kommunales Handeln haben sich in dieser Zeit erheblich gewandelt: Europäisierung, knappe Finanzen, Konjunktur- und Arbeitsmarktprobleme sind einige Stichworte. Um zu prüfen, inwieweit Stadtmarketing auf diese Veränderungen der Rahmenbedingungen reagiert hat, wurde eine aktuelle Bestandsaufnahme vorgenommen, die an die Fragen der „kritischen Zwischenbilanz“ zum Stadtmarketing aus dem Jahr 1998 anschließt und Entwicklungstendenzen einbezieht.

Offensichtlich ist, dass sich Stadtmarketing inzwischen konsolidiert hat. Es ist noch weiter verbreitet als vor zehn Jahren. Auch der Begriff ist eingeführt – die Begriffsvielfalt, die es in den 1990er Jahren gab, ist weniger geworden. Dabei hat sich die „Philosophie“ des Stadtmarketing als kooperative Stadtentwicklung unter Einbeziehung vieler Partner aus Wirtschaft, Handel und Bürgerschaft weitgehend erhalten. Es gibt keine grundlegenden Veränderungen im Hinblick auf Ziele, Akteure oder Aufgabenfelder. Allerdings wird Stadtmarketing weit stärker als noch vor zehn Jahren pragmatisch und umsetzungsorientiert interpretiert. Darauf deuten beispielsweise die stärkere Einzelhandelsorientierung hin und die offensichtliche Konzentration der Aktivitäten auf die Innenstadt. Der ökonomische Anspruch oder auch die ökonomischen Erfordernisse in den meisten Projekten sind gewachsen. Vereinfacht gesagt: Oft geht es nicht mehr um den „großen Wurf“ hin zu einer ganzheitlichen und kooperativen Stadtentwicklungsplanung, sondern um die Realisierung vieler kleiner und größerer Projekte – und das teilweise sehr erfolgreich. Dabei haben Vielfalt und Unterschiedlichkeit der Stadtmarketingansätze im Detail weiter zugenommen.

Dennoch gibt es den umfassenden und integrierten Ansatz nach wie vor; jede fünfte Stadt geht so vor. Und gerade bei diesen Projekten überzeugt die Erfolgsbilanz – zumindest in der Einschätzung der Mitwirkenden. So stellt sich die Frage, ob die beschriebene Entwicklung hin zum „partiellen Stadtmarketing“ – auch aus der Erfolgsperspektive – der „richtige Weg“ ist.

Ein weiteres Ergebnis: Stadtmarketing hat sich zunehmend institutionalisiert. In rund einem Viertel aller Städte sind GmbHs die Träger des Stadtmarketing. Diese Institutionalisierung geht aber oft auch mit einer Fokussierung der Aufgaben einher, also mit der Konzentration z. B. auf Tourismus-, Standortmarketing oder City-Management.

Die Frage, die vor zehn Jahren diskutiert wurde, ob Stadtmarketing das „Dach“ aller kommunalen Aktivitäten (dies wurde von den Protagonisten etwa der „Stadtkonzeption“ vertreten) oder eher eine Ergänzung bzw. Neuausrichtung der Aktivitäten zur Attraktivitätssteigerung der Stadt darstellen sollte, hat sich inzwischen durch die Praxis weitgehend selbst beantwortet. Stadtmarketing hat eine wichtige Funktion, um kooperative Aktivitäten zu entwickeln und zu bündeln, ergänzt aber vor allem andere Maßnahmenbereiche und verantwortet selbst nur einzelne Aufgaben operativ. Somit bleibt die Herausforderung, Stadtmarketing-Maßnahmen mit anderen Aufgabenbereichen aus der Kernverwaltung, mit Aufgaben aus Beteiligungen und Kooperationsstrukturen (z. B. Stadtplanung, Wirtschaftsförderung, E-Government, Agenda-Prozesse) und mit den Aktivitäten des raumbezogenen Stadtmanagements, etwa business improvement districts (BID), Quartiersmanagement, zu verzahnen. Gerade an der Diskussion zur Schaffung von BID, also der Aufwertung von Stadtquartieren, meist (Teilräume von) Innenstädten, durch private Initiative und flankiert durch Fördermittel oder gesetzliche Rahmenseetzungen, sind die Akteure des Stadtmarketing intensiv beteiligt.

Durchgeführt wurde die Untersuchung in Kooperation mit Bundesvereinigung City- und Stadtmarketing Deutschland (bcsd) und finanziell unterstützt durch die Kaufhof Galeria AG, den Handelsverband BAG, Heinze & Partner sowie das Landesbüro Stadtmarketing Nordrhein-Westfalen.

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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



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

Die Umsatzmiete im gewerblichen Mietrecht*

1. Begriff

Umsatzmiete bedeutet die Koppelung der Miete an den vom Mieter erwirtschafteten Nettoumsatz (also ohne Umsatzsteuer). Dies ist vor allem dann sinnvoll, wenn die Parteien sich noch nicht sicher sind, wie sich ein Standort entwickeln wird, beispielsweise bei neuen Einkaufszentren. Nicht empfehlenswert sind Gewinn-Vereinbarungen, da der Mieter seinen Gewinn mehr oder weniger durch Vorziehen oder Verlagern von Betriebsausgaben steuern kann.

2. Vertragliche Vereinbarung

Die Vereinbarung einer umsatzabhängigen Miete ist grundsätzlich zulässig und zwar auch formularmäßig, da die Miete im geschäftlichen Bereich überwiegend frei vereinbart werden kann. Probleme mit § 305 c BGB wegen einer überraschenden Klausel ergeben sich normalerweise nicht, weil es sich nicht um eine Verpflichtung handelt, die dem Vertragstypus der Miete wesensfremd ist. Denn Kern der Umsatzmiete ist die Zahlung von Miete gegen Gebrauchsüberlassung der Mietsache. Dieser Kernbereich der Miete wird durch die Klausel nicht berührt, sondern nur die Höhe der Miete, die aber bis zur Grenze des Wuchers und der Sittenwidrigkeit völlig der Disposition der Parteien unterliegt. Sofern die Klausel daher nicht an einer untypischen Stelle im Vertrag „versteckt“ ist, hat sie nicht den für eine überraschende Klausel notwendigen Überraschungs- und Übertölpelungseffekt.

Hinweis: Bei einer Apotheke ist die Vereinbarung einer Umsatz- oder Gewinnmiete nach § 8 S. 2 ApothekenG unzulässig. Für den Tatbestand des § 8 S. 2 ApothekenG genügt es, dass die Parteien in ihren Vorstellungen von einem Zusammenhang zwischen der Miethöhe und dem Umsatz oder Gewinn ausgehen und dass diese Verknüpfung sich in den Vereinbarungen niederschlägt (BGH, Urt. v. 27.11.2003 – IX ZR 76/00, NJW 2004, 1523, 1524¹). Zulässig kann aber die Vereinbarung einer Umsatzpacht sein (vgl. dazu BGH, Urt. v. 22.10.1997 – XII ZR 142/95, NZM 1998, 192 f. = WuM 1999, 161 = NJW-RR 1998, 803 = MDR 1998, 94).

3. Risiken und Probleme

Die Teilnahme am wirtschaftlichen Erfolg oder Misserfolg des Mieters ist bezüglich der Rendite für den Vermieter Chance und Risiko zugleich und kann zum Bumerang werden: Existieren bei guten Einnahmen des Mieters keine vertraglichen Begrenzungen, kann die Miete schnell in den Wucher-Bereich steigen oder der Mieter wird demotiviert, da auch seine Steuerlast steigt und die Kumulation aus öffentlichen Abgaben und höherer Miete knedelnd wirkt. Das Spiegelbild ist der frustrierte Vermieter, der bei schlechter Ertragslage des Mieters ebenfalls weniger Geld sieht.

Praxistipp: Die Vereinbarung einer Umsatzmiete ohne festen Sockelbetrag (Mindestmiete) und höhenmäßige Begrenzung ist für beide Parteien ein unkalkulierbares Risiko.

Dabei sollte der monatlich zu zahlende Umsatzanteil als Vorauszahlung vereinbart werden, über die dann kalenderjährlich nach Vorlage aller maßgeblichen Unterlagen abgerechnet wird. Zur monatlichen Kontrolle kann sich der Vermieter recht einfach mit einem Blick auf den Umsatzsteuervoranmeldebescheid des Mieters behelfen. Im Vertrag ist unbedingt darauf zu achten, wann Mindestmiete und Umsatzanteil fällig werden sollen, da Letzterer naturgemäß erst im Nachhinein ermittelt werden kann. Sinnvoll, aber natürlich mit Aufwand verbunden, ist die Aufspaltung der Fälligkeit:

Mindestmiete im Voraus, Umsatzanteil bis zum 15. des Folgemonats o. Ä.

4. Umsatzermittlung

Problematisch ist oft die endgültige Ermittlung der maßgeblichen Umsätze des Mieters. Möglich ist z. B. die vertragliche Vereinbarung, dass der Mieter bis zum 15. März des Folgejahres eine Aufstellung über den Umsatz des Vorjahres vorzulegen hat. Auch ohne konkrete Vereinbarung ist der Mieter verpflichtet, dem Vermieter die zur Feststellung notwendigen Auskünfte zu erteilen und ihm *Einsicht in die Geschäftsbücher* zu gewähren (OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.3.1990 – 10 U 100/82, MDR 1990, 719 f.), allerdings nur im Rahmen der Belege, die üblicherweise geführt und aufbewahrt werden (OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.2.1990 – 10 U 112/89, NJW-RR 1990, 1098 f.). Zum Teil wird sogar die *Vorlage der Umsatzsteueranmeldung an das Finanzamt* als allein ausreichend angesehen (Sternel, III Rn. 17).

Praxistipp: Deshalb sollte im Vertrag zum einen so genau wie möglich definiert werden, was die Parteien überhaupt unter Umsatz verstehen und der Berechnung zugrunde legen wollen; zum anderen sollte geklärt werden, welche Auskunftspflichten der Mieter hat.

Denkbar ist z. B. die Knüpfung an Umsatzsteuererklärungen oder Auswertungen eines Steuerberaters. Zum Teil wird empfohlen, den Mieter eine *von einem Wirtschaftsprüfer bestellte Aufstellung* der Umsätze vorlegen zu lassen (Lindner-Figura, NZM 1999, 492, 494). Auf jeden Fall sollte geregelt werden, dass der Vermieter grundsätzlich das Recht hat, die Bücher des Mieters einzusehen. Nicht praktikabel ist die Verknüpfung mit endgültigen Steuerbescheiden, da diese oft erst 1-3 Jahre nach Ablauf des jeweiligen Steuerjahres vorliegen.

5. Vertraglich eindeutige Definition

„Umsatz“ können die Netto- oder Bruttoeinnahmen sein. Da die Umsatzsteuer bei betrieblichen Umsätzen ein durchlaufender Posten ist, werden bei fehlender vertraglicher Definition im Zweifel die Nettoeinnahmen ohne Umsatzsteuer Berechnungsgrundlage sein (a. A. Bub/Treier/v. Brunn, III. A Rn. 23: Bruttoeinnahmen einschließlich aller Steuern).

Praxistipp: Im Vertrag sollte deshalb der Begriff dahin geklärt werden, ob die Parteien die Umsatzsteuer der Berechnung zugrunde legen wollen oder nicht, da dies sonst erhebliche Einbußen für den Vermieter bewirken kann.

Bei der *Definition des Umsatzbegriffs* sollten zudem folgende Positionen bedacht und geregelt werden, indem – aus Sicht des Vermieters – der Umsatzbegriff möglichst weit gefasst wird (vgl. Lindner-Figura, NZM 1999, 493 f.):

- Skonti,
- Boni,
- Warenentnahmen,
- Retouren,

* Auszug aus dem „Handbuch der Geschäftsraummieta“, 2. Aufl. 2005, mit freundlicher Genehmigung des ZAP-Verlags, Recklinghausen. Unser Autor (vgl. bereits in GuT 2003, 163 zur Bürgschaft als Sicherheit im gewerblichen Mietrecht und in GuT 2004, 115 zum Berufsunfähigkeitsrisiko und langfristigen Gewerbemietverträgen) ist Sozium der Kanzlei „Kloth Neuhaus Rechtsanwälte und Fachanwälte – Kanzlei für Versicherungs- und Immobilienrecht“. Herr Neuhaus ist Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht sowie Versicherungsrecht, Mitglied des Fachausschusses Miet- und WEG-Recht der Rechtsanwaltskammer Hamm und Autor zahlreicher weiterer Publikationen, u. a. des Ratgebers „Geschäftsräume mieten und vermieten“ (Beck-Verlag).

1) Auch GuT 2004, 58.

- Personalrabatte,
- Kreditkartengeschäfte,
- Ratenverkäufe,
- Einkünfte aus vom Vertragszweck abweichender Tätigkeit,
- Einkünfte aus Untervermietung.

6. Klagemöglichkeiten des Vermieters

Weigert sich der Mieter, seiner Pflicht zur Rechnungslegung nachzukommen, bleibt nur die *Stufenklage*, mit der er auf Auskunft, Rechnungslegung und Zahlung in Anspruch genommen wird. Der Vermieter kann nicht direkt auf Zahlung klagen, da er die Zahlen nicht kennt. Ihm sind meistens noch nicht einmal die Unterlagen konkret bekannt, aus denen sich die Werte ergeben, so dass er auch diese mangels Individualisierung nicht in einen vollstreckbaren Antrag fassen kann. Deshalb bleibt nur der umständliche Weg über die Stufenklage nach § 254 ZPO, ggf. verbunden mit einer Leistungsklage auf Zahlung der Mindestmiete. Auch dies sollte vor Vereinbarung einer Umsatzmiete bedacht werden.

Rechtsanwalt Dr. Kay H. Schumann, Bonn

Die Rechtsprechung des BGH zum Gesamtmietenprinzip und ihre Folgen

Ist es beim Bundesgerichtshof in den letzten Jahren eher zur Seltenheit geworden, dass er mit seinen Urteilen in aller Klarheit für die Praxis relevante Streitigkeiten vom Tisch kehrt (ohne zumindest damit gleichzeitig andere Problembereiche erst zu eröffnen)¹, so verdienen die jüngsten Entscheidungen des BGH zur Mietminderung² zunächst wegen ihrer Grundsätzlichkeit zur Beendigung eines lange und leidenschaftlich geführten Streites durchaus Anerkennung. Es wird im Folgenden allerdings ebenso deutlich werden, dass die Entscheidung des BGH für das Gesamtmietenprinzip auch hier wieder neue Probleme in der Praxis schafft, die den erwünschten Fortschritt durch die nun geschaffene vermeintliche Rechtsklarheit wieder erheblich relativieren.

I. Streitstand

Bei der Berechnung einer Mietminderung stellte sich seit jeher sowohl in der Lehre als auch – und insbesondere – in der Mietrechtspraxis stets folgende Frage: Minderung gerechnet auf Grundlage der Gesamtmiete oder der Kaltmiete?

Über diese Frage wurde in der Tat bereits viel gestritten und der Streit hat zu einer Vielzahl von Lösungsansätzen geführt, ohne dass sich in der amts- oder obergerichtlichen Rechtsprechung eine klare Tendenz zu einem der verschiedenen Lösungsansätze gefunden hätte. In der Zusammenschau lässt sich der Streitstand wie folgt grob darstellen:

Teilweise wird die Mietminderung grundsätzlich nur nach dem Maßstab der Kalt- oder *Nettomiete*, also der Miete ohne Nebenkosten, errechnet.³ Nach der wohl überkommenen h. M. wird die Mietminderung aus der *Bruttomiete*, also der Miete einschließlich aller Nebenkosten, abgeleitet.⁴ Neben diesen Extrempositionen sind noch drei weitere Ansätze zu Tage getreten. So wird teilweise auch von der sog. *Bruttokaltmiete*, also der Miete einschließlich der Nebenkosten und *exklusive* der Heizkosten, ausgegangen;⁵ die wohl differenzierteste – und stark vertretene – Auffassung will nur dann solche Nebenkosten für die jeweilige Mietminderung für relevant halten, wenn die mit der jeweiligen Nebenkostenposition abgeholte Nebenleistung durch den fraglichen Mangel auch tatsächlich beeinträchtigt wird.⁶ Vereinzelt⁷ wird schließlich

7. Sonstiges

Allein aus der Vereinbarung einer Umsatzmiete entsteht noch *keine Betriebspflicht des Mieters* (h.M., vgl. Nachweise bei Bub/Treier/v. Brunn, III. A Rn. 22). Der Mieter ist also ohne gesonderte Vereinbarung nicht verpflichtet, seinen Betrieb weiter zu führen. Es kann auch nicht vom Mieter verlangt werden, dass er einen möglichst hohen Umsatz oder Gewinn erwirtschaftet, da diese Bereiche schon wegen der Berufsfreiheit nicht durch andere erzwingbar sein dürfen (und es aus unternehmerischer Sicht praktisch auch nicht sind). Stellt der Mieter seinen Betrieb ein, so muss er trotz fehlenden Umsatzes einen Betrag wie bei „normaler“ Nutzung zahlen, wenn die Nichtnutzung bewusst erfolgt und von ihm zu vertreten ist.

Hinweis: Die Vereinbarung und praktische Handhabung einer Umsatzmiete ist aufwendig und kompliziert. Sie trägt nicht unbedingt zu einfachen Abläufen bei und sollte deshalb erst nach sorgfältiger Prüfung des Einzelfalls vereinbart werden.

die Ansicht vertreten, das Gericht solle selbst im Rahmen seines Schätzungsermessens nach § 287 ZPO sowohl die Brutto- wie auch die Nettomiete zur Grundlage der Minderung erklären können, je nach erkannter Angemessenheit im Einzelfall.

II. Die Entscheidung des BGH zum Gesamtmietenprinzip

Der BGH hat nunmehr⁸ festgestellt, dass im Falle der Mietminderung auf die *Gesamtmiete* abzustellen sei. Diese Ansicht wurde vom zunächst entscheidenden Zwölften Senat ausführlich begründet, was mit Blick auf die seit langem sehr ausdifferenzierten Meinungen auch angemessen ist. Dabei stützt der BGH seine Ansicht explizit auf systematische, teleologische und nicht zuletzt (wen mag es überraschen?) auf „rechtspraktische Gesichtspunkte“⁹.

- 1) Man denke allein an das „Regenrinnen-Urteil“ BGH WuM 2004, 290 = NZM 2004, 417.
- 2) BGH WuM 2005, 384 ff. = GuT 2005, 166; diese Entscheidung ist von dem hierfür zuständigen XII. Zivilsenat zunächst für das Gewerbemietrecht ergangen. Wie es zu erwarten stand, ist ihm mittlerweile auch der für das Wohnungsmietrecht zuständige VIII. Senat mit einfachem Hinweis auf die Entscheidung des XII. Senates gefolgt, UrT. v. 20.07.2005 - VIII ZR 347/04, 5 f., WuM 2005, 573.
- 3) OLG Koblenz ZMR 2002, 744 = WuM 2002, 577; LG Berlin WuM 1998, 28; Lammel BGB § 536 Rn. 58.
- 4) OLG Frankfurt a.M. WuM 1986, 19; OLG Hamburg UrT. v. 18.08.1993 (Az. 4 U 23/93); OLG Düsseldorf WuM 1994, 324; OLG Hamm OLGR 1996, 76 f.; LG Köln WuM 1997, 45; LG Saarbrücken NZM 1999, 757; KG WuM 2004, 17 (vgl. aber Fn. 5); Schmidt-Futterer-Eisenschmid § 536 Rn. 324; Kokemüller WuM 1999, 201; Sternel WuM 2002, 244; ders., Mietrecht aktuell Rn. 410; Börstinghaus/Eisenschmid, Arbeitskommentar Mietrecht, S. 46 (zu § 536); Lützenkirchen, Anwaltshandbuch Mietrecht F/103.
- 5) KG 8. ZS GE 2002, 930; LG Hamburg WuM 1990, 148; WuM 1991, 90.
- 6) OLG Düsseldorf WuM 1994, 324; Blank/Börstinghaus, Neues Mietrecht, BGB § 536 Rn. 6; Bub/Treier/Kraemer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete Rn. III B 1365; Erman-Jendrek, § 537 Rn. 21; MüKo-Voelksow § 537 Rn. 12; Palandt-Weidenkaff § 536 Rn. 33; Soergel-Heintzmann § 537 Rn. 40.
- 7) Emmerich, Miete § 536 Rn. 32.
- 8) BGH WuM 2005, 384 ff.
- 9) BGH WuM 2005, 385.

Betrachten wir nun zunächst seine einzelnen Argumente, bevor wir uns mit den praktischen Folgen seiner Rechtsprechung näher auseinandersetzen:

1) Die Systematik

Das Gericht führt zunächst an, dass der Gesetzgeber selbst in § 556 BGB klargestellt habe, dass über Betriebskosten Vereinbarungen zwischen den Mietparteien getroffen werden können. Da § 556 BGB im Unterkapitel „Vereinbarungen über die Miete“ loziert sei, seien Betriebskosten zumindest gesetzsystematisch zur Miete zu zählen.

Dies ist kaum von der Hand zu weisen und wurde auch zuvor stets von den Verfechtern des Gesamtmietenprinzips angeführt.¹⁰ In der Tat ist dies ein gewichtiges Argument, denn § 556 BGB regelt nicht nur in Abs. 1 überhaupt die Frage, auf welcher Grundlage bestimmte Betriebskosten zum Gegenstand der Vereinbarung gemacht werden können, sondern in Abs. 2 zudem, ob diese Betriebskosten als abzurechnende Vorauszahlungsbeträge oder als Pauschalen vertraglich vereinbart werden können. Dagegen spricht freilich auch nicht die Figur der sog. *Inklusivmiete*. Diese musste in § 556 BGB keinen Eingang finden, da in diesen Konstellationen der Vermieter die von ihm zu tragenden Betriebskosten im Wege antezipierter Kostenschätzung direkt auf den Mietpreis anrechnet und dem Mieter so eine Mietzinszahlung abverlangt, über die eine einzelne isolierte Vereinbarung i. S. d. § 556 BGB überhaupt nicht mehr notwendig ist. Hier finden die Betriebskosten ebenso Niederschlag im Mietzins wie beispielsweise die Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen, sollten diese nicht auf den Mieter abgewälzt worden sein. Nicht umsonst dürfte es der bisher allgemeinen Meinung entsprechen, wenn zumindest für den Fall der Inklusivmiete die Betriebskosten mit zur Miete gezahlt werden.¹¹ Doch darf hierbei nicht übersehen werden, dass im Falle der Inklusivmiete die Betriebskosten im Verhältnis zwischen den Mietparteien an sich überhaupt nicht existieren, da jede punktuelle Feststellung einzelner Betriebskostenpositionen für den Mieter nicht möglich ist und diese lediglich die abstrakte Grundlage der Mietpreisberechnung des Vermieters sind. Eine Notwendigkeit zur (zumindest formalen) Differenzierung zwischen Mietzins (*als Entgelt für die rein körperliche Nutzungsüberlassung der Mietsache*) und Betriebskosten (*als Entgelt für Nebenleistungen des Vermieters*) besteht in diesem Fall also ohnehin nicht, sie wäre vielmehr sinnlos.

2) Die Teleologie / das Äquivalenzprinzip

Weiter führt der BGH das *Äquivalenzprinzip* als tragende schuldrechtliche Säule des Mietvertrages an, welches im Falle der Minderung Platz greife.¹² Bei Mangelbehaftetheit der Mietsache werde gerade durch die Mietminderung die auf Seiten des Vermieters anzusedelnde Störung des Verhältnisses zwischen der Bereitstellung einer vertragsgemäß nutzbaren Sache und der Entrichtung des Mietzinses als mieterseitiges Entgelt hierfür ausgeglichen. Zu der vertraglich bestimmten Vermieterleistung gehöre nicht nur die rein körperliche Überlassung der Mietsache, sondern daneben auch die Versorgung mit Energie, Wasser und die Entsorgung im Rahmen der Nutzung anfallenden Mülls. Diese Nebenleistungen ließen sich, so der BGH, nicht in eine Fülle isolierter Einzelleistungen zerlegen, die „gleichsam um die Raumüberlassung herumgruppiert“ seien. Daher sei im Sinne Sternels¹³ insgesamt von einer komplexen Leistung auszugehen.

Nun kann dagegen in der Tat eingewandt werden, dass in der Regel (bei Vorauszahlungen) über die Nebenkosten später abgerechnet wird. Die Höhe der zu bezahlenden Betriebskosten bestimmt sich jedoch nicht nach der Parteivereinbarung, sondern wird regelmäßig durch Dritte (Müllgebühren, Grundsteuer, Versicherung, etc.) oder durch die Verursachung der Kosten durch den Mieter selbst (Wasser, Heizung, Strom, etc.) festgelegt. In diesem Zusammenhang kommt es zwischen

den Mietvertragsparteien allerdings oft zu Streitigkeiten, wenn der Mieter mit der Abrechnung der Betriebskosten nicht einverstanden ist. Gerade in diesem Falle zeigt sich jedoch, dass der Annahme des BGH, dass hier ein undurchdringliches Gesamtkonstrukt von Einzelleistungen vorliege, nicht ohne weiteres beigeprüft werden kann. Wird über Betriebskosten am Jahresende abgerechnet, so hat diese Abrechnung nachvollziehbar jede Einzelleistung aufzuzeigen und ist durch geeignete Unterlagen überprüfbar zu machen. Daher wird im Einzelfall äußerst selten über die Gesamtheit „Nebenkostenabrechnung“ gestritten, sondern vielmehr über ihre einzelnen Positionen, deren Erbringung, Kostenanfall oder Wirtschaftlichkeit Kern des Interesses bilden. Es wird im Streitfall daher doch in der Tat das vom BGH gesponnene Gesamtkonstrukt aufgespalten in isolierte Einzelleistungen, die klar von der Hauptleistung „Raumüberlassung“ getrennt werden können. Damit scheint zunächst die Argumentation des BGH, soweit er sich hier auf das Äquivalenzprinzip beruft, bedenklich.

Bei genauerer Betrachtung können diese Bedenken jedoch zerstreut werden. Auch im Streit über einzelne Positionen der Betriebskostenabrechnung wird letztlich im Kern doch über nichts anderes gestritten als über die Frage, ob die in Frage gestellte Kostenposition entweder zur vertragsgemäßen Nutzung der Mietsache durch den Mieter zählt (Umlegbarkeit) oder diese Leistung zur Sicherstellung der vertragsgemäßen Nutzung dem Grunde nach oder in der abgerechneten Höhe überhaupt notwendig war (Wirtschaftlichkeit). Damit wird im Falle der Auseinandersetzung über die Betriebskostenabrechnung in der Regel über nichts anderes gestritten als über die Frage, ob die angefallenen Betriebskosten sich nach Anfall und Höhe in der vertragsgemäßen Nutzung der Mietsache wiederfinden oder nicht. Damit ist jedoch festzustellen, dass auch die jährliche Abrechnung der Betriebskosten letztlich nichts anderes ist als die Herstellung der Überprüfbarkeit der Einhaltung des Äquivalenzprinzips: waren über die Vorauszahlungsbeträge hinaus Betriebskosten angefallen, liegt eine Störung dieses Verhältnisses auf Seiten des Mieters vor, was zur Nachzahlungsverpflichtung führt. Übersteigt der Vorauszahlungsbetrag die Höhe der tatsächlich erbrachten Nebenleistungen, findet ein Ausgleich des dann auf Vermieterseite liegenden Ungleichgewichtes der vertraglich notwendigen Äquivalenz über die Auskehrung des entsprechenden Guthabens statt.

Es kann dem BGH also darin zugestimmt werden, dass auch die Betriebskosten in ihrer Gesamtheit unmittelbarer Bestandteil des äquivalenten Vertragssystems sind. Es hat sich aber allerdings auch gezeigt, dass der BGH bei zutreffendem Ergebnis mit seiner Begründung, dass die Betriebskosten untrennbar zusammen mit der Raumüberlassung als unentwirrbare Gesamtleistung zu charakterisieren seien, etwas zu kurz gegriffen hat.

3) Vermeidung von Wertungswidersprüchen?

Weiterhin weist der BGH darauf hin, dass es zu Wertungswidersprüchen führen würde, würde man die Betriebskosten getrennt von der Miete behandeln, wenn nach § 536 BGB der Mieter vollständig von der Entrichtung der Miete befreit sei, solange die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch aufgehoben sei. Er führt hierzu weiter die h.M. an, dass in diesem Falle der Mieter auch keine Nebenkosten vor auszahlen müsse.¹⁴ Er begründet sodann die widersprüchliche Wertung im Falle der isolierten Betrachtung der Be-

10) Vgl. nur Schmidt-Futterer-Eisenschmid § 536 Rn. 329 mwN.

11) Schmidt-Futterer-Eisenschmid § 536 Rn. 329.

12) BGH WuM 2005, 386.

13) Das Gericht zitiert hier (zutreffend) Stempel WuM 2002, 244 (246); vgl. auch Stempel Mietrecht aktuell Rn. 411.

14) Stempel WuM 2002, 244 (246); Staudinger/Emmerich § 536 Rn. 54.

triebskosten damit, dass es kaum verständlich wäre, bei geringerer Nutzungsbeeinträchtigung die Nebenkosten nicht ebenfalls entsprechend hinabzusetzen. Dieser Gedanke greift jedoch zu kurz, wenn er auch letztlich zum richtigen Ergebnis führt. Es ist kein logischer Zwang erkennbar, von der Freistellung jeglicher Zahlung des Mieters bei 100%iger Nutzungsaufhebung darauf zu schließen, dass bei nur gradueller Nutzungsbeeinträchtigung der Mieter hier eine geminderte Mietzahlung (im engen Sinne) und eine entsprechend geminderte Betriebskostenzahlung zu erbringen habe. Auch der Wortlaut des Gesetzes, auf den der BGH sich hier beruft, lässt diesen Schluss nur unter Betrachtung etwaiger Wertungswidersprüche nicht zu. Im Falle der 100%igen Nutzungsaufhebung ist der Mieter schlechterdings daran gehindert, die Mietsache auch nur im Ansatz vertragsgemäß zu nutzen. Erbringt der Vermieter dennoch Nebenleistungen, so kommen diese dem Mieter nicht mehr zu Gute, da die Hauptleistung bereits gänzlich ausgeschlossen ist.

Es besteht also kein Grund dazu, allein durch diesen Umstand darauf zu schließen, dass die Betriebskosten mit zur Miete gehören, denn bei 100%iger Nutzungsaufhebung wäre der Mieter wie gezeigt ohnehin nicht zur Zahlung der Betriebskosten verpflichtet. Es steht somit weiter die Frage im Raume, inwieweit der Mieter bei nur gradueller Nutzungsbeeinträchtigung (zumindest geminderte) Betriebskosten zu zahlen hat. Hier hilft bei seiner Sichtweise auch der vom BGH herangezogene Vergleich des § 536 Abs. 1 S. 1 und § 536 Abs. 1 S. 2 BGB wenig weiter. Es bleibt hiernach dennoch die Möglichkeit bestehen, je nach Mangel nach der jeweiligen Betriebskostenart zu differenzieren, da ein einzelner Mangel der Mietsache grundsätzlich die auf die intakten Teile der Mietsache erbrachten Nebenleistungen des Vermieters nicht tangiert.

Vielmehr erklärt sich das vom BGH gefundene Ergebnis aus dem bereits angesprochenen *Äquivalenzprinzip*: Sofern über einzelne Betriebskostenpositionen noch nicht abgerechnet worden ist oder eine Pauschale vereinbart wurde, so steht im Falle eines Mangels überhaupt nicht fest, welche Nebenleistungen des Vermieters erbracht wurden und in welcher Höhe diese angefallen sind. Hier ist in der üblichen Konstellation der Betriebskostenvorauszahlung diese als Gesamtzahlung auf ein in der Tat noch nicht weiter aufteilbares Gesamtpaket von Nebenleistungen zu betrachten, welches alle Nebenleistungen abdeckt, die zu 100% die 100%ige Nutzbarkeit der Mietsache sicherstellen. In diesem Falle ist es also durchaus angemessen, die Störung der Äquivalenz auf Seiten des Vermieters zu dessen Lasten ebenfalls auf die Betriebskostenvorauszahlungen auszudehnen. Klarer gesprochen: soweit die Mietsache beeinträchtigt ist, kann das Bündel aller Nebenleistungen auch nur in diesem Maße auf den Mieter umgelegt werden.

Für den Fall der Betriebskostenpauschale ergibt sich dies aus o.g. Gründen daher von selbst.

4) Das „Missbrauchs“-Argument

Weiter macht der BGH deutlich, dass nur bei Zugrundelegung des Gesamtmietenprinzips ein einheitlicher Maßstab für alle Arten von Betriebskostenzahlungen erreicht werden könne. Durch geschicktes Vereinbaren einer Pauschale oder von Vorauszahlungen könnte sonst der Vermieter die Minderung

zum Nachteil der Mieter beeinflussen. Dies sei aber gerade vom Gesetzgeber in § 536 Abs. 4 BGB zu verhindern versucht worden.¹⁵

Dieser Ansatz des BGH stößt jedoch auf große Bedenken. In der Tat hat zwar der Gesetzgeber mit § 536 Abs. 4 BGB festgeschrieben, dass für Wohnraummietverhältnisse eine Vereinbarung unwirksam ist, wenn diese von den Regelungen des § 536 Abs. 1 bis 3 BGB zum Nachteil des Mieters abweicht. Dadurch ist aber keineswegs klargestellt, inwiefern die Betriebskosten mit zur Miete gehören. Eine solche Argumentation allerdings setzt ihr Ergebnis bereits voraus: eine vertragliche Vereinbarung dergestalt, dass der Vermieter eine sehr niedrige Grundmiete und eine sehr hohe Betriebskostenvorauszahlung bestimmt, ist nur in dem Falle eine zum Nachteil des Mieters führende Vereinbarung, wenn bereits feststeht, dass die Betriebskosten nicht zur Grundlage der Minderung gehören. Es stellt sich sogar in diesem Falle die (m.E. zu verneinende) Frage, ob selbst dann die Vereinbarung eines solchen Konstruktes den Mieter benachteiligt. Gehören die Betriebskosten nämlich nicht zur „Miete“, so wird doch durch Vereinbarung eines geringen Grundmietzins das Minderungsrecht des Mieters in keiner Weise eingeschränkt, sondern höchstens betragsmäßig beeinflusst; dies wiederum ist allerdings eine zulässige Ausübung der Vertragsfreiheit der Parteien.

Sollte der Vermieter diese Konstruktion natürlich wählen, weil er dem Mieter die Mangelfreiheit der Mietsache vortäuscht, ist zwar klar ein Missbrauchsfall gegeben. Hier kann der Mieter aber sein Heil nicht in der Mietminderung finden, sondern in einem echten (und weitergehenden!) Schadensersatzanspruch.

5) Die Absage an die vermittelnden Lösungen

Der BGH erteilt sodann aufgrund seiner o.g. Erwägungen den vermittelnden Lösungen eine Absage.

Zunächst entzieht er der Ansicht das Wort, welche die Nettomiete zur Grundlage nimmt und nur dann die Minderung von Betriebskosten in Betracht zieht, wenn der Mangel einen Bereich der Vermieterleistung betrifft, für den Betriebskosten zu leisten sind. Zur Begründung führt das Gericht allerdings nicht nur pauschal die bereits genannten Argumente an, sondern beruft sich primär auf rechtspraktische Gründe. Den Mieter würde im Streitfalle, insbesondere, wenn die Nebenkosten im Vertrag nicht aufgeschlüsselt sind, ein erheblicher Darlegungsaufwand treffen. Dagegen spreche daher die gesetzgeberische Intention, mit der Mietrechtsreform das Streitpotential zu verringern und einen Beitrag zur Entlastung der Gerichte zu leisten.

Der Haupteinwand gegen diese Argumentation liegt klar auf der Hand. Welche dogmatische Grundlage kann ein Argument der Rechtsprechung für sich beanspruchen, welches sich auf die Umstände der prozessualen Geltendmachung eines Anspruches und auf den mit einem ganzen Gesetzesreformpaket zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers zur Entlastung der Gerichte bezieht? Es ist kein Grund erkennbar, warum aufgrund dessen gerade die Betriebskosten mit zur Miete gezählt werden müssen oder eben nicht. Hätte der Gesetzgeber hier Streitpotential wirklich wirksam vermeiden wollen, hätte er eine klare Definition der Miete in das Gesetz aufnehmen müssen. Dies hat er bewusst nicht getan. Es ist daher kein Grund erkennbar, von der augenscheinlichen Mühe, die der Mieter bei der Berechnung der Minderung nach der differenzierenden Auffassung hat, den Schluss zu ziehen, dass allein aus Vereinfachungsgründen in der Praxis der Begriff der Miete umfassend zu definieren sei. Dass eine Differenzierung im Allgemeinen zu zutreffenden Ergeb-

¹⁵⁾ BGH WuM 2005, 385.

Bezugsänderungen für unsere Abonnenten

Beachten Sie dazu bitte den Kasten
auf Seite 198 (im Inhaltsverzeichnis)

nissen führen kann, jedoch in Einzelfällen Schwierigkeiten bereitet, ist für die Jurisprudenz noch kein Grund, ihr eine allgemeingültige Absage zu erteilen.

Allerdings ist dem BGH dahingehend zuzustimmen, dass der Ansicht, der Richter habe es im Einzelfalle selbst in der Hand, welcher Maßstab anzuwenden sei, nicht gefolgt werden kann. Im Gegensatz zu den vom BGH angeführten Mühen des Mieters in der Praxis bei Anwendung der o.g. differenzierenden Lösung wäre hier die Mühe des Mieters bei der Rechtsverfolgung zwar zunächst gering, die Konsequenz wäre allerdings völlige Rechtsunsicherheit. Eine solche ist in der Tat nur dort hinnehmbar, wo das Gesetz (bewusst) keinen Ansatz zur Interpretation mehr zulässt und das Ergebnis völlig offen bleibt. Gerade doch bei der hier pressierenden Frage des Maßstabes der Mietminderung hatte tatsächlich eine Art „Partikularrechtsprechung“ Platz gegriffen und sich selbst (wie jeder Praktiker bestätigen kann) innerhalb einzelner Landgerichtssprengel häufig keine einheitliche Linie gebildet. Es ist in der Tat kaum hinnehmbar, wenn mietrechtliche Fachbücher für den Praktiker bei der Frage nach dem Maßstab der Mietminderung dem Rechtanwender letztlich nur den guten Rat an die Hand geben können, man möge sich an der ortsüblichen Rechtsprechung orientieren.¹⁶

III. Fazit und kritischer Blick in die Zukunft

Vorstehende Auseinandersetzung mit der jüngsten Rechtsprechung des BGH hat gezeigt, dass das Gericht sich hier zum Teil sehr kritisch zu würdigender Argumente bedient hat, um zum Ergebnis des Gesamtmietenprinzips zu kommen. Vor allem unter dem Gesichtspunkt der Systematik und unter Zugrundelegung allgemeiner schuldrechtlicher Prinzipien ist der Entscheidung im Ergebnis allerdings durchaus zuzustimmen. Insbesondere begrüßenswert ist die mit der Entscheidung verbundene Aufhebung der regional zum Teil äußerst unterschiedlichen Rechtsprechung der Instanzgerichte und der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit für Mieter und Vermieter. Dennoch darf nicht übersehen werden, dass mit dieser Entscheidung für die Zukunft nicht alle praktischen Probleme im Minderungsfalle aus der Welt geschafft worden sind.

Gemeint ist hier insbesondere die nachträgliche Geldendmachung einer Mietminderung nach bereicherungsrechtlichen Regeln (beispielsweise bei nachträglicher Offenbarung einer zu geringen Grundfläche des Raumes). In solchen Fällen stellt sich die Frage der Auswirkungen des Gesamtmietenprinzips auf die Berechnung des Bereicherungsanspruches bei Betriebskostenvorauszahlungen, über die bereits abschließend abgerechnet wurde. Unter Zugrundelegung des Gesamtmietenprinzips darf hier nicht der Fehler begangen werden, einfach im Nachhinein den Rückzahlungsanspruch des Mieters an der „monatlichen“ Gesamtmiete (also Grundmiete plus Nebenkostenvorauszahlung) zu begründen. Vielmehr wird das Augenmerk auch auf das Ergebnis der Betriebskostenabrechnung zu richten sein. Dies ergibt sich aus den o.g. Überlegungen zum Äquivalenzprinzip. Steht mit der Abrechnung der Betriebskosten die Gesamtheit dieser Kosten erst endgültig fest, so kann auch für den Abrechnungszeitraum sodann die *tatsächliche* Gesamtmiete ermittelt werden. Errechnete sich ein Guthaben des Mieters, so wird dieses Guthaben zunächst von der Summe der Vorauszahlungen für den fraglichen Abrechnungszeitraum abzuziehen und auf den so ermittelten Restwert die Minderungsquote anzuwenden sein. Im Falle einer geleisteten Nachzahlung wird diese entsprechend auf Grundmiete und Summe der Vorauszahlungen hinzuaddieren sein.¹⁷

Sehr problematisch wird ebenfalls im Falle der Wahl von Betriebskostenvorauszahlungen die Erstellung einer entsprechenden Abrechnung für den Vermieter. Mindert der Mieter von der Gesamtmiete sei es für den gesamten oder insbesondere für nur einen Teil des jeweiligen Abrechnungszeit-

raumes oder mindert er sogar aufgrund verschiedener Nutzungsbeeinträchtigungen zu unterschiedlichen Zeiten zu unterschiedlichen Minderungsquoten (überspitzt: im Januar wegen schadhafter Heizung um 90%, im März/April wegen Feuchtigkeitsschäden um 20%, im Oktober/November wegen massiver Zugerscheinungen um 15% und im Dezember für den halben Monat wegen Baulärms um 5%), so wird der Vermieter bei der Erstellung der jährlichen Nebenkostenabrechnung vor dem großen Problem stehen, wie er die einzelnen geminderten Betriebskostenvorauszahlungen zur Grundlage der Gesamtabrechnung machen kann, um eine inhaltlich zutreffende und formal zulässige Nebenkostenabrechnung zu erstellen. Gerade hier birgt das Gesamtmietenprinzip ein Streitpotential, das für die Zukunft nicht zu unterschätzen ist. Zur Entschärfung dieses Problems dürfte sich in Zukunft vielleicht der gute Rat von Eisenschmid¹⁸ durchsetzen, die Minderung bei vereinbarten Betriebskostenvorauszahlungen zunächst allein auf Basis der Grundmiete durchzuführen und erst bei Übersteigen des Minderungsbetrages über die Grundmiete die Betriebskostenvorauszahlungen in die Minderung mit einzu beziehen; sofern die Vorauszahlungen sodann von der Minderung betroffen sind, sollte dieser geminderte Vorauszahlungsanteil als fiktive Zahlung in der Betriebskostenabrechnung angerechnet werden.

Ob eine wesentliche Verbesserung durch die höchstgerichtliche Einführung des Gesamtmietenprinzips also tatsächlich zu verzeichnen ist, bleibt freilich abzuwarten, ist aber aus o.g. Gründen eher zweifelhaft.

16) So beispielsweise Lützenkirchen, AnwaltsHandbuch Mietrecht, F/104. Dabei ist herauszustreichen, dass dieser Hinweis hier nicht kritisiert werden soll! Es blieb bis zur vorliegenden Entscheidung des BGH keine andere Alternative übrig.

17) A. A. Sternel, Mietrecht aktuell Rn. 411; sofern dieser allerdings seine Bedenken gegen eine „Nachberechnung“ des Mietzinses nach der Betriebskostenabrechnung mit dem weiteren Hinweis auf § 552 a. F. zu stützen versucht, da der Abrechnungssaldo letztlich nicht als „laufender Mietzins“ anzusehen sei, so muss hierauf entgegnet werden, dass § 536 einen solchen ja auch nicht voraussetzt. Will man die Betriebskosten mit zur Miete rechnen – und dies vornehmlich aufgrund des Äquivalenzprinzips –, so sollten hierzu auch sämtliche Betriebskosten – mithin also auch das Ergebnis der Abrechnung – gezahlt werden. Eine weitere Differenzierung zwischen laufenden Vorauszahlungen und dem jährlichen Abrechnungssaldo lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen.

18) Börstinghaus/Eisenschmid MietPrax-AK § 536, S. 51.

Vorläufiges Register Jahrgang 2004

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

GuF-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

Gewerbemiete

§§ 150, 196 a. F., 535 BGB

Miete eines Messestands; Vertragsangebotannahme mit Änderungen; Verjährung von Mietzinsansprüchen

1. Ob eine Annahmeerklärung Änderungen enthält, ist durch Auslegung zu ermitteln. Ergibt diese, dass der Annehmende notfalls auch mit den angebotenen Bedingungen einverstanden ist (hier: Zuweisung eines Messe-Kopfstandes anstelle des bestellten Blockstandes), greift § 150 Abs. 2 BGB nicht ein.

2. Bei einem vermieteten Messestand handelt es sich nicht um eine bewegliche Sache, so dass für Mietzinsansprüche eine vierjährige Verjährung gilt.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.11.2004 – I-10 U 65/04)

Aus den Gründen: I. Das Landgericht [Düsseldorf] hat die Beklagten zu Recht zur Zahlung der geltend gemachten Messestand-Miete nebst Kosten für Mahnungen und Registerauskunft verurteilt. Die Beurteilung der zur Entscheidung gestellten Ansprüche lässt – bis auf die Zinshöhe – keine Rechtsfehler erkennen.

1. Ohne Erfolg bleiben die Angriffe der Berufung gegen die Annahme eines wirksamen Vertragsschlusses zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1).

Zutreffend hat das Landgericht das unter dem 5. 7.1995 seitens der Beklagten zu 1) ausgefüllte und unterzeichnete Anmeldeformular als Angebot auf Abschluss eines Mietvertrages über einen Messestand in der von der Klägerin betriebenen Messehalle angesehen. Dem können die Beklagten nicht entgegenhalten, dass dieses Angebot erst nach Anmeldeabschluss abgegeben worden und daher als unverbindliche Anfrage zu werten sei. Eine solche Auslegung hätte nicht nur dem seinerzeitigen Willen der Beklagten zu 1) widersprochen, sondern wäre auch für die Klägerin nicht in diesem Sinne zu verstehen gewesen. Auch führt die Unstimmigkeit in den Angaben zur Größe des gewünschten Messestandes nicht zu der Annahme, das Angebot der Beklagten zu 1) sei wegen Widersprüchlichkeit nicht annahmefähig gewesen. Das Landgericht hat zutreffend darauf abgestellt, dass aus der maßgeblichen Sicht der Klägerin davon auszugehen war, dass allein die Flächenangabe von 120 qm zutreffend sein konnte. Bezeichnenderweise ist seitens der Beklagten zu 1) der entsprechenden Zuweisung eines 120 qm großen Standes auch nicht widersprochen worden.

Gleichfalls zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass das Angebot der Beklagten zu 1) durch die Klägerin mit Schreiben vom 31.10.1995 angenommen worden ist. Aus der Zuweisung eines Kopfstandes anstelle des bestellten Blockstandes kann nicht – wie die Berufung meint – gefolgert werden, es handele sich um eine Annahme unter Abänderungen, die nach § 150 Abs. 2 BGB als neuer Antrag gilt. Ob eine Annahmeerklärung Änderungen enthält, ist durch Auslegung zu ermitteln. Ergibt diese, dass der Annehmende notfalls auch mit den angebotenen Bedingungen einverstanden ist, greift § 150 Abs. 2 BGB nicht ein (vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, 62. Aufl., § 150 Rn. 2). Bei Auslegung der Anmeldung vom 5. 7.1995 ergibt sich, dass die Beklagte zu 1) sich damit einverstanden erklärt hat, nötigenfalls auch einen anderen – gleichwertigen – Messestand zugewiesen zu erhalten. Sie hat durch Unterschriftsleistung ihrer Vertreter anerkannt, dass ein Anspruch auf eine bestimmte Standart nicht bestehe. Diese – unter anderem sogar in niederländischer Sprache verfasste – vorformulierte Klausel steht unmittelbar im Anschluss an die Erklärung zu den gewünschten Flächen und

ist entgegen der Auffassung der Berufung nicht unwirksam nach dem AGBG. Sie verstößt weder gegen das Transparenzgebot noch benachteiligt sie die Beklagte zu 1) unangemessen oder widerspricht wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen. Auf die zutreffenden Gründe des angefochtenen Urteils kann insoweit zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden.

2. Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass es nicht darauf ankommt, ob die Beklagte zu 1) letztlich an der Messe teilgenommen und den angemieteten Messestand genutzt hat.

Die Beklagte zu 1) hat sich nicht wirksam vom Vertrag gelöst. Die Beklagten haben erstinstanzlich in ihrer Klageerwiderung vorgetragen, der Klägerin nach Erhalt ihres Schreibens vom 31.10.1995 telefonisch mitgeteilt zu haben, dass sie wegen der Abweichung des zugewiesenen Standplatzes vom bestellten nicht mehr bereit gewesen seien, an der Messe teilzunehmen. Näher substantiiert und unter Beweis gestellt haben sie diesen Vortrag jedoch nicht. Vorgelegt haben sie ausschließlich ihr Schreiben vom 12.1.1996. Dieses konnte das Vertragsverhältnis jedoch nicht wirksam beenden. Ein Rücktritt war nach Nr. 12 der Teilnahmebedingungen ausgeschlossen, die – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – aufgrund der ausdrücklichen Einbeziehung- und Anerkennungserklärung im Anmeldeformular wirksam in den Vertrag einbezogen worden sind. Ein außerordentliches gesetzliches Kündigungsrecht des für eine bestimmte Zeit (Messedauer) geschlossenen Mietvertrages war jedenfalls verwirkt. Der Beklagten zu 1) war der Messestand bereits mit Schreiben vom 31.10.1995 zugewiesen und mit Rechnung vom 20.11.1995 berechnet worden. Unter diesen Umständen verstößt es gegen Treu und Glauben, wenn die Beklagte zu 1) bis kurz vor Messebeginn am 20.1.1996 zuwartet, um die Beschaffenheit des Messestandes zu rügen und sich vom Vertrag zu lösen. Dieser allgemeine Gedanke findet auch in Nr. 8 der Teilnahmebedingungen der Klägerin ausdrücklich und für die Beklagten zu 1) klar erkennbar seinen Niederschlag.

3. Die Beurteilung der Ansprüche auf Zahlung des Werbekostenbeitrages sowie der Kosten der Mahnung sowie Handelsregisterauskunft werden nicht näher beanstandet und lassen keine Rechtsfehler erkennen.

4. Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass den klageweise geltend gemachten Forderungen die von den Beklagten erhobene Verjährungseinrede nicht entgegensteht.

Ohne Erfolg versucht die Berufung zu begründen, dass die fraglichen Forderungen der zweijährigen Verjährungsfrist des § 196 Abs. 1 Ziff. 6 BGB a. F. unterfallen. Bei dem vermieteten Messestand handelt es sich nicht um eine bewegliche Sache. Vermietet war ein abgegrenzter Teil des mit dem Grundstück fest verbundenen Hallenbodens, nicht dagegen ein aufgebauter, mit dem Boden nicht fest verbundener Messestand. Der Teil des Hallenbodens ist Bestandteil des Gebäudes und damit zugleich ein Bestandteil des Grundstücks. Dem steht nicht entgegen, dass die gemietete Teilfläche durch entsprechende, nur für die Messe aufgebrauchte Markierungen eingegrenzt wurde. Hierdurch verliert die innerhalb der Markierung liegende, gemietete Bodenfläche nicht die Eigenschaft, wesentlicher Bestandteil des Gebäudes und damit des Grundstücks zu sein.

Das Landgericht ist damit zu Recht von der Geltung einer vierjährigen Verjährungsfrist ausgegangen, die – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – noch nicht abgelaufen ist. Diese gilt auch für die geltend gemachten Nebenan-

sprüche, da für diese die Verjährungsfrist des Hauptanspruchs gilt, die jedoch erst mit der Entstehung des Schadens zu laufen beginnt (vgl. Palandt-Heinrichs, a. a. O., § 286 Rn. 4).

II. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

§ 138 ZPO

Baubeschreibung zum Mietvertrag; Zustandekommen des Mietvertrags; Kasernenumbau zum privaten Miet-Schulgebäude

Zur den Anforderungen an die Darlegungslast einer Mietvertragspartei, die sich darauf beruft, eine im Mietvertrag in Bezug genommene Baubeschreibung habe der anderen Mietvertragspartei vor Vertragsschluß vorgelegen.

(BGH, Urteil vom 15. 6. 2005 – XII ZR 82/02)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, verlangt vom Beklagten, einem eingetragenen Verein, Mietzins aus einem gewerblichen Mietverhältnis für die Zeit vom 1. Januar 1999 bis 31. August 2000 zuzüglich Zinsen. Der Beklagte begehrt widerklagend die Feststellung, daß zwischen den Parteien sowie zwischen den beiden Gesellschaftern der Klägerin – Susan H. und Klaus M. – und dem Beklagten kein Mietvertrag geschlossen worden sei.

Die Parteien haben unter dem 25. März 1997 einen Mietvertrag samt Zusatzvereinbarung unterschrieben, wonach der beklagte Verein von der Klägerin zum 1. August 1997 auf die Dauer von 15 Jahren ein ehemaliges Kasernengelände zum Betrieb einer M.-Schule anmietete. Zur Höhe des Mietzinses heißt es in § 4 Abs. 1 des Mietvertrages:

„§ 4 Mietzins, Kautions (1) Der monatliche Mietzins beträgt für das Schulgebäude DM 15,-/qm, für die Außenanlagen DM 1,15/qm und für die Parkplätze á DM 30,- monatlich. Sollte sich der von der Regierung von N. als förderfähig anerkannte Mietzins ändern, werden die Vertragsparteien den Mietzins neu verhandeln.“

Bei der der Mietzinsermittlung zugrundezulegenden Flächenberechnung werden nur staatlicherseits geförderte Flächen einbezogen; nicht geförderte Flächen bleiben außer Ansatz.“

Der Gesellschafter der Klägerin Klaus M. hatte der Regierung von N. mit Schreiben vom 20. Januar 1997 ein Sanierungskonzept vom 3. Januar 1997 für das Mietobjekt vorgelegt. Daraufhin hatte die Regierung mit Schreiben an den Beklagten vom 27. Februar 1997 als ortsübliche und damit förderfähige Miete Beträge genannt, die mit den in § 4 Abs. 1 des Mietvertrages bezeichneten übereinstimmen.

Nach der Präambel des Mietvertrages sollte die Klägerin das Kasernengebäude funktionsgerecht umbauen bzw. sanieren, um dem Beklagten ein den spezifischen Anforderungen einer Schule gerecht werdendes Objekt zur Verfügung zu stellen. In § 1 Abs. 3 des Mietvertrages heißt es, daß Ausführung und Ausstattung des Schulgebäudes, die schulspezifischen Anforderungen entsprechen müßten, sich aus den dem Vertrag als Bestandteile beigefügten Bau- und Ausstattungsbeschreibungen ergäben. Nach § 9 des Mietvertrages sollte das Mietobjekt gemäß der Bau- und Ausstattungsbeschreibungen erstellt werden und Abweichungen hiervon nur zulässig sein, wenn sie aus technischen Gründen oder wegen behördlicher Anordnungen notwendig seien. Dem Vertrag selbst war eine Beschreibung nicht beigefügt. Unstreitig ist die in den genannten Bestimmungen angesprochene Beschreibung nicht in der Zustands- und Planungsbeschreibung (Sanierungskonzept) vom 3. Januar 1997 zu sehen, die Klaus M. der Regie-

rung von N. im Januar 1997 vorgelegt hat. Nach Vortrag der Klägerin handelt es sich vielmehr um eine undatierte „Baubeschreibung, Ausstattungsbeschreibung“, die handschriftlich mit „Anlage zum Mietvertrag M.“ überschrieben ist und von der der Beklagte behauptet, daß er sie erst am 23. September 1998 erhalten habe. Der Beklagte hat Mitte September 1997 die Räume bezogen und bis Ende 1998 die Miete bezahlt. Ab Mai 1998 machte er zahlreiche Mängel geltend. Mit Schreiben vom 30. August 1999 hat die Regierung die ortsübliche und damit förderfähige Miete auf 9 DM/qm für das Schulgebäude und auf 2 DM/qm für die Kellerräume, soweit überhaupt nutzbar, reduziert, weil wesentliche Teile des Sanierungskonzepts vom 3. Januar 1997 nicht umgesetzt worden seien. Der Beklagte kündigte mit Schreiben vom 2. November 1999 das Mietverhältnis fristlos, weil die Klägerin die Mängel nicht beseitigt habe. Die Klägerin kündigte ihrerseits wegen rückständiger Zahlungen am 18. Dezember 2000 fristlos. Der Beklagte hat das Schulgebäude am 25. Juli 2001 geräumt.

Das Landgericht Passau hat den Beklagten verurteilt, an die beiden Gesellschafter der Klägerin, die erstinstanzlich als solche den Klageanspruch geltend machten, für die Zeit vom Januar 1999 bis August 2000 den geforderten Mietzins von 408 420,60 DM nebst Zinsen zu bezahlen. Die Widerklage der Beklagten auf Feststellung, daß zwischen den Parteien kein Mietverhältnis über das Mietobjekt geschlossen worden sei, hat es abgewiesen. Das Berufungsgericht [OLG München] hat auf die Berufung des Beklagten, nachdem in der Berufungsinstanz an die Stelle der beiden Gesellschafter ausdrücklich die GbR selbst als Klägerin getreten war, durch Teilurteil das Endurteil des Landgerichts aufgehoben, soweit es die Widerklage abgewiesen hat; auf Antrag des Beklagten hat es weiter festgestellt, daß weder zwischen der Klägerin und dem Beklagten noch zwischen Susan H. und Klaus M. auf der einen und dem Beklagten auf der anderen Seite ein Mietvertrag über das Mietobjekt geschlossen worden sei. Gegen dieses Urteil richtet sich die vom Senat angenommene Revision der Klägerin, mit der sie die Abweisung der Zwischenfeststellungswiderklage erstrebt.

Aus den Gründen: Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, zur Abweisung der Widerklage als unzulässig, soweit der Beklagte die Feststellung begehrt, daß zwischen ihm und Susan H. und Klaus M. kein Mietvertrag geschlossen worden sei, und im übrigen zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

I. Das Berufungsgericht hält die Feststellungswiderklage für zulässig und begründet. Am 25. März 1997 sei ein Mietvertrag weder zwischen den Parteien noch zwischen dem Beklagten und Susan H. und Klaus M. zustande gekommen. Denn die Parteien hätten sich über den Sollzustand der Mietsache einigen wollen. Dies ergebe sich aus der Vertragsurkunde, nach der die Parteien den von der Klägerin geschuldeten Zustand des Gebäudes in einer Bau- und Ausstattungsbeschreibung festlegen wollten. Dies sei jedoch tatsächlich nicht geschehen. Zwar verweise der Mietvertrag auf eine „beigefügte“ Bau- und Ausstattungsbeschreibung. Die Klägerin habe jedoch nicht hinreichend substantiiert vorgetragen, um welche Beschreibung es sich insoweit handeln solle. Offen bleibe nach dem Vortrag der Beklagten, wann welche Beschreibung von dem Architekturbüro Me. fertiggestellt worden sei und welches Exemplar dem Beklagten vor dem 25. März 1997 übergeben worden sein soll und welche verhandelnden Personen für die vertragschließenden Parteien Erklärungen ausdrücklich oder konkludent abgegeben haben sollen, daß eine bestimmte Beschreibung von nun an bindend sein solle. Die von der Klägerin vorgelegte undatierte Beschreibung weise nach dem Vortrag des Beklagten eine weit- aus geringere Ausbaugüte auf als die Beschreibung vom

3. Januar 1997, die der Regierung von N. zur Prüfung der Förderfähigkeit vorgelegt worden sei. Es liege daher nicht nahe, daß der Beklagte die undatierte Beschreibung ohne jede Erläuterung und Besprechung der Abweichungen hingenommen habe. Solche Erläuterungen gegenüber den früheren Vorstandsmitgliedern des Beklagten lege die Klägerin aber nicht dar. Mangels konkreten Vortrags seien die angebotenen Zeugen nicht zu vernehmen. Erst durch die Vernehmung könne klargestellt werden, wann welche Beschreibung vom Architekturbüro erstellt worden sei, um dann den Weg dieses Papiers zu verfolgen. Der Beklagte hingegen habe hinreichend dargetan, erst am 23. September 1998 in den Besitz der Beschreibung gekommen zu sein.

Die Parteien seien auch nicht überein gekommen, sich trotz fehlender Einigung über den Sollzustand mietvertraglich zu binden. Auch lasse die tatsächliche Übernahme des Objekts, die folgende Nutzung und der Beginn der Mängelrügen im Mai 1998 durchaus die Auslegung zu, daß erst vorläufig der Gebrauch überlassen worden sei, um den Schulbetrieb zu ermöglichen und die Verhandlungen über den Sollzustand des Mietobjekts ohne Druck zu Ende zu führen. Dieser Sollzustand des Mietobjekts lasse sich angesichts der unterschiedlichen Qualität der jeweiligen Ausstattungen, die im Sanierungskonzept vom 3. Januar 1997 bzw. in der undatierten Bau- und Ausstattungsbeschreibung vorgesehen seien, nicht durch ergänzende Vertragsauslegung bestimmen. Vielmehr liege ein offener Einigungsmangel im Sinne von § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB vor.

Ein konkludenter Vertragsschluß sei zu verneinen. Die Entwicklung der Vertragsverhandlungen, der Vertragsschluß mit Regelungslücke vom 25. März 1997 und die weitere Entwicklung bis zum 23. September 1998 lasse es auch nach den Darlegungen der Klägerin nicht zu, auf einen eindeutigen Geschäftswillen der Parteien zu schließen.

II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Die Zwischenfeststellungswiderklage ist unzulässig, soweit der Beklagte gegenüber der Klägerin die Feststellung begehrt, daß zwischen ihm und Susan H. sowie Klaus M. kein Mietvertrag über das streitgegenständliche Mietobjekt geschlossen worden sei. Dies ist bereits deswegen der Fall, weil der Antrag des Beklagten entgegen § 256 Abs. 2 ZPO nicht auf die Feststellung eines Rechtsverhältnisses zielt. Der Antrag ist nicht dahin umzudeuten, daß die Feststellung begehrt werde, zwischen den genannten Personen habe kein Mietverhältnis bestanden. Ein solcher Antrag wäre allerdings auf die Feststellung eines Rechtsverhältnisses gerichtet. Dennoch wäre er unzulässig. Zwar kann Gegenstand einer Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO auch ein Rechtsverhältnis sein, das zwischen einer Partei und einem Dritten besteht (vgl. BGH Beschluß vom 7. November 1997 – BLw 26/97 – FamRZ 1998, 226). Voraussetzung der Zulässigkeit ist jedoch, daß dieses Rechtsverhältnis für die Entscheidung der Hauptsache präjudiziell ist. Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Vielmehr ist es für die Entscheidung der Hauptsache ohne Bedeutung, ob zwischen dem Beklagten und den nicht am Rechtsstreit beteiligten Personen Susan H. und Klaus M. ein Mietverhältnis bestand. Die Zwischenfeststellungswiderklage des Beklagten ist daher insoweit als unzulässig abzuweisen.

Im übrigen ist die Zwischenfeststellungswiderklage zulässig. Zwar ist der Feststellungsantrag des Beklagten an sich unzulässig. Für das Vorliegen eines Mietverhältnisses ist nämlich der Abschluß eines Mietvertrages nur eine bloße Vorfrage, die nicht zum Gegenstand einer Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO gemacht werden kann, da es sich insoweit nicht um ein Rechtsverhältnis handelt. Jedoch ist der an sich unzulässige Antrag des Beklagten hier in einen

zulässigen Antrag dahin umzudeuten, daß die Feststellung begehrt werde, zwischen den Parteien habe über das streitgegenständliche Objekt kein Mietverhältnis bestanden (vgl. Senatsurteil vom 29. September 1999 – XII ZR 313/98 – NJW 2000, 354, 356).

2. Zutreffend ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß nach der Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Vertrag im Zweifel nicht geschlossen ist, solange die Parteien sich noch nicht über alle Punkte geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll. Doch liegen die Voraussetzungen hierfür nicht vor.

a) Verfahrensfehlerhaft ist bereits die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin habe nicht hinreichend dargelegt, daß sich die Parteien über die Geltung einer bestimmten Baubeschreibung geeinigt hätten. Insoweit hat das Berufungsgericht die Anforderungen an die Darlegungslast verfahrensfehlerhaft verkannt.

Die Klägerin hat behauptet, daß im Mietvertrag auf die genannte undatierte Bau- und Ausstattungsbeschreibung Bezug genommen und daß diese dem ehemaligen Vorstand des Beklagten als Vertragsgrundlage bekannt gewesen sei. Dies hat die Klägerin durch die Vernehmung von Zeugen, darunter auch die ehemaligen Vorstandsmitglieder der Beklagten, die den Mietvertrag vom 25. März 1997 unterschrieben haben, unter Beweis gestellt. Die Klägerin hat weiter vorgetragen, daß die genannte Bau- und Ausstattungsbeschreibung vor dem Mietvertragsschluß (25. März 1997) durch das Architekturbüro Me. fertiggestellt und der Beklagtenseite auch vor dem 25. März 1997 übergeben worden sei. Auch dies hat die Klägerin durch die Vernehmung von Zeugen, darunter ehemalige Vorstandsmitglieder der Beklagten, unter Beweis gestellt.

Damit hat die Klägerin – im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts – ausreichend dargelegt, daß dem Beklagten ein Exemplar der von ihr im Rechtsstreit vorgelegten Bau- und Ausstattungsbeschreibung vor dem 25. März 1997 übergeben worden ist.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist Sachvortrag dann schlüssig und damit erheblich, wenn er Tatsachen beinhaltet, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht oder die geltend gemachte Verbindlichkeit als entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten, die den Zeitpunkt und Ablauf bestimmter Ereignisse betreffen, ist nicht erforderlich, soweit diese Einzelheiten für die Rechtslage nicht von Bedeutung sind (vgl. Senatsurteil vom 27. August 2003 – XII ZR 300/01 – NJW 2003, 3339, 3341).

Diesen Anforderungen genügen die Behauptungen der Klägerin. Wenn die genannte Beschreibung dem Beklagten vor dem 25. März 1997 vorlag, so ist sie, wie sich aus dem Wortlaut des Vertrags vom 25. März 1997 in Verbindung mit der genannten Beschreibung ergibt, auch Bestandteil des Vertrages und damit verbindlich geworden. Die Klägerin hat auch hinreichend dargelegt, daß es sich dabei um die von ihr in Abschrift überreichte undatierte Baubeschreibung handelt. Denn unstreitig verweist der Vertrag nicht auf die Beschreibung vom 3. Januar 1997. Das Vorhandensein einer dritten Bau- und Ausstattungsbeschreibung wird von keiner Partei behauptet. Auf die Frage, wann genau vor dem 25. März 1997 die Bau- und Ausstattungsbeschreibung im Architekturbüro erstellt worden ist, kommt es ebensowenig an, wie auf die genaue Art und Weise, wie die Beschreibung vor der Vertragsunterzeichnung in den Besitz des Beklagten gelangt ist. Schließlich brauchte die Klägerin für die Substantiierung ihres Vortrages nicht darzulegen, warum und gegebenenfalls aufgrund welcher Erläuterungen die Vorstandsmitglieder des Beklagten eine Minderung in der Qualität der Ausstattung des Gebäudes im Vergleich zur Beschreibung vom 3. Januar 1997

akzeptiert haben. Vielmehr spielt der Umstand, daß es wenig wahrscheinlich ist, daß die Vorstandsmitglieder des Beklagten eine solche Qualitätsminderung ohne weiteres hingenommen haben, erst bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Zeugenaussagen eine Rolle. Das Berufungsgericht hätte daher die angebotenen Zeugen vernehmen müssen.

b) Aber selbst wenn die Klägerin eine Einigung der Parteien über eine bestimmte Bau- und Ausstattungsbeschreibung nicht hinreichend dargelegt hätte, hätte das Berufungsgericht – wie die Revision zu Recht rügt – nicht annehmen dürfen, daß wegen eines offenen Einigungsmangels nach § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Mietvertrag zwischen den Parteien nicht zustande gekommen sei.

Zutreffend und von der Revision nicht beanstandet geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, daß sich die Parteien über die Ausstattung des Gebäudes in Form einer genauen Bau- und Ausstattungsbeschreibung einigen wollten. Das Oberlandesgericht übersieht jedoch, daß die Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB, derzufolge ein Vertrag im Zweifel nicht geschlossen ist, solange die Parteien sich noch nicht über alle Punkte geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, angesichts der feststehenden Umstände der tatsächlichen Durchführung des Vertrages hier nicht anwendbar ist (vgl. Senatsurteil vom 29. September 1999 a. a. O. 356). Die Vertragsparteien sahen den Vertrag nämlich als abgeschlossen an und setzten ihn in Vollzug: Der Beklagte benutzte die Gebäude als Schule und entrichtete den Mietzins. Der Beklagte machte Mängelrügen geltend. Wie den Kündigungsschreiben beider Parteien zu entnehmen ist, betrachteten sie den Vertrag als kündbar und nicht etwa als nicht geschlossen. Wie der Beklagte in der Berufungsbegründung vorträgt, sind beide Parteien auch noch während des Rechtsstreits lange Zeit davon ausgegangen, daß sie wirksam einen Mietvertrag abgeschlossen haben. Auch die salvatorische Klausel des § 15 Abs. 4 des Mietvertrages, wonach im Falle der Unwirksamkeit einer seiner Bestimmungen der übrige Vertrag unberührt bleiben und eine dem Sinne und der wirtschaftlichen Bedeutung nach möglichst nahe kommende andere Bestimmung an die Stelle der unwirksamen Bestimmung treten soll, spricht für den Willen der Vertragsparteien, das Zustandekommen des Vertrages nicht vom Vorliegen einer speziellen Bau- und Ausstattungsbeschreibung abhängig zu machen. Hinzu kommt, daß nach den Bestimmungen des Vertrages die Klägerin dem Beklagten auch in diesem Fall einen Bauzustand schuldet, der den spezifischen Anforderungen einer M.-Schule gerecht wurde und der die staatliche Förderfähigkeit des vereinbarten Mietzinses aufwies. Zur Konkretisierung dieser Verpflichtung der Klägerin hätte dann im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung auf die der Regierung von N. vorgelegte Beschreibung vom 3. Januar 1997 zurückgegriffen werden können. Die Nichteinhaltung des dort beschriebenen Standards würde Gewährleistungsansprüche des Beklagten auslösen (§§ 536 ff. BGB a. F.).

4. Für den Fall der Nichtexistenz der im Mietvertrag in Bezug genommenen Bau- und Ausstattungsbeschreibung wäre der Mietvertrag auch nicht gemäß §§ 125 Satz 2, 127 BGB formunwirksam. Zwar wäre es denkbar, daß die Parteien mit der Bezeichnung einer Anlage als „wesentlicher Bestandteil“ deren Beifügung zum Vertrag als gewillkürte Form im Sinne des § 127 BGB a. F. vereinbaren und die Wirksamkeit des Vertrages von deren Einhaltung abhängig machen wollten (vgl. Senatsurteil vom 7. Juli 1999 – XII ZR 15/97 – NJW 1999, 3257, 3258 [= WuM 1999, 698]). Nichts spricht jedoch dafür, daß dies hier der Fall war. Vielmehr folgt das Gegenteil daraus, daß die Parteien den Vertrag tatsächlich durchgeführt haben und daß nach der salvatorischen Klausel des § 15 Abs. 4 des Mietvertrages die vertragliche Bindung durch die Un-

wirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen nicht beeinträchtigt werden sollte.

5. Im weiteren Verfahren wird das Oberlandesgericht allerdings zu prüfen haben, ob die vom Beklagten erklärte Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB), weil die Klägerin angeblich von Anfang an nicht beabsichtigt habe, das Mietobjekt in einen förderungsfähigen Zustand zu versetzen, durchgreift und der Mietvertrag zwischen den Parteien somit unwirksam ist.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 550, 542, 580a, 242 BGB; § 15 HGB
Gewerberaummiete; Schriftform;
unbestimmter Vertragsbeginn
Vertretungsmachtbegrenzung im Handelsregister**

Es ist ein Mangel der Schriftform des Mietvertrags, wenn der Beginn des Mietverhältnisses an Umstände knüpft, die eine über einjährige Zeitspanne umfassen können.

Ein Mangel der Schriftform ist gegeben, wenn eine Partei nicht hinreichend bei der Unterschriftsleistung vertreten ist und sich die unzureichende Vertretungsmacht des Unterschreibenden aus dem Handelsregister ersehen lässt.

Die Berufung auf den Schriftformmangel auch nach jahrelanger unbeanstandeter Vertragsdurchführung ist grundsätzlich nicht treuwidrig.

(LG Braunschweig, Urteil vom 7. 7. 2005 – 2 O 487/05 (058))

Zum Sachverhalt: Mit Mietvertrag vom 18./20. 10. 2000 mietete die Klägerin von Herrn W. ein Ladenlokal mit Nebenräumen im Haus. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses wurden die Mieträume im Grundriss noch verändert. Die endgültige Grundrissplanung wurde mit Schreiben vom 11. 12. 2000 übermittelt.

Gemäß § 4 des Mietvertrages sollte das Mietverhältnis 10 Jahre bestehen, beginnend ab Übergabe, spätestens am 30. 6. 2002. Die tatsächliche Übergabe erfolgte am 15. 3. 2001.

Auf Seiten der Klägerin unterzeichnete den Mietvertrag Herr B., dem entsprechend der Eintragung im Handelsregister nur Gesamtprokura erteilt worden war und der die Klägerin deshalb lediglich gemeinschaftlich mit einem Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin oder mit einem anderen Prokuristen vertreten konnte.

Das Mietobjekt wurde später von Herrn W. an den Beklagten übereignet.

Mit Schreiben vom 30. 9. 2004 kündigte die Klägerin das Mietverhältnis zum 31. 3. 2005.

Die Klägerin meint, die im Hinblick auf die Vereinbarung der Mietdauer für den Vertrag erforderliche Schriftform sei wegen Unbestimmtheit des Objektes, mangelnder Erkennbarkeit der Vertragsdauer und fehlender Unterschrift weiterer Vertretungsberechtigter Personen nicht eingehalten worden. Sie beantragt festzustellen, dass das Mietverhältnis zwischen ihr und dem Beklagten vom 18./20. Oktober 2000 über das Ladenlokal [...] in W. zum 31. 3. 2005 endet.

Der Beklagte meint, die Berufung auf mangelnde Schriftform sei sittenwidrig.

Aus den Gründen: Die Klage ist begründet.

Aufgrund der Kündigung vom 30. 9. 2004 wurde das Mietverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist gem. § 580 a Abs. 2 BGB wirksam gem. § 542 Abs. 1 BGB zum 31. 3. 2005 beendet. Eine solche sogenannte ordentliche Kündigung vor Ablauf der vereinbarten Mietdauer war hier auch möglich, weil die Mietdauer von 10 Jahren entgegen den §§ 550, 578 BGB nicht wirksam vereinbart wurde. Wird ein Mietvertrag

für längere Zeit als ein Jahr abgeschlossen, bedarf dies der schriftlichen Form; wird die Schriftform nicht eingehalten, gilt der Vertrag als für unbestimmte Zeit abgeschlossen. Letzteres ist hier der Fall.

Grundsätzlich unterliegt der gesamte Vertragsinhalt der Form. Mindestinhalt sind insoweit die wesentlichen Bedingungen eines Mietvertrages, in jedem Falle die Vertragsparteien, Mietgegenstand, Mietpreis und Mietdauer (vergl. etwa Palandt-Weidenkaff, BGB, 64. Aufl., § 550 Rdnr. 10). Hier ergibt sich der Mangel der Schriftform bereits daraus, dass sich die Mietdauer nicht hinreichend konkret dem Mietvertrag entnehmen lässt. Vereinbart wurde in § 4 Abs. 1 des Mietvertrages eine Mietdauer von 10 Jahren, wobei das Mietverhältnis mit der Übergabe des Mietobjektes, spätestens aber am 30. 9. 2002 beginnen sollte. Da sich der Zeitpunkt der Übergabe selbst dem Mietvertrag nicht entnehmen lässt, kann allein anhand des Mietvertrages die Dauer des Mietverhältnisses nicht berechnet werden. Dies steht dem Einhalten der Schriftform jedenfalls dann entgegen, wenn – wie hier – das Ausmaß der so entstehenden Unsicherheit über dasjenige Maß hinausgeht, welches nach Sinn und Zweck der Norm noch hinzunehmen ist. Der Normzweck des § 550 BGB besteht darin, den Grundstückserwerber, der gemäß den §§ 566, 578 BGB in das mit dem Veräußerer als Vermieter abgeschlossene Mietverhältnis eintritt, zu schützen und über die Laufzeit des Vertrages ausreichend zu informieren. Aufgrund des in § 4 Abs. 1 des Vertrages nur ungenau definierten Mietzeitbeginns ergibt sich hier für den Erwerber eine mögliche zeitliche Spanne vom 20. 10. 2000, also dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses, bis zum 30. 6. 2002. Ohne genaue Kenntnis des Übergabezeitpunktes sieht sich der Erwerber also der Möglichkeit eines noch 20 Monate länger oder kürzer währenden Mietverhältnisses ausgesetzt. Der Normzweck des § 550 BGB greift aber bereits bei einer Mietdauer von über einem Jahr, d. h. das Gesetz hält Unklarheiten hinsichtlich der Dauer des Mietverhältnisses lediglich dann für hinnehmbar, wenn diese sich auf einen Zeitraum von weniger als 12 Monaten beziehen. Dies ist hier nach dem Gesagten nicht der Fall.

Weiter ergibt sich ein Mangel der Schriftform auch daraus, dass Herr B., der für die Klägerin unterzeichnete, nicht über Einzel-, sondern lediglich über Gesamtprokura verfügte, so dass die Unterschrift wenigstens einer weiteren vertretungsberechtigten Person erforderlich gewesen wäre. Es handelt sich hierbei nicht um einen Fall des Handelns eines Vertreters ohne Vertretungsmacht, so dass kein Problem des Einhaltens der Schriftform bestünde, sondern lediglich eine Genehmigung gem. § 177 Abs. 1 BGB erforderlich wäre. Zwar ergibt sich aus dem Mietvertrag selbst nicht, dass Herr B. für sich lediglich Gesamt- und keine Einzelprokura in Anspruch nehmen wollte, doch wurde das Ausmaß der ihm erteilten Vertretungsberechtigung im Handelsregister eingetragen, so dass sie der Beklagte gem. § 15 Abs. 2 S. 1 HGB gegen sich gelten lassen muss. Die Eintragung der Gesamtprokura steht damit ihrer Bekanntgabe gleich. Das Verhalten des Herrn B. bei Unterzeichnung des Mietvertrages ist also so zu verstehen, dass er lediglich im Rahmen der Gesamtprokura und folglich nicht unter Überschreitung der ihm erteilten Vertretungsmacht handeln wollte. Damit ergibt sich unter dem Gesichtspunkt der Schriftform das Erfordernis der Unterzeichnung durch weitere vertretungsberechtigte Personen, an der es hier ebenfalls fehlt.

Die Berufung auf den Formmangel durch die Klägerin widerspricht auch nicht den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Für ein arglistiges Verhalten der Klägerin, also etwa dafür, den Formmangel zielgerichtet verursacht zu haben, um sich hinterher hierauf berufen zu können, bestehen keine Anhaltspunkte. Der Umstand allein, dass die Klägerin maßgeblich an der Vertragsgestaltung beteiligt war, genügt nicht, um ihr Verhalten als treuwidrig erscheinen zu lassen.

Auch die jahrelange unbeanstandete Durchführung des Vertrages hindert die vorzeitige Kündigung unter Inanspruchnahme des ordentlichen Kündigungsrechtes nicht und macht diese nicht treuwidrig (vergl. dazu Palandt-Heinrichs, BGB, 64. Aufl., § 125 Rdnr. 27 m.w.N.). Anderenfalls würde die Bestimmung des § 550 BGB auch weitgehend leer laufen.

Mitgeteilt von RA Dr. Leo, RAe Görg, Köln

§§ 550, 125 BGB

Langfristiger Mietvertrag; Schuldbeitritt; Schriftform

Bei einem Mietvertrag für längere Zeit als 1 Jahr unterliegt der Schuldbeitritt dem Schriftformerfordernis des § 550 BGB. Mangelt es dem Schuldbeitritt an dieser Form, ist er unwirksam.

(OLG Naumburg, Urteil vom 1. 3. 2005 – 9 U 111/04)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten über restlichen Mietzins in – rechnerisch – unstreitiger Höhe von 24 308,03 € für die Monate April, Mai, September und Dezember 2002 und Februar, März, Mai, Juni, Juli und August 2003.

Zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1. bestand ein Mietvertrag. Der Beklagte zu 1. hat das Mietobjekt an die Beklagte zu 2. untervermietet, deren Geschäftsführer er ist. Gegenüber dem Beklagten zu 1. erging über die streitige Forderung ein – rechtskräftiges – Versäumnisurteil des LG Halle vom 30. 4. 2004.

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte zu 2. gegenüber der Klägerin einen Schuldbeitritt erklärt hat, nachdem sich der Beklagte zu 1. mit der Zahlung des Mietzinses im Verzug befand. Unstreitig richtete die Beklagte zu 2. mit Datum vom 5. 2. 2003 zwei Daueraufträge bei der D.-Bank ein. Der eine Dauerauftrag betraf den monatlich laufend zu zahlenden Mietzins (2530,67 €), der zweite Dauerauftrag betraf ratenweise Zahlungen in Höhe von monatlich 500,- € auf einen bestehenden Mietzinsrückstand. Ebenfalls mit Datum vom 5. 2. 2003 richtete die Beklagte zu 2. ein Schreiben an die Klägerin, in dem es u. a. heißt:

„Bezug nehmend auf das vorhin geführte Telefonat möchte ich Ihnen mitteilen, dass ab dem Monat April 2003 ein Dauerauftrag für die Mietzahlung eingerichtet wurde. Des Weiteren haben wir zur Abtragung der bisher angelaufenen Mietschulden einen weiteren Dauerauftrag in Höhe von 500,00 Euro eingerichtet, welcher zusammen mit der Miete an Sie ausgelöst werden soll.“

Dem Schreiben voraus ging am selben Tag ein Telefonat zwischen einer Mitarbeiterin der Beklagten zu 2. Frau St. (die Unterzeichnerin des Schreibens) und dem Prokuristen der Klägerin R. Der Inhalt des Telefonats ist streitig.

Das Landgericht Halle [Urteil vom 14. 9. 2004 – 12 O 2/04] hat die Beklagte zu 2. gesamtschuldnerisch neben dem Beklagten zu 1. zur Zahlung des restlichen Mietzinses verurteilt. Das Landgericht hat zur Begründung ausgeführt, dass die Beklagte zu 2. mit dem Schreiben vom 5. 2. 2003 einen

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

Schuldbeitritt erklärt habe und somit neben dem Beklagten zu 1. als Gesamtschuldner für laufenden und rückständigen Mietzins hafte. Bedenken gegen die formelle Wirksamkeit des Schuldbeitritts bestünden nicht. Der Schuldbeitritt sei – unabhängig von der für den Mietvertrag geltenden Regelung des § 566 BGB a. F. bzw. §§ 578 Abs. 2, 550 BGB n. F. – formlos wirksam.

Aus den Gründen: II. Das Rechtsmittel hat in vollem Umfang Erfolg. Der Klägerin steht gegenüber der Beklagten zu 2. kein Anspruch auf Zahlung des restlichen Mietzinses zu.

Vertragliche Beziehungen bestehen zwischen dem Vermieter und dem Untermieter nicht. Insbesondere hat der Vermieter gegenüber dem Untermieter keinen Anspruch auf Zahlung des Mietzinses (Palandt/Weidenkaff, BGB, 64. Aufl., § 540 Rdn. 17).

Ob der Inhalt des Schreibens der Beklagten zu 2. vom 5. 2. 2003 in Verbindung mit dem Inhalt des Telefonats vom selben Tag die Annahme rechtfertigt, dass ein Schuldbeitritt erklärt werden sollte, kann dahinstehen. Selbst man dies zugunsten der Klägerin annimmt, wäre die Erklärung wegen mangelnder Schriftform (§§ 550, 126, 125 BGB) unwirksam. Entgegen der Ansicht des Landgerichts unterlag der Schuldbeitritt vorliegend der Schriftform des Mietvertrages. Der Schuldbeitritt bedarf zwar als solcher keiner besonderen Form. Er unterliegt aber als Verpflichtungsgeschäft den Formerfordernissen, die allgemein mit Rücksicht auf den Leistungsgegenstand aufgestellt sind (BGH NJW 1991, 3095, 3098). Auszugehen ist davon, dass es für die Frage der Formbedürftigkeit eines Schuldbeitritts auf den Zweck der jeweils in Betracht kommenden Formvorschrift ankommt. Hat eine Formvorschrift die Funktion, zu warnen oder vor Übereilung zu schützen, so muss sie auch dem Schuldübernehmer oder Beitretenden zugute kommen (BGH NJW 1993, 584). Der Zweck des § 550 BGB besteht – u. a. – auch darin, die Parteien vor einer unbedachten Eingehung einer übermäßig langen Bindung zu schützen. Die Vorschrift hat damit zugunsten des sich Verpflichtenden auch eine Warnfunktion (BGH NJW 1998, 58, 61 [= WuM 1997, 667, 670]; BGHZ 139, 123, 130 [= WuM 1998, 599, 601]; BGH NZM 2003, 281, 282 [= GuT 2003, 131, 132]; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2003, § 550 Rdn. 3; Erman/Jendrek, BGB, 11. Aufl., § 550 Rdn. 3; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl., Rdn. 94; a.A. MünchKommVoelskow, BGB, 3. Aufl., § 566 Rdn. 4). Kommt der Formvorschrift des § 550 BGB eine Warnfunktion zu, dann muss die Vorschrift auch für den Schuldbeitritt Anwendung finden (ebenso Edenfeld, JZ 1997, 1034, 1038). Der Ansicht der Klägerin, dass auch bei einem Verstoß gegen das Formerfordernis aus § 550 BGB ein Vertrag mit einer Dauer von mindestens 1 Jahr zustande gekommen sei, kann nicht gefolgt werden. Es handelt sich nicht um den Abschluss eines Mietvertrages, sondern um die Vereinbarung eines Schuldbeitritts zu einem bestehenden Mietvertrag. Die Rechtsfolgen des Formverstoßes folgen dann nicht aus § 550 BGB, sondern aus § 125 BGB. Auch der Hinweis auf § 350 HGB geht fehl. Der Schuldbeitritt wird in der Vorschrift gerade nicht erwähnt.

Dem Schriftformerfordernis genügt das Schreiben der Beklagten zu 2. vom 5. 2. 2003 nicht. Die Willensübereinstimmung der Parteien muss sich aus einer Urkunde ergeben, ein Briefwechsel, etwa die Übersendung eines Angebots und die Rücksendung einer Annahmeerklärung reicht zur Wahrung der Schriftform nicht aus (BGH NJW 2004, 2962, 2963 [= WuM 2004, 534 = GuT 2004 185 f. KL]). Die Klägerin behauptet nicht einmal, dass das Schreiben vom 5. 2. 2003 von ihr innerhalb der Frist aus § 151 Satz 2 BGB unterzeichnet wurde, geschweige denn, dass die Voraussetzungen von § 151 Satz 1 BGB vorliegen. Unstreitig hat die Klägerin das Schreiben nicht unterzeichnet an die Beklagte zu 2. zurückgesandt.

Die Annahme eines die Beklagte zu 2. zur Zahlung verpflichtenden Schuldbeitritts scheidet somit jedenfalls an der fehlenden Schriftform.

Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen von § 543 ZPO nicht vorliegen. Eine Zulassung der Revision wegen Divergenz (hier: OLG Düsseldorf ZMR 2001, 882, 883) kommt nur dann in Betracht, wenn der aufgestellte abstrakte Rechtssatz (hier: Formfreiheit des Schuldbeitritts) für das Urteil entscheidungserheblich war (BGHZ 152, 182, 186). Dies trifft indes für die Frage der Formfreiheit des Schuldbeitritts in der Entscheidung des OLG Düsseldorf nicht zu. Zu beurteilen war allein die Frage, ob es sich bei der streitgegenständlichen Vereinbarung um einen Schuldbeitritt oder um eine Bürgschaft handelte. Das OLG Düsseldorf führt insoweit aus, dass es sich um einen Schuldbeitritt handelte und die vom Beklagten des dortigen Verfahrens erhobene Einrede der Vorausklage schon deshalb ins Leere gehen musste, weil es eine § 771 BGB entsprechende Vorschrift für den Schuldbeitritt nicht gibt.

Anmerkung:

1. Der im Gesetz nicht geregelte rechtsgeschäftliche Schuldbeitritt (Schuldmitübernahme) ist grundsätzlich formfrei (Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl., Überbl v § 414 Rdn. 2 f.). Er unterliegt aber den Formvorschriften, die für die mitübernommene Verpflichtung gelten, soweit der Zweck der jeweiligen Formvorschrift eine entsprechende Anwendung gebietet (Rohe, in: Bamberger/Roth, BGB, 2003, §§ 414, 415 Rdn. 42, 16). Streitig ist, ob für den Schuldbeitritt zu einem langfristigen Mietvertrag § 550 BGB gilt (verneinend OLG Düsseldorf ZMR 2001, 882, 883; LG Halle, Urteil vom 14.09.2004 – 12 O 2/04, S. 7 <Vorinstanz>; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, 4. Aufl., Rdn. 22; differenzierend Bartels, Der vertragliche Schuldbeitritt im Gefüge gegenseitiger Dauerschuldverhältnisse, 2003, S. 77; offen lassend Edenfeld, JZ 1997, 1038).

2. Zweck des § 550 BGB ist der Erwerberschutz. Ein Erwerber soll möglichst zuverlässig über einen Mietvertrag, in den er nach § 566 BGB eintritt, unterrichtet werden und an ihn nicht bekannt gegebene Verträge nicht länger als 1 Jahr gebunden sein. Ein Schuldbeitritt ist nicht Bestandteil eines Mietvertrages. Die Rechte aus einem Schuldbeitritt gehen nicht nach § 566 BGB auf einen Erwerber über (a.A. Bartels, a. a. O., S. 77 N. 225; dazu Wiek, WuM 2004, 16). Ist ein Schuldbeitritt als Mietsicherheit vereinbart, so gehen die Rechte aus einem vollzogenen Schuldbeitritt nach § 566 a BGB auf einen Erwerber über (vgl. Blank/Börstinghaus, Miete, 2. Aufl., § 566 a Rdn. 1); ansonsten, wenn keine Sicherungsabrede besteht, allenfalls entsprechend §§ 412, 401 BGB. Eine bloße Mithaftung des Beitrittschuldners berührt den Erwerberschutz nicht (Bartels, a. a. O., S. 77).

3. Auch das OLG Naumburg hat die entsprechende Anwendung des § 550 BGB auf einen Schuldbeitritt nicht auf den Erwerberschutz gestützt, sondern ausschließlich auf die Warnfunktion, die nach verbreteter Meinung (vgl. Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2003, § 550 Rdn. 3) § 550 BGB neben dem Erwerberschutz zukommen soll. Dieses Vorgehen ist unabhängig davon falsch, ob überhaupt bei der Auslegung des § 550 BGB auch eine Warn- und Beweisfunktion als Gesetzeszweck heranziehen ist (dagegen Wiek, GuT 2005, 150). Nach der Rechtsprechung des XII. Zivilsenats des BGH sind diese Zwecke neben dem vorrangigen Erwerberschutz nachrangig (BGH GuT 2003, 131, 132). Greift der vorrangige Erwerberschutz nicht ein, so rechtfertigt der nachrangige Warn- und Beweiszweck für sich allein niemals die Anwendung des § 550 BGB.

4. Unvertretbar ist auch die Ansicht des OLG Naumburg, Rechtsfolge eines Schriftformmangels des Schuldbeitritts sei nach § 125 BGB seine Nichtigkeit. Wenn das Schriftformer-

fordernis auf einer entsprechenden Anwendung des § 550 BGB beruht, kann die Rechtsfolge nicht aus einer anderen Vorschrift entnommen werden. § 550 Satz 2 BGB ordnet eine von § 125 BGB abweichende Fehlerfolge an. Danach ist die Beitrittsschuld vorzeitig kündbar (Bartels, a. a. O., S. 77 f.).

Rechtsanwalt Karl Friedrich Wiek, Köln

§ 536 BGB

Mängel; Flächenabweichung vom Mietvertrag

Eine Flächenabweichung unter 10% rechtfertigt nur dann die Annahme eines Mangels i. S. d. § 536 I 3 BGB, wenn hierdurch eine (vom Mieter darzulegende) erhebliche Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs verursacht worden ist.

(KG, Beschluss vom 15. 8. 2005 – 8 U 81/05)

Aus den Gründen: Die Berufung war nach § 522 Abs. 2 ZPO durch Beschluss zurückzuweisen, da sie keine Aussicht auf Erfolg hat, die Rechtssache nicht von grundsätzlicher Bedeutung ist und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Senats nicht erfordert. Zur Begründung wird zunächst Bezug genommen auf den Hinweis des Senats vom 14. 7. 2005, der wie folgt lautet:

„In der Sache beabsichtigt der Senat nach Vorberatung, die Berufung durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Der Senat hält das Urteil des Landgerichts für zutreffend. Im Hinblick auf die Berufungsbegründung ist lediglich folgendes zu bemerken:

a) Die behauptete Flächenabweichung beträgt etwa 6,2% und liegt daher unter der vom BGH in seinen Entscheidungen vom 24. 3. 2004 – VIII ZR 295/03 [= WuM 2004, 336] und VIII ZR 133/03 [= WuM 2004, 268] – festgelegten Grenze, wonach eine Unterschreitung von mehr als 10% der vereinbarten Fläche stets einen Mangel i. S. d. § 536 BGB darstellt. Diesen Grundsatz hat der 12. Zivilsenat des BGH zwar für den Bereich der Geschäftsraummiete in seinem Urteil vom 4. 5. 2005 – XII ZR 254/01 [= GuT 2005, 163] – übernommen. Aus den Entscheidungsgründen des Urteils ergibt sich aber nichts dafür, dass der BGH nunmehr auch bei einer geringeren Unterschreitung automatisch von einer Minderung ausgeht: die zitierten Ausführungen auf S. 8 und 9 der Urteilsgründe besagen lediglich, dass eine Abweichung als solche zu einer Einschränkung des vertragsgemäßen Gebrauchs führt, nicht aber, dass es sich zugleich auch um eine *erhebliche* Gebrauchsbeeinträchtigung i. S. d. § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB handelt. Die Ausführungen des BGH auf S. 9 des Urteils beziehen sich (nur) darauf, dass es (für die Minderung) nicht darauf ankommt, ob der Mieter die Mietsache in der fraglichen Zeit auch genutzt hat (das Urteil vom 29. 10. 1986 – VIII ZR 144/85 [= WuM 1987, 53] – betrifft den Fall eines wegen mangelhafter Lackierung in einer Werkhalle untergebrachten geleasteten Flugzeugs und die Frage, ob auch während dieser Zeit eine Gebrauchsbeeinträchtigung anzunehmen war). Entscheidend ist deshalb, ob die Unterschreitung von 6,2 % hier zu einer tatsächlich nicht unerheblichen Beeinträchtigung geführt hat: hierzu gibt es keinen Vortrag.

b) Auf § 1, 1. 1 des Vertrages kann sich der Kläger nicht berufen; das Landgericht hat zu Recht ausgeführt, dass hier kein Fall der *Veränderung* der Fläche vorliegt. Die Klausel ist auch weder überraschend noch mehrdeutig i. S. d. § 305 c BGB.

c) Es liegt weder der Fall eines Kalkulationsirrtums vor noch kann von der Zusicherung einer bestimmten Größe ausgegangen werden. Auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts wird Bezug genommen.“

An dieser Betrachtungsweise hält der Senat fest. Entgegen der vom Kläger in dessen Schriftsatz vom 28. 7. 2005 vertretenen Auffassung ist bei einer Unterschreitung der tatsächlichen Fläche von bis zu 10% die Darlegung erforderlich, dass hierdurch der Mietgebrauch erheblich beeinträchtigt wird. Es trifft eben nicht zu, dass der Bundesgerichtshof in dem Urteil vom 4. 5. 2005 entschieden hat, dass jede Flächenabweichung zwischen 0,1% und 10,0% einen die Minderung auslösenden Mangel zur Folge hat. Der BGH hat (nur) ausgeführt, dass eine geringere Fläche zu einer Einschränkung des vertragsgemäßen Gebrauchs, führt, nicht aber, dass eine Flächenabweichung (und insbesondere eine solche wie hier behauptet von 6,2%) automatisch eine erhebliche Gebrauchsbeeinträchtigung darstellt.

Soweit sich der Kläger auf die Entscheidung des Senats vom 25. 1. 2001 (8 U 9675/99, KGReport Berlin 2001, 238) bezieht, geht der Hinweis hierauf deshalb fehl, weil es sich dort um eine „echte“ Quadratmetermiete handelte; hier ist der Mietzins hingegen in § 5 des Mietvertrages ausdrücklich „pauschal“ auf den vereinbarten Betrag festgelegt worden.

Mitgeteilt von VRiKG Bieber, Berlin

§ 592 ZPO; §§ 535, 536 BGB

Mietzinsanspruch im Urkundenprozess; Mängel der Mietsache

Der Mietzinsanspruch kann nicht im Urkundenprozess geltend gemacht werden, wenn ein Mangel der Mietsache durch Urkunden bewiesen, unstreitig oder anerkannt ist, und die Höhe des geminderten Mietzinsanspruchs vom Kläger nicht durch Urkunden bewiesen werden kann.

(LG Karlsruhe, Urteil vom 10. 6. 2005 – 3 O 406/04)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin macht gegen den Beklagten im Urkundenverfahren Mietzinsen aus einem Mietvertrag über gewerblich genutzte Räume geltend.

Mit Mietvertrag vom 5./7. 4. 1995 vermietete die Klägerin dem Beklagten für die Dauer von 15 Jahren das zweite Obergeschoss der K.-Straße 17 zur Nutzung als Rechtsanwaltskanzlei. Als Mietzins wurde in diesem Mietvertrag eine Gesamt-Monatsmiete von brutto DM 10 120,- einschließlich Nebenkostenvorauszahlung vereinbart. Aufgrund vertraglicher Wertsicherungsklausel wurde der Mietzins im Jahr 2001 auf monatlich EUR 5087,79 erhöht. In unmittelbarer Nähe zur Kanzlei des Beklagten befinden sich heute zwei Baustellen.

Der Beklagte schränkte wegen von ihm behaupteter Mängel die Mietzinszahlungen ein, und zwar für die Monate Mai bis November 2003 sowie Januar bis Oktober 2004 jeweils um EUR 1526,38 sowie im Dezember 2003 um EUR 2772,85.

Vorgerichtlich fand zwischen den Parteien über die vom Beklagten geltend gemachten Mängel folgende Korrespondenz statt:

- Mit Schreiben vom 22. 7. 2002 teilte der Beklagte der Klägerin mit, dass es zu erheblichen Störungen durch eindringendes Regenwasser an insgesamt fünf Fenstern gekommen sei.
- Mit Schreiben vom 13. 11. 2002 antwortete die Klägerin, dass unverzüglich eine Spezialfirma mit der Beseitigung der Ursache beauftragt worden sei.
- Mit Schreiben vom 20. 11. 2002 erwiderte der Kläger, dass bei länger andauerndem Regen vornehmlich in die auf der Westseite gelegenen Zimmer derartig viel Regenwasser eindringe, dass die Fensterbänke, die unter anderem zur Ablage von Terminakten verwendet würden, nicht nutzbar seien, und dass auf den Fensterbänken Eimer zum Auffangen von oben herabtropfenden Wassers aufgestellt werden müssten.

- Mit Schreiben vom 10. 12. 2002 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, dass die Ursache für den Wassereintritt bei den Innenhoffenstern beseitigt werden konnte und dass insgesamt höchstens eine Mietminderung von 5% angebracht sei.
- Mit Schreiben vom 16. 1. 2003 schrieb die Klägerin dem Beklagten, dass eine Firma untersuchen werde, wo sich die undichte Stelle in der Fassade befinde, die Ursache dafür sei, dass bei starken Regenfällen Wasser in die Räume eintrete, um diesen Mangel im gleichen Zuge umgehend zu beseitigen.
- Mit Schreiben vom 14. 7. 2004 wies der Beklagte darauf hin, dass es anlässlich von Regenfällen an zwei Tagen im Juli 2004 im Bereich des Südflügels und bei den Fenstern in der Westfassade, dort in erheblichem Umfang, wieder zu einem Wassereintritt gekommen sei.
- Die Klägerin teilte darauf hin mit Schreiben vom 29. 7. 2004 mit, dass sie sich vor Ort von den Durchfeuchtungsschäden überzeugen konnte und dass sie zwischenzeitig ihren Dienstleister angewiesen habe, Angebote zur Mängelbeseitigung einzuholen.

Die Klägerin ist der Ansicht, der Beklagte habe die Miete zu Unrecht gemindert.

Der Beklagte behauptet Mietmängel, aufgrund derer er zur Mietminderung berechtigt sei.

Seit dem 17. 7. 2002 dringe bei Regen Wasser in die Geschäftsräume des Beklagten, und zwar an zwei Fenstern der Außenfassade und an drei Fenstern zum Innenhof. Auch nach dem 17. 7. 2002 sei nach Regenfällen wiederholt Wasser eingedrungen, betroffen seien die beiden Außenfenster des Büros von Rechtsanwalt A., das Fenster des Büros von Rechtsanwalt B. und das Westfenster des Büros des Beklagten. Das Wasser laufe bei Regenfällen derart stark herab, dass in den betroffenen Räumen eine Weiterarbeit nicht möglich sei. Starker Wassereintritt sei darüber hinaus vom 13. 1. 2004 auf den 14. 1. 2004, am 8. 7. 2004, 13. 7. 2004 und am 24. 8. 2004 zu verzeichnen gewesen. Der Wassereintritt habe zu Durchfeuchtungsschäden geführt. Darüber hinaus bestünden Beeinträchtigungen aufgrund Bauarbeiten im Zusammenhang mit zwei Großbaustellen, die sich in direkter Nähe der angemieteten Kanzleiräume befänden sowie Beeinträchtigungen durch von der Klägerin selbst veranlasste Bauarbeiten, die jeweils zu weiteren Mietminderungen berechtigten. Aufgrund sämtlicher Beeinträchtigungen sei der Beklagte berechtigt, die Miete für den Zeitraum Mai 2003 bis Oktober 2004 um mindestens 30% zu mindern, wegen extremer Lärmbeeinträchtigungen durch von der Klägerin veranlasste Bauarbeiten im November 2003 macher der Beklagte für den Monat Dezember 2004 einen noch höheren Minderungsbetrag von EUR 2772,85 geltend.

Die Klägerin bestreitet die vom Beklagten behaupteten Mängel und Beeinträchtigungen. Insbesondere bestreitet die Klägerin, dass die Mieträume durch Feuchtigkeit beeinträchtigt seien. Bei der vom Beklagten behaupteten Feuchtigkeit handele es sich allenfalls um Kondenswasser.

Aus den Gründen: Die Klage ist im Urkundsprozess unstatthaft, da die Klägerin den ihr obliegenden Beweis nicht mit den im Urkundsprozess zulässigen Beweismitteln geführt hat, § 597 Abs. 2 ZPO.

1. Zwar ist das Urkundsverfahren nach §§ 592 ff. ZPO grundsätzlich auch bei der Geltendmachung von Mietzinsforderungen statthaft. Das Gericht schließt sich insoweit der Auffassung des Bundesgerichtshofs (NJW 1999, 1408 [= WuM 1999, 345]) an. § 592 ZPO eröffnet grundsätzlich für alle Geldforderungen den Urkundenprozess, auch für Mietzinsforderungen.

Gegenteiliges ergibt sich nicht daraus, dass die Minderung im Mietrecht „automatisch“ eintritt (so Stornel, Mietrecht aktuell, 3. Aufl., Rn. 1470). Denn dies ändert nichts daran, dass der Mieter für die von ihm behaupteten Mängel die Darlegungs- und Beweislast trägt (BGH a. a. O.). Gegen die Statthaftigkeit des Urkundsverfahrens spricht auch nicht, dass die Minderung kraft Gesetzes eintritt und nicht erst auf Einrede des Mieters hin. Denn Umstände, die den in der Urkunde verbrieften Anspruch einschränken oder beseitigen können, sind generell erst im Nachverfahren zu berücksichtigen (BGH a. a. O.). Schließlich ergibt sich Gegenteiliges auch nicht aus Erwägungen des „sozialen Mietrechts“ (LG Augsburg WuM 1993, 416; Herkenrath WuM 1986, 110). Solche Erwägungen sind dem Gesetzgeber vorbehalten, haben aber in die hier anwendbaren Gesetze des BGB und der ZPO keinen Eingang gefunden (vgl. LG Bonn NJW 1986, 264 [= WuM 1986, 109]).

2. Die Klage ist aber deshalb im Urkundsprozess unstatthaft, weil die Klägerin die Höhe des Mietzinsanspruchs für die geltend gemachte Mietzeit nicht durch Urkunden beweisen konnte, § 592 Satz 1 ZPO.

a) Wegen der Schreiben der Klägerin vom 16. 1. 2003 und 29. 7. 2004 ist das Gericht aufgrund Urkundsbeweises davon überzeugt, dass die Mietsache während der von der Klägerin geltend gemachten Zeit mit einem Mangel behaftet war, der die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch in nicht lediglich unerheblichem Umfang minderte, § 536 Abs. 1 Sätze 1 bis 3 BGB.

Diese Überzeugung leitet sich daraus ab, dass die Klägerin gegenüber dem Beklagten mit Schreiben vom 29. 7. 2004 einräumte, dass sie sich vor Ort von den Durchfeuchtungsschäden überzeugen konnte und dass sie zwischenzeitig ihren Dienstleister angewiesen habe, Angebote zur Mängelbeseitigung einzuholen. Dass es sich bei diesen von der Klägerin eingeräumten Durchfeuchtungsschäden nicht lediglich um solche unerheblicher Art aufgrund Kondenswassers handelte, ergibt sich nicht nur daraus, dass die Klägerin zu ihrer Beseitigung durch ihren Dienstleister Angebote einholen wollte, sondern auch daraus, dass es sich bei diesem Schreiben um die Antwort auf das Schreiben des Beklagten vom 14. 7. 2004 handelte, in dem der Beklagte der Klägerin Wassereintritt in erheblichem Umfang mitteilte.

Darüber hinaus leitet sich die Überzeugung des Gerichts aus dem weiteren Schreiben der Klägerin vom 16. 1. 2003 ab, mit welchem die Klägerin dem Beklagten mitteilte, dass sie eine Firma beauftragt habe, zu untersuchen, wo sich die undichte Stelle in der Fassade befindet, die die Ursache dafür ist, dass bei starkem Regen Wasser in die Räume eindringt, um diesen Mangel im gleichen Zuge zu beseitigen.

Aus beiden Schreiben der Klägerin ergibt sich, dass sie gegenüber dem Beklagten das Bestehen von nicht lediglich unerheblichen und behebbungsbedürftigen Mängeln durch eindringendes Regenwasser und daraus resultierenden Durchfeuchtungsschäden anerkennt.

b) Diese Schreiben stellen Urkunden im Sinne des § 592 ZPO dar. Die Klägerin hat auch nicht bestritten, dass sie diese Schreiben geschrieben hat. Soweit die Klägerin diese Mängel entgegen dem Wortlaut der vom Beklagten vorgelegten Urkunden unter Antritt von Sachverständigenbeweis bestreitet, ist dieser Beweis dem Urkundsverfahren nicht zugänglich, § 592 ZPO.

c) Die Klägerin hat nicht im Wege des Urkundsbeweises die Höhe des geschuldeten Mietzinses nachweisen können. Da der Beklagte zur Überzeugung des Gerichts durch Urkunden erhebliche Mängel der Mietsache beweisen konnte, war gemäß § 536 Abs. 1 BGB nicht der volle Mietzins geschuldet. Für die Höhe der Minderung ist der Mieter jedoch nicht darlegungspflichtig (BGH NJW-RR 1991, 779 [= WuM 1991, 544]; Palandt/Weidenkaff, BGB, 64. Aufl., § 536, Rn. 5;

OLG Düsseldorf NJW-RR 2005, 97 [= GuT 2004, 130 L = WuM 2004, 416]). Im Ergebnis konnte die Klägerin folglich die Höhe ihres Mietzinsanspruchs durch Urkunden nicht beweisen, weshalb die Klage im Urkundsprozess nicht statthaft ist (OLG Düsseldorf, a. a. O.).

Mitgeteilt von RA Brenner, Pforzheim

Hinw. d. Red.: Zum Wohnraum-Mietzinsanspruch im Urkundenprozess vgl. BGH WuM 2005, 526 und dazu Beitrag Fischer in WuM 2005, 554.

§§ 536, 307 BGB; § 9 AGBG
Instandhaltungs- und Instandsetzungspflichten des Mieters im Einkaufszentrum;
Umlage einzelner Betriebskosten; Transparenzgebot

Die formularmäßige Auferlegung der Instandhaltung und Instandsetzung gemeinschaftlich genutzter Flächen und Anlagen auf den Mieter ohne Beschränkung der Höhe nach verstößt gegen § 9 AGBG/§ 307 Abs. 1, 2 BGB.

(BGH, Urteil vom 6. 4. 2005 – XII ZR 158/01)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin verlangt von den Beklagten restliche Nebenkosten für die Jahre 1992 bis 1997 aus einem Mietvertrag über Gewerberäume in einem Einkaufszentrum.

Mit Vertrag vom Juni 1989 vermietete die Klägerin an die Beklagte zu 1, deren Komplementärin die Beklagte zu 2 ist, Räume in einem Einkaufszentrum zum Betrieb eines Spielplatzes mit Gaststätte. Zur Übernahme der Nebenkosten enthält Ziff. 7.1 des Mietvertrages folgende Bestimmung:

„7 Nebenkosten

7.1 Sämtliche Nebenkosten des Einkaufszentrums, insbesondere die Kosten des Betriebes, der Instandhaltung und der Gemeinschaftsanlagen einschließlich der Verkehrsflächen werden unbeschadet notwendiger Sonderregelungen von allen Mietern anteilig nach laut Mietvertrag in Anspruch genommener Bruttomietflächen im Verhältnis zur gewerblichen Bruttomietfläche insgesamt getragen. Die Nebenkosten werden in ihrer tatsächlichen, nachgewiesenen Höhe ohne Beschränkung auf die gemäß § 27 der II. Berechnungsverordnung (als Anlage beigegefügt) aufgeführten Kosten umgelegt, soweit sie nicht direkt abgerechnet werden. Die Nebenkosten für das Einkaufszentrum betreffen insbesondere:

a) Klimatisierung – einschließlich der Nebenkosten für vor-schriftsmäßige Lagerung der Heizmaterialien sowie den mit der Beheizung verbundenen Kundendienst, Reparaturen und Erneuerungen sowie Instandsetzungen, die sich aus dem Gebrauch und der üblichen Abnutzung ergeben,

b) Belüftungskosten – einschließlich aller Nebenkosten wie unter a)

c) Kosten des Gases oder elektrischen Stromes – einschließlich aller Nebenkosten wie unter a)

d) Wasser- und Kanalgebühren, ferner die Müllabfuhrgebühren und Kaminfebergegebühren bzw. Kosten für Wegereinigung (Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht) und sonstiger öffentlicher Abgaben

e) Betriebs-, Wartungs-, Pflege- und Instandhaltungskosten für alle allgemeinen Einrichtungen des Einkaufszentrums, insbesondere für alle technischen Einrichtungen (z. B. Telefonzentrale, Musikübertragungsanlage, Blumen und Pflanzen etc.) einschl. Außenanlagen und Parkplätze sowie Kosten für Hausmeister und Hauswerker sowie das für die Bewachung und Betreuung des Objektes notwendige Personal incl. kfm. und techn. Center-Management

f) anteilige Betriebskosten von Aufzügen, Rolltreppen und Sprinkleranlagen – einschließlich aller Nebenkosten wie unter a)

g) Kosten der für das Gesamtobjekt notwendigen und/oder üblichen Versicherungen sowie alle für den Betrieb, die Unterhaltung, Bewachung und Verwaltung notwendigen Kosten einschließlich der Bestellung und Unterbringung des hierfür erforderlichen Personals

h) sonstige Kosten gemäß § 27 der II. Berechnungsverordnung (siehe Anlage).“

Die von der Klägerin der Beklagten zu 1 zunächst erteilten Nebenkostenabrechnungen für die Jahre 1992 bis 1997 wiesen unterschiedliche Gesamtmietflächen und bis zu sechs verschiedene Verteilerschlüssel für die einzelnen Abrechnungspositionen auf. In zweiter Instanz hat die Klägerin neue Abrechnungen für die Jahre 1992 bis 1997 auf der Grundlage des Anteils der von der Beklagten zu 1 gemieteten Bruttomietfläche im Verhältnis zur gesamten Bruttomietfläche des Einkaufszentrums erstellt.

Das Landgericht Konstanz hat die Klage abgewiesen, weil die Klägerin keine ordnungsgemäßen Abrechnungen erteilt habe. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit der vom Senat angenommenen Revision verfolgt sie ihren Klageantrag weiter.

Aus den Gründen: Die Revision der Klägerin führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht [OLG Karlsruhe].

I. Das Berufungsgericht hat den Anspruch der Klägerin auf Zahlung von Nebenkosten schon deshalb für unbegründet gehalten, weil die Vereinbarung über die Nebenkosten in Ziff. 7.1 des Mietvertrages gemäß § 9 AGBG unwirksam sei. Die Umlegung aller Nebenkosten auf den Mieter, ohne Begrenzung nach Einzelpositionen oder der Höhe nach, verstoße auch bei der gewerblichen Miete gegen § 9 AGBG, wenn dem Mieter die Erhaltungslast auferlegt werde.

Eine teilweise Aufrechterhaltung der unwirksamen Bestimmung komme nicht in Betracht, weil dies dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion unangemessener AGB widerspreche. Für eine ergänzende Vertragsauslegung fehle es an einer planwidrigen Lücke. Das Gesetz enthalte mit § 546 BGB eine dispositive gesetzliche Regelung für die Frage, wer bei fehlender oder unwirksamer anderweitiger Vereinbarung die Nebenkosten zu tragen habe.

Im übrigen seien auch die im Berufungsrechtszug vorgelegten Abrechnungen, die nach dem Verhältnis der gesamten Bruttomietfläche zu der von der Beklagten zu 1 gemieteten Fläche vorgenommen worden seien, nicht ordnungsgemäß. Das folge schon daraus, daß sie Bewachungskosten enthielten, die allein der Beklagten zu 1 in Rechnung gestellt worden seien. Auch fehlten die Einnahmen aus dem Parkhaus, die in die Abrechnungen eingestellt werden müßten, weil auch die Kosten für die Parkplätze im Mietvertrag mit umgelegt würden. Weiter sei die Abrechnung der Heizkosten nicht nach der Heizkostenverordnung vom 23. Februar 1981 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Januar 1989 erfolgt.

II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Ohne Erfolg rügt die Revision einen Verstoß gegen § 308 ZPO. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob das Landgericht die Klage nur als zur Zeit unbegründet oder als endgültig unbegründet abgewiesen hat. Im letzteren Fall liegt ohnehin kein Verstoß gegen das Verbot der Schlechterstellung (§ 536 ZPO a. F./§ 528 ZPO n. F.) vor. Auch bei einer Abweisung der Klage als zur Zeit unbegründet war das Berufungsgericht durch das Verbot der Schlechterstellung nicht gehindert, die Klage endgültig abzuweisen. Denn die Klägerin hat an der Aufrechterhaltung der durch das Urteil des Landgerichts begründeten Rechtsstellung kein schutzwürdiges Interesse. Sie hat mit ihrem Rechtsmittel den gesamten Anspruch zur Überprüfung durch das Berufungsgericht gestellt und somit weiterhin ein umfassendes Sachurteil erstrebt. In einem solchen Fall muß sie mit einer endgültigen Abweisung der Klage rechnen (BGHZ 104, 212, 214, 215).

2. Ohne Erfolg beruft sich die Revision weiter darauf, die Vereinbarung der Nebenkosten in Ziff. 7.1 des Mietvertrages

sei eine Preisvereinbarung im Sinne von § 8 AGBG (§ 307 Abs. 3 BGB), weshalb eine Überprüfung am Maßstab des § 9 AGBG (§ 307 Abs. 1, 2 BGB) ausscheidet.

§ 8 AGBG beschränkt die Inhaltskontrolle nach den §§ 9 bis 11 AGBG auf Klauseln, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen. Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung unterliegen ebenso wenig wie Vereinbarungen über das von dem anderen Teil zu erbringende Entgelt der gesetzlichen Inhaltskontrolle, weil das Gesetz den Vertragsparteien grundsätzlich freistellt, Leistung und Gegenleistung im Vertrag frei zu bestimmen (BGHZ 91, 316, 318). Das gilt aber nicht für vorformulierte, vom dispositiven Recht abweichende Nebenabreden wie die vorliegende Nebenkostenvereinbarung. Denn sie enthält eine Abänderung der sich aus den §§ 535, 538 BGB ergebenden Vertragspflicht des Vermieters, die Mietsache auf seine Kosten in gebrauchsfähigem Zustand zur Verfügung zu stellen und zu erhalten (vgl. zu Schönheitsreparaturen BGHZ 108, 1, 4 [= WuM 1989, 324]).

3. Das Berufungsgericht geht auch zu Recht davon aus, daß Ziff. 7.1 des Mietvertrages den Mieter gemäß § 9 AGBG (§ 307 Abs. 1, 2 BGB) unangemessen benachteiligt, soweit ihm anteilig die Erhaltungslast für das gesamte Einkaufszentrum auferlegt wird. Die Überwälzung der gesamten Kosten der Instandhaltung des Einkaufszentrums (Ziff. 7.1 Satz 1) und der unter Ziff. 7.1 a), b), c), e), f) aufgeführten Kosten, die u. a. Reparaturen und Erneuerungen sowie Instandsetzungen von Gemeinschaftsanlagen umfassen, weichen erheblich vom gesetzlichen Leitbild des Mietvertrages ab.

a) Nach § 535 Abs. 1 BGB/§ 536 BGB a. F. hat der Vermieter dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Ihm obliegt somit die Instandhaltung und Instandsetzung des Mietobjekts. Unter den Kosten der Instandhaltung werden – vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen der Parteien – in Anlehnung an § 28 Abs. 1 Zweite Berechnungsverordnung (II. BV) die Kosten verstanden, die zur Erhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgewendet werden müssen, um die durch Abnutzung, Alterung und Witterungseinwirkung entstehenden baulichen und sonstigen Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen. Bei den Instandsetzungskosten handelt es sich in der Regel um Kosten aus Reparatur und Wiederbeschaffung (für die Wohnraummiete: vgl. Schmidt-Futterer/Langenberg Mietrecht 8. Aufl. § 556 Rdn. 97; BGH Urteil vom 7. April 2004 – VIII ZR 146/03 – NJW-RR 2004, 877 [= WuM 2004, 292]). Die Verpflichtung zur Instandhaltung und Instandsetzung kann nach h. M. in Rechtsprechung und Literatur bei der Gewerberaumiete formulärmäßig auf den Mieter übertragen werden, soweit sie sich auf Schäden erstreckt, die dem Mietgebrauch oder der Risikosphäre des Mieters zuzuordnen sind (BGH Urteil vom 25. Februar 1987 – VIII ZR 88/86 – NJW-RR 1987, 906 [= WuM 1987, 315 KL]; Kraemer in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. III Rdn. 1080; Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 9. Aufl. Rdn. 370; Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 8. Aufl. § 535 Rdn. 67 m.w.N.; Langenberg Schönheitsreparaturen Instandsetzung und Rückbau 2. Aufl. S. 173; Fritz Gewerberaumietrecht 4. Aufl. Rdn. 183).

Die zulässige Abweichung vom gesetzlichen Leitbild findet aber dort ihre Grenze, wo dem Mieter die Erhaltungslast von gemeinsam mit anderen Mietern genutzten Flächen und Anlagen ohne Beschränkung der Höhe nach auferlegt wird. Damit werden dem Mieter auch Kosten übertragen, die nicht durch seinen Mietgebrauch veranlaßt sind und die nicht in seinen Risikobereich fallen. Ihm werden dadurch, daß er die gemeinschaftlich genutzten Flächen und Anlagen in dem bei Mietbeginn bestehenden, in der Regel gebrauchten Zustand

vorfindet, die Kosten für die Behebung anfänglicher Mängel bzw. bereits vorhandener Abnutzungen durch Reparatur oder Erneuerung überbürdet, deren Höhe für ihn nicht überschaubar ist. Darüber hinaus werden ihm Kosten für Schäden auferlegt, die von Dritten verursacht worden sind, für deren Handeln er keine Verantwortung trägt, so daß auch insoweit ihm nicht zurechenbare und der Höhe nach nicht vorhersehbare Kosten auf ihn übertragen werden. Diese Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild des Mietvertrages benachteiligen den Mieter unangemessen (Schmidt-Futterer/Langenberg a. a. O. § 538 BGB Rdn. 29; KG NJW-RR 2003, 586; OLG Naumburg NJW-RR 2000, 823 [= WuM 2000, 241]; OLG Düsseldorf NZM 2000, 464; OLG Dresden NJW-RR 1997, 395; OLG Köln NJW-RR 1994, 524 [= WuM 1994, 274]). Die Übertragung der Erhaltungslast gemeinschaftlich genutzter Flächen und Anlagen ist allenfalls wirksam, wenn sie in einem bestimmten, zumutbaren Rahmen erfolgt. In der Literatur und Rechtsprechung wird hierzu beispielsweise eine Kostenbegrenzung auf einen festen Prozentsatz der Jahresmiete vorgeschlagen (Kraemer in Bub/Treier a. a. O.; Fritz a. a. O. Rdn. 183, 229; Bub NZM 1998, 789, 793; Wodicka NZM 1999, 1081; KG NJW-RR 2003, 586).

b) Nach diesen Grundsätzen halten der Einleitungssatz von Ziff. 7.1 sowie a), b), c), e), f) einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 9 AGBG (§ 307 Abs. 1, 2 BGB) nicht stand. Sie überbürden dem Mieter anteilig nach der von ihm gemieteten Fläche ohne Begrenzung der Höhe nach die Kosten der Instandhaltung des Einkaufszentrums und seiner Gemeinschaftsanlagen sowie der Instandhaltung der im einzelnen aufgeführten Anlagen. Die Klausel ist deshalb insoweit gemäß § 9 AGBG (§ 307 Abs. 1, 2 BGB) unwirksam.

4. Auch die Regelung unter g) hält einer Kontrolle am Maßstab des § 9 AGBG (§ 307 Abs. 1, 2 BGB) nicht stand. Sie ist nicht hinreichend bestimmt und verstößt deshalb gegen das Transparenzgebot.

Die von § 535 BGB abweichende Vereinbarung der Übernahme weiterer Kosten neben der Miete für die Gewährung des Gebrauchs durch den Mieter bedarf stets einer ausdrücklichen, inhaltlich bestimmten Vereinbarung (Blank/Börstinghaus Miete 2. Aufl. § 556 Rdn. 76 ff.; Bub in Bub/Treier a. a. O. Kap. II Rdn. 434, 435; Fritz a. a. O. Rdn. 172). Nur dann ist es dem Mieter möglich, sich zumindest ein grobes Bild davon zu machen, welche zusätzlichen Kosten auf ihn zukommen können.

Diesen Anforderungen genügt die Regelung unter g) nicht. Sie ist inhaltlich unklar und damit nicht hinreichend bestimmt. Es ist offen, welche Versicherungen die „üblichen“ Versicherungen sein sollen und was unter den Kosten zu verstehen ist, die für den „Betrieb“ und die „Unterhaltung“ des „Gesamtobjekts“ anfallen. Die äußerst pauschalen Angaben ermöglichen es dem Mieter nicht, sich einen Überblick über die von ihm zu tragenden Kosten zu verschaffen.

Es liegen auch keine Anhaltspunkte für ein übereinstimmendes Verständnis der Parteien von diesen Begriffen vor.

5. Dagegen sind die Regelungen unter d) und h) inhaltlich nicht zu beanstanden. Durch die unter h) ausdrücklich erfolgte Bezugnahme auf die Betriebskosten gemäß dem (damaligen) § 27 II BV und den – dem Mietvertrag beigefügten – Betriebskostenkatalog der Anlage 3 zu § 27 II BV haben die Parteien die dort im einzelnen aufgeführten Betriebskosten wirksam vereinbart. Bei der Regelung unter d) handelt es sich im wesentlichen um die in den Ziffern 2, 3, 8 und 12 der in Anlage 3 genannten Betriebskosten.

6. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts führt die Unwirksamkeit der unangemessenen Regelungsteile in Ziff. 7.1 nicht zur Unwirksamkeit der gesamten Klausel, sondern nur zur Unwirksamkeit dieser Regelungsteile. Zwar darf eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die

gegen § 9 AGBG verstößt, nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht im Wege der sogenannten gelungserhaltenden Reduktion auf den gerade noch zulässigen Inhalt zurückgeführt und damit aufrechterhalten werden (BGH Urteil vom 25. März 1998 – VIII ZR 244/97 – NJW 1998, 2284, 2285 m.w.N.). Läßt sich eine Formulklausel jedoch nach ihrem Wortlaut aus sich heraus verständlich und sinnvoll in einen inhaltlich zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil trennen, so ist die Aufrechterhaltung des zulässigen Teils nach der gleichfalls ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs rechtlich unbedenklich (BGHZ 145, 203, 212; BGH Urteile vom 7. Oktober 1981 – VIII ZR 214/80 – NJW 1982, 178, 181; vom 25. Juni 2003 – VIII ZR 344/02 – NJW 2003, 2899 [= WuM 2003, 495]; BGH Beschluß vom 10. September 1997 – VIII ARZ 1/97 – NJW 1997, 3437, 3439 [= WuM 1997, 599]; Heinrich NZM 2005, 201, 204).

So ist es hier. Sprachlich verbleibt nach Streichung der unwirksamen Regelungsteile ein aus sich heraus verständlicher Klauselrest. Auch handelt es sich bei den einzelnen Klauselteilen, die jeweils die Übertragung verschiedener Kosten regeln, obwohl sie denselben Sachkomplex betreffen, um nebeneinander stehende, selbständige Regelungsteile, die Gegenstand einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung sein können (vgl. BGH Urteile vom 24. März 1988 – III ZR 21/87 – NJW 1988, 2106, 2107; vom 30. September 1987 – VIII ZR 226/86 – NJW 1988, 198, 200; Beschluß vom 10. September 1997 – VIII ARZ 1/97 – a. a. O.). Es handelt sich auch nicht nur um unselbständige Beispiele einer umfassenden unwirksamen Regelung. Denn angesichts des Umfangs der aufgelisteten einzelnen Kosten unter Ziff. 7.1 a) bis h) bleibt für weitere Kosten so wenig Spielraum, daß den einleitenden Worten in Ziff. 7.1 „sämtliche Nebenkosten“ keine eigenständige Bedeutung zukommt und sie insbesondere nicht wegen fehlender Transparenz unwirksam sind (§ 9 AGBG/§ 307 Abs. 1, 2 BGB). Schließlich stellt der zulässige Klauselrest im Gesamtgefüge des Vertrages auch eine sinnvolle eigenständige Regelung dar.

III. Der Rechtsstreit ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es der Klägerin Gelegenheit geben kann, ihre Abrechnung dem wirksamen Klauselrest anzupassen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 548, 558 a. F., 536 a. F., 581, 675 BGB
Gaststättenpacht; Schönheitsreparaturen bei
Rückgabe; Verjährung des Ersatzanspruchs;
Verhandlungen; Anwaltshaftung und Belehrungspflicht**

Ein Rechtsanwalt hat auch bei einem eingeschränkten Mandat i. d. R. die Pflicht, seinen Mandanten umfassend über die kurze Verjährungsfrist des § 558 BGB a. F. bzw. des § 548 BGB zu belehren. Hierzu gehört u. a. der Hinweis, dass bei geplanten Umbauarbeiten statt der Durchführung der Schönheitsreparaturen die Zahlung eines Geldbetrages verlangt werden kann.

Eine Besprechung über ein gastronomisches Konzept stellt keine Verhandlung dar, die den Lauf der Verjährungsfrist des § 558 BGB a. F. bzw. des § 548 BGB hemmt.

Wird in der Klausel, die die Rückgabe eines Gasthofs regelt, bestimmt, dass das Pachtobjekt im frisch ausgemalten Zustand“ zurückzugeben ist, dann stellt dies keine Endrenovierungsklausel dar, die in Verbindung mit der Klausel, die die turnusmäßige Durchführung von Schönheitsreparaturen vorsieht, zur Unwirksamkeit beider Klauseln führt, da nicht die Durchführung einer kompletten Schönheitsreparatur vor der Rückgabe des Pachtobjekts verlangt wird. Es sind vielmehr nur die Malerarbeiten durchzuführen, die notwendig sind, um den Zu-

stand „frisch ausgemalt“ zu erreichen. Dies ist nicht unbillig, da eine Verschmutzung der Wände und Decken in den Restaurationsräumen und in der Küche durch Zigarettenrauch und Küchendünste sehr schnell erfolgt, so dass auch nach einer gerade durchgeführten Schönheitsreparatur bald wieder leichte Verschmutzungen auftreten, die aber durch ein einfaches Übertünchen beseitigt werden können.

(OLG München, Grundurteil vom 28. 7. 2005 – 19 U 5139/04)

Zum Sachverhalt: Der Beklagte zu 1), ein Rechtsanwalt, und die Beklagte zu 2), eine Steuerberaterin, gehören als Gesellschafter einer Kanzlei an, die als BGB-Gesellschaft organisiert ist. Beide Beklagte standen im Briefkopf der Kanzlei. Die Klägerin ist Eigentümerin des Gasthofs A. in O., deren Pächterin bis zum 15. 12. 2000 die E. Klosterbetriebs GmbH war. Nach dem Pachtvertrag war die Pächterin verpflichtet, das Innere des Pachtobjekts in Stand zu halten, insbesondere die erforderlichen Malerarbeiten (Restaurationsräume alle 2 Jahre, die übrigen Räume nach Bedarf), Schönheitsreparaturen und andere Reparaturen auf ihre Kosten durchzuführen.

Der Beklagte zu 1) beriet die Klägerin bei Verhandlungen mit der Pächterin über eine Fortsetzung des Pachtverhältnisses. Hierbei wurde auch über Renovierungs- bzw. Umbauarbeiten und eine Kostenbeteiligung der Pächterin gesprochen. Der Zustand des Pachtobjekts war sehr schlecht. Zu einer Fortsetzung des Pachtverhältnisses kam es nicht. Die E. Klosterbetriebs GmbH ließ durch Pater J. am 10. 10. 2000 die Durchführung von Schönheitsreparaturen ablehnen. Diese Ablehnung wurde bei der Rückgabe des Pachtobjekts an die Klägerin am 18. 12. 2000 wiederholt. Die E. Klosterbetriebs GmbH führte in der Folgezeit keine Schönheitsreparaturen im Inneren des Pachtobjekts durch, sie leistete zur Abgeltung der Schönheitsreparaturen keine Zahlung und sagte auch keine Kostenbeteiligung an Renovierungsmaßnahmen zu. Zwischen der Klägerin bzw. den Beklagten zu 1) und zu 2) und der E. Klosterbetriebs GmbH gab es nach der Rückgabe des Pachtobjekts auch keine weiteren Verhandlungen hierüber. Am 22. 5. 2001 wurde lediglich noch einmal über ein gastronomisches Konzept gesprochen, ohne jedoch zu dem Abschluss eines neuen Pachtvertrags zu kommen. Der Beklagte zu 1) hätte nach einer Einigung über das gastronomische Konzept mit der E. Klosterbetriebs GmbH weiter über die Fortsetzung des Pachtverhältnisses verhandeln sollen.

Die Klägerin behauptete mit ihrem Schreiben vom 6. 7. 2001 an den Beklagten zu 1), dass sie in den letzten Monaten mehrmals eine Einbindung des Klosters in die Renovierungskosten gewünscht habe. Abschließend meinte sie, dass inzwischen die „Halbjahresfrist“ für die Schönheitsreparaturen und deren Geltendmachung abgelaufen sei.

Die E. Klosterbetriebs GmbH hat sich später auf die Verjährung etwaiger Ansprüche der Klägerin berufen.

Die Klägerin kündigte mit Schreiben vom 7. 1. 2002 das Mandatsverhältnis.

Das Landgericht München II hat eine Pflichtverletzung der Beklagten verneint und die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen: Die Berufung der Klägerin ist dem Grunde nach begründet. Der Anwalt muss auch bei einem eingeschränkten Mandat vor Gefahren warnen, die ihm bekannt oder für ihn offenkundig sind, wenn er Grund zur Annahme hat, dass sich der Mandant der ihm drohenden Gefahren nicht bewusst ist (vgl. BGH WPM 1998, 2247). Er muss dem Mandanten deutlich vor Augen führen, welches rechtliche Risiko diese Unterlassung nach sich ziehen kann (vgl. BGH NJW 1993, 2676). Die Belehrung muss umfassend und verständlich sein sowie die Wege aufzeigen, die unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die er kennen

muss (vgl. BGH NJW 1983, 1665; BGH NJW 1993, 3223 und BGH WPM 1993, 420), den zu erstrebenden Erfolg sicher erreichen lassen. Diese Warn- und Belehrungspflicht besteht grundsätzlich während des Bestehens des Mandatsverhältnisses (vgl. Borgmann in NJW 2000, 2953 ff.).

Danach hätte der Beklagte zu 1) die Klägerin nicht nur auf die kurze Verjährungsfrist des § 558 Abs. 2 BGB a. F., sondern wegen der geplanten Umbauarbeiten auch darauf hinweisen müssen, dass sich in einem solchen Fall der Anspruch auf Vornahme von Schönheitsreparaturen nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung in einen Ausgleichsanspruch in Geld wandelt, d. h. dass statt der Durchführung der Schönheitsreparaturen die Zahlung eines Geldbetrages verlangt werden kann, den der Mieter bzw. der Pächter für die fachgerechte Durchführung der Schönheitsreparaturen hätte aufwenden müssen (vgl. BGHZ 92, 363 [= WuM 1985, 46]; BGH NJW 2005, 425 [= WuM 2005, 50]). Gleichzeitig hatte der Beklagte zu 1) die Klägerin darauf hinweisen müssen, dass ein solcher Zahlungsanspruch ebenfalls der kurzen Verjährung unterliegt. Diese Hinweise sind unstreitig nicht erfolgt, obwohl es für den Beklagten zu 1) erkennbar war, dass die von der Klägerin angestrebte Beteiligung der E. Klosterbetriebs GmbH an den Renovierungskosten bei einem Scheitern der Verhandlungen nur dann gerichtlich durchsetzbar ist, wenn der wegen der geplanten Umbauten geschuldete Zahlungsanspruch zur Abgeltung der Pflicht zur Durchführung von Schönheitsreparaturen vor Eintritt der Verjährung geltend gemacht wird. Die Geltendmachung dieses Zahlungsanspruchs war somit die einzige juristische Handhabe, die die Klägerin gegen die E. Klosterbetriebs GmbH in diesem Punkt hatte. Aus diesem Grund hatte der Beklagte zu 1) die Klägerin auch einige Wochen vor Ablauf der Verjährung nochmals fragen müssen, ob sie zur Unterbrechung der Verjährung gegen die E. Klosterbetriebs GmbH Klage erheben oder den Erlass eines Mahnbescheids beantragen möchte. Letzteres wäre dringend erforderlich gewesen, weil sich nach dem Gespräch vom 22. 5. 2001, das zu keiner Einigung über das gastronomische Konzept geführt hatte, das Scheitern des ursprünglichen Ziels – nämlich die Fortsetzung des Pachtverhältnisses mit der E. Klosterbetriebs GmbH – deutlich abgezeichnet hat. Außerdem hatte es keine den Lauf der Verjährung analog § 852 Abs. 2 BGB hemmenden Verhandlungen mit der E. Klosterbetriebs GmbH gegeben.

Der Beklagte zu 1) hat somit seine Pflichten aus dem Anwaltsvertrag auch dann verletzt, wenn er die Klägerin bei dem Gespräch am 10. 10. 2000 über die kurze Verjährungsfrist des § 558 Abs. 2 BGB a. F. belehrt haben sollte, wie sich dies aus dem Aktenvermerk vom 11. 10. 2000 ergibt. Eine Belehrung der Klägerin über Ansprüche auf Ersatzleistungen gegen die E. Klosterbetriebs GmbH, wie sie beklagenseits behauptet wird, ist nicht Gegenstand des vorgenannten Aktenvermerks und wird von der Klägerin bestritten. Das Mandatsverhältnis in dieser Sache, das erst im Januar 2002 durch Kündigung der Klägerin beendet worden ist, hat Ende Mai 2001 noch bestanden, so dass zu diesem Zeitpunkt noch diese Hinweispflichten des Beklagten zu 1) gegenüber der Klägerin bestanden haben.

Ist eine Beratungspflichtverletzung des Anwalts festgestellt worden, dann besteht zu Gunsten des Mandanten die Vermutung, dass er sich bei richtiger Beratung auch beratsungsgerecht verhalten hätte (vgl. BGH NJW 1998, 900; BGH NJW 2000, 1944).

Hätte der Beklagte zu 1) die Klägerin Ende Mai/Anfang Juni 2001 nochmals auf den drohenden Ablauf der Verjährungsfrist aufmerksam gemacht und sie vor allem darauf hingewiesen, dass sie wegen der geplanten Umbauten gegen die E. Klosterbetriebs GmbH einen Zahlungsanspruch zur Abgeltung der Pflicht zur Durchführung von Schönheitsreparatu-

ren hat, dann ist im Hinblick auf das Schreiben der Klägerin vom 6. 7. 2001 davon auszugehen, dass sie eine gerichtliche Geltendmachung dieses Zahlungsanspruchs gewünscht hätte. Die Klägerin hat, wie ihr Schreiben vom 6. 7. 2001 zeigt, in dem sie nur von der Verjährung des Anspruchs auf Durchführung von Schönheitsreparaturen spricht, nichts von einem solchen Zahlungsanspruch und dessen Verjährung gewusst. Aus diesem Grund kann ihr nicht einmal ein Mitverschulden zur Last gelegt werden, da sie wegen der geplanten Umbauten kein Interesse an der Durchführung von Schönheitsreparaturen hatte.

Wäre vor Ablauf der Verjährung Klage gegen die E. Klosterbetriebs GmbH erhoben worden, dann hätte die Klägerin unter Berücksichtigung der Tatsache, dass diese auf Grund des Pachtvertrages zur Durchführung von Schönheitsreparaturen – wie z. B. zur Durchführung von Malerarbeiten – verpflichtet war, im Hinblick auf die o. g. höchstrichterliche Rechtsprechung wegen der geplanten Umbauten zumindest die Bezahlung der Malerkosten zur Abgeltung dieser Pflicht klageweise durchsetzen können. Die in § 5 Abs. 2 des Pachtvertrages enthaltene Regelung der Instandhaltungspflichten im Inneren des Pachtobjekts stellt keinen Verstoß gegen § 9 AGBG dar, da keine Kombination einer Endrenovierungsklausel mit einer solchen über turnusmäßig vorzunehmende Schönheitsreparaturen vorliegt (vgl. BGH NJW 2005, 2006 [= GuT 2005, 160]) und da sich die Instandhaltungsmaßnahmen auf das Innere des Pachtobjekts beschränken (vgl. OLG Naumburg NJW-RR 2000, 823 [= WuM 2000, 241]). Die in § 18 Abs. 1 des Pachtvertrages enthaltene Regelung, dass das Pachtobjekt „im frisch ausgemalten Zustand“ zurückzugeben ist, stellt keine Endrenovierungsklausel dar, da nicht die Durchführung einer kompletten Schönheitsreparatur vor der Rückgabe des Pachtobjekts verlangt wird. Es sind vielmehr nur die Malerarbeiten durchzuführen, die notwendig sind, um den Zustand „frisch ausgemalt“ zu erreichen. Dies ist nicht unbillig, da eine Verschmutzung der Wände und Decken in den Restaurationsräumen und in der Küche durch Zigarettenrauch und Küchendünste sehr schnell erfolgt, so dass auch nach einer gerade durchgeführten Schönheitsreparatur bald wieder leichte Verschmutzungen auftreten, die aber durch ein einfaches Übertünchen beseitigt werden können.

Die Beklagte zu 2) gehört der Kanzlei an und haftet damit nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung als Gesamtschuldnerin auch dann mit, wenn sie selbst keine Pflichtverletzung begangen hat. Begründet wird diese gesamtschuldnerische Haftung u. a. damit, dass eine Sozietät Vorteile wie Erfahrungsaustausch, Kostensenkung und ein erweitertes Leistungsangebot bietet. Diese gesamtschuldnerische Haftung trifft sogar Anwälte und Steuerberater, die der Kanzlei nur als Angestellte oder als freie Mitarbeiter angehören, sofern sie auf dem Briefkopf stehen (vgl. Borgmann in NJW 2000, 2956 f.). Die Beklagte zu 2) steht und stand auf dem Briefkopf der Kanzlei. Sie haftet außerdem als BGB-Gesellschafterin nach der neuen höchstrichterlichen Rechtsprechung zur BGB-Gesellschaft zusammen mit dem Beklagten zu 1) auch analog § 128 HGB für Pflichtverletzungen, die im Zusammenhang mit dem Kanzleibetrieb stehen und damit Verbindlichkeiten der Kanzlei, einer BGB-Gesellschaft, darstellen. Die Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft haften nämlich neben der BGB-Gesellschaft für Gesellschaftsverbindlichkeiten als Gesamtschuldner (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 64. Auflage, Rn. 12 ff. zu § 714 BGB; Baumbach/Hopt, HGB, 30. Auflage, Rn. 20 f. zu § 128 HGB).

Der von den Beklagten zu 1) und zu 2) als Gesamtschuldner an die Klägerin zu zahlende Betrag, der im Hinblick auf die auf alle Fälle geschuldeten Malerarbeiten nicht Null sein kann, ist noch ungewiss, da zwischen den Parteien auch Streit über den Umfang der nach dem Vertrag geschuldeten Schönheitsreparaturen und über deren Höhe besteht. Somit liegt hin-

sichtlich der Höhe des Anspruchs der Klägerin keine Entscheidungsfähigkeit vor, so dass eine Zurückverweisung der Sache an das Erstgericht gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 4 ZPO möglich ist. Die Beklagten haben den gemäß § 538 Abs. 2 S. 1 ZPO erforderlichen Zurückverweisungsantrag gestellt.

Anmerkung des Mitteilers zur Verjährung von Ersatzansprüchen des Vermieters/Verpächters wegen Veränderung oder wegen Verschlechterung der Miet-/Pachtsache:

§ 548 BGB sieht wie § 558 BGB a. F. eine Verjährungsfrist von 6 Monaten ab Rückerhalt der Miet-/Pachtsache vor, die nicht gemäß § 546 BGB zurückgegeben sein muss (Palandt/Weidenkaff, BGB, 64. Aufl., Rn. 11 zu § 548 BGB). § 198 BGB a. F., der zwingend bestimmte, dass die Verjährung erst mit der Entstehung des Anspruchs zu laufen begann, ist durch § 200 BGB ersetzt worden, der auch einen anderen Verjährungsbeginn zulässt. Dies hat für Schadensersatzansprüche des Vermieters/Verpächters wegen der Nichtdurchführung von vertraglich geschuldeten Schönheitsreparaturen einen früheren Verjährungsbeginn zur Folge. Während nach dem alten Recht die Verjährung für diese Schadensersatzansprüche erst nach dem Verstreichen einer gemäß § 326 BGB a. F. gesetzten Frist zu laufen begann, fängt nach dem neuen Recht die Verjährung für diese Ansprüche bereits mit dem Rückerhalt der Miet- bzw. Pachtsache an zu laufen. Dieser Verjährungsbeginn nach neuem Recht gilt nach der Entscheidung des BGH vom 19.1.2005 auch für Miet- und Pachtverhältnisse, die vor dem 1.9.2001 begründet worden sind. Der BGH begründet dies damit, dass Art. 229 § 6 EGBGB eine gegenüber Art. 229 § 5 EGBGB spezielle Übergangsvorschrift sei, die der allgemeinen vorgehe. Er führt weiter aus, dass die Grundregel des Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 1 EGBGB, nach der die seit dem 1.1.2002 geltenden Verjährungsvorschriften auf die an diesem Tag bestehenden und noch nicht verjährten Ansprüche Anwendung fänden, zumindest für solche Ansprüche, die erst nach dem 1.1.2002 entstanden seien, entsprechend gelten müssten (BGH-Urteil vom 19.1.2005 – VIII ZR 114/04 – GuT 2005, 59).

Die kurze Verjährungsfrist des § 548 BGB kann nach dem neuen Recht gemäß § 202 Abs. 2 BGB durch Rechtsgeschäft verlängert werden. Die Einhaltung einer bestimmten Form ist zwar nicht erforderlich, aber aus Beweisgründen empfehlenswert. Ist die Verlängerung der Verjährungsfrist Gegenstand einer allgemeinen Geschäftsverbindung, dann sind die Schranken des § 307 BGB zu beachten.

Der Lauf der kurzen Verjährungsfrist des § 548 BGB wird gemäß § 203 S. 1 BGB gehemmt, wenn zwischen dem Vermieter/Verpächter und dem Mieter/Pächter Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände schweben. Der Begriff des „Verhandelns“ ist weit auszulegen, d. h. es reicht aus, dass ein Meinungs austausch über den Anspruch oder dessen tatsächliche Grundlagen stattfindet. Vor dem Inkrafttreten des § 203 BGB in der heutigen Fassung hat der BGH bei Vorliegen der vorgenannten Voraussetzungen eine Verjährungshemmung analog § 852 Abs. 2 BGB a. F. angenommen (BGH NJW 1985, 798 = WuM 1985, 290).

RiOLG Dr. Christoph Fellner, München

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

§§ 554 a. F., 543, 242 BGB

Fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs; über Jahre hingezogener Mietzinsstreit

Zur Frage der Verwirkung des Rechts zur fristlosen Kündigung bei zunächst hingenommenem, aber weiter auflaufendem Rückstand mit einem Teil des Mietzinses (hier: Mehrwertsteuer).

(BGH, Urteil vom 15. 6. 2005 – XII ZR 291/01)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin verlangt von der Beklagten zu 1 (nachstehend: die Beklagte) Räumung und Herausgabe von Räumen in einem Büro- und Geschäftshaus, die sie ihr mit schriftlichem Vertrag vom 28./29. Juni 1995 für die Zeit bis zum 31. Juli 2005 zum Betrieb eines Wohnheims für betreutes Wohnen vermietet hatte. § 4 Nr. 3 des Mietvertrages bestimmt, daß zu dem Mietzins die Mehrwertsteuer zu leisten sei.

Durch Briefwechsel vom 2./4. August 1995 einigten die Parteien sich über die zusätzliche Anmietung eines Stellplatzes in der Tiefgarage ab 1. September 1995 zu einem monatlichen Mietzins von 80 DM zuzüglich Mehrwertsteuer.

In der Folgezeit machte die Beklagte geltend, die von der Klägerin ausgeübte Option zur Mehrwertsteuer sei umsatzsteuerrechtlich nicht zulässig gewesen. Mit Schreiben vom 14. Oktober 1996 kündigte sie der Klägerin an, die laufenden Mietzahlungen ab November 1996 um die Mehrwertsteuer zu kürzen, und zahlte diese seitdem nicht mehr.

Mit Anwaltsschreiben vom 15. Mai 1997 widersprach die Klägerin der Rechtsauffassung der Beklagten, behielt sich die Nachforderung der Mehrwertsteuer vor und erklärte, die Streitfrage solle einer Regelung zugeführt werden. Nach einer Zahlungsaufforderung vom 11. Juli 1997 mit Fristsetzung forderten die späteren Prozeßbevollmächtigten mit Schreiben vom 9. September 1997 die Beklagte erneut auf, die einbehaltene Mehrwertsteuer bis spätestens 25. September 1997 nachzuentrichten; sie würden es bedauern, ihrer Mandantin nach Ablauf dieser Frist empfehlen zu müssen, Klage zu erheben. Mit Schreiben vom 20. November 1998 teilten sie der Beklagten mit, die Umsatzsteuerproblematik werde mit dem zuständigen Finanzamt geklärt; anschließend würden sie auf die Angelegenheit zurückkommen.

Mit weiterem Schreiben vom 8. Juli 1999 wiesen die späteren Prozeßbevollmächtigten darauf hin, daß ein erheblicher Mietrückstand aufgelaufen sei, der eine fristlose Kündigung rechtfertige. Bevor sie der Klägerin empfehlen würden, diese auszusprechen und den Rückstand geltend zu machen, erhalte die Beklagte Gelegenheit, den Anspruch auf Nachentrichtung der einbehaltenen Beträge bis zum 25. Juli 1999 schriftlich dem Grunde nach anzuerkennen; die Klägerin sei dann zu einer angemessenen Ratenzahlungsvereinbarung bereit. Andernfalls müßten sie ihr empfehlen, gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.

Nachdem die Beklagte ein solches Anerkenntnis nicht abgegeben hatte, erklärte die Klägerin mit Anwaltsschreiben vom 17. September 1999 die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses und forderte die Beklagte sowie den das Wohnheim betreibenden Untermieter (Beklagter zu 2) zur Räumung bis 28. September 1999 auf.

Nach Erhebung und Zustellung der Räumungsklage sowohl gegen die Beklagte als auch deren Untermieter im Oktober 1999 zahlte die Beklagte den streitigen Mietrückstand in Höhe von 114 204 DM unter Vorbehalt.

Das Landgericht München I gab der Klage statt. Die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten zu 2 wurde zurückgenommen, die der Beklagten führte zur Aufhebung des landgerichtlichen Urteils, soweit zu ihrem Nachteil erkannt wor-

den war, und insoweit zur Abweisung der Klage. Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin, die der Senat angenommen hat.

Aus den Gründen: Die Revision hat Erfolg und führt zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

I. Das Berufungsgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, die fristlose Kündigungserklärung der Klägerin vom 17. September 1999 habe das auf zehn Jahre fest abgeschlossene Mietverhältnis nicht vorzeitig beendet – auch nicht als ordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist.

Die fristlose Kündigung sei unwirksam. Zwar hätte die Beklagte die Mehrwertsteuer nicht einbehalten dürfen, zumal im Berufungsverfahren unstreitig geworden sei, daß die Klägerin die Mehrwertsteuer auf die Miete tatsächlich abgeführt habe. Ihre Option zur Mehrwertsteuer sei nach Maßgabe der Übergangsvorschrift des § 27 Abs. 2 Nr. 3 UStG wirksam. Darauf komme es aber letztlich nicht an, weil die Beklagte auch im Falle einer unzulässigen Option einen Mietzins entrichten müsse, dessen Höhe dem vereinbarten Mietzins zuzüglich Mehrwertsteuer entspreche. Dies ergebe die – im Falle der Unzulässigkeit der Option – erforderliche ergänzende Auslegung des Vertrages im Hinblick darauf, daß die Klägerin mit den vereinbarten Mehrwertsteuerbeträgen ersichtlich einen Teil ihrer Bau- und Finanzierungskosten im Wege des Vorsteuerabzugs habe abdecken wollen. Wäre dies nicht möglich erschienen, hätte sie den Nettomietzins entsprechend höher kalkuliert und die Beklagte sich dem aller Voraussicht nach nicht widersetzt.

Die Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung ergebe sich aber aus dem Grundsatz von Treu und Glauben. Die Klägerin habe ihr Recht zur fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzuges verwirkt, weil sie diesen jahrelang hingenommen habe. Zumindest stelle die Kündigung eine unzulässige Rechtsausübung dar, nachdem die Klägerin die mit Schreiben vom 9. September 1997 in den Raum gestellte Zahlungsklage nicht erhoben und den Einbehalt der Mehrwertsteuer weitere eineinhalb Jahre hingenommen habe, ohne die Kündigung zuvor konkret anzudrohen. Eine solche Androhung sei auch in ihrem Schreiben vom 8. Juli 1999, in dem lediglich die Möglichkeit einer fristlosen Kündigung angesprochen worden sei, nicht enthalten. Die Beklagte habe mit einer Kündigung um so weniger zu rechnen brauchen, als die Klägerin entgegen ihrem Schreiben vom 20. November 1998 das Ergebnis der angestrebten Klärung mit dem Finanzamt nicht mitgeteilt habe. Hingegen hätte eine unmißverständliche Kündigungsandrohung zur Nachzahlung der einbehaltenen Beträge geführt, wie das Verhalten der Beklagten nach Zustellung der Klage zeige.

Auch als ordentliche Kündigung habe die Kündigungserklärung der Klägerin das Mietverhältnis nicht beendet, da dessen Befristung bis zum 31. Juli 2005 wirksam sei. Zwar entspreche der durch Briefwechsel zustande gekommene Mietvertrag über den zusätzlichen Stellplatz nicht der Schriftform des § 566 BGB (a. F.). Dies stehe der Wahrung der Schriftform des ursprünglichen Mietvertrages aber nicht entgegen, weil der Mietvertrag über den Stellplatz ein separater, zusätzlicher Vertrag und kein den Ursprungsvertrag abändernder Nachtrag hierzu sei.

II. Das hält der revisionsrechtlichen Prüfung und den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

1. Auf die Frage der Wahrung der Schriftform kommt es nicht an, weil die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzuges schon als solche zur Beendigung des Mietvertrages geführt hat und den geltend gemachten Räumungsanspruch begründet.

2. Ein die fristlose Kündigung rechtfertigender langfristiger Zahlungsrückstand in Höhe von weit mehr als zwei Mo-

natsmieten (§ 554 Abs. 1 Nr. 2 BGB a. F.) lag vor. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe die vereinbarte Mehrwertsteuer geschuldet, wird von der Revision als ihr günstig nicht angegriffen und läßt revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler nicht erkennen. Auch die Revisionserwiderung erinnert hiergegen nichts.

3. Die Klägerin war – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – hier auch nicht ausnahmsweise wegen ihres vorausgegangenen Verhaltens gehindert, von ihrem Recht zur fristlosen Kündigung Gebrauch zu machen.

Die Klägerin hat der Einbehaltung der Mehrwertsteuer ab November 1996 mit Schreiben vom 15. Mai 1997 und damit zu einem Zeitpunkt widersprochen, bis zu dem eine Verwirkung ihres frühestens Ende 1997 entstandenen Kündigungsrechts noch nicht in Betracht kam. Jeweils im Abstand von zwei Monaten hat sie die Beklagte zudem unter Fristsetzung zur Zahlung aufgefordert und – wenn auch sehr zurückhaltend – Klage angedroht. Die Beklagte durfte deshalb auch weiterhin nicht darauf vertrauen, die Klägerin werde aus dem erfolglosen Ablauf der gesetzten Nachfristen nicht die gesetzlich vorgesehenen Konsequenzen ziehen.

Aber selbst wenn man – mit dem Berufungsgericht – annähme, wegen der im November 1998 in Aussicht gestellten Klärung mit dem Finanzamt und dem nachfolgenden Schweigen der Klägerin bis zum 8. Juli 1999 sei es dieser verwehrt, eine Kündigung auf Rückstände aus weiter zurückliegenden Zeiträumen zu stützen, wäre die hier ausgesprochene fristlose Kündigung vom 17. September 1999 nach § 554 Abs. 1 Nr. 1 BGB a. F. auch allein wegen des nach diesem Zeitpunkt hinzugekommenen weiteren Rückstandes erneut gerechtfertigt und insoweit nicht treuwidrig gewesen. Denn spätestens mit diesem Schreiben vom 8. Juli 1999 hat die Klägerin unmißverständlich darauf hingewiesen, daß der Rückstand eine fristlose Kündigung rechtfertige. Auch wenn diese nur mit der Formulierung angedroht wurde, daß die anwaltlichen Vertreter der Klägerin ihr die Kündigung (nebst Erhebung der Zahlungsklage) anraten würden, sofern die Beklagte den Anspruch nicht bis zum 28. September 1999 zumindest dem Grunde nach anerkenne, mußte die Beklagte auch ohne weitere Vorwarnung mit einer solchen Kündigung rechnen. Sie durfte nicht darauf vertrauen, daß die Klägerin der Empfehlung ihrer Anwälte nicht folgen werde.

4. Das Landgericht hat dem Räumungsanspruch gegen die Beklagte daher zu Recht stattgegeben. Diese Entscheidung kann der Senat aufgrund der bisherigen Feststellungen selbst treffen, da weiterer entscheidungserheblicher Sachvortrag nicht zu erwarten ist.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 535, 858, 862, 320, 229 BGB
Gewerberaumiete; Gaststätte; Zahlungsverzug;
fristlose Kündigung;
Unterbrechung der Wasserversorgung**

Der Vermieter ist nicht berechtigt, den Besitz des Mieters von Gaststättenräumen durch verbotene Eigenmacht dadurch zu stören, dass er die Wasserversorgung der Räume unterbricht. Dies gilt auch nach einer Kündigung des Mietvertrages.

(OLG Saarbrücken, Beschluss vom 25.9.2005 – 8 W 204/05 – 30 –)

Zum Sachverhalt: Der Verfügungskläger (im Folgenden: Kläger) hatte von der Verfügungsbeklagten (im Folgenden: Beklagte) Gewerberäume in Saarbrücken zum Betrieb der Gaststätte gemietet. Er hatte an die Beklagte einen monatlichen Mietzins zu zahlen, in dem u. a. die Kosten für Wasser-

versorgung und Kanalgebühren enthalten waren. Die Beklagte hatte hierfür gegenüber dem Versorgungsunternehmen monatlich ca. 100 € zu entrichten.

Mit der Begründung, der Kläger habe in den Jahren 2002 bis 2004 die vereinbarte Miete nur teilweise gezahlt und im Jahr 2005 überhaupt keine Mietzahlungen mehr geleistet, kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 23. 2. 2005 das Mietverhältnis fristlos und forderte den Kläger erfolglos zur Räumung bis spätestens 5. 3. 2005 auf. Mit Schreiben vom 24. 3. 2005 kündigte sie an, von ihrem Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Wasserversorgung Gebrauch machen zu wollen und die Wasserzufuhr zu unterbrechen, sofern der Kläger nicht die aufgelaufenen Zahlungsrückstände begleiche. In der Folgezeit wurde die Wasserversorgung der Gaststätte mehrfach unterbrochen, indem auf Veranlassung der Beklagten Rohre oder Leitungen durchtrennt wurden.

Das Landgericht Saarbrücken hat auf Antrag des Klägers am 12. 4. 2005 eine einstweilige Verfügung erlassen, mit der es der Beklagten untersagt hat, die Wasserzuleitung zu beeinträchtigen, und ihr aufzugeben hat, die genannten Wasserzuleitungen sofort wieder herzustellen. Die Beklagte hat dagegen Widerspruch eingelegt. Sie hat behauptet, die Zahlungsrückstände des Klägers hätten sich per Februar 2005 auf 21 988,60 € belaufen, so dass ihr ein Zurückbehaltungsrecht zugestanden habe. Sie sei daher berechtigt gewesen, die Wasserzufuhr zu sperren. Eine verbotene Eigenmacht sei darin nicht zu sehen.

Nachdem der Kläger inzwischen die Schlüssel der Gaststätte an die Beklagte zurückgegeben hat und das Lokal nicht mehr betreibt, haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt und wechselseitig Kostenanträge gestellt. Das Landgericht hat die Kosten des Rechtsstreits der Beklagten auferlegt. Dagegen richtet sich deren sofortige Beschwerde.

Aus den Gründen: II. Die gemäß § 91 a Abs. 2 ZPO zulässige sofortige Beschwerde ist nicht begründet. Die Entscheidung des Landgerichts, der Beklagten die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen, berücksichtigt den (maßgeblichen) bisherigen Sach- und Streitstand und entspricht billigem Ermessen. Wäre es nicht zu der Erledigung des Rechtsstreits gekommen, wäre die einstweilige Verfügung zu bestätigen gewesen (§ 91 a Abs. 1 ZPO).

Es kann offen bleiben, ob die (darlegungs- und beweispflichtige) Beklagte die Voraussetzungen einer wirksamen fristlosen Kündigung hinreichend glaubhaft gemacht hat, dem Kläger also ein vertraglicher Anspruch auf Weiterbelieferung mit Wasser nicht mehr zustand. Es kann ferner dahingestellt bleiben, ob die Beklagte nicht verpflichtet war, im Rahmen eines nach fristloser Kündigung zwischen den Parteien bestehenden Abwicklungsverhältnisses die Versorgung mit Wasser aufrecht zu erhalten (vgl. dazu Bub/Treier-Scheuer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. V.A Rn. 85; Bub/Treier-Krämer, a. a. O., III B Rn. 1220; Schmidt-Futrer/Gather, Mietrecht, 8. Aufl., § 546a Rn. 47). Denn der Anspruch des Klägers beruhte jedenfalls auf §§ 868, 869, 862 Abs. 1 BGB:

Der Kläger war gem. § 854 Abs. 1 BGB unmittelbarer Besitzer der Gaststättenräume. Durch ihr Verhalten hat die Beklagte als mittelbare Besitzerin den Besitz des Klägers durch verbotene Eigenmacht gestört; weitere Störungen waren – was nicht streitig ist – zu besorgen.

1. Eine Besitzstörung i. S. der §§ 862 Abs. 1, 858 Abs. 1 BGB lag vor.

Um festzustellen, ob eine Besitzstörung im Sinne der genannten Vorschriften gegeben ist, hilft allerdings die gängige Definition, der zufolge eine Besitzbeeinträchtigung immer dann vorliegt, wenn ein rechtlich befriedeter Zustand in ei-

nen solchen der Rechtsunsicherheit verwandelt wird (Palandt/Bassenge, BGB, 64. Aufl., § 862 Rn. 4 m. w. N.), nicht weiter. Es bedarf vielmehr einer Unterfütterung dieser Formel unter Bezugnahme auf das Gesetz sowie den Geltungsgrund der Besitzschutzansprüche (so zu Recht: Ulrici, ZMR 2003, 895, 896). Hierzu genügt es jedoch nach Auffassung des Senats nicht, sich an dem Begriff der Besitzentziehung als der „großen Schwester“ der Besitzstörung zu orientieren und daraus zu folgern, dass nur physische oder psychische Interventionen, nicht aber ein Unterlassen – hier: ein Nichtmehrleisten – eine Besitzstörung begründen können (so Ulrici, a. a. O.). Die Frage, wogegen die Besitzvorschriften einen Schutz gewähren wollen, lässt sich vielmehr nur dann beantworten, wenn geklärt wird, welchen Inhalt der „Besitz“ als sachenrechtliche Rechtsposition hat. Es stellt sich daher die Frage nach dem rechtlich geschützten Interesse des Besitzers.

Weshalb der Besitz von der Rechtsordnung anerkannt und geschützt wird, ist in der Rechtslehre häufig untersucht worden (vgl. dazu die Übersicht bei: MünchKomm-Joost, BGB, 4. Aufl., vor § 854 Rn. 15). Unter anderem wurde die Kontinuitätstheorie vertreten, wonach von den §§ 861 ff BGB das private Interesse des Besitzers an der Erhaltung der Sache in seiner eigenen Interessensphäre, „der Erhalt des gegebenen Bestandes“ geschützt sein soll (vgl. dazu Staudinger-Bund, BGB, Neubearbeitung 2000, Vorbem. vor § 854 Rn. 18 sowie die Nachweise bei Joost, a. a. O.; ebenso Ulrici, a. a. O.). Das Kontinuitätsinteresse des Besitzers kann jedoch (worauf Joost, a. a. O., Rn. 16 zu Recht hinweist) nicht das (alleinige) geschützte Interesse sein, da die Rechtsordnung z. B. keinen Anlass hat, das Kontinuitätsinteresse des Diebes an seiner Beute um seiner selbst willen zu schützen. Das Kontinuitätsinteresse stellt den rechtspolitischen Grund des Besitzschutzes dar und beantwortet noch nicht die Frage nach dem geschützten Interesse. Das Individualinteresse, das im Hinblick auf das Verbot der Eigenmacht geschützt ist, ist vielmehr – wie der sogar dem Dieb gewährte Schutz zeigt – das Interesse des Besitzers an ungestörter Herrschaftsausübung. Deshalb kommt als Besitzstörung durchaus auch ein Unterlassen in Betracht, durch das der Störer die ungestörte Besitzerausübung verhindert (ebenso: Joost, a. a. O., § 858 Rn. 6; Erman-Werner, BGB, 10. Aufl., § 858 Rn. 3 jeweils m. w. N.). Denn Besitz i. S. der §§ 854 ff BGB bedeutet mehr, als eine Sache festhalten oder anderen vorenthalten zu können, sie „innezuhaben“. Im Besitzbegriff schlägt sich, was den Besitzschutz angeht, sowohl das Kontinuitätsinteresse als auch das Interesse des Besitzers an ungestörter Herrschaftsausübung nieder. Dieses richtet sich darauf, im Gebrauch oder der Nutzung einer Sache nicht gestört zu werden. Die Abwehrmöglichkeiten gegen Besitzstörungen werden so zu einem Mittel, den verschiedensten eigenmächtigen Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse entgegen zu treten, vorausgesetzt, die Nutzung einer körperlichen Sache wird beeinträchtigt (Staudinger-Bund, a. a. O., § 858 Rn. 14). Der Besitz ist somit eine Rechtsposition, die dem Besitzer ermöglicht, ohne Rücksicht auf die rechtliche Zuständigkeit oder Befugnis zur Machtausübung eine Sache entsprechend ihrem Verwendungszweck zu gebrauchen. Die Möglichkeit zum Gebrauch ist der geschützten Rechtsposition „Besitz“ i. S. der §§ 854 ff BGB immanent. Als eine Besitzstörung ist deshalb jede Beeinträchtigung anzusehen, durch die dem Besitzer Ausschnitte aus den Gebrauchs- und Nutzungsmöglichkeiten genommen werden, die ihm der Besitz der Sache gewährt (vgl. Staudinger-Bund, a. a. O., § 858 Rn. 14; MünchKomm-Joost, BGB, a. a. O., § 858 Rn. 4). Dementsprechend kann durch die unterlassene Belieferung einer Mietwohnung mit Versorgungsleistungen eine Besitzstörung eintreten.

Der Senat vermag deshalb der von dem Kammergericht vertretenen Auffassung (KG ZMR 2004, 905 ff = GuT 2004, 228 ff = KGReport Berlin 2004, 540 f) nicht zu folgen. Er hält

es nicht für zulässig, bei der Prüfung der Frage, ob der Mieter geben die Unterbrechung der Versorgung mit Wasser und anderen Versorgungsleistungen Besitzschutz genießt, „zwischen dem Besitz des Mieters und dem Gebrauch der Mietsache, den der Vermieter dem Mieter aufgrund des Mietvertrages schuldet“ (KG ZMR 2004, 905, 907 [= GuF a. a. O.]), zu unterscheiden. Denn diese Unterscheidung führt zu einer Vermengung schuldrechtlich begründeter Rechte und Pflichten einerseits und sachenrechtlich begründeter Rechtspositionen andererseits und lässt außer acht, dass die sachenrechtliche Position des Mieters gegenüber dessen schuldrechtlicher Position (im Verhältnis zu dem Vermieter) eine selbstständige Funktion hat. Der Besitz ist kein bloßes „Innehaben“ einer Sache, wie dies in der Entscheidung des KG (a. a. O.) anzuklingen scheint, wenn davon die Rede ist, dass ein Mieter bei Abstellung des Frischwassers nicht im Besitz (sondern nur im Gebrauch) der Mietsache gestört werde und die bloße Gebrauchshinderung keinen Eingriff in die Sachherrschaft darstelle (vgl. dazu auch v. Martius in: Bub/Treier, a. a. O., III. A Rn. 1152); der Besitz als sachenrechtliche Rechtsposition umfasst vielmehr die Möglichkeit zur ungestörten Nutzung.

Eine Besitzbeeinträchtigung lag deshalb hier vor: Durch die Unterbrechung der Wasserversorgung hat die Beklagte die Möglichkeit des Klägers, von den Gaststättenräumen Gebrauch zu machen, beeinträchtigt, da diese ohne Wasserversorgung zu dem vorgesehenen Zweck nicht genutzt werden konnten.

2. Die Besitzstörung geschah durch verbotene Eigenmacht. Verbotene Eigenmacht ist jede gesetzlich nicht besonders gestattete Handlung, die den unmittelbaren Besitzer ohne seinen Willen in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt beeinträchtigt (Staudinger-Bund, a. a. O., § 858 Rn. 4). Der Beklagten war es nicht gesetzlich gestattet, die Wasserversorgungsleitungen zu durchtrennen, um die Zuleitung zu den Gaststättenräumen zu unterbinden. Insbesondere verlieh ihr der Umstand, dass der Kläger ihrem Vorbringen zufolge mit den Mietzahlungen erheblich in Rückstand geraten und aufgrund der – ihrer Behauptung nach wirksamen – fristlosen Kündigung vom 23. 2. 2005 zur Räumung der Mieträume verpflichtet war, nicht das Recht zur Selbsthilfe gem. § 229 BGB, da das Gesetz ein solches Recht nur in Ausnahmefällen gewährt, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist. Ebenso wenig stand der Beklagten ein Selbsthilferecht nach § 859 BGB zu, da der Kläger den Besitz an den Gaststättenräumen nicht durch verbotene Eigenmacht, sondern auf der Grundlage des (angeblich beendeten) Mietvertrages mit dem Willen der Beklagten erlangt hatte. Die Beklagte war deshalb darauf verwiesen, einen Räumungstitel zu erstreiten und diesen im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen.

Die Beklagte war auch nicht aufgrund eines Zurückbehaltungsrechts berechtigt, die Wasserversorgung zu unterbrechen. Ein Zurückbehaltungsrecht begründet keine gesetzliche Gestattung (a. A. Ulrici, a. a. O., S. 897), sondern ist eine Einrede, aus der sich eine Gestattung, in ein possessorisches Recht einzugreifen, nicht herleiten lässt. Es wird zwar die Auffassung vertreten, der Vermieter könne von ihm geschuldete Versorgungsleistungen gem. §§ 273, 320 BGB zurückhalten, wenn der Mieter mit einem erheblichen Teil der Nebenkosten in Zahlungsverzug geraten sei (vgl. KG, a. a. O., S. 229 im Zusammenhang mit ev. vertraglichen Ansprüchen; v. Martius, a. a. O.), oder wenn er, der Vermieter, zu einer Vorleistung nicht (mehr) verpflichtet sei (Joost, a. a. O., § 858 Rn. 6). Dem ist jedoch nur für den Fall zu folgen, dass der Mieter der Leistungseinstellung für den Fall des Zahlungsverzugs zugestimmt hat, wie etwa im Abschluss des (Kauf-)Vertrages mit einem Versorgungsunternehmen, in den Versorgungsbedingungen einbezogen sind, die ein Zurückbehaltungsrecht des Unternehmens für den Fall des Zahlungsverzugs regeln (vgl.

z. B. § 33 AVBGasV, AVBELtV, AVBWasserV und die Entscheidung BGH NJW 1991, 2645 f. [= WuM 1991, 436]). Denn in diesem Fall wird der Besitz unter Umständen nicht „ohne den Willen“ des Besitzers (§ 858 Abs. 1 BGB) gestört, so dass ggf. auch keine verbotene Eigenmacht vorliegt, die Abwehransprüche nach §§ 861, 862 BGB begründen könnte. In allen sonstigen Fällen hat dagegen das allgemeine Zurückbehaltungsrecht zurückzutreten, da es dem Schutzzweck der Besitzvorschriften, den Rechtsfrieden und das Interesse des Besitzers am Erhalt des gegebenen Bestandes sowie an ungestörter Herrschaftsausübung zu wahren, zuwider liefe (ebenso OLG Köln OLG-Report 2004, 281 m. w. N.).

Der Beklagten stand schließlich nicht wie einer Wohnungseigentümergeinschaft, die ein säumiges Mitglied von der weiteren Belieferung mit Energie ausschließen kann (KG NJW-RR 2001, 1307 f [= WuM 2001, 456]; BayObLG MDR 1992, 967 f [= WuM 1992, 207]; OLG Hamm MDR 1994, 163 f), das Recht auf Unterbrechung der Wasserversorgung zu. Denn eine Wohnungseigentümergeinschaft ist gesetzlich berechtigt, von einem Mitglied, das sich gegenüber den anderen Eigentümern einer schweren Verletzung ihm obliegender Verpflichtungen schuldig gemacht hat, die Veräußerung seines Wohnungseigentums zu verlangen (§ 18 Abs. 1 WEG). Diese Voraussetzung liegt u. a. dann vor, wenn der Wohnungseigentümer sich mit seiner Verpflichtung zur Lasten- und Kostentragung nach § 16 Abs. 2 WEG in einem bestimmten Umfang und einer bestimmten Zeit in Verzug befindet (§ 18 Abs. 2 Nr. 2 WEG). Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist deshalb auch berechtigt, eine unterhalb der Entziehung stehende Maßnahme – den Ausschluss des säumigen Wohnungseigentümers von Versorgungsleistungen – zu beschließen mit der Folge, dass sie ein entsprechendes Zurückbehaltungsrecht geltend machen kann, soweit sie Leistungen selbst erbringt (vgl. Bärmann/Pick/Merle-Pick, WEG-Kommentar, 9. Aufl., § 18 Rn. 113 m. w. N.). Mit einer Wohnungseigentümergeinschaft, die kraft Gesetzes berechtigt ist, ihre Verwaltung durch Beschluss zu regeln, ist die Stellung des Vermieters indes nicht vergleichbar. Selbst wenn dem Vermieter ein Zurückbehaltungsrecht gem. §§ 273, 320 BGB zustünde, rechtfertigte dies nicht dessen eigenmächtige Durchsetzung, da diese einen petitorischen Anspruch betrafte, der im Besitzschutz unberücksichtigt zu bleiben hat (vgl. § 863 BGB).

Mitgeteilt von RA Krämer, RAe Rapraeger, Hoffmann und Partner, Saarbrücken

**§§ 652, 242 BGB
Maklervertrag und Hauptvertrag;
Geschäftsgrundlage; Gebäudfertigstellung;
Mieträume für eine Tierarztpraxis**

Zur Frage des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage eines Maklervertrags, wenn der Vertragspartner des nachgewiesenen Hauptvertrags nicht in der Lage ist, die übernommenen Pflichten zu erfüllen (hier: das angemietete Geschäftslokal bezugsfertig herzustellen).

(BGH, Urteil vom 14. 7. 2005 – III ZR 45/05)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin beauftragte im Jahre 2000 die beklagte Maklerin, ihr für den Betrieb einer Tierarztpraxis geeignete Räumlichkeiten zur Anmietung nachzuweisen oder zu vermitteln. Aufgrund eines entsprechenden Nachweises der Beklagten schloß die Klägerin am 30. Mai 2000 mit einer Firma B. Gesellschaft für Wohn- und Gewerbebau mbH (im folgenden „B.“) über eine Gewerbefläche in einem damals noch im Rohbauzustand befindlichen Gebäude einen Mietvertrag für zunächst fünf Jahre, beginnend mit dem 1. September 2000. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte die Vermie-

terin das Objekt nach den Wünschen der Klägerin auszubauen und bezugsfertig herzustellen.

Die Klägerin zahlte an die Beklagte am 31. Juli 2000 die vereinbarte Maklerprovision in Höhe von 8400 DM (entsprechend 4294,85 €).

Die Firma B. war jedoch nicht in der Lage, die von der Klägerin gemieteten Räumlichkeiten (und auch das Gebäude im übrigen) fertigzustellen. Mahnungen und Fristsetzungen der Klägerin blieben erfolglos. Mit Schreiben vom 19. Februar 2001 focht die Klägerin den Mietvertrag mit der Firma B. wegen arglistiger Täuschung über deren Erfüllungsfähigkeit und -willigkeit an. Sie nimmt nunmehr die Beklagte auf Rückzahlung der geleisteten Maklerprovision in Anspruch.

Die Vorinstanzen [AG München; LG München I] haben die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen: Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Beide Vorinstanzen halten den geltend gemachten Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Provision unter dem Gesichtspunkt einer Störung der Geschäftsgrundlage des Maklervertrages nach § 313 i. V. m. § 346 Abs. 1 BGB (jeweils n. F.) für begründet. Geschäftsgrundlage des Maklervertrages sei der Umstand gewesen, daß die Firma B. die Räumlichkeiten, welche Gegenstand des nachgewiesenen Mietvertrages waren, bezugsfertig bis zu dessen Beginn herstellen werde. Dadurch daß dies nicht der Fall gewesen sei, sei diese Geschäftsgrundlage weggefallen und habe der Klägerin die Rechte aus § 346 BGB n. F. eröffnet.

2. Diese Betrachtungsweise vermag der Senat nicht zu teilen.

a) Bei der Rechtsauffassung der Vorinstanzen bleibt zum einen – wie die Revision mit Recht beanstandet und auch die Revisionserwiderung nicht in Abrede stellt – unberücksichtigt, daß die neu gestalteten Bestimmungen der §§ 313, 346 BGB erst mit Wirkung zum 1. Januar 2002 in Kraft getreten und daher auf den Streitfall noch nicht anwendbar sind (Art. 229 § 5 EGBGB).

b) Aber auch nach den früher geltenden Grundsätzen (vgl. dazu z. B. BGHZ 128, 230, 236; BGH, Urteil vom 15. November 2000 – VIII ZR 324/99 = NJW 2001, 1204, 1205; jeweils m. zahlr. w. N.) läßt sich hier ein Fehlen oder ein Wegfall der Geschäftsgrundlage des zwischen den Parteien unstreitig zunächst wirksam abgeschlossenen Maklervertrages nicht feststellen. Das Nichtzustandbringen der bezugsfertigen Herstellung des angemieteten Objekts betraf vielmehr den Hauptvertrag zwischen der Klägerin als Mieterin und der Firma B. als Vermieterin und löste hinsichtlich des Maklervertrages zwischen der Klägerin als Auftraggeberin und der Beklagten als Maklerin diejenigen Rechtsfolgen aus, die in der Rechtsprechung für ein Einwirken von Störungen des Hauptvertrages auf den Provisionsanspruch des Maklers entwickelt worden sind.

3. Danach gilt hier folgendes: § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB macht das Entstehen eines Provisionsanspruchs des Maklers nur vom Zustandekommen des Hauptvertrages, nicht von dessen Ausführung abhängig. Demnach schließen Umstände, die einen wirksamen Abschluß des Hauptvertrages verhindern oder ihn als von Anfang an unwirksam erscheinen lassen (Formnichtigkeit, Gesetzswidrigkeit, Sittenwidrigkeit, anfängliche objektive Unmöglichkeit <§ 306 BGB a. F.>, Anfechtung wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung) eine Provisionspflicht aus. Dagegen lassen Umstände, die ohne eine im (Haupt-)Vertragsschluß selbst liegende Unvollkommenheit lediglich die Leistungspflichten aus dem Vertrag beseitigen (wie nachträgliche Unmöglichkeit, Kündigung, Rücktritt oder einverständliche Vertragsaufhebung), den Provisionsanspruch regelmäßig unberührt (st. Rspr.; vgl. z. B. Senatsurteil vom 14. Dezember 2000 – III ZR 3/00 = NJW 2001, 966, 967 m. zahlr. w. N.).

4. Zu den zuletzt genannten, nur die Durchführung des nachgewiesenen oder vermittelten Geschäfts betreffenden Umständen zählt es auch und gerade, daß der Partner des – wirksam zustande gekommenen – Hauptvertrages die übernommenen Pflichten gegenüber dem Auftraggeber des Maklers nicht erfüllt (vgl. dazu auch Senatsbeschluß vom 30. November 2000 – III ZR 79/00 = NJW-RR 2001, 562, betreffend anfängliches Unvermögen des Verkäufers zu Eigentumsverschaffung nach §§ 440, 325 BGB a. F.). Diese Konstellation lag hier vor. Diese Gefahr fällt grundsätzlich in den Risikobereich des Auftraggebers, nicht dagegen in den des Maklers. Daran ändert es nichts, daß der Hauptvertrag hier über ein Objekt geschlossen worden war, das erst noch fertiggestellt werden mußte. Die Fertigstellung war Gegenstand der von der Firma B. als Vermieterin im Hauptvertrag wirksam übernommenen Vertragspflicht, deren Erfüllung nicht etwa an rechtlichen Hindernissen, sondern ausschließlich an der fehlenden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gescheitert war.

5. Allerdings hat der Senat es für möglich gehalten, daß der Maklervertrag einer – sei es auch ergänzenden – Auslegung dahin fähig ist, daß er den Makler zur Rückzahlung der Provision verpflichtet, wenn der wirtschaftliche Zweck des Hauptvertrages verfehlt wird, auch ohne daß die Voraussetzungen für einen „gesetzlichen“ Wegfall des Provisionsanspruchs eintreten. Insoweit bedarf es indessen jeweils einer auf die Besonderheiten des Einzelfalles abgestellten Prüfung, deren Ergebnisse unterschiedlich ausfallen können und sich nicht verallgemeinern lassen (Senatsurteil vom 20. Februar 1997 – III ZR 81/96 = NJW 1997, 1583 f.). Zu Unrecht meint die Revisionserwiderung, daß ein solcher Fall hier vorliege. Die Beklagte hat sich hier durchgängig dahin eingelassen, sie sei selbstverständlich davon ausgegangen, daß die Firma B. die Gewerberäume und damit auch die Tierarztpraxis bezugsfertig herstellen werde. Wäre sie nicht dieser Annahme gewesen, hätte sie von vornherein davon abgesehen, das Vorhaben der Firma B. zu bewerben und hierfür Mieter zu akquirieren. Zu der Behauptung der Klägerin, die Beklagte sei schon seit 1998 mit der Vermarktung des Objekts beauftragt gewesen und habe gewußt, daß es keinerlei Baufortschritt am Rohbau gegeben habe, weil B. hierzu die Mittel fehlten, die fehlende Leistungsfähigkeit sei der Beklagten also bekannt gewesen, fehlt es an Feststellungen. Dies bedeutet, daß nach dem der revisionsrechtlichen Beurteilung zugrunde zu legenden Sachverhalt auf Seiten der Beklagten hier lediglich die normale Erwartung bestanden hat, der Hauptvertrag werde wie vorgesehen durchgeführt. Besondere provisionsschädliche Umstände, wie sie im Senatsurteil vom 20. Februar 1997 (a. a. O.) festgestellt worden waren, waren daher aus der Sicht der Beklagten nicht zutage getreten; daher besteht hier kein Anlaß, die normale Risikoverteilung zugunsten des Maklerkunden und zu Lasten des Maklers zu verschieben.

Bezugsänderungen für unsere Abonnenten

Beachten Sie dazu bitte den Kasten
auf Seite 198 (im Inhaltsverzeichnis)

6. Daraus folgt zugleich weiter, daß hier von einem Fehlen oder einem Wegfall der Geschäftsgrundlage keine Rede sein kann. Es gilt vielmehr uneingeschränkt der Rechtssatz, den der IVa-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs bereits in seinem Urteil vom 7. Juli 1982 (IVa ZR 50/81 = NJW 1982, 2662, 2663) formuliert hat: Daß der Vertragspartner des Maklers das von ihm mit dem Abschluß des vermittelten Vertrages erstrebte Ziel erreicht, ist im allgemeinen nicht Geschäftsgrundlage des Maklervertrages, sondern Beweggrund des Vertragspartners, der zum Abschluß des Maklervertrages führt. Für den Makler ist das Erreichen des Ziels ohne Bedeutung, sein Geschäftswille beruht hierauf regelmäßig nicht.

7. Das Berufungsurteil kann daher mit der ihm gegebenen Begründung keinen Bestand haben. Eine abschließende Entscheidung ist dem Senat nicht möglich. Denn die Klägerin trägt durchgängig vor, die Firma B. als Vermieterin und Vertragspartei des Hauptvertrages habe ihr vorgespiegelt, zur Herstellung des Objekts in der Lage zu sein. Dieser durch zahlreiche Indizien im einzelnen substantiierte und zudem unter Zeugenbeweis gestellte Sachvortrag ist geeignet, eine arglistige Täuschung darzutun, indem die Firma B. entweder eine nicht vorhandene Leistungsbereitschaft und Leistungsfähigkeit positiv vorspiegelte oder den Mangel ihrer Leistungsfähigkeit und -willigkeit treuwidrig verschwieg. Sollte der Hauptvertrag wegen dieser arglistigen Täuschung anfechtbar gewesen sein, so ist dies ein Umstand, der bereits das wirksame Zustandekommen betrifft und dementsprechend in den Risikobereich des Maklers fällt (Senatsurteil vom 14. Dezember 2000 a. a. O.).

Auch die – bestrittene – Behauptung der Klägerin, die mangelnde Leistungsfähigkeit der B. sei der Beklagten von vornherein bekannt gewesen, kann in der Weise entscheidungserheblich werden, daß ein etwaiges Verschweigen dieses Umstandes eine positive Vertragsverletzung des Maklervertrages durch die Beklagte darstellen und einen auf Rückzahlung der Provision gerichteten Schadensersatzanspruch der Klägerin begründen kann.

Die Zurückverweisung gibt daher dem Berufungsgericht Gelegenheit, diesen Fragen weiter nachzugehen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 654 BGB
Maklervertrag; Provisionsanspruch;
Treupflichtverletzung; positive Forderungsverletzung

Die Verwendung unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen (hier: der formularmäßige Ausschluß aller Beratungspflichten seitens eines Versicherungsmaklers) rechtfertigt im Regelfall – ohne Hinzutreten besonderer Umstände – keine Verwirkung des Maklerlohnanspruchs.

(BGH, Urteil vom 19. 5. 2005 – III ZR 322/04)

Aus den Gründen: II. 5. Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht weiter eine Verwirkung des Provisionsanspruchs entsprechend § 654 BGB verneint. Die Vorschrift kann nach ständiger Rechtsprechung zwar auch dann anwendbar sein, wenn der Makler nicht vertragswidrig für den anderen Teil tätig geworden ist, er aber sonst unter Verletzung wesentlicher Vertragspflichten den Interessen seines Auftraggebers in erheblicher Weise zuwidergehandelt hat. Die Verwirkung des Maklerlohnanspruchs hat jedoch Strafcharakter. Nicht jede objektiv erhebliche Pflichtverletzung des Maklers und damit auch nicht jedes Informations- und Beratungsver schulden läßt deshalb den Provisionsanspruch nach § 654 BGB entfallen, vielmehr ist in erster Linie subjektiv eine schwerwiegende Treupflichtverletzung zu fordern; der Makler muß sich seines Lohnes „unwürdig“ erwiesen haben. Das ist nach der Rechtsprechung erst dann der Fall, wenn er sei-

ne Treupflicht vorsätzlich, wenn nicht gar arglistig, mindestens aber in einer dem Vorsatz nahekommenen grob leichtfertigen Weise verletzt hat (BGHZ 36, 323, 326 f.; 92, 184, 185 [= WuM 1985, 297]; BGH, Urteil vom 24. Juni 1981 – IVa ZR 225/80 – NJW 1981, 2297; Urteil vom 18. März 1992 – IV ZR 41/91 – NJW-RR 1992, 817, 818; kritisch Münch-Komm/Roth, BGB, 4. Aufl., § 654 Rn. 2 f.). Andere Fälle sind unter dem Gesichtspunkt der positiven Forderungsverletzung zufriedenstellend zu lösen (BGHZ 36, 323, 327).

Nach diesen Maßstäben reicht die vom Beklagten der Klägerin vorgeworfene objektive Sorgfaltspflichtverletzung bei der Empfehlung einer fondsgebundenen Lebensversicherung als – unterstellt – für den Beklagten ungeeignete Alterssicherung für den Verwirkungstatbestand nicht aus. Auch der Ausschluß jeglicher Beratungspflichten der Klägerin in Ziffer 2 der von ihr vorformulierten Vertragsklauseln genügt entgegen der Revision hierfür nicht. Die Bestimmung widerspricht zwar den insgesamt umfassenden Betreuungspflichten eines Versicherungsmaklers und ist deswegen jedenfalls insoweit, als sie sich auf den vermittelten Vertrag bezieht, nach § 9 AGBG unwirksam (Senatsurteil vom 20. Januar 2005 – III ZR 251/04 a. a. O. [= BGHZ 162, 67 = NJW 2005, 1357 = VersR 2005, 406]). In der trotzdem von der Klägerin angestrebten Haftungsfreizeichnung mag auch objektiv eine Pflichtverletzung liegen. Sie hat jedoch nicht das für eine Anwendung des Verwirkungsgedankens erforderliche außergewöhnliche Gewicht. Die Verwendung unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen seitens des Maklers allein kann im Regelfall – ohne Hinzutreten besonderer Umstände – keine Verwirkung seines Lohnanspruchs rechtfertigen (vgl. Schulz, ZMR 2002, 102, 104; anders OLG Hamm NZM 2000, 1073, 1074 = NJW-RR 2001, 567, 578 für die Vereinbarung einer sogenannten Verweisungsklausel; D. Fischer, NZM 2001, 873, 881; Schwerdtner, Maklerrecht, 4. Aufl., Rn. 733). Auf das in NJW-RR 2000, 476 abgedruckte Urteil des Landgerichts Saarbrücken kann sich die Revision für ihren gegenteiligen Rechtsstandpunkt ebensowenig berufen. Unabhängig von der Frage, inwieweit der Entscheidung gefolgt werden könnte, ging es dort zugleich um ein den Kunden und Versicherungsnehmer benachteiligendes Treuhandverhältnis mit einem der Versicherung verbundenen Dritten und damit um einen hier nicht festgestellten, wesentlich anders gelagerten Sachverhalt. Die (teilweise) Verlagerung des Stornorisikos auf den Kunden schließlich, auf die das LG Offenburg (VersR 2005, 646, 647) zusätzlich verweist, beruht auf einer zulässigen, wenn auch von der bisherigen Praxis abweichenden Rechtsgestaltung und stellt deshalb schon keine Vertragsverletzung des Maklers dar.

6. Das vom Beklagten unter Beweis gestellte Vorbringen über die mangelnde Eignung der von der Klägerin vermittelten fondsgebundenen Lebensversicherung für eine gesicherte Altersversorgung, von dessen Richtigkeit mangels abweichender Feststellungen des Berufungsgerichts für die Revisionsinstanz auszugehen ist, könnte indes den Vorwurf einer schuldhaften Verletzung des Maklervertrages und damit eine Schadensersatzpflicht der Klägerin begründen. Unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht den Sachvortrag der Parteien nicht geprüft. Der Senat kann dies nicht nachholen. Daher ist die Sache unter Aufhebung des Berufungsurteils zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

„Netzwerk GuT“
 Anfragen: info@prewest.de

**§ 15 VerbrKG a. F.; §§ 655 b, 812 BGB; § 354 HGB
Makler; Provisionsanspruch; Kreditvermittlung;
Bereicherungsanspruch
bei Fehlen wirksamen Maklervertrags**

1. Ist ein Kreditvermittlungsvertrag gemäß § 15 Abs. 2 VerbrKG a. F. (§ 655 b Abs. 2 BGB n. F.) mangels Schriftform nichtig, so kommt für den Kreditvermittler ein Provisionsanspruch weder aus ungerechtfertigter Bereicherung noch aus § 354 HGB in Betracht. (nur Leitsatz)

2. Wenn es an einem wirksamen Maklervertrag fehlt, vermag allein der Umstand, daß der Vertragsinteressent durch den Nachweis oder die Vermittlung eines Maklers zum Vertragsschluß gelangt ist, einen Bereicherungsanspruch desselben gegen den Interessenten auf Zahlung einer Provision nicht zu begründen. Offen bleibt, ob § 812 BGB überhaupt als Anspruchsgrundlage in Betracht kommt; hierfür müßten zumindest auch alle diejenigen Voraussetzungen und Einschränkungen gelten, die – außer der Kaufmannseigenschaft des tätig gewordenen Maklers – für einen gesetzlichen Anspruch nach § 354 HGB anerkannt sind.

3. Für einen Maklerlohnanspruch nach § 354 Abs. 1 HGB wird im Regelfall eine vertragliche Grundlage erforderlich sein. Es bedarf allerdings nicht in jedem Fall eines gültigen Vertrages, sofern keine Bedenken gegen die Wirksamkeit des Maklergeschäftes wegen Einigungs- oder Willensmängeln (§§ 145 ff, 104 ff, 116 ff BGB) bestehen und die Vorschrift, aus der sich die Nichtigkeit ergibt – etwa bei formellen Mängeln eines abgeschlossenen Maklervertrages –, nicht den Schutz einer Vertragspartei im Blick hat.

(BGH, Urteil vom 7. 7. 2005 – III ZR 397/04)

Aus den Gründen: II. 2. Auch unabhängig hiervon schulden die Beklagten nach dem im Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Sachverhalt dem Kläger die Provision weder aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 i. V. m. § 818 Abs. 2 BGB) – wie das Berufungsgericht meint –, noch hat dieser Anspruch eine andere gesetzliche Grundlage.

a) Das Reichsgericht hat bei Nichtzustandekommen eines Maklervertrages ohne weiteres § 812 BGB mit als Anspruchsgrundlage herangezogen (RGZ 122, 229, 232; zustimmend KG NJW 1960, 1865; OLG Köln NJW 1971, 1943, 1944; vgl. auch LG Saarbrücken NJW-RR 1993, 316; a. A. OLG Dresden OLG-NL 1999, 147, 149). Auch der Bundesgerichtshof hat einen Bereicherungsanspruch nicht von vornherein ausgeschlossen (BGH, Urteil vom 25. September 1985 – IVa ZR 22/84 – BGHZ 95, 393, 399 = JR 1986, 369 m. Anm. Knütel). In der maklerrechtlichen Fachliteratur wird teilweise § 812 BGB gänzlich abgelehnt, sei es mit der Begründung, der Empfänger erlange durch eine rechtsgrundlose Maklerleistung nichts, was sich in einen Wertersatzanspruch umwandeln könnte (Staudinger/Reuter BGB «März 2003» §§ 652, 653 Rn. 58; Martinek JZ 1994, 1048, 1053 f; ähnlich Dehner, Das Maklerrecht – Leitfaden für die Praxis <2001> Rn. 77, 78; Zopfs, Maklerrecht <2000> Rn. 4), sei es mit der Begründung, mit einem entsprechenden Bereicherungsausgleich werde das Erfordernis der vertraglichen Festlegung der Provision (§ 652 BGB) unterlaufen (Schwerdtner, Maklerrecht 4. Aufl. Rn. 195, 198). Die Gegenansicht zieht zwar eine Leistungskondition unter dem Gesichtspunkt des Wertersatzes (§ 812 Abs. 1 Satz 1, § 818 Abs. 2 BGB) grundsätzlich in Betracht (MünchKomm/Roth a. a. O. 4. Aufl. § 652 Rn. 81; Palandt/Sprau a. a. O. § 652 Rn. 10; Kotzian-Markgraf in Bamberger/Roth BGB § 652 Rn. 21; Fischer NZM 2002, 480, 481 m. Fn. 19; Weishaupt JuS 2003, 1166, 1171; Soergel/Lorentz BGB 12. Aufl. § 652 Rn. 25). Es wird aber betont, daß „§ 812

nicht das gewähren kann, was § 652 dem Makler wegen Fehlens der gesetzlichen Voraussetzungen nicht zuteil werden läßt“ (vgl. nur Lorentz a. a. O.).

aa) Ob das Bereicherungsrecht dem Makler überhaupt einen Anspruch geben kann, ist zweifelhaft. Hierbei ist insbesondere auch die Risikoverteilung im Zusammenhang mit der Regelung über die Begründung und das Entstehen der Maklerprovision in § 652 BGB zu beachten. Die Privatrechtsordnung kennt grundsätzlich keine Pflicht zur Vergütung ungefragt überlassener Informationen; ein Entgelt ist dafür lediglich auf vertraglicher Grundlage zu zahlen (vgl. Senatsurteil vom 23. September 1999 – III ZR 322/98 – NJW 2000, 72, 73). Das Maklerrecht ist insbesondere dadurch geprägt, daß die bloße Ausnutzung von Maklerwissen für sich genommen noch keinen Anspruch auf Vergütung begründet. Für eine Vermittlungstätigkeit des Maklers gilt nichts wesentlich anderes. Im Hinblick darauf, daß für einen etwaigen Bereicherungsanspruch, gerichtet auf ein Entgelt im Sinne einer Maklerprovision, zumindest auch alle diejenigen Voraussetzungen und Einschränkungen gelten müßten, die – außer der Kaufmannseigenschaft des tätig gewordenen Maklers – für einen gesetzlichen Anspruch nach § 354 HGB anerkannt sind (siehe nachfolgend unter b), sind ohnehin nur wenige Fallgestaltungen denkbar, in denen ein Bedürfnis für die Heranziehung von § 812 BGB als Anspruchsgrundlage neben Vertrag oder § 354 HGB gegeben sein könnte (falls der Anspruch sich nicht ganz ausnahmsweise unmittelbar aus § 242 BGB herleiten läßt).

bb) Dieser Fragenkreis braucht im Streitfall nicht weiter vertieft zu werden. Jedenfalls ergibt sich aus der angesprochenen Risikoverteilung als notwendige (Mindest-)Voraussetzung für einen Bereicherungsanspruch, d. h. für die Annahme einer bereicherungsrechtlich relevanten Leistung des Maklers an den Empfänger, daß nicht nur die maßgebliche Maklertätigkeit des Maklers aus der Sicht des „Empfängers“ als Leistung an ihn erscheinen konnte (BGHZ 95, 393, 399), sondern auch, daß der Makler annehmen durfte, für diese Tätigkeit eine Vergütung zu erhalten. Das erfordert wenigstens eine Willensübereinstimmung über den Umfang und die Entgeltlichkeit der Maklertätigkeit; der Leistungsempfänger muß als Nachfrager einer entgeltlichen Leistung die Leistung entgegennehmen (vgl., in anderem Zusammenhang, Münch-Komm-HGB/K. Schmidt § 354 Rn. 9).

Schon daran fehlt es nach den bisherigen Feststellungen. Da – wie revisionsrechtlich als unwiderlegt zu unterstellen ist – die Beklagten lediglich ein Angebot an den Kläger abgegeben hatten, er solle ihnen – gegen Entgelt – ein zinsgünstiges Fremdwährungsdarlehen von maximal 3,5% Zinsen in Schweizer Franken beschaffen, hatten sie zu erkennen gegeben, daß sie nur mit diesem Inhalt vom Kläger eine entgeltliche Maklerleistung entgegennehmen wollten. Über einen etwa in bezug auf die spätere Tätigkeit des Klägers geänderten (ausdrücklich oder konkludent geäußerten) Willen der Beklagten verhält sich das Berufungsurteil nicht.

b) Das Berufungsurteil erweist sich (entgegen der Revisionsrüge) auch nicht gemäß § 354 Abs. 1 HGB als richtig, wonach derjenige, der – wie hier der Kläger – in Ausübung seines Handelsgewerbes einem anderen Geschäftsbetrieb oder Dienste leistet, dafür „auch ohne Verabredung“ Provision nach den an dem Orte üblichen Sätzen fordern kann. Für diesen Anspruch gilt im Blick auf § 652 BGB und die sich daraus ergebende Risikoordnung Ähnliches wie für § 812 BGB.

aa) Allerdings steht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an sich nicht in Frage, daß § 354 HGB grundsätzlich auch für die Provision eines Maklers, wenn es an einem wirksamen Maklervertrag fehlt, anwendbar sein kann (BGH, Urteile vom 19. November 1962 – VIII ZR 229/61 –

WPM 1963, 165, 167; 11. Juni 1964 – VII ZR 191/62 – NJW 1964, 2343; 4. April 1966 – VIII ZR 102/64 – WPM 1966, 621, 623 und vom 25. September 1985 – IVa ZR 22/84 – BGHZ 95, 393, 398 = JR 1986, 369, 371 m. Anm. Knütel; zum Ganzen Heße NJW 2002, 1835). Die Provisionspflicht setzt aber voraus, daß zwischen Makler und dem am Geschäftsabschluß Interessierten (hier: Kreditinteressent) ein Verhältnis besteht, das die Tätigkeit des Maklers rechtfertigt (BGH, Urteil vom 19. November 1962 a. a. O. – VIII ZR 229/61 – WPM 1963, 165, 167). Das wird im allgemeinen mit dem Satz umschrieben, § 354 HGB ver helfe dem Makler, sofern er Kaufmann ist, nur dann zu einer Provision, wenn er „befugterweise“ für den Interessenten tätig wird (vgl. BGH, Urteile vom 4. April 1966 und vom 25. September 1985 a. a. O.). Dem Interessenten muß auf jeden Fall erkennbar sein, daß die Maklerdienste gerade für ihn geleistet werden (BGH, Urteil vom 25. September 1985 a. a. O.). Hierfür wird im Regelfall eine vertragliche Grundlage erforderlich sein (vgl. Senatsurteil vom 23. September 1999 a. a. O.). Es bedarf allerdings nicht in jedem Fall eines gültigen Vertrages, sofern keine Bedenken gegen die Wirksamkeit des Maklergeschäfts wegen Einigungs- oder Willensmängeln (§§ 145 ff, 104 ff, 116 ff BGB) bestehen und die Vorschrift, aus der sich die Nichtigkeit ergibt – etwa bei formellen Mängeln eines abgeschlossenen Maklervertrages –, nicht den Schutz einer Vertragspartei im Blick hat (vgl. BGH, Urteil vom 28. September 1961 – II ZR 186/59 – MDR 1962, 31: Fehlen der Genehmigung nach Art. 53 MilRegG; OLG Hamm VersR 1996, 1496, 1496 f: Fehlen der Schriftform nach §§ 18, 34 GWB a. F.).

bb) Darüber hinaus kann – im Blick auf den Vorrang vertraglicher Vereinbarungen (vgl. Wagner in Röhrich/Graf v. Westphalen HGB 2. Aufl § 354 Rn. 5) und auf die Risikoverteilung des allgemeinen Maklervertragsrechts nach § 652 BGB – eine „befugte“ (entgeltliche) Maklertätigkeit nicht ohne weiteres angenommen werden, wenn die gewünschte Maklerleistung und deren Vergütung zuvor von dem Interessenten auf ein bestimmtes Geschäft eingegrenzt worden war, es dann jedoch zu einem anderen Hauptvertrag kommt. In einem solchen Fall muß der Makler vielmehr, bevor er die Maklertätigkeit in anderer Richtung entfaltet, eine (ergänzende) Vereinbarung abschließen oder jedenfalls klare Hinweise auf eine Vergütungspflicht des Interessenten geben. Andernfalls begründet auch § 354 HGB den Maklerlohnanspruch nicht.

Von einem solchen Sachverhalt ist hier nach dem unwiderlegten Vorbringen der Beklagten revisionsrechtlich auszugehen.

3. Zu erörtern ist danach revisionsrechtlich allenfalls noch, ob ein Provisionsanspruch des Klägers für die Vermittlung der von den Beklagten in Anspruch genommenen Umschuldungsdarlehen bei der D. Bank wenigstens aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) auf der Grundlage der Feststellung des Berufungsgerichts bejaht werden könnte, diese Darlehen seien mit dem von den Beklagten in ihrem Angebot an den Kläger gewünschten maximal mit 3,5% verzinslichen Fremdwährungskredit in Schweizer Franken wirtschaftlich gleichwertig. Indessen rügt die Revision bereits mit Recht, daß diese Annahme auf Verfahrensfehlern beruht. [...]

III. Das Urteil des Berufungsgerichts kann danach keinen Bestand haben. Da Entscheidungsreife im Revisionsverfahren nicht gegeben ist, muß die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit dieses unter Beachtung der vorstehenden Ausführungen im Rahmen des ihm gegebenen Prüfungsumfanges eine abschließende tatrichterliche Prüfung des Klageanspruchs – in erster Linie unter dem Gesichtspunkt des vom Kläger behaupteten Maklervertrages bzw. einer durch schlüssiges Verhalten geänderten Maklerprovisionsabrede

(vgl. Senatsurteil vom 16. September 1999 – III ZR 77/98 – NJW-RR 2000, 57) – vornehmen und gegebenenfalls die erforderlichen weiteren Feststellungen treffen kann.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 152 ZVG; § 5 ZwVwV; § 823 BGB
Zwangsverwaltung; Fortführung des Hotelbetriebs
durch den Zwangsverwalter**

Der Zwangsverwalter ist befugt, ein auf dem beschlagnahmten Grundstück geführten grundstücksbezogenen Gewerbebetrieb des Schuldners fortzuführen, wenn dies zur ordnungsgemäßen Nutzung des Grundstücks erforderlich ist und er dabei nicht in Rechte des Schuldners an Betriebsmitteln eingreift, die unabhängig von ihrer Zugehörigkeit zu dem Gewerbebetrieb absolut geschützt sind.

(BGH, Beschluss vom 14. 4. 2005 – V ZB 16/05)

Zum Sachverhalt: Im Januar 2004 ordnete das Amtsgericht Bergen auf Rügen auf Antrag der Gläubigerin die Zwangsverwaltung des Grundstücks des Schuldners an, auf dem dieser ein Schloßhotel mit zwei Restaurants betrieb. Der zum Zwangsverwalter bestellte Rechtsanwalt beantragte nach der Inbesitznahme des Grundstücks die Genehmigung, das Hotel – zumindest vorübergehend – selbst zu betreiben.

Mit Beschluß vom 3. Mai 2004 hat das Amtsgericht dem Verwalter die beantragte Genehmigung für die Übergangszeit bis zum Abschluß eines Pachtvertrags mit einem Dritten erteilt. Auf die sofortige Beschwerde des Schuldners hat das Landgericht Stralsund den Beschluß des Amtsgerichts aufgehoben.

Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde, deren Zurückweisung der Schuldner beantragt, erstrebt die Gläubigerin die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Aus den Gründen: II. Die gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO statt-hafte Rechtsbeschwerde ist zulässig und begründet.

1. Das Beschwerdegericht hält eine Fortführung des Hotelbetriebs durch den Zwangsverwalter für unzulässig, weil sich seine Befugnisse auf das beschlagnahmte Grundstück und die mithaftenden Gegenstände beschränkten. Der Gewerbebetrieb des Schuldners, zu dem auch immaterielle Betriebsmittel wie Firmenname, Beziehungen zu Kunden und Lieferanten, Betriebsorganisation und Geschäftsbücher gehörten, sei demgegenüber beschlagnahmefrei. Den Gläubigern gebührten deshalb nur die Einnahmen aus dem Verwaltungsobjekt, nicht aber die Einnahmen aus dem Gewerbebetrieb. Das gelte auch dann, wenn sich Grundstück und Gewerbebetrieb, wie hier, praktisch nicht trennen ließen. Daß der Schuldner dem Zwangsverwalter die Buchungsunterlagen für das Hotel überlassen habe, sei unmaßgeblich, da dieser auch mit Zustimmung des Schuldners nicht befugt sei, einen Gewerbebetrieb auf dem beschlagnahmten Grundstück fortzuführen. Einer sinnvollen Zwangsverwaltung seien damit zwar Grenzen gesetzt, jedoch dürften die Unterschiede zwischen der Zwangsverwaltung und einem Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners nicht verwischt werden.

2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a) Zutreffend geht das Beschwerdegericht allerdings davon aus, daß es sich bei der Zwangsverwaltung um eine Einzelvollstreckungsmaßnahme handelt und sich die Befugnisse des Zwangsverwalters auf den von der Beschlagnahme erfaßten Teil des schuldnerischen Vermögens beschränken. Betreibt der Schuldner auf dem beschlagnahmten Grundstück ein gewerbliches Unternehmen, teilt sich sein Vermögen mit der Anordnung der Zwangsverwaltung deshalb in einen beschlag-

nahmen, insbesondere das Betriebsgrundstück nebst Zubehör (§§ 148 Abs. 1, 20 Abs. 2 ZVG, §§ 1120, 94, 97, 98 BGB) umfassenden Teil und in das übrige, von der Beschlagnahme unberührte Betriebsvermögen (vgl. OLG Hamm OLGR 1994, 131 m.w.N.). Der Zwangsverwalter übt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nur hinsichtlich des beschlagnahmten Teils aus, hier also hinsichtlich des Grundstücks, der darauf befindlichen Gebäude und des dem Schuldner gehörenden Betriebsinventars, zu dem unter anderem die Einrichtung von Hotel, Restaurants und Küche sowie Geschirr, Wäsche und Vorräte zählen (vgl. BGHZ 85, 234, 237 f.; Vollkommer, AP BGB § 613a Nr. 19 Bl. 216).

b) Nicht gefolgt werden kann dem Beschwerdegericht aber, soweit es den Zwangsverwalter deshalb rechtlich gehindert sieht, die bisherige gewerbliche Nutzung des Grundstücks als Hotel aufrechtzuerhalten.

Allerdings erfaßt die Beschlagnahme eines Grundstücks im Zwangsverwaltungsverfahren einen auf dem Grundstück ausgeübten Gewerbebetrieb des Schuldners als solchen nicht (allg.M., vgl. OLG Hamm OLGR 1994, 131; Stöber, ZVG, 17. Aufl., § 152 Anm. 6. 6; Vollkommer, AP BGB § 613a Nr. 19 Bl. 216; Hintzen, Rpfleger 1992, 310). Ist dieser von dem Grundbesitz „ablösbar“, kann er also auch an einem anderen Ort ausgeübt werden, steht außer Zweifel, daß der Zwangsverwalter den Betrieb nicht fortführen darf, sondern dem Schuldner entweder die Räume gegen ein angemessenes Entgelt vermieten oder ihn von dem Grundstück verweisen muß (OLG Celle Rpfleger 1989, 519, 520; OLG Dresden MDR 1999, 889, 890; Haarmeyer/Wutzke/ Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung, 3. Aufl., § 5 ZwVwV Rdn. 19).

Umstritten sind die Befugnisse des Zwangsverwalters dagegen bei Betrieben, die auf der Grundlage eines für eine bestimmte gewerbliche Nutzung dauerhaft ausgebauten Grundstücks geführt werden, deren wirtschaftlicher Schwerpunkt also auf dem Grundstück liegt (vgl. BGHZ 85, 234, 237 f.). Solche grundstücksbezogenen Unternehmen, wie etwa Hotel, Gaststätte, Freizeitpark (vgl. OLG Hamm OLGR 1994, 131) oder Kurklinik (vgl. BAG NJW 1980, 2148), lassen sich einerseits von dem beschlagnahmten Grundstück nicht lösen, andererseits kann auch das Grundstück in der Regel wirtschaftlich sinnvoll nur zu dem Zweck genutzt werden, für das es besonders eingerichtet ist.

aa) Im Hinblick auf die Verpflichtung, das beschlagnahmte Grundstück in seinem Bestand und damit auch in seinem besonderen Nutzungswert zu erhalten (§ 152 Abs. 1 ZVG), wird der Zwangsverwalter überwiegend als berechtigt angesehen, ein grundstücksbezogenes Unternehmen im eigenen Namen fortzusetzen, wenn dies in tatsächlicher Hinsicht möglich und ohne Verletzung anderweitiger gesetzlicher Vorschriften durchführbar ist (RGZ 135, 197, 202; OLG Celle Rpfleger 1989, 519; OLG Dresden MDR 1999, 889 für eine Tankstelle mit Waschanlage; FG Saarland EFG 2001, 606, 608; LAG Bremen DB 1987, 1847; LG Trier Rpfleger 1989, 76; Mohrbutter/Driscbler/Radtke/Tiedemann, Die Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungspraxis, 7. Aufl., S. 835, 887; Vollkommer, AP BGB § 613a, Nr. 19; Meyer-Stolte, EWIR 1990, 103; Dauenheimer, BB 1979, 989, 990; Herold, DB 1958, 1063 f.; Berges, KTS 1956, 113, 115; wohl auch Selke, ZfIR 2002, 622, 624 ff.; vgl. auch RGZ 93, 1, 3).

bb) Nach einer anderen Auffassung soll der Zwangsverwalter ein grundstücksbezogenes Unternehmen des Schuldners dagegen weder verpachten noch selbst fortführen dürfen. Andernfalls werde in dessen Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und damit in ein selbständiges, von der Zwangsverwaltung nicht erfaßtes Rechtsgut eingegriffen (OLG Hamm OLGR 1994, 131; Stöber, ZVG, 17. Aufl., § 152 Anm. 6. 6. ff; Haarmeyer/Wutzke/ Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung, 3. Aufl., Einl. 37 u. § 5 ZwVwV Rdn. 14 ff.; Stei-

ner/Hagemann, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 9. Aufl., § 152 ZVG Rdn. 81 ff.; Dassler/Muth, ZVG, 12. Aufl., § 152 Rdn. 18; Eickmann, Zwangsversteigerung- und Zwangsverwaltungsrecht, 2. Aufl., S. 408 f.; Hintzen, Rpfleger 1992, 310). Dies gelte unabhängig davon, ob der Schuldner einer Betriebsfortführung zustimme, denn der in § 152 ZVG festgelegte Aufgabenkreis des Zwangsverwalters könne von den Verfahrensbeteiligten nicht erweitert werden (Stöber, a. a. O., § 152 Anm. 6. 8; Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, a. a. O., § 5 ZwVwV Rdn. 13; Steiner/Hagemann, a. a. O., § 152 ZVG Rdn. 85; insoweit a.A.: OLG Celle Rpfleger 1989, 519, 520; LG Bamberg Rpfleger 1992, 309; Richardi, RdA 1976, 56). Wolle der Gläubiger auf die Einnahmen aus dem Gewerbebetrieb zugreifen, und sei es nur mittelbar durch Überlassung des Gewerbebetriebs an einen Pächter, könne er dies nur in einem Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners erreichen (OLG Hamm, a. a. O., S. 132).

cc) Diese Auffassung überzeugt indessen nicht.

(1.) Die Aufgaben des Zwangsverwalters bestimmen sich durch den Zweck der Zwangsverwaltung, die Ansprüche der Gläubiger aus den Nutzungen des beschlagnahmten Grundstücks zu befriedigen. Er hat deshalb das Recht und die Pflicht, alle Handlungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Bestand zu erhalten und ordnungsgemäß zu benutzen (§ 152 Abs. 1 ZVG; vgl. BGH, Beschl. v. 10 Dezember 2004, IXa ZB 231/03, WPM 2005, 244, 245 [= GuF 2005, 24]). Dabei soll die bei der Anordnung der Verwaltung bestehende Art der Grundstücksnutzung beibehalten werden (§ 5 Abs. 1 ZwVwV).

Sind hierzu gewerbliche Tätigkeiten erforderlich, gehören auch sie zu den Aufgaben des Zwangsverwalters (allg.M., vgl. Stöber, a. a. O., § 152 Anm. 6. 2; Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, a. a. O., § 5 ZwVwV Rdn. 17; Steiner/Hagemann, a. a. O., 9. Aufl., § 152 ZVG Rdn. 94; Dassler/Muth, a. a. O., § 152 Rdn. 19). Wie die umfassende Einbeziehung von Grundstückszubehör in die Verwaltungsmasse (§ 148 Abs. 1 ZVG) und das Recht zur Hinzuziehung von Hilfskräften (§ 1 Abs. 2 Satz 4 ZwVwV) deutlich machen, ist der Verwalter dabei nicht auf die reine Bodennutzung beschränkt (Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, a. a. O., § 5 ZwVwV Rdn. 11). Auch unternehmerischen Tätigkeiten wie der Betrieb eines Parkhauses, eines Campingplatzes oder einer Tennishalle werden allgemein für zulässig erachtet (vgl. Stöber, a. a. O., § 152 Anm. 6. 3; Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, a. a. O., § 5 ZwVwV Rdn. 17; Steiner/Hagemann, a. a. O., § 152 Rdn. 100).

(2.) (a.) Die rechtlichen Grenzen einer solchen, zur ordnungsgemäßen Nutzung des Grundstücks erforderlichen, gewerblichen Tätigkeit des Zwangsverwalters bestimmen sich nicht danach, ob mit ihr eine Betriebsfortführung verbunden ist. Richtig ist zwar, daß der Zwangsverwalter nicht zur Fortführung des – nicht beschlagnahmten – Gewerbebetriebs des Schuldners berufen ist. Hierauf zielt seine im eigenen Namen und auf Rechnung der Masse ausgeübte Tätigkeit aber auch nicht ab, wenn er ein grundstücksbezogenes Unternehmen fortsetzt. Dem Zwangsverwalter kommt es darauf an, das beschlagnahmte Grundstück seinem besonderen wirtschaftlichen Gepräge gemäß zu nutzen. Wenn er sich vor diesem Hintergrund entschließt, den Gewerbebetrieb des Schuldners aufrechtzuerhalten, insbesondere dessen Angestellten und die vorhandene Betriebsorganisation zu übernehmen, maßt er sich nicht die Stellung eines Insolvenzverwalters an (so aber OLG Hamm OLGR 1994, 131, 132); insbesondere ist mit seiner Entscheidung keine „Universalsukzession“ in alle den Gewerbebetrieb betreffende Schuldverhältnisse des Schuldners verbunden (BAG NJW 1980, 2148, 2149). Der Zwangsverwalter greift allein zum Zweck der ordnungsgemäßen Nutzung des Grundstücks auf die vorhandenen Betriebsstrukturen zurück, weil es in aller Regel unsinnig ist, diese abzuwickeln, um anschließend einen neuen Betrieb gleicher wirt-

schaftlicher Prägung einzurichten (so aber der Vorschlag von Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, a. a. O., § 5 ZwVwV Rdn. 11). Dies mag sich mittelbar als Verfügung über beschlagnahmtes Vermögen (vgl. Senat, BGHZ 114, 277, 282 f.) und arbeitsrechtlich als Fortführung des schuldnerischen Betriebs (vgl. BAG, a. a. O.) darstellen. In erster Line erfüllt der Zwangsverwalter aber die ihm durch § 152 ZVG gesetzlich zugewiesene Aufgabe, die durch das Grundstück nebst Bestandteilen und Zubehör verkörperte wirtschaftliche Sachgesamtheit (vgl. Dauenheimer, BB 1979, 989, 990) zu erhalten und im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung zum Zwecke der Zwangsverwaltung zu nutzen (vgl. RGZ 135, 197, 202).

(b.) Gehindert an der Fortführung eines grundstücksbezogenen Unternehmens ist der Zwangsverwalter nur insoweit, als er damit in unzulässigerweise Weise in nicht beschlagnahmte Rechte des Schuldners eingreift (so zutreffend Vollkommer, AP BGB § 613a Nr. 19 Bl. 217). Entgegen der unter II. 2. b) bb) dargestellten Auffassung ist das nicht deshalb der Fall, weil der Zwangsverwalter bei Fortführung des schuldnerischen Gewerbebetriebs mittelbar auch dessen – nicht der Beschlagnahme unterliegenden – immaterielle Bestandteile nutzt.

(aa) Es fehlt bereits an einem Eingriff in den Schutzbereich des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

Geschäftsidee und -organisation, Know-how, good will, Kundenstamm, Lieferantenbeziehungen und ähnliche immaterielle Betriebsmittel sind für sich genommen kein sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. Sie werden einem solchen nur gleichgestellt, wenn auf ihrer Grundlage ein Betrieb eingerichtet und ausgeübt wird, also nur, soweit sie Teil einer bestehenden wirtschaftlichen Einheit sind (vgl. Erman/Schiemann, BGB, 11. Aufl., § 823 Rdn. 55). Auch kann das Recht am eingerichteten Gewerbebetrieb nur gegen „betriebsbezogene“ Eingriffe, also gegen Beeinträchtigungen in Anspruch genommen werden, die die Grundlagen des Betriebs bedrohen, den Funktionszusammenhang der Betriebsmittel auf längere Zeit aufheben oder die Tätigkeit des Inhabers als solche in Frage stellen (BGH, Urt. v. 18. Januar 1983, VI ZR 270/80, NJW 1983, 812, 813). Ein abwehrfähiger Eingriff setzt mithin einen im Zeitpunkt der Verletzungshandlung noch bestehenden Funktionszusammenhang der Betriebsmittel voraus.

Ein solcher Zusammenhang ist im Zeitpunkt der Entscheidung des Zwangsverwalters, einen auf dem beschlagnahmten Grundstück geführten Gewerbebetrieb des Schuldners fortzusetzen, jedoch nicht mehr vorhanden. Die organisatorische Einheit des Betriebsvermögens ist bereits mit der – durch die Anordnung der Zwangsverwaltung bewirkte (§§ 20 Abs. 1, 146 Abs. 1 ZVG) – Beschlagnahme des Grundstücks zerfallen (so auch Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung, 3. Aufl., § 5 ZwVwV Rdn. 11). Die Beschlagnahme hat zur Folge, daß der Schuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Betriebsgrundstück und – weil die einem grundstücksbezogenen Unternehmen zugeordneten Sachen in aller Regel als Zubehör des Betriebsgrundstücks anzusehen sind (BGHZ 85, 234, 237) – über die gesamten auf dem Grundstück befindlichen sächlichen Betriebsmittel verliert (§§ 148, 20 Abs. 2 ZVG, §§ 1120, 94, 97, 98 BGB). Damit ist der Schuldner außer Stande, seinen Gewerbebetrieb aufrechtzuerhalten (vgl. Vollkommer, AP BGB § 613a Nr. 19 Bl. 216; Herold DB 1958, 1063). Bewirkt aber bereits die Anordnung der Zwangsverwaltung das Auseinanderfallen der Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis über das materielle und immaterielle Betriebsvermögen, greift die spätere Entscheidung des Zwangsverwalters, den Betrieb im eigenen Namen fortzusetzen, nicht in einen bestehenden Funktionszusammenhang von Betriebsmitteln ein. Sie führt – im Gegenteil – zur Wiederherstellung der wirtschaftlichen und organisatorischen Einheit.

(bb.) Im übrigen fehlte es auch an der Rechtswidrigkeit eines Eingriffs. Das Recht am Gewerbebetrieb stellt einen offenen Tatbestand dar, dessen Inhalt und Grenzen sich erst aus einer Interessen- und Güterabwägung mit der im Einzelfall konkret kollidierenden Interessenssphäre anderer ergeben (st. Rspr., vgl. BGHZ 138, 311, 318 m.w.N.). Die Rechtswidrigkeit eines Eingriffs wird hier nicht indiziert, sondern ist in jedem Einzelfall unter Heranziehung aller Umstände zu prüfen (BGHZ 59, 30, 34). Bei der danach gebotenen Abwägung der Interessen des Schuldners mit denen der die Vollstreckung betreibenden Gläubiger stellt sich die Fortführung des Betriebs durch den Zwangsverwalter nicht als unzulässig dar, sondern erweist sich geradezu als geboten.

Dürfte der Zwangsverwalter einen grundstücksbezogenen Gewerbebetrieb nicht fortführen und nicht an Dritte verpachten, müßte er ihn schließen oder das Grundstück dem Schuldner gegen Entgelt überlassen. Die zuletzt genannte Möglichkeit wird häufig unzweckmäßig sein, insbesondere wenn das Zahlungsverhalten des Schuldners in der Vergangenheit Anlaß zur Zwangsvollstreckung gegeben hat und deshalb zu erwarten ist, daß der Schuldner auch das Nutzungsentgelt alsbald schuldig bleiben wird. Das Recht am Gewerbebetrieb verpflichtet den Zwangsverwalter auch nicht, dem Schuldner die Fortführung seines Gewerbebetriebs zu ermöglichen, denn es schützt nicht vor den Auswirkungen einer rechtmäßigen Zwangsvollstreckung in Teile des Unternehmens (BGHZ 74, 9, 14 f.).

Eine auch nur vorübergehende Schließung des Betriebs führt regelmäßig zu erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen für das Grundstück und für das Unternehmen; sie liegt daher weder im Interesse der Gläubiger noch des Schuldners. Für die Zwecke der Zwangsverwaltung läßt sich das Grundstück dann nur nutzbar machen, wenn sich ein geeigneter Pächter findet, dem es lohnend erscheint, darauf einen neuen Betrieb zu eröffnen. Das wird vor allem dann kaum aussichtsreich sein, wenn mit der Zwangsverwaltung – wie häufig, und so auch hier – die Zwangsversteigerung des Grundstücks eingeleitet worden ist, ein Pächter nach deren Abschluß also mit einer Sonderkündigung des Erstehers (§ 57a ZVG) rechnen muß (vgl. OLG Celle Rpfleger 1989, 519; Selke, ZfIR 2002, 622, 625).

Aus Sicht des Schuldners ist zu berücksichtigen, daß die Zwangsverwaltung nur als vorübergehende Maßnahme gedacht ist; sie ist aufzuheben, sobald die Ansprüche der Gläubiger befriedigt sind (§ 161 Abs. 2 ZVG). Mit der Aufhebung der Zwangsverwaltung erlangt der Schuldner wieder die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnisse über sein Grundstück und die von der Beschlagnahme erfaßten sächlichen Betriebsmittel. Hiermit ist ihm freilich wenig gedient, wenn sein Gewerbebetrieb im Rahmen der Zwangsverwaltung eingestellt und so, infolge des Auseinanderlaufens der Belegschaft und des Verlusts der Kunden, am Boden liegt oder gar zerstört ist. Demgegenüber stellt es die mildere Belastung dar, wenn der Betrieb im Rahmen einer ordnungsgemäßen Nutzung des Grundstücks durch den Zwangsverwalter fortgeführt worden ist (so auch Selke, a. a. O.).

Auch soweit die Zwangsverwaltung in erster Linie mit dem Ziel beantragt worden ist, die Zwangsversteigerung vorzubereiten (dazu BGH, Beschl. v. 10. Dezember 2004, IXa ZB 231/03, WPM 2005, 244, 245 [= GuT 2005, 24]), liegt die Aufrechterhaltung der bisherigen gewerblichen Nutzung des Grundstücks im Interesse des Schuldners. Sie ist in der Regel eher als eine Betriebsschließung geeignet, den Versteigerungserlös günstig zu beeinflussen, führt also nicht nur zu höheren Einnahmen der Gläubiger, sondern auch zu einer weitergehenden Rückführung der Verbindlichkeiten des Schuldners (vgl. OLG Celle Rpfleger 1989, 519).

(c.) Der Fortführung eines Gewerbebetriebs stehen Rechte des Schuldners damit nur entgegen, soweit diese unabhän-

gig von ihrer Zugehörigkeit zum Unternehmen durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt sind, wie etwa gewerbliche Schutzrechte, Namensrechte oder das Eigentum an Geschäftsbüchern. Ihre Nutzung kann der Zwangsverwalter aber über vertragliche Regelungen mit dem Schuldner erreichen (vgl. BAG NJW 1980, 2148, 2149; Vollkommer, AP BGB § 613a Nr. 19 Bl. 217; für zulässig halten dies im allgemeinen auch Stöber, ZVG, 17. Aufl., § 152 ZVG Anm. 6. 8 und Steiner/Hagemann, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 9. Aufl., § 152 ZVG Rdn. 91).

3. Nach diesen Grundsätzen ist der Zwangsverwalter hier befugt, den Hotelbetrieb des Schuldners fortzuführen. Daß er in beschlagnahmefreie und unabhängig von ihrer Zugehörigkeit zum Gewerbebetrieb geschützte Rechtspositionen des Schuldners eingegriffen hätte, behauptet der Schuldner nicht; die Buchungsunterlagen hat er freiwillig an den Zwangsverwalter herausgegeben. Der Schuldner meint lediglich, der Zwangsverwalter dürfe das Hotel nicht selbst führen, sondern müsse es an einen Dritten verpachten. Hierzu mag der Zwangsverwalter nach § 5 Abs. 2 ZvVwV gehalten sein, wenn er einen geeigneten Pächter findet. Solange dies nicht gelingt oder aus anderen Gründen unzweckmäßig erscheint, ist er aus den dargelegten Erwägungen – erforderlichenfalls auch für die gesamte Dauer der Zwangsverwaltung (vgl. RGZ 135, 197, 202) – befugt, den Betrieb selbst fortzusetzen.

III. Der angefochtene Beschluß kann somit keinen Bestand haben. Der Senat ist in der Lage, in der Sache selbst zu entscheiden, da auch im übrigen keine Gründe vorliegen, die einer Fortführung des Hotelbetriebs durch den Zwangsverwalter entgegenstehen (§ 577 Abs. 5 ZPO). Insbesondere besitzt er die dazu erforderliche öffentlich-rechtliche Genehmigung in Form einer Stellvertretererlaubnis nach § 9 GastG (vgl. Michel/Kienzle/Pauly, Das Gaststättengesetz, 14. Aufl., § 9 Rdn. 3). Das führt zur Wiederherstellung der Entscheidung des Amtsgerichts.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 288 ZPO Gerichtliches Geständnis

Zu den Anforderungen an ein gerichtliches Geständnis.

(BGH, Versäumnisurteil vom 19. 5. 2005 – III ZR 265/04)

Aus den Gründen: 4. a) Das gerichtliche Geständnis ist die innerhalb des Rechtsstreits abgegebene Erklärung einer Partei, daß eine vom Gegner behauptete, ihr im Rechtssinne ungünstige Tatsache wahr sei. Die Wirkung dieser Erklärung ist eine doppelte. Zunächst wirkt sie auf dem Gebiet des Verhandlungsgrundsatzes in bezug auf das Gericht ebenso wie das Schweigen auf die gegnerische Behauptung: Was eine Partei gegen sich gelten läßt, wird ohne weiteres zur Urteilsgrundlage. Zu dieser Wirkung bedarf es an sich weder einer Erklärung des Geständnisses, noch eines sie stützenden Parteiwillens; vgl. § 138 Abs. 3, § 331 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Die zweite Wirkung des gerichtlichen Geständnisses, die ihm allein als spezifische zukommt, besteht dagegen in der Bindung der Partei an ihr Wort: Während das bisher unterlassene Bestreiten bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung jederzeit (vorbehaltlich der Zurückweisung als verspätet) mit der Wirkung nachgeholt werden kann, daß die Tatsache nunmehr des Beweises bedarf, ist nach Ablegung des gerichtlichen Geständnisses ein einfaches Bestreiten ausgeschlossen und der Widerruf an den doppelten Nachweis gebunden, daß das Geständnis der Wahrheit nicht entspricht und daß es durch einen Irrtum veranlaßt ist. In dem Geständnis liegt somit ein Willensmoment: die Partei erklärt, eine Tatsache gegen sich gelten lassen zu wollen. Die Willenserklärung, die somit positiv-

rechtlich in dem Geständnis liegt, ist die Erklärung des Einverständnisses damit, daß die Tatsache ungeprüft zur Urteilsgrundlage gemacht wird (Stein/Jonas/Leipold, ZPO 21. Aufl. 1996 § 288 Rn. 1 bis 4 m.w.N.).

b) Einen derartigen Geständniswillen (s. dazu auch die in BGHR ZPO § 288 Geständniswille 1 bis 6 nachgewiesenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs), der revisionsrechtlich uneingeschränkt nachprüfbar ist (BGHR a. a. O. 1, 4 und 6), vermag der Senat hier nicht festzustellen. (wird ausgeführt)

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Kurzfassungen/Leitsätze (KL) Gewerbemiete etc.

§ 8 BNotO – Nebentätigkeit eines Notars; Unternehmens- und Wirtschaftsberatung

Zur Frage, ob einem Notar eine Nebentätigkeit als Geschäftsführer einer Unternehmens- und WirtschaftsberatungsgmbH genehmigt werden kann, wenn seine Tätigkeit nach dem beabsichtigten Geschäftsführervertrag auf die Vertretung der Gesellschaft in ihren eigenen inneren Angelegenheiten beschränkt, dagegen für das operative Geschäft der Gesellschaft ausgeschlossen sein soll.

(BGH, Beschluss vom 11. 7. 2005 – NotZ 9/05)

§ 263 StGB; Abkommen über den Lastschriftverkehr – Betrug; „Lastschriftfälschung“ zur Kreditverschaffung

Das Lastschriftverfahren dient als Instrument des bargeldlosen Zahlungsverkehrs nicht der Kreditbeschaffung. So wie die Verwendung von Scheck und Scheckkarte zur Kreditbeschaffung in der Regel als zweckwidrig, zumindest ungewöhnliche Benutzung angesehen (vgl. BGHZ 64, 79, 84) und die Hingabe von eurocheques mit dem Ziel, Darlehen auf Kosten der Bank zurückzuzahlen, als funktional atypische Verwendungsart der Scheckkarte gewertet wird (vgl. BGHZ 83, 28), so ist die „Lastschriftfälschung“ mit dem Ziel der Kreditbeschaffung – letztlich zum Nachteil der ersten Inkassobank – mit dem Wesen des Lastschriftverfahrens nicht zu vereinbaren. Den Zahlungsempfänger trifft aufgrund seiner vertraglichen Vereinbarung mit seiner Bank in diesen Fällen eine Aufklärungspflicht, wenn die Lastschriften funktional atypisch verwendet werden. Legt er die Lastschriften ohne entsprechende Angaben seiner Bank zur Gutschrift vor, täuscht er diese konkludent darüber, daß die Lastschrift hier entgegen ihrem Zweck nicht lediglich Instrument des bargeldlosen Zahlungsverkehrs ist.

(BGH, Urteil vom 15. 6. 2005 – 2 StR 30/05)

§ 305 BGB – „Aushandeln“ der Vertragsvereinbarungen; Allgemeine Geschäftsbedingungen

Stellen sich die Bestimmungen einer im Anschluß an einen Formularvertrag (hier: Partnerschaftsvermittlungsvertrag) unterzeichneten Zusatzvereinbarung als von einer Vertragspartei gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung dar (§ 305 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB), so reicht für die Beurteilung, die Zusatzvereinbarung sei „im einzelnen ausgehandelt“ (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB), nicht die Feststellung, daß der Verwender der anderen Vertragspartei die Unterzeichnung „freigestellt“ habe; Voraussetzung für ein Aushandeln“ ist – jedenfalls bei einem nicht ganz leicht verständlichen Text –, daß der Verwender die andere Vertragspartei über den Inhalt und die Tragweite der Zusatzvereinbarung belehrt hat oder sonstwie erkennbar geworden ist, daß der andere deren Sinn wirklich erfaßt hat.

(BGH, Urteil vom 19. 5. 2005 – III ZR 437/04)

§§ 123, 154, 242, 254, 537 a. F., 538 a. F., 581, 823, 826 BGB; § 35 BauGB; § 15 BauNVO – Mangel; Eignung zum vertragsgemäßen Gebrauch; Swinger-Club; Fehlen bauordnungsrechtlicher Genehmigung

1. Hat der Pächter bereits im Zeitpunkt des Vertragschlusses Zweifel, ob ein ihm zur Nutzung als Swinger-Club verpachtetes Einfamilienhaus zu dem vereinbarten Zweck genutzt werden kann, ist ein Schadensersatzanspruch wegen getätigter Investitionen gemäß § 254 BGB ausgeschlossen, wenn er erst nach Vornahme derselben bei der zuständigen Genehmigungsbehörde Erkundigungen über eine mögliche Konzessionierung einholt und hierbei erfährt, dass ein Swinger-Club nicht genehmigungsfähig ist.

2. Das Fehlen einer an sich erforderlichen bauordnungsrechtlichen Genehmigung führt nicht automatisch zur Annahme eines Mangels gemäß § 537 BGB a. F. und zur Nichtgewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs. Voraussetzung dafür ist vielmehr, dass die fehlende Genehmigung eine Aufhebung oder erhebliche Beeinträchtigung der Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch zur Folge hat. Eine solche liegt im Allgemeinen nur vor, wenn die zuständige Behörde die Nutzung des Mietobjekts zu dem vereinbarten Zweck untersagt oder wenn ein behördliches Einschreiten insoweit zu erwarten ist.

3. Die Anwendung des § 15 BauNVO ist auf „Baugebiete“ beschränkt und erfasst nicht den Außenbereich (§ 35 BauGB).

4. Eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange liegt nach § 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB insbesondere vor, wenn das Vorhaben schädliche Umwelteinwirkungen hervorrufen kann oder ihnen ausgesetzt wird. Hierzu zählt das Interesse angrenzender Bewohner an der Freihaltung von Verkehrslärm, insbesondere des Zu- und Abgangs von Besucherfahrzeugen, wie sie bei einer Nutzung als Swinger-Clubs naturgemäß zu erwarten sind.

5. Ein Swinger-Club kann bauplanungsrechtlich nicht einer Gaststätte gleichgesetzt werden. Vielmehr handelt es sich um eine Vergnügungsstätte.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. 5. 2005 – I-10 U 190/04)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 31.10.2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 535 BGB – Arztpraxen im sog. Gesundheitszentrum; mietvertraglich festgelegter Konkurrenzschutz

Vereinbaren die Parteien eines Mietvertrages über Gewerberäume Konkurrenzschutz für die Tätigkeit „Praktischer Arzt speziell hausärztlicher Internist“, erstreckt sich der Konkurrenzschutz sowohl auf die Tätigkeit als „praktischer Arzt“ als auch auf die Tätigkeit als „hausärztlicher Internist“, denn bei dem praktischen Arzt und dem hausärztlichen Internisten handelt es sich um verschiedene Fachärzte mit identischem Tätigkeitsbereich und identischer Klientel.

(KG, Urteil vom 6. 6. 2005 – 8 U 25/05)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 31.10.2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

§§ 242, 326 a. F., 546, 557 a. F., 566 a. F. BGB – Schriftformmangel; Vorenthaltung der Mietsache; Zustand bei Rückgabe; Übergabeklausel; Schönheitsreparaturen bei Vertragsbeendigung; Entfernen von Einrichtungsgegenständen

1. Der Schriftformmangel (§ 566 BGB a. F.) ist von Amts wegen zu berücksichtigen ohne Rücksicht darauf, ob sich die Parteien auf den Formmangel berufen haben und ob sie sich des Formmangels bewusst waren.

2. Ein Vorenthalten liegt nicht vor, wenn der Vermieter keinen Besitzwillen hat, weil er vom Fortbestand des Mietverhältnisses ausgeht.

3. Ob sich die Mietsache in vertragsgemäßem Zustand befindet, ist für die Frage der Rückgabe ohne Belang.

4. Die Formularklausel, „die Mieträume werden in renoviertem Zustand übergeben“, ist wegen Verstoßes gegen § 11 Nr. 15 b AGBG unwirksam.

5. Ist die vertraglich für die Vornahme der Schönheitsreparaturen bestimmte Frist im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung nicht für alle Mieträume abgelaufen, reicht es nicht aus, wenn sich der Vermieter zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs wegen nicht ausgeführter Renovierung auf ein Sachverständigengutachten beruft, das die auszuführenden Arbeiten lediglich pauschal für alle Räume aufführt (hier: „545 qm Wandflächen streichen“). Der Vermieter muss vielmehr eine Zuordnung zu den einzelnen Räumlichkeiten vornehmen.

6. Ist für Schönheitsreparaturen ein Fristenplan nicht vorgesehen, richten sie sich nach dem Grad der während der Mietzeit aufgetretenen Gebrauchsspuren. Diese sind vom Vermieter substantiiert darzulegen.

7. Geht die Aufforderung des Vermieters zur Entfernung von Einrichtungsgegenständen weit über das vertraglich Geschuldete hinaus, kann er hieraus keine Rechte herleiten.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 7.4.2005 – I-10 U 191/04)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 31.10.2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 564, 568 BGB a. F. – Gewerbliche Miete; Stillschweigende Vertragsfortsetzung durch Neuabschluss; Vertragsbeendigungswille; Umdeutung der fristlosen Kündigung

1. Haben die Parteien das befristete Mietverhältnis nach dessen Ablauf auf der Grundlage des Vertrags stillschweigend über Jahre hinweg fortgesetzt, liegt hierin der konkludente Neuabschluss eines unbefristeten Mietvertrages zu den bisherigen Bedingungen auf unbestimmte Zeit, der trotz der Schriftformklausel im Mietvertrag und des Ausschlusses des § 568 BGB a. F. formlos wirksam vereinbart werden kann.

2. Der Wille das Vertragsverhältnis beenden zu wollen, kann auch einem inhaltlich nicht eindeutigen Schreiben entnommen werden, wenn der Erklärungsempfänger zweifelsfrei erkennen kann, dass die andere Partei das Mietverhältnis beenden möchte.

3. Die fristlose Kündigung eines gewerblichen Mietverhältnisses ist hilfsweise in eine ordentliche Kündigung umzudeuten, wenn nach dem eindeutig zum Ausdruck gekommenen Willen des Kündigenden das Vertragsverhältnis jedenfalls zum nächstmöglichen Termin beendet werden soll.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.3.2005 – I-10 U 127/04)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 31.10.2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 936, 930 BGB; § 286 ZPO – Vermieterpfandrecht; gutgläubiger Erwerb von Gaststätteneinrichtungsgegenständen

a) Wird die einem Vermieterpfandrecht unterliegende Sache im Wege des Besitzkonstituts veräußert, so setzt ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb die Übergabe der Sache an den Erwerber voraus.

b) Wer den Verzicht auf ein Recht (hier: Vermieterpfandrecht) geltend macht, trägt die Darlegungs- und Beweislast für diese rechtsvernichtende Einwendung.

(BGH, Urteil vom 20. 6. 2005 – II ZR 189/03)

Art. 1 § 1 RBERG – Mietwagenkosten; Unfallersatztarif; Sicherungsabtretung; Rechtsberatungsverbot

Geht es dem Mietwagenunternehmen im wesentlichen darum, die durch die Abtretung eingeräumte Sicherheit zu verwirklichen, so besorgt es keine Rechtsangelegenheit des geschädigten Kunden, sondern eine eigene Angelegenheit (im Anschluß an Senatsurteil vom 26. Oktober 2004 – VI ZR 300/03 – VersR 2005, 241 [= GuT 2005, 26 KL]).

(BGH, Urteil vom 5. 7. 2005 – VI ZR 173/04)

Art. 3 GG; § 40 VVG – Versicherungsprämien; Einbehalt nach Vertragsanfechtung

Es verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG, daß der Versicherer nach wirksamer Anfechtung des Versicherungsvertra-

ges wegen arglistiger Täuschung nicht nur bereits erbrachte Versicherungsleistungen zurückfordern, sondern auch die seit Vertragsschluß erhaltenen Prämien behalten darf.

(BGH, Urteil vom 1. 6. 2005 – IV ZR 46/04)

§ 2 GKG; §§ 363, 364, 365 SGB III; § 71a SGB IV – Gerichtskosten BA

Die Bundesanstalt für Arbeit ist nicht gemäß § 2 Abs. 1 GKG von den Gerichtskosten befreit.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. 6. 2005 – I-10 W 45/05)

Hinw. d. Red.: Der Beschluss kann bis zum 31. 10. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 91 ZPO – Kosten des ausländischen Beweisanwalts; Taxiunternehmen; Verkehrsunfall im Ausland

Zur Erstattungsfähigkeit der Kosten eines zur Wahrnehmung eines Beweistermins im Ausland zusätzlich eingeschalteten ausländischen Rechtsanwalts.

(BGH, Beschluss vom 14. 6. 2005 – VI ZB 5/05)

KL-Mitteleiter: RiBGH Wellner, Karlsruhe; RiOLG Geldmacher, Düsseldorf; Frau RiKG Chr. Spiegel, Berlin.

Teileigentum

§§ 10, 23, 27, 28, 43 WEG
Wohnungseigentümergeinschaft;
Teilrechtsfähigkeit; rechtsfähiger Verband sui generis;
Beschluss von Wirtschaftsplan
und Einzelwirtschaftsplan

1. a) Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist rechtsfähig, soweit sie bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums am Rechtsverkehr teilnimmt.

b) Neben der Haftung der teilrechtsfähigen Wohnungseigentümergeinschaft kommt eine akzessorische gesamtschuldnerische Haftung der Wohnungseigentümer nur in Betracht, wenn diese sich neben dem Verband klar und eindeutig auch persönlich verpflichtet haben.

c) Gläubiger der Gemeinschaft können auf deren Verwaltungsvermögen zugreifen, das auch die Ansprüche der Gemeinschaft gegen die Wohnungseigentümer und gegen Dritte umfaßt.

d) Zu den pfändbaren Ansprüchen der Gemeinschaft gehören der Anspruch, ihr die finanzielle Grundlage zur Begleichung der laufenden Verpflichtungen durch Beschlußfassung über den Wirtschaftsplan, seine Ergänzung (Deckungsumlage) oder die Jahresabrechnung zu verschaffen, sowie Ansprüche aus Verletzung dieser Verpflichtung.

2. Soweit der Verwalter als Organ der Gemeinschaft nicht kraft Gesetzes zur Vertretung berechtigt ist, werden seine Kompetenzen durch solche der Wohnungseigentümer ergänzt, denen die entsprechende Bevollmächtigung des Verwalters oder die Fassung des von ihm nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG auszuführenden Beschlusses obliegt.

3. Die Anfechtung von Beschlüssen der Wohnungseigentümersammlung betrifft die Willensbildung in-

nerhalb der Gemeinschaft und richtet sich daher nicht gegen den Verband, sondern gegen die übrigen Wohnungseigentümer.

4. Der Einzelwirtschaftsplan gehört zu den unverzichtbaren Bestandteilen des Wirtschaftsplans. Die Genehmigung eines Wirtschaftsplans ohne Einzelwirtschaftsplan ist auf Antrag für ungültig zu erklären.

(BGH, Beschluss vom 2. 6. 2005 – V ZB 32/05)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung auch in WM 2005, 530.

§ 1124 BGB
Vermietetes Teileigentum; Mietzinsanspruch
nach Beschlagnahmeerwirkung eines
Grundpfandrechtsgläubigers; Vorausverfügung

a) Ist ein Mietzinsanspruch bereits vor Begründung des Grundpfandrechts, aus dem ein Gläubiger die Beschlagnahme erwirkt hat, abgetreten worden, fällt er gleichwohl in den Haftungsverband.

b) Die Abtretung des Anspruchs auf den Mietzins für eine unbewegliche Sache an einen bevorrechtigten Grundpfandrechtsgläubiger wird selbst im Falle der Beschlagnahme durch einen nachrangigen Grundpfandrechtsgläubiger diesem gegenüber unwirksam.

(BGH, Urteil vom 9. 6. 2005 – IX ZR 160/04)

Zum Sachverhalt: Die Beklagte ist Mieterin der im Sondereigentum des D. N. stehenden Gewerberäume und Freiflächen auf dem Grundstück H.-Straße 173 in B. Die Immobilie ist unter Pos. III/1 und III/2 belastet mit Grundschulden in Höhe von 1,4 Mio. DM und 550 000,- DM zugunsten der B.-Bank. Die Klägerin ist Inhaberin einer Grundschuld über 730 000,- DM unter Pos. III/3.

Am 3. Juni 1993 trat N. sicherungshalber sämtliche gegenwärtigen und künftigen Mietforderungen an die B.-Bank ab. Am 15. März 2002 ließ die Klägerin wegen ihres vollstreckbaren dinglichen Anspruchs die Ansprüche N. gegen die Beklagte auf Zahlung der fälligen und der künftig fällig werdenden Mietzinsen pfänden und sich zur Einziehung überweisen. Der Pfändungs- und Überweisungsbeschuß wurde am 6. Juni 2002 zugestellt. Mit Beschluß vom 11. März 2003 wurde wegen eines Teilbetrags des dinglichen Anspruchs der B.-Bank die Zwangsverwaltung der Immobilie angeordnet. Mit Schreiben vom 22. April 2003 forderte die Zwangsverwalterin die Beklagte auf, künftig den Mietzins an sie zu zahlen.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Zahlung des Mietzinses für den Zeitraum Juli 2002 bis einschließlich April 2003 (76 259,20 €) nebst Zinsen. Ferner beansprucht sie die Feststellung, daß die Beklagte verpflichtet ist, auch künftig die Mietzahlungen an sie zu erbringen, soweit keine Zwangsverwaltung besteht. Das Landgericht Berlin hat der Klage stattgegeben. Das Kammergericht hat sie abgewiesen. Mit ihrer zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Aus den Gründen: Das Rechtsmittel hat Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat sein Urteil wie folgt begründet: Der Mietzinsanspruch sei von der Klägerin nicht wirksam gepfändet worden, weil er bereits zuvor an die B.-Bank abgetreten worden sei. Die Vorschrift des § 1124 Abs. 2 BGB gelte für Verfügungen zugunsten eines Grundpfandrechtsgläubigers, wenn ein rangbesserer Grundpfandrechtsgläubiger später eine Beschlagnahme erwirke. Eine solche zugunsten eines rangschlechteren Grundpfandrechtsgläubigers reiche für die Anwendung der Vorschrift nur aus, wenn die Beschlagnahme im Wege der Zwangsverwaltung erfolge. Eine Pfändung genüge nicht. Es widerspreche dem Sinn des Gesetzes, wenn die Mietzinsen dem nachrangigen Grundpfandgläubiger zufielen, obwohl sie zeitlich vorher dem vorrangigen abgetreten worden seien. Für diese Auffassung sprächen auch praktische Gesichtspunkte, weil sonst der vorrangige Grundpfandgläubiger gezwungen werde, selbst noch eine Beschlagnahme zu erwirken, um die „normale Ordnung der Dinge“ wieder in Kraft zu setzen.

II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Die Revisionserwiderung meint, auf die Rechtsfrage, die das Berufungsgericht in den Mittelpunkt gerückt habe, komme es nicht an. Da die Grundsuld, aus der die Klägerin vorgehe, erst nach der Abtretung eingetragen worden sei, falle die Mietzinsforderung, die bereits vor Begründung der Grundsuld durch Abtretung „vom Eigentum getrennt“ worden sei, ohnedies nicht in den Haftungsverband der Grundsuld. Diese Ansicht ist unzutreffend.

a) Bereits aus der Vorschrift des § 1124 BGB ergibt sich, daß es auf den Zeitpunkt, in dem der Beschlagnahmende ein dingliches Recht erworben hat, nicht ankommen kann.

aa) Allerdings ist der Wortlaut des § 1124 Abs. 2 BGB nicht eindeutig. Zwar wird die Unwirksamkeit von Vorausverfügungen über die Miete oder Pacht lediglich an die Beschlagnahme geknüpft, und daraus wird teilweise gefolgert, die Abtretung der Miet- oder Pachtforderung habe selbst bei einem zunächst unbelasteten Grundstück nur begrenzte Wirkung (Erman/F. Wenzel, BGB 11. Aufl. § 1124 Rn. 5; Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 2. Aufl. § 94 Rn. 89). Indes heißt es in § 1124 Abs. 1 Satz 2 BGB, auf dem der Absatz 2 aufbaut, daß die Haftung einer Forderung „erlischt“, sobald diese übertragen wird. Dies könnte darauf hindeuten, daß eine Haftung zuvor bestanden haben muß.

bb) Auch wird die Vorschrift des § 1124 Abs. 1 BGB teilweise so verstanden, daß die Beschlagnahme nach § 1124 Abs. 2 BGB eine Enthftung, die durch eine Verfügung nach Absatz 1 eingetreten sei, wirkungslos mache (MünchKommBGB/Eickmann, 4. Aufl. § 1124 Rn. 1; Soergel/Konzen, BGB 13. Aufl. § 1124 Rn. 10). Danach könnte sie keine Haftung bewirken, die vor dieser „Enthftung“ nicht (mehr) bestanden hatte. Ein Vermögensgegenstand, der schon vor der Verfügung nicht für das Grundpfandrecht haftete, könnte nicht durch die Beschlagnahme in den Haftungsverband „zurückgeholt“ werden.

cc) Für die Anwendung des § 1124 Abs. 2 BGB zugunsten eines Grundpfandgläubigers, der sein Recht erst nach der Abtretung des Miet- oder Pachtzinsanspruchs erworben hat, spricht jedoch entscheidend Folgendes: Die Zwangsverwaltung stellt in jedem Fall eine Beschlagnahme des Grundstücks dar, gleichgültig ob sie ein persönlicher oder dinglicher Gläubiger betreibt. In einem solchen Fall ist § 1124 Abs. 2 BGB anzuwenden (OLG Hamburg JW 1932, 193; OLG Köln JW 1935, 3058; OLG Celle JR 1955, 267; Staudinger/Wolfsteiner, BGB Bearbeitung 2002 § 1124 Rn. 37; BGB-RGRK/Mattem, 12. Aufl. § 1124 Rn. 24; Soergel/Konzen, a. a. O. § 1124 Rn. 10; Erman/F. Wenzel, a. a. O. § 1124 Rn. 5 a.E.). Wenn aber selbst ein lediglich persönlicher Gläubiger, der überhaupt kein dingliches Recht hat, durch Beschlagnahme im Wege der Zwangsverwaltung eine Vorausverfügung zu entkräften vermag, kann es auf den Zeitpunkt, in dem der Beschlagnahmende ein dingliches Recht erworben hat, nicht ankommen.

b) Zudem bestätigt eine Gesamtschau mit anderen Vorschriften, denen dieselbe Wertung zugrunde liegt wie dem § 1124 Abs. 2 BGB, dieses Ergebnis.

aa) Aus der Vorschrift des § 566b Abs. 1 BGB folgt, daß Vorausverfügungen über Mietzins im Falle der Veräußerung der Mietsache nur wirksam sind, soweit sich die Miete auf den zur Zeit des Eigentumsübergangs laufenden Kalendermonat, allenfalls noch den folgenden Kalendermonat, bezieht. Daraus wird deutlich, daß die Wirksamkeit der Abtretung des Mietzinsanspruchs unter dem Vorbehalt einer späteren Veräußerung der Mietsache steht. Allerdings muß der Erwerber eine Vorausverfügung gegen sich gelten lassen, wenn er sie zum Zeitpunkt des Übergangs des Eigentums kennt (§ 566b Abs. 2 BGB). Gemäß § 1056 Abs. 1 BGB findet § 566b Abs. 1 BGB – nicht dessen Absatz 2 – entsprechende Anwendung, wenn ein Nießbraucher ein Grundstück über die Dauer des Nießbrauchs hinaus vermietet oder verpachtet hat. Mit der Aufhebung des Nießbrauchs verliert der Zessionar die ihm vom Nießbraucher abgetretene künftige Miet- oder Pachtzinsforderung, soweit sie sich auf einen späteren als den durch § 566b BGB bestimmten Zeitraum erstreckt (Palandt/Bassenge, BGB 64. Aufl. § 1056 Rn. 1). In gleicher Weise werden Vorausverfügungen eines Vorerben über den Miet- oder Pachtzins eines zum Nachlaß gehörenden Grundstücks unwirksam, wenn der Nacherbfall eintritt (§ 2135 BGB i.V.m. § 1056 BGB; vgl. Palandt/Edenhofer, a. a. O. § 2135 Rn. 2).

Diese Bestimmungen bezwecken nicht nur den Schutz des Mieters/Pächters vor einer Doppelzahlung, sondern auch den Schutz des nächsten Berechtigten (Erwerbers im Falle der §§ 566 ff BGB; Eigentümers nach Beendigung des Nießbrauchs; Nacherben) vor dem Verlust des Miet- oder Pachtzinsanspruchs (Erman/Jendrek, a. a. O. § 566b Rn. 2; Palandt/Weidenkaff, a. a. O. § 566b Rn. 1). Dieser soll, weil er den Wert der Miet- oder Pachtsache maßgeblich bestimmt, dann nicht mehr von dem Eigentum an derselben getrennt bleiben und dessen Wert aushöhlen, wenn die Rechtszuständigkeit desjenigen endet, der über den Anspruch verfügt hat.

bb) Zusätzlich belegt wird dies durch die Vorschriften über das Schicksal von Vorausverfügungen über den Miet- oder Pachtzins in der Einzelzwangsvollstreckung und der Insol-

venz. Von dem Zuschlag in der Zwangsversteigerung an gebühren dem Ersteher die Nutzungen des versteigerten Grundstücks (§ 56 Satz 2 ZVG). Voraussetzungen des Schuldners über den Miet- oder Pachtzins, insbesondere dessen Abtretung, sind unwirksam, soweit sie sich auf einen späteren Zeitraum beziehen als den laufenden Monat, in dem die Beschlagnahme stattgefunden hat, oder äußerstenfalls den darauffolgenden Monat (§ 57b Abs. 1 Satz 1 ZVG). Ob der Ersteher die Vorausverfügung gekannt hat, ist unerheblich (Steiner/Teufel, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung 9. Aufl. §§ 57-57d Rn. 94; Stöber, ZVG 17. Aufl. § 57b Anm. 2. 2). Die durch die Vorausverfügung über die Miete oder Pacht begründete Berechtigung eines Dritten – etwa eines Zessionars – endet mit dem Zuschlag (Steiner/Teufel, a. a. O.; Stöber, a. a. O. § 57b Anm. 2. 1). Auch in der Insolvenzordnung wird die Wertung der § 566b Abs. 1, § 1124 Abs. 2 BGB aufgenommen. Nach § 110 Abs. 1 Satz 1 InsO ist die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens getroffene Verfügung des Schuldners über den Miet- oder Pachtzins für eine Immobilie spätestens ab dem übernächsten Kalendermonat nach der Verfahrenseröffnung unwirksam. Diese Regelung ist an den §§ 1124 f BGB ausgerichtet (Kübler/Prütting/Tintelnot, InsO § 110 Rn. 2; MünchKomm-InsO/Eckert, 2002 § 110 Rn. 3; Nerlich/Römermann/Balthasar, InsO § 110 Rn. 2; Braun/Kroth, InsO 2. Aufl. § 110 Rn. 1), weil sich die Insolvenzgläubiger „in einer ähnlichen Lage wie der Hypothekengläubiger, der die Beschlagnahme des Grundstücks bewirkt hat, befinden“ (so schon die Begründung der Konkursnovelle 1898 S. 16). Der Schutz, den die Hypothekengläubiger nach § 1124 Abs. 2 BGB genießen, sollte auch den Konkurs- bzw. Insolvenzgläubigern zuerkannt werden (RGZ 127, 116, 118; BGHZ 6, 202, 205 f). Auf deren Kenntnis kann es naturgemäß nicht ankommen; auf § 566b Abs. 2 BGB wird deshalb nicht verwiesen. § 110 InsO bezweckt somit die Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger und die Erhaltung der Masse. Derjenige, der bisher in den Genuß der Vorausverfügung über den Miet- oder Pachtzins gekommen war, insbesondere der Zessionar, hat das Nachsehen.

c) Zwar ist der vorliegende Fall dadurch gekennzeichnet, daß das Recht, welches mit der Vorausverfügung kollidiert, kein Vollrecht, sondern – als Pfandrecht – ein beschränkt dingliches Recht ist. Dieser Unterschied ist jedoch rechtlich ohne Bedeutung. Wie die Ausführungen zu § 1056 BGB zeigen, kommt es lediglich darauf an, ob der Anspruch auf den Miet- oder Pachtzins von beiden kollidierenden Rechten erfaßt wird. Dies ist hier der Fall. Das Pfändungspfandrecht aufgrund des dinglichen Anspruchs der Klägerin aus ihrer Grundschuld erstreckt sich auf den Mietzins.

2. Damit ist die Rechtsfrage erheblich, ob die Vorschrift des § 1124 Abs. 2 BGB, die grundsätzlich auch für Grundschulden gilt (§ 1192 BGB; dazu Staudinger/Wolfsteiner, BGB Bearbeitung 2002 § 1124 Rn. 38), auf die Beschlagnahme einer Forderung durch einen nachrangigen Grundpfandrechtsgläubiger Anwendung findet, wenn die Forderung zuvor an einen bevorrechtigten Grundpfandrechtsgläubiger abgetreten wurde. Diese Frage ist seit je her in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten (bejahend OLG Frankfurt OLGE 18, 169, 171; Planck/Strecker, BGB 5. Aufl. § 1124 Anm. 2c; BGB-RGRK/Mattern, 12. Aufl. § 1124 Rn. 23; Soergel/Konzen, BGB 13. Aufl. § 1124 Rn. 9; Erman/F. Wenzel, BGB 11. Aufl. § 1124 Rn. 5; Palandt/Bassenge, BGB 64. Aufl. § 1124 Rn. 8; Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, a. a. O. § 94 Rn. 88; verneinend OLG Hamburg OLGE 18, 165, 168 f; Staudinger/Wolfsteiner, a. a. O. § 1124 Rn. 36; Stillschweig JW 1915, 376, 379). Höchstrichterliche Rechtsprechung ist bisher dazu nicht ergangen.

Nach Auffassung des Senats ist die Frage zu bejahen.

a) Gemäß § 1124 Abs. 1 BGB erlischt die Haftung der Forderung auf Miete oder Pacht, wenn die Forderung auf einen

Dritten übertragen wird, bevor sie zugunsten des Hypothekengläubigers in Beschlag genommen wird. Indes bestimmt der Absatz 2 der Vorschrift, daß die Verfügung dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam ist, soweit sie sich auf die Miete oder Pacht für eine spätere Zeit als den zur Zeit der Beschlagnahme laufenden, allenfalls noch den folgenden Kalendermonat bezieht. Seinem Wortlaut nach stellt § 1124 Abs. 2 BGB allein auf die Beschlagnahme durch den Grundpfandgläubiger ab, ohne zu unterscheiden, welche Rangstelle das Grundpfandrecht hat. Der Beschlagnahme gegenübergestellt wird die Verfügung. Das Gesetz erwähnt beispielhaft die Einziehung der Miete oder Pacht und die Übertragung der darauf gerichteten Forderung auf einen Dritten. Diese Beispielsfälle machen deutlich, daß das Gesetz in erster Linie das Spannungsverhältnis zwischen rechtsgeschäftlicher Verfügung und Beschlagnahme betrifft.

b) In diesem Verhältnis soll die Beschlagnahme den grundsätzlichen Vorrang haben. § 1124 Abs. 2 BGB schützt den Grundpfandgläubiger vor einer Aushöhlung des Werts seiner Sicherheit durch Verfügungen des Eigentümers. Dem Grundpfandgläubiger soll die laufende Miete oder Pacht als Haftungsobjekt dienen (BGB-RGRK/Mattern, § 1123 Rn. 1; vgl. ferner MünchKomm-BGB/Eickmann, 4. Aufl. § 1124 Rn. 1). Deshalb schränkt § 1124 Abs. 2 BGB das Prioritätsprinzip ein.

c) Für den Vorrang der Beschlagnahme ist es grundsätzlich unerheblich, ob derjenige, zu dessen Gunsten verfügt wird, seinerseits Grundpfandgläubiger ist und eine Beschlagnahme hätte erwirken können. Es kommt allein darauf an, daß der Grundpfandgläubiger, dem die Mietforderungen abgetreten worden sind, seinen dinglichen Anspruch nicht geltend gemacht hat. Ohne Beschlagnahme kann sich ein Grundpfandgläubiger aus dem Grundstück nicht befriedigen. Der rechtsgeschäftliche Erwerb der Miet- oder Pachtforderung, die als mittelbare Sachfrucht des Grundstücks im Sinne des § 99 Abs. 3 BGB anzusehen ist (BGHZ 109, 111, 116 [= WuM 1990, 29]), kann dessen Beschlagnahme nicht ersetzen.

d) Es ist ferner ohne Bedeutung, welches Rangverhältnis gegebenenfalls zwischen den beiden Grundpfandgläubigern bestünde. Da derjenige, zu dessen Gunsten verfügt worden ist, keine Beschlagnahme bewirkt hat, kann er auch keinen Vorrang vor dem Pfändungspfandgläubiger beanspruchen. Die abgetretene Miet- oder Pachtforderung nimmt an diesem Rangverhältnis keinen Anteil. Die Vorschrift des § 879 BGB greift erst ein, wenn mehrere Beschlagnahmen miteinander konkurrieren (vgl. RGZ 103, 137, 140).

e) Die Wirkung des § 1124 Abs. 2 BGB zugunsten des rangschlechteren Hypothekars oder Grundschuldgläubigers kann nicht auf den Fall beschränkt werden, daß die Beschlagnahme gerade durch Anordnung der Zwangsverwaltung bewirkt wird (so jedoch Stillschweig a. a. O.; Staudinger/Wolfsteiner, a. a. O. § 1124 Rn. 36). Eine Beschlagnahmewirkung im Sinne der genannten Vorschrift entfaltet auch die Pfändung aufgrund des dinglichen Anspruchs (RGZ 103, 137, 139).

f) Diese Auffassung benachteiligt den rangbesseren Grundschuldgläubiger nicht unzumutbar. Zwar hat die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat im Ansatz zutreffend darauf hingewiesen, daß der Sicherungszessionar von der Pfändung des abgetretenen Anspruchs durch einen Dritten unter Umständen zunächst keine Kenntnis erlangt und dann nicht rechtzeitig reagieren kann. Im vorliegenden Fall ist dies jedoch anders, weil es sich um eine offene Sicherungszession handelte und die Drittschuldner um Zahlung auf das Konto N. bei der Zessionarin gebeten wurden. Diese konnte, falls die Zahlungen ausblieben, alsbald sachdienliche Schritte unternehmen, etwa ihrerseits die Zwangsverwaltung erwirken und dadurch ihren Vorrang wahren. Im übrigen muß die Zessionarin die Folgen ihrer Entscheidung, sich mit der

Sicherungsabtretung, also einer relativ schwachen Sicherheit, begnügt zu haben, anstatt die ihr durch die Grundschuld gebotenen Möglichkeiten auszuschöpfen, auf sich nehmen.

III. Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO), kann der Senat unter Zurückweisung der von der Beklagten eingelegten Berufung das Urteil des Landgerichts wiederherstellen. Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch zu. Sie kann auch die Zahlung des Mietzinses für den Monat April 2003 verlangen, weil jener bereits fällig war, bevor die Zahlungsaufforderung der Zwangsverwalterin der Klägerin zuzuging.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

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

§§ 985, 990, 996, 951, 812 BGB – Bau von Mieträumen auf Gemeinschaftsflächen; Herausgabe; Verwendungsersatz

Baut ein Wohnungseigentümer, der sich nicht zuvor durch Einblick in die Teilungserklärung über die Aufteilungsverhältnisse unterrichtet hat, das einer Wohnung nicht zugeordnete und daher im Gemeinschaftseigentum stehende Dachgeschoss auf eigene Rechnung zu Wohnungen aus und vermietet er dieselben, so kann er dem auf Herausgabe des Besitzes sowie der erzielten Mieteinnahmen an die Gemeinschaft gerichteten Anspruch nicht seinerseits Ansprüche aus Verwendungsersatz oder ungerechtfertigter Bereicherung entgegen halten.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. 6. 2005 – I-3 Wx 13/05)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 31. 10. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 14, 21 WEG; § 273 BGB – Androhen der Versorgungssperre gegen säumigen Wohngeldschuldner

Die mehrheitlich beschlossene Androhung einer Versorgungssperre bei einem Rückstand in Höhe von mehr als sechs monatlichen Beitragsvorschüssen widerspricht nicht ordnungsmäßiger Verwaltung. Durch Teilzahlungen in Höhe der auf die Versorgungsleistungen entfallenden Beträge kann das Zurückbehaltungsrecht der Wohnungseigentümergeinschaft nicht abgewendet werden.

(KG, Beschluss vom 8. 8. 2005 – 24 W 112/04)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 31. 10. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien

Zusendung per e-mail angefordert werden. Veröffentlichung auch in WuM 2005, 600.

§ 27 WEG; § 273 BGB – Versorgungssperre bei nachhaltigem Zahlungsrückstand eines Mitglieds der Gemeinschaft

Der bestandskräftige Beschluß der Wohnungseigentümer, einzelne Mitglieder der Gemeinschaft allgemein zur Geltendmachung von Forderungen der Gemeinschaft zu ermächtigen, ist wirksam.

Der nachhaltige Zahlungsrückstand des Mitglieds einer nicht rechtsfähigen Gemeinschaft berechtigt deren Mitglieder zur Verhängung einer Versorgungssperre.

(BGH, Urteil vom 10. 6. 2005 – V ZR 235/04)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2005, 540.

§§ 10, 23, 27 WEG – Kein „Beschluss“ des Alleineigentümers der Wohnungseigentumsanlage

Überträgt der teilende Eigentümer sämtliche Eigentumsanteile auf einen Erwerber, so kann dieser nicht wirksam in einer Wohnungseigentümersammlung einen Beschluss des Inhalts fassen, dass die von dem teilenden Eigentümer bestellte Verwalterin abberufen und ein neuer Verwalter bestellt wird.

Die Ermächtigung eines Verwalters zur Geltendmachung von Wohngeld setzt das Bestehen einer Wohnungseigentümergeinschaft voraus.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. 7. 2005 – I-3 Wx 103/05)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 31. 10. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 6 BRAGO – Erstattungsfähigkeit des Mehrvertretungszuschlags bei der Vertretung einer Wohnungseigentümergeinschaft

1. Die Wohnungseigentümer trifft keine Pflicht gegenüber einem säumigen Hausgeldschuldner, zwecks Kostenersparnis den Zahlungsanspruch im gerichtlichen Verfahren nach § 43 WEG durch den Verwalter als Verfahrensstandschafter geltend machen zu lassen.

2. Beauftragt die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer einen Rechtsanwalt, ist im Falle einer ihr günstigen Kostenurteilsentscheidung die angefallene Mehrvertretungsgebühr nach § 6 BRAGO (jetzt: § 7 RVG i.V.m. Nr. 1008 VV) als Bestandteil der notwendigen Kosten vom Gegner zu erstatten.

(OLG Zweibrücken, Beschluss vom 8. 6. 2005 – 3 W 112/05)

KL-Mitteleiter: RiOLG von Wnuck-Lipinski, Düsseldorf; VRiKG Dr. Briesemeister, Berlin; RiBGH Wellner, Karlsruhe; 3. Zivilsenat des Pfälzischen OLG Zweibrücken.

Wettbewerb

**Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Wettbewerb etc.**

§ 661a BGB – „Sender“ einer Gewinnzusage

Zu den Voraussetzungen, unter denen ein Unternehmer, der Verbrauchern unter falschem Namen Gewinnmitteilungen zukommen läßt, „Sender“ einer Gewinnzusage nach § 661a BGB ist (im Anschluß an die Senatsurteile vom 7. Oktober 2004 – III ZR 158/04 – NJW 2004, 3555 [= GuT 2004, 238 KL] und vom 9. Dezember 2004 – III ZR 112/04 – NJW 2005, 827 [= GuT 2005, 33 KL]).

(BGH, Urteil vom 23. 6. 2005 – III ZR 4/04)

Art. 2, 5, 8, 12 GG; §§ 1004, 823 BGB; §§ 3, 4, 8 UWG – Wettbewerb; Marketing-Event; Ansprüche eines Sportlers bei Ausgrenzung aus einer Sport-Marketingveranstaltung

1. Erklärt ein international bekannter ehemaliger Tennistar dem Initiator einer Sport-Marketingveranstaltung, er werde dort nicht erscheinen, wenn ein bestimmter, nicht überall gleichermaßen bekannter Sportler anwesend sei, der daraufhin ausgeladen wird, liegt in der Ankündigung keine Wettbewerbsbehandlung, die nach dem UWG untersagt werden kann.

2. In einer derartigen, von höchstpersönlichen Vorbehalten getragenen Ankündigung kann im Allgemeinen auch kein Ein-

griff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des vom Veranstalter ausgegrenzten Sportlers gesehen werden.

3. Zur Darlegung der für seine Vorbehalte maßgeblichen Gründe ist der Kontrahent des ausgegrenzten Sportlers nicht verpflichtet.

(OLG Koblenz, Beschluss vom 23. 6. 2005 – 5 U 630/05)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 31. 10. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 3, 4 UWG; §§ 356, 357 BGB; § 28 BDSG; § 5 TDDSG – Wettbewerb; Versandhandel; Hochretournierer; Datenschutz

1. Ein Versandhandelsunternehmen ist – außerhalb kartellrechtlicher Bindungen – zivilrechtlich grundsätzlich nicht verpflichtet, mit einem Kunden erneut Fernabsatzverträge über Waren zu schließen, mit dem sich das Vertragsverhältnis in der Vergangenheit wegen eines überproportional hohen Anteils an Rücksendungen bestellter Ware über einen längeren Zeitraum als unwirtschaftlich erwiesen hat. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die hierfür aufgestellten Kriterien so gestaltet sind, dass eine weitere Belieferung ohne Veränderung des Bestellverhaltens insgesamt als unternehmerisch nicht mehr zumutbar erscheint.

2. Es ist ebenfalls nicht zu beanstanden, wenn das Versandhandelsunternehmen solchen Kunden schon im Vorwege schriftlich ankündigt, eine erneute Belieferung unter bestimmten Umständen abzulehnen, sofern keine Veränderung im Bestellverhalten eintritt. Die hiermit einhergehende „Zwangswirkung“ ist wettbewerbsrechtlich nicht unlauter.

3. Das Versandhandelsunternehmen ist auch datenschutzrechtlich nicht gehindert, die für diese Entscheidung erforderlichen Daten über die Art der Vertragsabwicklung auch ohne Einwilligung des jeweiligen Kunden zu speichern.

(OLG Hamburg, Urteil vom 25. 11. 2004 – 5 U 22/04)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 31. 10. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 3, 4 UWG; §§ 1, 7 HWG; § 3 MedienprodukteG – Wettbewerb; Optiker; Barrabatt beim Brillenkauf

1. Die Ankündigung eines Barrabatts (hier: gestaffelt nach dem Lebensalter des Patienten) für den Kauf einer Brille verstößt als produktbezogene Absatzwerbung gegen §§ 1, 7 HWG; die Brille (bestehend aus Fassung mit geschliffenen Gläsern als Sehhilfe) ist ein Medizinprodukt im Sinne des § 3 Nr. 1 MedizinprodukteG (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 1 a HWG).

Der Barrabatt gehört begrifflich zu den „Zuwendungen und sonstigen Leistungen“ (§ 7 HWG), durch die Neufassung des § 7 HWG ist die frühere Verbotsausnahme (wegen § 1 Abs. 2 lit. b und c ZugabeVO) beseitigt worden; eine der erlaubten Ausnahmen des § 7 HWG ist nicht gegeben.

2. Die Vorschrift des § 7 HWG ist eine Bestimmung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG.

(OLG Hamburg, Urteil vom 7. 4. 2005 – 3 U 176/04)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 31. 10. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 4, 5 UWG; § 1 PAngV – Wettbewerb; Transparenzgebot; Verkaufsförderungs- maßnahme; Prospektangaben

Bei dem Transparenzgebot im Verbraucherinteresse im Sinne des § 4 Nr. 4 UWG geht es um die Unterrichtung darüber, unter welchen Umständen der Adressat einer Verkaufsförderungsmaßnahme diese wahrnehmen kann. Die Vorschrift betrifft damit auch die Art und Weise der Informationsvermittlung, in der Werbung dürfen Informationen nicht versteckt oder missverständlich ausgedrückt werden (vgl. dazu auch § 1 Abs. 6 PAngV sowie die Grundsätze zur Blickfangwerbung gemäß § 5 UWG).

(OLG Hamburg, Urteil vom 24. 2. 2005 – 3 U 173/04)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 31. 10. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 4, 6 UWG – Wettbewerb; Transparenzgebot; Spitzengruppenberühmung zum Preisvergleich

Die Werbung „Geld Differenz zurück, wenn Sie Vergleichbares billiger kaufen“ verstößt nicht gegen § 4 Nr. 4 UWG. Die versprochene Zurückzahlung der Preisdifferenz setzt (selbstverständlich) ein „vergleichbares Produkt“ voraus; dass diese Bedingung in der Werbung genannt wird, verstößt nicht gegen das sog. Transparenzgebot des § 4 Nr. 4 UWG. Die in der Aussage liegende Spitzengruppenberühmung macht keinen Mitbewerber oder dessen Ware erkennbar, es fehlt am Werbevergleich (§ 6 UWG).

(OLG Hamburg, Urteil vom 24. 2. 2005 – 3 U 203/04)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 31. 10. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

KL-Mitteleiter: RiBGH Wellner, Karlsruhe; RiOLG Weller, Koblenz; die Mitglieder des 5. ZS des OLG Hamburg; die Mitglieder des 3. ZS des OLG Hamburg.

Besteuerung

Kurzfassungen/Leitsätze (KL) Steuerrecht etc.

§ 675 BGB – Steuerberatung; Hinweispflichten; Mitverschuldensbeweis

a) Auf Grund eines eingeschränkten Mandats muß ein Steuerberater den Mandanten vor steuerlichen Nachteilen, die außerhalb des Mandats drohen, nicht warnen, wenn er davon ausgehen darf, der Mandant sei anderweitig fachkundig beraten.

b) Leitet der Berater daraus, daß der Mandant eine besondere Nachfrage bei ihm unterlassen habe, ein Mitverschulden

her, muß er darlegen und beweisen, daß die Anfrage unterblieben ist.

(BGH, Urteil vom 21. 7. 2005 – IX ZR 6/02)

Hinw. d. Red.: Zum eingeschränkten Mandat vgl. OLG München GuT 2005, 215, erster Leitsatz mit Gründen (in diesem Heft).

§ 675 BGB – Steuerberatung; Aufklärungspflicht; Hinweispflicht

Zur anlaßbezogenen Aufklärungs- und Hinweispflicht des Steuerberaters bei beschränktem Mandat.

(BGH, Urteil vom 7. 7. 2005 – IX ZR 425/00)

Hinw. d. Red.: Vgl. vorstehend BGH m.w. Hinw.

§ 675 BGB – Beratungsvertrag; Steuerberater; Anwalt; Beweislastverteilung bei behaupteter Vertragsverletzung

Die Frage der Beweislastverteilung bei behaupteten Vertragsverletzungen eines Anwalts oder Steuerberaters ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seit langem geklärt. Die Beweislast trifft grundsätzlich den Mandanten (z. B. BGH, Urt. v. 16. Oktober 1984 – VI ZR 304/82, NJW 1985, 264, 265; Urt. v. 4. Juni 1996 – IX ZR 246/95, NJW 1996, 2571), der damit auch den Umfang des erteilten Mandats darzulegen und zu beweisen hat (BGH, Urt. v. 20. Juni 1996 – IX ZR 106/95, NJW 1996, 2929, 2931 unter II. 1; Zugehör/Fischer, Handbuch der Anwaltshaftung Rn. 1000). Das Berufungsurteil weicht auch nicht vom Urteil des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 1. Juli 1971 (VII ZR 295/69, WPM 1971, 1206) ab. In dem Fall, der jener Entscheidung zugrunde lag, war die beklagte Steuerberatungsgesellschaft mit der Erstellung der Steuerbilanzen und Steuererklärungen beauftragt gewesen. Verfahrensfehler, die eine Zulassung der Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO) erfordern, sind dem Berufungsgericht nicht unterlaufen. Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 ZPO abgesehen.

(BGH, Beschluss vom 21. 7. 2005 – IX ZR 150/02)

§ 68 StBerG; § 18 UStG – fehlerhafte Steuerberatung; vermeidbare Umsatzsteuern; Verjährung des Ersatzanspruchs

Besteht der Schaden des Auftraggebers in vermeidbaren Umsatzsteuern infolge fehlerhafter Selbstveranlagung, beginnt die Verjährung des Ersatzanspruchs gegen den mitwirkenden Steuerberater mit der Einreichung der Steueranmeldung beim Finanzamt.

(BGH, Urteil vom 14. 7. 2005 – IX ZR 284/01)

§ 48 EStG – Bauleistungen; Quellenbesteuerung; Pauschalabführung

Planungs- und Bauaufsichtsleistungen von Architekten und Ingenieuren gehören nicht zu den Bauleistungen im Sinne des § 48 Abs. 1 Satz 1 EStG.

(BGH, Urteil vom 7. 7. 2005 – VII ZR 430/02)

§ 146 BewG – Miete des bebauten Grundstücks im Rahmen einer Betriebsaufspaltung

Der typisierenden Bedarfsbewertung bebauter Grundstücke ist auch in Fällen entgeltlicher Überlassung im Rahmen einer Betriebsaufspaltung die vertraglich vereinbarte Miete zugrunde zu legen; ein Ansatz der üblichen Miete kommt nicht in Betracht.

(BFH, Urteil vom 2. 2. 2005 – II R 4/03)

Vorinstanz: FG Baden-Württemberg (EFG 2003, 436)

– Veröffentlichung in BStBl. II 2005, 426 –

§ 4 EStG – Zurechnung zum Betriebsvermögen des Ersatzwohnraums für die zweckentfremdende Büronutzung

Eine zu Wohnzwecken vermietete Eigentumswohnung ist nicht bereits deshalb dem notwendigen Betriebsvermögen eines Architektenbüros zuzuordnen, weil sie in Befolgung einer behördlichen Auflage als Ersatzwohnraum für die zweckfremd genutzten eigenen Büroräume angeschafft wurde.

(BFH, Urteil vom 10. 11. 2004 – XI R 32/01)

Vorinstanz: FG Berlin (EFG 2001, 879)

– Veröffentlichung in BStBl. II 2005, 431 –

§ 8 KStG; § 5 EStG; § 250 HGB – Rechnungsabgrenzungsposten; Entschädigung für vorzeitige Aufhebung des Hausverwaltungsvertrags

Die Aufhebung eines für eine bestimmte Laufzeit begründeten Schuldverhältnisses gegen Entschädigung führt nicht zur Bildung eines passiven RAP.

(BFH, Urteil vom 23. 2. 2005 – I R 9/04)

Vorinstanz: FG Berlin (EFG 2004, 999)

– Veröffentlichung in BStBl. II 2005, 481 –

§§ 7, 9, 21 EStG; §§ 1, 3 VermG – Restitution; Anschaffungskosten; Ausgleichszahlungen an den Verfügungsberechtigten; VuV

Zahlungen des Restitutionsberechtigten an den Verfügungsberechtigten im Restitutionsverfahren nach dem VermG zum Ausgleich von Instandsetzungs- und Modernisierungsaufwendungen an einem rückübertragenen Gebäude stellen Anschaffungskosten dar. Sie sind ab dem Jahr der Rückübertragung im Rahmen der AfA bei den Einkünften aus der Vermietung des rückübertragenen Gebäudes zu berücksichtigen, selbst wenn Mieteinnahmen erst im Folgejahr erzielt werden.

(BFH, Urteil vom 11. 1. 2005 – IX R 15/03)

Vorinstanz: FG Berlin (EFG 2002, 1517)

– Veröffentlichung in BStBl. II 2005, 477 –

§§ 24, 2, 21 EStG; § 7 VermG – Restitution; Versteuerung erlangter Mietentgelte

Erlangt der Restitutionsberechtigte vom Verfügungsberechtigten nach § 7 Abs. 7 Satz 2 VermG Mietentgelte, so muss er sie nach § 24 Nr. 1 Buchst. a EStG als Entschädigung versteuern.

(BFH, Urteil vom 11. 1. 2005 – IX R 66/03)

Vorinstanz: FG Berlin (EFG 2004, 345)

– Veröffentlichung in BStBl. II 2005, 480 –

§§ 163, 227 AO 1977; §§ 11, 21 EStG; § 7 VermG – Restitution; Herausgabe der Mietentgelte; Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung

Muss der Verfügungsberechtigte nach § 7 Abs. 7 Satz 2 VermG ihm ab dem 1. Juli 1994 zustehende Mietentgelte an den Restitutionsberechtigten herausgeben, so kann er diese Ausgabe im Jahr ihres Abflusses bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zwar steuermindernd geltend machen; er kann aber nicht nach § 163 AO 1977 beanspruchen, dass ihm in den Jahren seiner Vermietungstätigkeit ab 1. Juli 1994 von vornherein keine Einkünfte zugerechnet werden.

(BFH, Urteil vom 11. 1. 2005 – IX R 50/03)

Vorinstanz: FG Berlin (EFG 2003, 1517)

– Veröffentlichung in BStBl. II 2005, 456 –

Neu:
Stellenanzeigen
Wortanzeigen
Werbeanzeigen
Unsere Anzeigenpreisliste 2/2005
im Internet: www.prewest.de
oder gemailt: info@prewest.de
oder geschrieben: Fax 02 28 / 47 09 54

Politik und Recht

BGH – Pressemitteilung Nr. 127/2005 vom 20. 9. 2005

Zeitliche Beschränkung der Beteiligung von Managern und Mitarbeitern an der sie anstellenden GmbH ist zulässig – kein Verstoß gegen das „Hinauskündigungsverbot“

Der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte in zwei Verfahren über die Zulässigkeit von sog. Manager- und Mitarbeitermodellen zu entscheiden (Urteile vom 19. 9. 2005 – II ZR 342/03 und II ZR 173/04). Bei diesen Personalführungskonzepten werden den Geschäftsführern und/oder verdienten Mitarbeitern einer GmbH Minderheitsbeteiligungen an der Gesellschaft übertragen, und zwar entweder unentgeltlich oder gegen einen günstigen, meist an dem Nennwert des Anteils orientierten Preis. Zugleich wird vereinbart, dass der Anteil zurück übertragen werden muss, wenn der Geschäftsführer bzw. Mitarbeiter aus dem Unternehmen ausscheidet. Das hat ebenfalls unentgeltlich bzw. zu dem für den Erwerb gezahlten Preis zu geschehen, ohne Rücksicht auf etwaige Wertsteigerungen. Auf diesem Wege erhalten die Manager bzw. Mitarbeiter den Status von „Mitgesellschaftern“, die Manager können sich sogar „geschäftsführender Gesellschafter“ nennen. Über die jährlichen Gewinnausschüttungen werden sie an dem von ihnen mierzweckten wirtschaftlichen Erfolg ihres Unternehmens beteiligt. Sinn dieses Modells ist es, die Motivation des Geschäftsführers und der Mitarbeiter zu stärken, sie an das Unternehmen zu binden und – bei den Mitarbeitermodellen – für andere Mitarbeiter einen Anreiz zu schaffen, durch loyales Verhalten ebenfalls in den Genuss einer solchen Gesellschafterstellung zu kommen.

In dem einen zur Entscheidung anstehenden Fall geht es um ein bekanntes Elektro- und Unterhaltungselektronik-Handelsunternehmen, das seine mehreren hundert Filialen in der Rechtsform der GmbH organisiert hat und daran den jeweiligen „Vor-Ort-Geschäftsführer“ als Gesellschafter mit einem Anteil von 10% beteiligt. Nachdem einer dieser Geschäftsführer abberufen und entlassen worden war, entstand Streit über die Frage, ob sein Gesellschaftsanteil entsprechend der Vereinbarung an die Holding-Gesellschaft zurück übertragen werden musste. In dem anderen Fall hatte der Gründungs- und Mehrheitsgesellschafter eines mittelständischen Unternehmens verdiente Mitarbeiter durch eine Gesellschaftsbeteiligung ausgezeichnet. Eine Mitarbeiterin war aus dem Betrieb ausgeschieden. Auch hier kam es wegen der vorgesehenen Rückübertragung zu einem Prozess. In beiden Fällen beriefen sich der ehemalige Geschäftsführer bzw. die ausgeschiedene Mitarbeiterin auf eine ursprünglich für das Personengesellschaftsrecht entwickelte, später auch in das GmbH-Recht übertragene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach eine sog. „Hinauskündigungsklausel“ unwirksam ist. Das betraf Fälle, in denen vereinbart worden war, dass ein Gesellschafter oder eine Gruppe von Gesellschaftern das Recht haben sollten, die anderen Gesellschafter ohne Angabe von Gründen auszuschließen. Der Bundesgerichtshof hatte solche Vereinbarungen als gegen § 138 BGB verstoßend mit der Begründung verworfen, jedes Mitglied einer Personengesellschaft oder einer GmbH müsse seine Rechte und Pflichten unabhängig von dem Wohlwollen der Mehrheit in Selbstverantwortung ausüben können und dürfe nicht unter dem „Dammoklesschwert“ des jederzeitigen Ausschlusses stehen. Das gilt entgegen einer im Schrifttum vertretenen Ansicht, die die Figur des „Gesellschaftern minderen Rechts“ anerkennt, grundsätzlich auch dann, wenn der betreffende Gesellschafter seine Beteiligung geschenkt oder zu einem besonders günstigen Preis erhalten hat.

In den jetzt zu entscheidenden Fällen hat der Senat diese Rechtsprechung – wie schon in zwei in den letzten zwölf Monaten ergangenen Urteilen – bestätigt, davon aber wie bisher eine Ausnahme gemacht, wenn sachliche Gründe für eine derartige Hinauskündigungsmöglichkeit bestehen. Bei den Manager- und Mitarbeitermodellen hat er einen solchen sachlichen Grund angenommen. Dabei ist er davon ausgegangen, dass die Geschäftsführer und Mitarbeiter ihre Gesellschafterstellungen nur treuhänderähnlich halten und dass sie kein berechtigtes Interesse haben, auch nach ihrem Ausscheiden noch an der Gesellschaft beteiligt zu sein. Umgekehrt ist die Einräumung von solchen Beteiligungen überhaupt nur möglich, wenn die Anteile am Ende der Unternehmenszugehörigkeit zurückgegeben werden müssen und wenn der Ausscheidende in diesem Zusammenhang nicht einen Kaufpreis erhält, der die weitere Durchführung des Modells verhindert. Die weitgehend risikolose Mitgliedschaft bei Erwartung erheblicher Beteiligung am Erfolg des Unternehmens durch Gewinnausschüttungen rechtfertigt diese für alle Teile vorteilhafte und von der Dispositions-freiheit des Gesetzes getragene Gestaltung.

Schriftliche Fragen mit den in der Woche vom 13. Juni 2005 eingegangenen Antworten der Bundesregierung (BT-Drs. 15/5779)

19. Abgeordneter Albrecht Feibel (CDU/CSU)

Aus welchen Gründen gewährt der Bund den Mineralölkonzernen eine **Zahlungsfrist der Mineralöl- und Ökosteuern** von 55 Tagen, während mittelständischen Tankstellenbetreibern maximal eine dreitägige Zahlungsfrist gewährt wird?

Antwort der Parlamentarischen Staatssekretärin Dr. Barbara Hendricks vom 16. Juni 2005

Die Steuer für Mineralöl, die in einem Monat entstanden ist, ist grundsätzlich spätestens am zehnten Tag des zweiten Monats nach der Entstehung zu entrichten. Daraus ergibt sich eine Zahlungsfrist der Mineralölsteuer von durchschnittlich 55 Tagen. Das Mineralölsteuergesetz unterscheidet dabei nicht zwischen Mineralölkonzernen und der mittelständischen Mineralölwirtschaft, eine Ungleichbehandlung ist also nicht gegeben. Im Übrigen weise ich darauf hin, dass die Ökosteuern auf Kraftstoffe keine eigene Steuerart ist, sondern begrifflich für eine Erhöhung der Mineralölsteuer im Rahmen der ökologischen Steuerreform steht.

**SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 1. 9. 2005**

**Gewerbsteuer bleibt ergiebig –
Steuerpolitik der Koalition erfolgreich**

Zu den heute vorgelegten Zahlen des Statistischen Bundesamtes zum Gewerbesteueraufkommen erklärt der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion, Joachim Poss:

Im Jahr 2004 haben die Städte und Gemeinden 28,5 Milliarden Euro an Gewerbesteuer eingenommen. Das sind nach Angaben des Statistischen Bundesamtes 21,5 Prozent mehr als 2003. Der Gewerbesteuerückgang in den Jahren 2001 und 2002 ist damit nicht nur überwunden, selbst die früheren Rekordwerte werden übertroffen.

Die Koalition hat mit ihren gegen den massiven Widerstand der Opposition durchgesetzten gesetzlichen Massnahmen, wie dem Mindestbesatz bei der Gewerbesteuer und der Mindestgewinnbesteuerung dafür gesorgt, dass die Kommunen wieder eine verlässliche und stetige Einnahmequelle haben.

Wir werden in der nächsten Legislaturperiode im Rahmen eines erneuten Anlaufs zur Umsetzung der Ergebnisse des Jobgipfels die Mindestgewinnbesteuerung zu einer fairen

GUT

G 58438

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

50-zu-50-Regelung ausbauen. Wir werden damit das Gewerbesteueraufkommen weiter stärken und damit auch die Investitionskraft der Kommunen verbessern.

Wir werden im Rahmen der Einführung einer rechtsformneutralen Unternehmensteuer an der Gewerbesteuer festhalten. Sie allein ist Garant für die Finanzierungsfähigkeit der Kommunen und damit für Investitionen und Aufträge für mittelständische Unternehmen, die Rückgrat unserer Wirtschaft sind.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 28. 6. 2005

Städtetag und Union für starke kommunale Stimme in Europa

Gespräch mit dem neu gewählten Präsidenten des Deutschen Städtetags, Münchens Oberbürgermeister Christian Ude

Zu den Ergebnissen des heutigen Gesprächs mit dem neu gewählten Präsidenten des Deutschen Städtetags, Münchens Oberbürgermeister Christian Ude, erklärt der kommunalpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Götz MdB:

Um das oberste Ziel der Union, die Stärkung der Wirtschaftskraft und die Schaffung zukunftsträchtiger Arbeitsplätze erreichen zu können, müssen unter anderem die kommunalen Investitionen nachhaltig revitalisiert werden. Es gilt, gemeinsam mit den Kommunen einen gangbaren Weg für eine Gemeindefinanzreform zu finden. In diesem Sinne wird der Städtetag den konstruktiven Dialog mit der Union fortsetzen.

Einigkeit besteht auch in dem Bestreben, die an Bedeutung gewinnende Interessenvertretung deutscher Kommunen in Europa zukünftig stärker zu bündeln und effizienter auszugestalten.

Dies gewinnt insbesondere vor dem Hintergrund der Ankündigung einer vorgezogenen Bundestagswahl an Bedeutung. Schließlich würde eine unionsgeführte Bundesregierung frühzeitig ihren Einfluss und ihre Mitgestaltungsmöglichkeiten in EU-Kommission und Ministerrat aktiv dazu nutzen, um Fehlentwicklungen, wie unnötige Bürokratien, entgegenzuwirken.

Die Botschaft Christian Udes ist eindeutig: Der Deutsche Städtetag wird auch zukünftig die Interessen der Städte in Deutschland feits aller persönlicher Parteicouleur vertreten.

Bücher und Veröffentlichungen

Kroll Taschenbuch Wirtschaftspresse 2005/2006 Hrsgg. von der Talanx AG (Versicherungsgruppe) Hannover, erschienen und bearbeitet im Kroll-Verlag, Seefeld/Obb. 752 Seiten Dünndruckpapier, DIN A 6, flexibler Einband, 29,00 EUR.

Tausende Adressen von Wirtschaftsjournalisten, Wirtschaftsredaktionen von Tagespresse, Funk und Fernsehen, der Pressestellen von Industrie und Verbänden, der Fachzeit-

schriften und mehr listet der Kroll-Verlag in seiner seit Jahrzehnten bewährten Reihe, zu der auch der angezeigte Band zählt, auf. Die Talanx AG ist der verdienstvolle Sponsor dieser Ausgabe, und nachzuschauen unter www.talanx.com fördert das Verständnis für die bundesdeutsche Wirtschaftswirklichkeit. Und Kontakte zu Fach-Publizisten zu knüpfen, kann keiner Kanzlei schaden. (vS)

Die neue EMV-Richtlinie 2004/108/EG Elektromagnetische Verträglichkeit Erläuternde Darstellung • Synopse • Richtlinien-texte. Von Rechtsanwalt Dr. *Thomas Klindt* und Dipl.-Ing. *Michael Loerzer*, Köln 2005. 96 Seiten DIN A 5, 19,80 EUR, Bundesanzeiger Verlagsges. mbH, Köln.

Die Störfestigkeit von Produkten (u. a. für Haushalt, Büro, sonstige Produktion) und die Störaussendung auf andere Produkte (also Geräte, z. B. Bürocomputer, Werkzeugmaschinen, wohl auch Tiere?) und Menschen sind Gegenstand der Richtlinie. Übereinstimmungen mit der Richtlinie gestatten die Ausweisung der CE-Kennzeichnung. (vS)

Betreuungsrecht 2005 Systematische Darstellung der Änderungen nach dem 2. BtÄndG mit Praxisnachweisen. Von Prof. Dr. *Tobias Fröschle*, Köln 2005. 256 Seiten 16,4 × 25,5 cm, 19,80 EUR, Bundesanzeiger Verlagsges. mbH, Köln.

Mit Kleinanzeigen erfolgreich Immobilien verkaufen Ratgeber für die Immobilienwerbung mit Hinweisen zur Methodik und neuen Ideen für die Praxis: texten, gestalten, platzieren, kalkulieren ... Von Dipl.-Kommunikationswirt *Michael Ohrt*, Kiel 2005. Broschur, 128 Seiten, ISBN 3-925573-24-0, 19,80 EUR. Grabener Verlag, Kiel.

Das Buch richtet sich an die Werbenden in der Immobilienwirtschaft und an die privaten Anbieter von Immobilien. Sehr verständlich und facettenreich behandelt der Autor die Zusammenhänge der Immobilienwirtschaft mit dem Marketing, der Werbung und speziell der Anzeigengestaltung. Der Untertitel des Buches trifft den Inhalt. Immobilienmakler sind als Werbende in eigener Sache besonders gut und umfassend mit diesem preiswerten Buch beraten, aber auch jeder interessierte Dienstleister erfährt hier Grundlegendes zur Bewerbung seiner Produkte in der Zeitung oder auch im Internet. Der Grabener „Fachverlag für Kundenkommunikation in der Immobilienwirtschaft“ hat wiederum ein empfehlenswertes Buch ediert. (vS)



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